

DIPLOMARBEIT

Titel der Diplomarbeit

„Analyse ausgewählter werkvertraglicher Problemfälle“

Verfasser

Wilfried Egger

Angestrebter akademischer Grad

Magister der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften

(Mag. rer. soc. oec.)

Wien, im Februar 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Studienrichtung lt. Studienblatt:
Betreuer:

157
Internationale Betriebswirtschaft
Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche gekennzeichnet.

Diese Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, im Februar 2011

(Wilfried Egger)

Danksagung

Besonders schwierig ist es an dieser Stelle immer, tunlichst nicht den Eindruck einer qualitativen Reihung der Menschen, denen man seinen aufrichtigen Dank aussprechen möchte, entstehen zu lassen. Deswegen sei gleich zu Beginn erwähnt, dass es sich bei folgender Aufzählung natürlich keineswegs um eine solche handle, sondern die Reihung selbstverständlich nichts über das Ausmaß der Dankbarkeit aussagen soll.

Um eine Diplomarbeit zu verfassen, steht an erster Stelle einmal die Voraussetzung, überhaupt studiert haben zu können, somit gilt mein besonderer Dank zuallererst meinen Eltern Josef und Maria Anna Egger, ohne deren Unterstützung das Studium undenkbar gewesen wäre.

Weiters ist für die Verfassung einer Diplomarbeit auch ein Thema, welches von derselben zu behandeln ist, und im Anschluss daran fachlicher Rat, welcher auch des Öfteren den ins Stocken geratenen Motor wieder anspringen lässt, von Nöten. In diesem Sinne: Ein sehr herzliches Danke an Herrn Univ. – Ass. Dr. Knauder von universitärer Seite, sowie Herrn DI Schlimpert und Herrn Dr. Truckenthanner, von der unternehmerischen Seite, welche sich trotz ihrer jeweils zeitlich sehr fordernden Berufe immer die ausreichende Zeit für mich genommen haben.

Ohne eine verständnisvolle Freundin, die mich die letzten Monate ungleich seltener zu Gesicht bekam als mein Computer, ginge selbstverständlich auch nichts. Deswegen möchte ich vor allem auch meiner Elena, die gleichzeitig mit mir ihre Diplomarbeit verfasste, an dieser Stelle einen besonderen Dank aussprechen.

Ein nicht unwichtiger Baustein ist ebenso in Personen zu sehen, denen man des Abends den Frust über überfüllte Bibliotheken, unauffindbare Quellen und Schreibblockaden des längeren und breiteren darlegen konnte. Deshalb gilt ein besonderer – und wie zu Beginn erwähnt keineswegs wegen der Position zum Ende der Danksagungen in der Qualität geminderter – Dank an alle Freunde, die „Wiener“ als auch die Oberösterreicher, die mich schließlich auch von März 2010 bis Jänner 2011 aushalten mussten. Danke an euch alle!

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	8
1.1	Aufbau und Selbstverständnis dieser Arbeit.....	8
1.2	Kurze Vorstellung des behandelten Unternehmens	8
2	Problemfall 1 – Die revolutionäre Produktionsanlage	9
2.1	Beschreibung des Sachverhaltes	9
2.2	Ausgewählte Aspekte des Werkvertrages im Vergleich zu Kauf- bzw Dienstvertrag	12
2.2.1	<i>Werkvertrag – Kaufvertrag</i>	<i>12</i>
2.2.2	<i>Werkvertrag – Dienstvertrag / Entwicklungsvertrag</i>	<i>14</i>
2.2.3	<i>Anwendung auf den Fall</i>	<i>17</i>
2.3	Überlegungen zur anfänglichen Unmöglichkeit	18
2.3.1	<i>Allgemeines</i>	<i>18</i>
2.3.2	<i>Auswirkungen einer anfänglichen Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Vertrages</i>	<i>19</i>
2.3.3	<i>Auswirkungen einer anfänglichen Unmöglichkeit auf die Schadenersatzhaftung</i>	<i>22</i>
2.3.3.1	<i>Erfüllungs- oder Vertrauensinteresse?</i>	<i>22</i>
2.3.3.2	<i>Garantiehafnung.....</i>	<i>24</i>
2.3.3.3	<i>Beweislast</i>	<i>28</i>
2.3.3.4	<i>Ausmaß des zu ersetzenden Schadens</i>	<i>29</i>
2.3.3.5	<i>Kulpakompensation?</i>	<i>31</i>
2.3.3.6	<i>Zusammenfassung.....</i>	<i>33</i>
2.3.4	<i>Auswirkungen der anfänglichen Unmöglichkeit auf die Gewährleistung</i>	<i>34</i>
2.3.5	<i>Anwendung auf den Fall</i>	<i>36</i>
2.4	Bedeutung und Rechtsfolgen der Abnahme.....	38
2.4.1	<i>Allgemeines</i>	<i>38</i>

2.4.2	<i>Zeitpunkt der Abnahme</i>	40
2.4.3	<i>Abnahme unter Vorbehalt</i>	41
2.4.4	<i>Anwendung auf den Fall</i>	42
3	Problemfall 2 – Die aufgezwungene Schnecke	44
3.1	Beschreibung des Sachverhaltes	44
3.2	Auswirkungen einer Warnpflichtverletzung	46
3.2.1	<i>Die Warnpflichtverletzung bei Werkverträgen</i>	46
3.2.2	<i>Anweisungen des Bestellers</i>	57
3.2.3	<i>Auswirkungen auf Schadenersatzansprüche</i>	60
3.2.4	<i>Auswirkungen auf Gewährleistungsansprüche</i>	63
3.2.5	<i>Anwendung auf den Fall</i>	65
3.3	Erfüllungsgehilfen	68
3.3.1	<i>Allgemeines</i>	68
3.3.2	<i>Haftung des Generalunternehmers für Subunternehmer / bloße Zulieferer</i>	69
3.3.3	<i>Auswahl des Gehilfen durch den Schuldner – „aufoktroyerter Gehilfe“</i>	70
3.3.4	<i>Anwendung auf den Fall</i>	71
4	Schlussbemerkungen	75
5	Literaturverzeichnis	76
6	Judikaturverzeichnis	80
7	Zusammenfassung	84
8	Curriculum Vitae	85

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere/r Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DRdA	Zeitschrift „Das Recht der Arbeit“
etc	et cetera
EvBl	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“ in „Österreichische Juristen-Zeitung“
ff	fortfolgende
gem	gemäß
GewRÄG	Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
iSd	im Sinne des
iZm	in Zusammenhang mit
JB1	Zeitschrift „Juristische Blätter“
kWh/kg	Kilowatt-Stunden pro Kilogramm, technische Einheit
LG	Landesgericht

lt	laut
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
mW	meines Wissens
NJW	Zeitschrift „Neue Juristische Wochenschrift“
oä	oder ähnlichem/n
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RdW	Zeitschrift „Recht der Wirtschaft“
Rsp	Rechtsprechung
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
vgl	vergleiche
WBI	Zeitschrift „Wirtschaftsrechtliche Blätter“
WoBI	Zeitschrift „Wohnrechtliche Blätter“
zB	zum Beispiel
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1 Einleitung

1.1 Aufbau und Selbstverständnis dieser Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist die Analyse zweier werkvertraglicher Problemfälle des österreichischen Maschinenbauunternehmens SGM, anhand derer Untersuchung es ausgewählte Merkmale von Werkverträgen zu beschreiben und dem juristischen „Laien“ im Management vor Augen zu führen gilt, auf welchem juristischem Terrain er sich bei bestimmten Vereinbarungen bewegt. Wichtig ist die Betonung auf den Überblickscharakter dieser Arbeit, es soll ein Einblick in ausgewählte unternehmens- und zivilrechtliche Aspekte¹ des Werkvertrages vermittelt werden.

Der Aufbau dieses Beitrages orientiert sich an den beiden der Praxis entnommenen Problemfällen. Einer Erläuterung derselben folgen jeweils die dazugehörigen theoretischen Grundzüge und eine Diskussion der verschiedenen Meinungsstände, sowie eine Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse auf die Fälle, worin auch Platz für einige generelle Anmerkungen sein soll. Vor dem Hauptteil mit den beiden Fällen in Kapitel 2 und 3 steht eine kurze – wenn auch anonymisierte – Vorstellung des Unternehmens, während Kapitel 4 für einige Schlussbemerkungen reserviert ist.

1.2 Kurze Vorstellung des behandelten Unternehmens

Das kooperierende Unternehmen „SGM“ ist ein international tätiger Hersteller von Spritzgießmaschinen mit rund 2.900 Beschäftigten und einem Umsatz von 591 Mio. Euro im Geschäftsjahr 2008/09 weltweit. SGM ist als Einzelmarke der Weltmarktführer von Spritzgießmaschinen, einer der führenden Hersteller im Kunststoffmaschinenbau und betreibt 8 Produktionsstätten in Europa, Nordamerika und Asien. Gegründet wurde das Unternehmen 1945 und ist nach wie vor zu 100% in Familienbesitz.²

¹ Die steuerrechtlichen Aspekte zB, oder die speziell bei Werkverträgen sehr wichtigen Sonderrechte von Konsumenten müssen außen vor gelassen werden.

² [REDACTED] Zugriff am 29.04.2010.

2 Problemfall 1 – Die revolutionäre Produktionsanlage

2.1 Beschreibung des Sachverhaltes

Der Spritzgießmaschinenhersteller SGM versucht seit kurzer Zeit, auf einem neuen Absatzmarkt Fuß zu fassen. Dieser neue Absatzmarkt ist ein Teilsegment der Verpackungsindustrie, welche von der Produktion hoher Stückzahlen in kurzer Zeit geprägt ist, da es sich um Saisonartikel handelt, an denen zu gewissen Jahreszeiten ein gesteigerter Bedarf besteht. Im Übrigen ändern sich die Verpackungsarten mehr oder weniger regelmäßig, weshalb sich jedenfalls die Spritzgussform (das sogenannte „Werkzeug“) in kurzer Zeit abzahlen soll.

SGM hat in seinem Lieferprogramm Spritzgießmaschinen, welche für diesen Industriezweig angeboten werden können. Mit einem etablierten Werkzeuglieferanten kann SGM entsprechende Gesamtsysteme anbieten.

Da die nordamerikanische Konkurrenz in diesem Segment neuerdings eine Anlage anbietet, mit der in 11 Sekunden vollautomatisch 96 Verpackungen bei einem Energieverbrauch von lediglich 0,3 kWh/kg produziert werden können, gerät SGM unter Druck. Möchte er konkurrenzfähig bleiben und seine Marktanteile erhöhen, muss er eine Anlage entwickeln, die mindestens genauso gut, im Idealfall sogar besser ist als jene der Konkurrenz.

SGM kommt mit dem Werkzeughersteller WH ins Gespräch, dem frühere Mitarbeiter des nordamerikanischen Konkurrenten angehören, welche diese Technologie sehr gut kennen. Nach einigen Gesprächen und dem vom bestehenden Kunden Plasti bekundeten Interesse an neuen und effizienten Produktionsanlagen, beschließt man, gemeinsam ein Konzept zu erarbeiten und Plasti anzubieten.

SGM musste eine neue Spritzgießmaschine konstruieren, um sie leistungsfähiger und effizienter zu machen. WH arbeitete sowohl an einem Werkzeug mit neuartiger Kühlung als auch an einer neuartigen Nachkühlstation, in welche die in das Werkzeug eingespritzten (noch heißen) Plastikteile übergeben und solange nachgekühlt werden sollen, bis sie auf ein Förderband abgelegt werden können. Diese Nachkühlstation sollte aus 4 r Nachkühlplatten bestehen, womit durchgehend gespritzte Teile übergeben, nachgekühlt und entnommen werden sollen. Hierzu

erstellte WH einen vereinfachten Prototypen mit dem man jeweils 4 (statt später 96 [!]) Plastikteile pro Einspritzvorgang herstellen konnte.

Der Prototyp wurde Plasti von SGM gemeinsam mit WH vorgestellt und es begannen zwischen Plasti und SGM die Vertragsverhandlungen. Plasti wollte von SGM eine Gesamtanlage mit Leistungsdaten erwerben, die besser sind als jene der Konkurrenz. Aufgrund der positiven Versuche mit dem Prototypen gab WH Leistungsdaten an SGM weiter, die für deren Anlagenteil zu schaffen seien; überdies übergab WH ein, mit Plasti abgestimmtes, detailliertes Datenblatt, auf dem die genauen Spezifikationen der mit der Anlage herzustellenden Plastikteile verzeichnet waren. Auf diesem Datenblatt war unter anderem unter Punkt 12 „Flash“ eine Zeichnung angeführt, bei der ein Pfeil auf eine Stelle deutete und mit dem Text „0,05 mm (MAXIMAL)“ versehen war.³

Die Leistungsdaten der Spritzgießmaschine ließen sich von SGM relativ leicht berechnen, und SGM machte Plasti ein Angebot, das sich aus den eigenen Leistungs- und Produktdaten sowie aus jenen von WH zusammensetzte. Zu diesem Zeitpunkt existierte noch keine Anlage „in Lebensgröße“, sondern nur der Prototyp in Miniaturform.

Nach zähen Verhandlungen einigten sich SGM und Plasti auf die Herstellung und Lieferung von drei Produktionsanlagen mit diesem revolutionären Konzept für netto € 1.500.000,-- pro Anlage, wobei man ua folgende „Garantien“ im Vertrag abgab:

Zykluszeit: 10,3 Sekunden

Energieverbrauch: 0,27 kWh/kg

Anlagenverfügbarkeit: 96 %

Spezifikation laut Datenblatt (1:1 die von WH vorgegebene Spezifikation)

³ Fachkreise verstehen darunter, dass ein hergestellter Kunststoffteil nur dann vertragsgemäß ist, wenn dort eine Überspritzung (Grat = überstehendes Kunststoffmaterial) von weniger als 0,05 mm aufscheint.

Dies war lt Vertrag in einem 48-Stündigen Testlauf unter Produktionsbedingungen nachzuweisen und bei bestandenem Testlauf galten die Anlagen als abgenommen.

In der Folge wurde eine völlig neuartige Produktionsanlage entwickelt und hergestellt, wobei der Leistungsteil von WH in der Konstruktion, Herstellung und Lieferung des Werkzeugs und der Nachkühlstation bestand, SGM die Spritzgießmaschine, die Entnahme (Roboter) und Peripherie (Förderband, Materialtrockner, Kühlgerät etc.) zur Aufgabe hatte.

Mit mehr als 3 Monaten Lieferverzug wurden die ersten beiden Produktionsanlagen an Plasti ausgeliefert und in Betrieb genommen. Nach wenigen Testläufen musste SGM jedoch feststellen, dass die zugesagten Leistungsdaten bei weitem nicht erreicht werden konnten und ständig Teile im Werkzeug stecken blieben, nicht automatisch entnommen werden konnten und zu einem Stillstand der Anlage führten. Aufgrund des bei Plasti herrschenden Produktionsdrucks wurden trotz der Schwierigkeiten Teile produziert. Daneben versuchte SGM mit (unzureichender) Unterstützung von WH, die Anlagen zu optimieren, um die zugesagten Leistungsdaten zu erreichen.

Nach 4-monatiger Optimierung kam man an die physikalischen Grenzen: Je schneller man wurde (Zykluszeit), desto schlechter war die Qualität der produzierten Teile und die Anlagen blieben häufiger, wegen im Werkzeug stecken gebliebener Teile, stehen.⁴

Außerdem wiesen, trotz Optimierungen und unabhängig von der Zykluszeit viele Teile einen Grat von mehr als 0,05 mm auf.⁵ Auch der zugesagte Energieverbrauch war nicht zu erreichen.⁶

Plasti hatte – das erfuhr SGM erst später – mittlerweile beim Konkurrenten Anlagen bestellt und ließ SGM gegen Ende der Saison (½ Jahr nach Lieferung) wissen, dass er vom Vertrag zurücktrete, weil die zugesagten Leistungsdaten nicht

⁴ Dies resultierte daraus, dass die Verkürzung der Kühlzeit im Werkzeug dazu führt, dass der Kunststoffteil noch zu heiß und formbar ist, um entnommen zu werden.

⁵ Im Nachhinein erfuhr man, dass auch die nordamerikanische Konkurrenz nicht ohne Grat produzieren konnte, doch gaben diese auch keine derartige Garantieerklärung ab. Eine Gratabbildung unter 0,05 mm war somit nach dem Stand der Technik nicht möglich.

⁶ Als (vom Mengendurchsatz abhängige) Verhältniszahl steigt der Energiewert bei höherer Zykluszeit automatisch an.

einmal annähernd erreicht würden, um an eine Abnahme der Anlagen zu denken. Darüber hinaus machte Plasti gegen SGM Schadenersatzansprüche in Höhe von € 4.000.000,-- geltend und stützte sich insb. auf Produktionsausfall, Deckungskäufe wegen nicht erreichter Qualität und entgangenen Gewinn.

2.2 Ausgewählte Aspekte des Werkvertrages im Vergleich zu Kauf- bzw Dienstvertrag

2.2.1 Werkvertrag – Kaufvertrag

Zum besseren Verständnis der Arbeit ist es zu Beginn zweckmäßig, einige allgemeine, wichtige Unterschiede zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag aus dem Gewährleistungs- und Schadenersatzbereich aufzuzeigen, da die kaufvertragsbezogenen Regelungen meist geläufiger sind.

Seit dem GewRÄG 2001 verweist § 1167 ABGB, der die Folgen einer mangelhaften Leistung beim Werkvertrag regelt, auf die allgemeinen Gewährleistungsregelungen gem §§ 922 ABGB. Dennoch gilt es einige Besonderheiten iZm der Gewährleistung zu berücksichtigen, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

So ist etwa zu bedenken, dass der Ausschluss der Gewährleistung von Mängeln, die „in die Augen fallen“ (vgl. § 928 ABGB) beim Werkvertrag im Allgemeinen nicht anzuwenden ist, da das Werk, dessen Mängel in die Augen fallen könnten, ja erst herzustellen ist.⁷ Die Augenfälligkeit muss schon bei Vertragsabschluss bestehen, in seiner konkreten Ausformung kann ein künftiger Mangel noch nicht vorliegen bzw berücksichtigt werden. Bei Kaufverträgen entfällt hingegen durch diese Norm die Gewährleistung, wenn Mängel bei Vertragsabschluss mit durchschnittlicher Sorgfalt und besonders leicht erkennbar sind.⁸ In Ausnahmefällen, bei denen dies auch bei Werkverträgen denkbar ist, wie zB ein

⁷ *Kozio/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ II 82; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 928 Rz 5.

⁸ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I § 920 Rz 18.

augenscheinlich ungeeignetes Transportmittel für einen Personentransport, ist diese Regelung auch bei Werkverträgen anwendbar.⁹

Die besonderen Vorschriften des UGB für den Warenkauf, insbesondere über die Mängelrüge, die Rügeobliegenheit und den Annahmeverzug, gelten seit der Handelsrechtsreform 2005 gemäß § 381 UGB nunmehr ausdrücklich auch für alle Werkverträge über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen.¹⁰

Eine Besonderheit des Werkvertrages bezüglich der Gewährleistung und des Schadenersatzes sind die sogenannten Sowiesokosten, jene Kosten, welche dem Besteller bei einer von ihm gewünschten mangelfreien Erfüllung ohnehin angefallen wären. Die Sowiesokosten werden dann vom Werkbesteller zu tragen sein, wenn sich herausstellt, dass die mangelfreie Herstellung des Werkes nur möglich ist, wenn zur Erreichung der gewünschten mangelfreien Erfüllung vom ursprünglichen, grundsätzlichen Charakter des Werkes abgegangen wird, also eine Vertragsänderung vorzunehmen ist. Die darüber hinausgehenden Kosten für diesen neuen Vertragsgegenstand (der regelmäßig teurer kommen wird) hat der Werkbesteller zu tragen.¹¹ Hierzu ist allerdings anzumerken, dass gerade bei Werkverträgen der Erfolg geschuldet ist. Somit ist eine Abänderung des Vertrages nur selten anzunehmen, da im Zweifelsfall eher die Herstellung des Erfolges den Schuldinhalt betrifft, als die vorausgesetzten Eigenschaften.

Erwähnenswert ist der, zumindest bei Werkverträgen über Arbeiten an unbeweglichen Sachen oder über unkörperliche Werke, im Vergleich zum Kaufvertrag regelmäßig schwieriger zu bestimmende Zeitpunkt der Übergabe der Ware. Die Anknüpfung möglicher Gewährleistungsansprüche an das Vorliegen eines Mangels zu eben diesem Zeitpunkt der Übergabe (vgl § 924 ABGB) ist dadurch oftmals erheblichen Schwierigkeiten unterworfen.¹² Während bei Kaufverträgen eine körperliche Übergabe zumeist praktisch denkbar ist und somit die einfache Variante, die Maßgeblichkeit dieser körperlichen Übergabe für den Zeitpunkt der Abnahme, möglich ist, ist eben dies bei Werkverträgen sehr oft nicht der Fall. Große Industrieanlagen, wie auch diejenigen SGMs, werden meist in monatelanger Arbeit

⁹ Reischauer in Rummel, ABGB³ I § 920 Rz 18.

¹⁰ Schauer in Krejci, Reform-Kommentar zum UGB/ABGB § 381 Rz 1.

¹¹ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 261; OGH 2.6.1999, 9 Ob 342/98d.

¹² M. Bydlinski, in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB³ § 1167 Rz 2.

im Werk des Bestellers montiert, woran sich Testdurchgänge anschließen. Der Übergang der Verfügungsgewalt ist dabei oft sehr schwierig zu rekonstruieren. Somit ist bei Werkverträgen öfter als bei Kaufverträgen von einem Vorliegen einer Abnahme erst bei einer Erklärung des Werkunternehmers, das Werk als vollendet anzusehen und einer Erklärung des Werkbestellers dieses als Erfüllung des vertraglich zugesicherten Erfolges zu akzeptieren, auszugehen.

Sowohl auf die Gewährleistung als auch auf den Schadenersatz wirken sich die Normen bezüglich der Sphärenzuordnung, der Mitwirkungs- und Warnpflicht in §§ 1168 und 1168a ABGB aus.¹³ Diese Regelungen, welche die Preisgefahr, insofern keine untaugliche Anweisung oder ein untauglicher Werkstoff des Bestellers vorliegen, in die Sphäre des Werkunternehmers drängen, wenn dieser eine Warnpflicht verletzt hat, gelten nur für Werkverträge, bzw für Verträge mit überwiegend werkvertraglichen Elementen¹⁴ und werden deshalb weiter unten einer besonderen Behandlung unterzogen.

Häufiger als bei Kaufverträgen wird bei Werkverträgen auch im Falle einer Gewährleistung die primäre Rechtsfolge – die der Verbesserung – abzulehnen sein, da mit einer Unzumutbarkeit gem § 932 Abs. 4 ABGB bei einem erwiesenermaßen „schlechten“ Werkunternehmer verhältnismäßig leicht zu argumentieren sein wird.¹⁵

Izm den Rechtsfolgen der Gewährleistung ist weiters zu bedenken, dass es sich bei Werkverträgen meist um Speziessschulden handelt, bei denen kein Austauschanspruch besteht. Führt eine Neuherstellung zu keinem unverhältnismäßig hohen Aufwand, hat der Besteller das Recht auf diese.¹⁶

2.2.2 Werkvertrag – Dienstvertrag / Entwicklungsvertrag

War das vorhergehende Unterkapitel noch hauptsächlich dazu gedacht, bestimmte relevante Eigenschaften des Werkvertrags anhand eines Vergleichs mit einem bekannteren, geläufigeren Vertragstypus zu demonstrieren, gilt es iZm den

¹³ M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar³ § 1167 Rz 2 ff.

¹⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ I § 920 Rz 18.

¹⁵ M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar³ § 1167 Rz 5.

¹⁶ Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBI 2002, 137.

vorliegenden Abgrenzungsfragen zu erörtern, ob es sich bei Problemfall 1 überhaupt um einen Werkvertrag handelt, oder doch um einen sogenannten Entwicklungsvertrag.

Der Entwicklungsvertrag ist ein Vertrag *sui generis*, der Elemente sowohl eines Werk- als auch eines Dienstvertrages enthält.¹⁷ Die genaue Trennlinie zwischen Werk- und Dienstverträgen ist in einzelnen Fällen umstritten. Der Schuldinhalt bildet dabei das prägnanteste Unterscheidungsmerkmal: Während beim Werkvertrag der Erfolg geschuldet wird, charakterisiert einen Dienstvertrag nur das Schulden eines sorgfältigen Bemühens, also der Arbeitskraft des Dienstleistenden.¹⁸ Dieses sorgfältige Bemühen und das Erreichen des Erfolges können sich sehr ähnlich sein, auch bei freien Dienstverträgen kann durchaus Einigkeit der Parteien herrschen, welcher Erfolg angestrebt wird (zB das Gewinnen des Prozesses oder die Heilung des Patienten). Der konkrete Unterschied besteht allerdings in der Übernahme des Risikos eines zufälligen Misserfolges, welches der Werkunternehmer im Gegensatz zum Dienstnehmer zu übernehmen hat.¹⁹

Eine persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstgeber spricht hingegen noch nicht automatisch für einen Werkvertrag, da dieses Charakteristikum auch auf ein freies Dienstverhältnis zutrifft. Die persönliche Abhängigkeit grenzt das freie Dienstverhältnis vom echten Dienstvertrag ab. Allerdings hat gerade diese Abgrenzung des Werkvertrages und des freien Dienstverhältnisses vom echten Dienstvertrag eine besonders große Bedeutung, da bei Vorliegen eines echten Dienstvertrages die umfangreichen Regelungen des Arbeitsrechts zur Geltung kommen.²⁰ Lt Rsp spricht für ein Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit insbesondere die Weisungsgebundenheit, die persönliche und zeitliche Pflicht zur Arbeit, das Zukommen des wirtschaftlichen Erfolges an den Dienstgeber oder die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Dienstgeber.²¹ Speziell die Weisungsgebundenheit als Charakteristikum des Arbeitsvertrages verursacht hier wieder Probleme, gilt es doch, diese nicht mit dem Weisungsrecht des Werkbestellers zu verwechseln. Das relevante Unterscheidungsmerkmal hierfür stellt die Abgrenzung zwischen sachlichem und persönlichem Weisungsrecht dar,

¹⁷ OGH 07.11.2002, 6 Ob 251/02h, <http://www.lexisnexis.com> (9.6.2010).

¹⁸ Pfeil in Schwimann, ABGB-Taschen-Kommentar § 1151 Rz 24.

¹⁹ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1165 Rz 98.

²⁰ Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1151 Rz 5.

²¹ OGH 8.6.2005, 7 Ob 40/05s, Ecolex 2006/3, 24.

wobei die sachliche sich auf den erwünschten Erfolg bezieht, hingegen nicht in die Freiheit der Art des Erreichens desselben eingreift, während ein persönliches Weisungsrecht die Gestaltungsfreiheit wesentlich beschränkt. Eine Freiheit von dieser Einschränkung ist ein entscheidendes Kriterium für das Vorliegen einer persönlichen Unabhängigkeit.²²

Echter Dienstvertrag, Werkvertrag und freier Dienstvertrag stellen somit die wichtigsten drei Vertragstypen für Arbeitsleistungen dar. Wichtig ist, dass dabei aus inhaltlicher Sicht in Bezug auf die geschuldete Tätigkeit fast immer alle drei in Frage kommen, also einzig die rechtlichen Rahmenbedingungen der Erbringung der Tätigkeit für die rechtliche Beurteilung des Vertragstyps relevant sind.²³ Wegen der untrennbar mit dem Werkvertrag verbundenen Übernahme des Risikos eines zufälligen Unmöglichwerdens des Erfolges hat auch die Abtrennung des Werkvertrages gegenüber den beiden Ausformungen des Dienstvertrages eine besonders hohe Relevanz.

In strittigen Fällen – welche durch das Bestreben, möglichst nur ein Bemühen zu schulden, sehr häufig sind – wird auf das Überwiegen einzelner Indizien²⁴ abgestellt. Solche Indizien auf Auftragnehmerseite für das Vorliegen eines Werkvertrags sind: das Fehlen einer persönlichen Arbeitspflicht, das Arbeiten nach eigenem Plan und Risiko, das Arbeiten mit eigenen Mitteln und Gerät, die Möglichkeit der selbständigen Beiziehung von Gehilfen und Subunternehmern oder das Fehlen einer Einordnung in den fremden Unternehmensorganismus.²⁵ Weiters gelten „*die Bestimmung der Lebensordnung seines Betriebes sowie der näheren Umstände der Erbringung seiner Leistung*“,²⁶ das Tragen des wirtschaftlichen Risikos²⁷, das Enden des Verpflichtungsverhältnisses mit Fertigstellung der Leistung²⁸ und die Übernahme der Gewährleistung durch den Auftragnehmer für die einwandfreie und richtige

²² *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1165 Rz 95.

²³ *Rebhahn in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1151 Rz 4.

²⁴ Mit einer Aufzählung von Entscheidungen zu Einzelfällen: *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch³⁷ § 1151 E 20 – 56; *Krejci in Rummel*, ABGB³ I § 1151 Rz 96 f.

²⁵ *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ § 1151 E 18; *Krejci in Rummel*, ABGB³ I § 1151 Rz 94 ff.

²⁶ OGH 21.10.1987, 14 Ob A 77/87, DRdA 1989, 411.

²⁷ OGH 21.10.1987, 14 Ob A 77/87, DRdA 1989, 411.

²⁸ Gleichbedeutend mit einer Beendigung des Verpflichtungsverhältnisses mit der Fertigstellung ist die Beendigung zum vereinbarten Fertigstellungstermin.

Ausführung seiner Leistungen²⁹ als wichtige Anhaltspunkte für die Annahme eines Werkvertrages.

Für das Vorliegen eines Dienstvertrages spricht das Arbeiten nach einem Arbeitsplan des Gläubigers, das Eingliedern in eine fremde Betriebsorganisation oder die Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Leistungsberechtigten.³⁰ Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit ist charakteristisch³¹, sowie, „dass der Nutzen durch die Arbeitsleistung des Dienstnehmers nicht ihm, sondern dem Dienstgeber zu Gute kommt“³².

2.2.3 Anwendung auf den Fall

SGM argumentiert, dass es sich beim vorliegenden Vertrag über die Entwicklung eines derart neuen Prozesses eher um einen Entwicklungsvertrag, denn um einen reinen Werkvertrag gehandelt habe. Tatsächlich ist es bei bestimmten Fallkonstellationen gar nicht so einfach, eindeutig von einem Werkvertrag auszugehen.

So wurde in einem vergleichbaren Fall³³ über die Lieferung eines noch nicht entwickelten medizinischen Gerätes, trotzdem der Besteller von einem Werkvertrag ausging, keine Garantie des „Werk“-Unternehmers für den Erfolg der Entwicklungsarbeit gesehen. In diesem Fall sprachen allerdings die sehr gewichtigen Gründe einer vertraglich fixierten Einschränkung der Gewährleistung (welche eindeutig das Unternehmerrisiko beschneidet) bzw eine maßgebliche Pflicht des Bestellers zur Beteiligung an der Entwicklung für eine zumindest teilweise Annahme des Dienstvertragsrechts. Derartige Umstände gehen aus dem konkret zu prüfenden Vertragsinhalt nicht hervor, womit hier mE von einem Werkvertrag auszugehen ist.

Der Hinweis auf die immanente Wichtigkeit dieser Unterscheidung und ihrer Folgen erscheint allerdings jedenfalls angebracht.

²⁹ Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1151 E 19.

³⁰ Krejci in Rummel, ABGB³ I § 1151 Rz 94 ff.

³¹ Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1151 E 13.

³² Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ § 1151 E 15.

³³ OGH 07.11.2002, 6 Ob 251/02h, <http://www.lexisnexis.com> (9.6.2010).

2.3 Überlegungen zur anfänglichen Unmöglichkeit

2.3.1 Allgemeines

Eine anfängliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Unerbringbarkeit der Leistung schon bei Vertragsabschluss feststeht (oder vorhersehbar ist).³⁴ Der entscheidende Unterschied zur nachträglichen Unmöglichkeit ist somit das Eintreten zu einem Zeitpunkt, in dem Werkbesteller und Werkunternehmer noch in keiner Vertragsbeziehung stehen. Der Rechtsgrund, wieso dennoch eine Haftung in Frage kommt, ist die Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Werkunternehmers, wenn dieser von der Unmöglichkeit wusste oder wissen hätte müssen.³⁵

Je nach Zurechenbarkeit³⁶ der anfänglichen Unmöglichkeit zum Werkunternehmer oder zum Besteller, geht es um den Verlust bzw die Aufrechterhaltung des Entgeltanspruches für den Werkunternehmer und um Schadenersatz oder Gewährleistung für den Besteller, während sich bei einer Verschuldensteilung der zustehende Werklohn der Verschuldensquote anzupassen hat.³⁷

Die näheren Unterteilungen der anfänglichen Unmöglichkeit, bspw diejenige zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit oder diejenige zwischen schlicht unmöglichen und geradezu unmöglichen Leistungen, sind in den weiteren Unterpunkten bei anfallender Wichtigkeit erläutert.

Erwähnenswert ist, dass beim Werkvertrag auch die Unmöglichkeit des *Leistungsverhaltens* eine Rolle spielt, während im Allgemeinen bei anderen Vertragstypen auf die Unmöglichkeit des *Leistungserfolges* abzustellen ist. Dies deswegen, weil beim Werkvertrag auch Fälle denkbar sind, bei denen der Eintritt des Erfolges zwar durchaus möglich ist, aber eben nicht durch das vertraglich vereinbarte Verhalten.³⁸ So wird bei einem Werkunternehmer, der sich vertraglich verpflichtete,

³⁴ Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ I 171.

³⁵ Apathy in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 878 Rz 10, Joeinig, Die anfängliche Unmöglichkeit 28.

³⁶ Hierzu ist vor allem die noch zu behandelnde Warnpflichtverletzung zu erwähnen.

³⁷ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers 237; OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x, Ecolex 2002, 508.

³⁸ Joeinig, Unmöglichkeit 16.

den ehemaligen Lebenspartner des Werkbestellers auf parapsychologischer Grundlage mental zur Rückkehr zu bewegen, von einer anfänglichen absoluten Unmöglichkeit ausgegangen.³⁹ Obwohl hier der Erfolg – die Bewegung des ehemaligen Lebenspartners zur Rückkehr – zweifellos möglich wäre, bezieht sich die Unmöglichkeit eben auf die Art der Herbeiführung des Erfolges.

2.3.2 Auswirkungen einer anfänglichen Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Vertrages

Nach § 878 S 1 ABGB kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden, was *geradezu unmöglich* ist. Für alle nicht von § 878 ABGB erfassten Fälle anfänglicher Unmöglichkeit (die sogenannte *schlichte Unmöglichkeit*) enthält das ABGB keine umfassende Regelung. Aus einem Umkehrschluss von § 878 ABGB kann man auf eine prinzipielle Gültigkeit schließen, zusätzlich spricht nach Teilen der Literatur § 923 ABGB für eine Gültigkeit des schlicht unmöglichen Vertrages. In § 923 ABGB, welcher die Fälle der Gewährleistung aufzählt, ist ua von nicht mehr vorhandenen Sachen die Rede, womit wohl auch anfänglich unmögliche Leistungen unter das Gewährleistungsrecht fallen. Dies spricht insofern für eine Gültigkeit des Vertrages über anfänglich unmögliche Leistungsverhältnisse, als eine Gewährleistung einen gültig zustande gekommenen Vertrag voraussetzt.⁴⁰

Zu klären ist also, wann nach Lehre und Rsp entweder etwas geradezu Unmögliches oder eine schlichte Unmöglichkeit vorliegt. Daran knüpft die Schlussfolgerung, in welchem Fall der Vertrag nichtig ist und in welchem Fall zwar existent, aber unmöglich zu erfüllen.

Laut herrschender Ansicht⁴¹ liegt eine geradezu unmögliche Leistung nur dann vor, wenn sie entweder faktisch absurd⁴² oder aber rechtlich unmöglich ist, also nur

³⁹ LG Kassel 1 S 491/84, NJW 1985, 1642.

⁴⁰ Rummel in Rummel, ABGB³ I § 878 Rz 3.

⁴¹ Gschnitzer in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² IV/1, 165; F. Bydlinski in Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² IV/2, 125; Rummel in Rummel, ABGB³ I § 878 Rz 2; Reischauer in Rummel, ABGB³ I § 920 Rz 18; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss¹³ I 171.

⁴² Das faktisch absurde kann entweder nicht vom Schuldner (das bekannte Lehrbuch-Beispiel des blinden Malers) oder von niemandem erbracht werden. Oft genutzte Lehrbuch-Beispiele für letzteres sind – bewusst weit hergeholt - das Gesundbeten, die Goldmacherei, oder aus heutiger Sichtweise

bei jenen Leistungen, welche alleine aus dem Vertragsinhalt durch jeden vernünftigen bzw rechtskundigen Dritten als unmöglich erkennbar gewesen wären.⁴³ Dies stellt eine sehr enge Interpretation dar.⁴⁴

Für alle anderen Fälle liege damit bloß schlichte Unmöglichkeit, also ein aufrechter Vertrag vor, so etwa die (ausdrücklich gesetzlich angeordnete) nicht existente Sache und (iS eines Folgeschlusses daraus) auch die schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an einem unbehebbarer Mangel leidende Leistung.⁴⁵ Dem schließt sich auch die Rechtsprechung an.⁴⁶ Gestützt wird diese – nicht weniger als 99 Jahre alte⁴⁷ - Interpretation vor allem auf die schon erwähnte explizite Aufzählung der nicht vorhandenen Sache in § 923 ABGB.

Eine andere Lehrmeinung hält die Einschränkung des § 878 ABGB auf faktisch absurde Leistungen für unzulässig.⁴⁸ Man sollte, so der Gegenvorschlag, eher auf eine Unterscheidung zwischen genereller und individueller Unmöglichkeit abstellen: Betrifft die Unmöglichkeit demzufolge den Gegenstand der Leistung, so falle sie unter § 878 ABGB und der Vertrag sei somit anfänglich ungültig, während hingegen bei einer durch Zeit, Ort oder Person (des Leistenden und des Leistungsempfängers) verursachten Unmöglichkeit individuelle Unmöglichkeit vorliegt, die die Gültigkeit des Vertrages unberührt lasse.⁴⁹ Eine ähnliche bzw in vielen Bereichen deckungsgleiche Differenzierung besteht darin, zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zu unterscheiden, wobei bei objektiver schlicht und einfach niemand, und bei subjektiver nur der Schuldner nicht leisten kann. Je nach Zutreffen entweder des einen oder des anderen Tatbestandes, solle der Vertrag wirksam oder

besonders interessant, das Befördern einer Person binnen 24 Stunden auf den Mond (*Titze*, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht 239).

⁴³ Dass das Erkennbar-sein-Müssen mit dem Faktisch-Absurden nicht zwangsläufig deckungsgleich sein muss, führt *Joeinig* in Bezug auf das gerade genannte Lehrbuchbeispiel des blinden Malers aus, indem sie erwähnt, dass der Vertrag über das Gemälde des blinden Malers ja auch am Telefon, ohne jedwede Begegnung der Parteien abgewickelt hätte werden können. *Joeinig*, Unmöglichkeit 179 FN 624.

⁴⁴ *Joeinig*, Unmöglichkeit 179.

⁴⁵ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 878 Rz 4.

⁴⁶ ZB OGH 13. 12. 1994, 5 Ob 138/94, www.lexisnexis.at (16.04.2010).

⁴⁷ Sie stammt von *Rabel*, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II 1911, 831.

⁴⁸ *Lukas*, Zur Haftung beim anfänglich unbehebbarer Mangel, JBl 1992, 21; *Kornfeld*, Leistungsunmöglichkeit 39 ff.

⁴⁹ *Lukas*, JBl 1992, 21.

absolut nichtig sein.⁵⁰ Der Unterschied zwischen genereller und objektiver Unmöglichkeit ergibt sich daraus, dass erstere enger gefasst ist: Kann eine Leistung auch von niemand anderem in der selben Zeit ausgeführt werden, wohl aber in einem längeren Zeitraum, so liegt zwar objektive Unmöglichkeit vor (die Unmöglichkeit betrifft ja die Person) nicht aber generelle (sie betrifft ja die Zeit, nicht den Gegenstand).⁵¹

Ungeachtet dessen geht die österreichische Rsp⁵² von eben dieser engen Interpretation aus, womit ein als nicht faktisch völlig absurd einzustufender Vertrag als gültig zu betrachten ist.

Zum Hauptargument dieser Lehrmeinung, der Aufzählung des Verkaufs der nicht mehr vorhandenen Sache in § 923 ABGB soll angemerkt sein, dass ein Teil der Lehre ebendiese Anführung schlicht und einfach für ein Versehen hält.⁵³ *Reischauer* argumentiert allerdings mit der Gefahr von Wertungswidersprüchen innerhalb des ABGB, insbesondere zu sonstigen Fällen des § 923 ABGB, zu denen es käme, würde man den Gesetzeswortlaut „weginterpretieren“, und von einer Ungültigkeit aller objektiv unmöglichen Vertragsgegenstände ausgehen. „So wäre es“, lt *Reischauer* „völlig uneinsichtig, warum bei einem Verkauf einer nicht vorhandenen Sache der Vertrag nichtig sein sollte, wo doch bei einem Verkauf einer mit einem unbehebaren Mangel behafteten Sache der Vertrag unzweifelhaft selbst dann gültig ist, wenn diese völlig wertlos ist. Wäre das verkaufte Rennpferd bei Vertragsschluss schon tot (also als Pferd nicht mehr existent, sondern nur noch als Kadaver), so wäre der Vertrag ungültig, wäre es mit der tödlichen Krankheit behaftet zu diesem

⁵⁰ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 878 Rz 1; So auch die ältere Lehre - *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹² I 155, die hier mE nach fälschlicherweise *Lukas*, JBl 1992 auch dazu zählen.

⁵¹ *Lukas*, JBl 1992, 21.

⁵² ZB OGH, 26.06.2002 3 Ob 277/01 h; OGH, 13.12.1994 5 Ob 138/94; Nicht so die deutsche und schweizerische, die auf die vorhin angeschnittene objektive bzw subjektive Unmöglichkeit abstellt. *Joening*, Unmöglichkeit 88; der Unterschied zwischen diesen beiden Ansätzen der Unterteilung von anfänglicher Unmöglichkeit, wird mit einem Fall der deutschen Rechtssprechung, AG Berlin-Tempelhof 14 C 252/85, NJW 1986, 324, in ebendiesem Werk besonders augenscheinlich belegt: Der Werkvertrag zwischen einer Partnervermittlungsagentur und einem „schwer vermittelbaren“ Kunden, wobei für den Kunden keine passende Frau gefunden werden konnte, wurde von der deutschen Rechtssprechung folgerichtig, aufgrund einer – für die Zwecke der Findung einer Frau für den Kunden – zu kleinen Datenbank als objektiv unmöglich, und damit für nichtig erklärt. Lt österreichischer Rechtssprechung wäre, da die Findung einer passenden Frau keineswegs von einem vernünftigen Dritten als absurd zu betrachten ist, der Vertrag nur schlicht unmöglich, und damit gültig.

⁵³ So *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 128 FN 17.

*Zeitpunkt noch am Leben gewesen, wäre er gültig und der Vertrag (nach Übergabe) erst durch Wandlung auflösbar. Derartige Differenzierungen können nicht iSd Gesetzes sein.*⁵⁴

2.3.3 Auswirkungen einer anfänglichen Unmöglichkeit auf die Schadenersatzhaftung⁵⁵

2.3.3.1 Erfüllungs- oder Vertrauensinteresse?

Die Unmöglichkeit ist für den behandelten Fall vor allem aus schadenersatzrechtlichen Gründen interessant, da im Falle einer anfänglichen Unmöglichkeit nur der Vertrauensschaden anstatt des Erfüllungsschadens zu ersetzen ist. Beim Ersatz des Erfüllungsschadens ist der Gläubiger so zu stellen, als wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden, beim Vertrauensschaden, so wie er ohne das Vertrauen auf die Erfüllbarkeit des Vertrages stünde.⁵⁶

Der Grund, weshalb bei anfänglicher Unmöglichkeit nur der Vertrauensschaden zu ersetzen ist, ergibt sich aus der Kausalität: Hätte SGM die Maschine mit anderen technischen Spezifikationen angeboten, so wäre der Vertrag entweder gar nicht abgeschlossen worden oder aber über die Maschine mit den anderen, realistischeren technischen Daten. In keinem Fall stünde Plasti eine Maschine mit den konkret vereinbarten (unmöglichen) technischen Möglichkeiten zur Verfügung. Das rechtswidrige Verhalten des Werkunternehmers kann sich bei anfänglicher Unmöglichkeit nur auf die Verletzung der Aufklärungspflicht beschränken, da es keine gesetzliche Pflicht geben kann, ein unerfüllbares Leistungsversprechen zu erfüllen. Somit hat er auch nur für das Vertrauen des Bestellers bezüglich der Möglichkeit der Erfüllung des Vertragsinhaltes (welches er getäuscht hat) nicht aber für die Erfüllung (welche ohnehin in keinem Fall, auch bei ordnungsgemäßigem Verhalten des Schuldners, zustande gekommen wäre) einzustehen.⁵⁷

⁵⁴ Reischauer in Rummel, ABGB³ I § 920 Rz 18.

⁵⁵ IZm schadenersatzrechtlichen Fragen bei der anfänglichen Unmöglichkeit sind auch die Ausführungen zur Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers in 3.2 von Interesse.

⁵⁶ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 308.

⁵⁷ Lukas, JBl 1992, 13.

Es gibt in der Literatur allerdings auch Gegenpositionen dazu: So sei das Leistungsversprechen des Werkunternehmers, „*das er ohne jede Einschränkung und Bedingung abgegeben hat, und dabei wusste, dass der Ausführung des Werkes gewisse Hindernisse entgegenstehen könnten*“⁵⁸ als eine Art automatische Garantiehftung zu sehen, für die in vollem Ausmaß auf das Erfüllungsinteresse einzustehen sei. Voraussetzung sei allerdings, dass dem Schuldner erkennbar sei, dass sich dem – um das Risiko wissenden – Gläubiger das Bild einer „Leistungszusicherung“ biete. Im Falle des unwissenden Gläubigers und eines um das Risiko wissenden bzw schuldhaft nicht wissenden Schuldners, sei das unerschütterte Vertrauen des Gläubigers in die Ausführung durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses höher zu stellen, als die Interessen des Schuldners.⁵⁹

Auch *Reischauer* spricht von einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse, es sei denn, der Schuldner kann sich durch den Nachweis, dass er die konkrete Gefahr der Nichterfüllbarkeit nicht kannte und auch nicht kennen konnte, entlasten. „*Unter dem Gesichtspunkt der Kausalität von Schuldnerfehlverhalten*“ könne dem Schuldner hier grundsätzlich nicht das Erfüllungsinteresse aufgebürdet werden. Dem Schuldner sei bestenfalls das Leistungsversprechen vorwerfbar, das er abgegeben hat, obwohl er eine evtl Unmöglichkeit der Erfüllung in Betracht ziehen musste. Für den Fall, dass der Gläubiger trotz korrekter Aufklärung von Seiten des Schuldners über die Ungewissheit der Erfüllbarkeit auf die Erfüllung bestanden hätte, stünde rein nach Kausalitätsgesichtspunkten nicht einmal das Vertrauensinteresse zu. Allerdings begründet *Reischauer* die Haftung auf den Erfüllungsschaden mit der „*gesetzlich vorgegebenen*“ Gültigkeit des Vertrages, woraus grundsätzlich auch eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse resultieren müsse, solle die „*Gültigkeit des Vertrages einen Sinn haben*“. Da diese der Vertragsgültigkeit entsprechende Haftung also aus dem Gesichtspunkt der Kausalität nicht zu erlangen ist, müsse die entsprechende Haftung eine automatische Garantiehftung sein.⁶⁰

⁵⁸ F. Bydlinski in *Klang*, ABGB² IV/2, 127.

⁵⁹ F. Bydlinski in *Klang*, ABGB² IV/2, 127.

⁶⁰ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ I § 920 Rz 18a.

2.3.3.2 Garantiehaftung

Die Argumente für den Zuspruch des Erfüllungsinteresses bei anfänglicher Unmöglichkeit im Falle eines gültigen Vertrages stützen sich vor allem auf eines: Eine schlüssig abgegebene Garantieerklärung des Schuldners, die die eventuellen Bedenken des Gläubigers gegen die Erfüllbarkeit zerstreut. Diese schlüssige Garantieerklärung erfolge schon automatisch durch die Zusage des Schuldners, die Leistung zu erbringen. Deswegen soll im Folgenden ein Blick auf die Garantiehaftung geworfen werden.

Das Entstehen für das Erfüllungsinteresse im Falle einer Garantieerklärung gemäß § 880a ABGB ist nicht zu bezweifeln. Allerdings stellt sich die Frage, wann nun eine solche Garantiehaftung vorliegt. Der Garantievertrag ist ein Vertrag, *„durch den sich jemand einem anderen gegenüber verpflichtet, für den Erfolg eines Unternehmens einzustehen oder für den Schaden, der durch ein Unternehmen entsteht, aufzukommen“*.⁶¹ Dieser Vertrag kann, wie jede andere Willenserklärung auch, genauso ausdrücklich wie konkludent gem § 863 ABGB erfolgen, also *„durch Handlungen welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln übrig lassen“*. Allerdings ist sehr häufig unklar, wann eine konkludente Garantie im Sinne des § 863 ABGB vorliegt, und wann nicht.

An dieser Stelle ist es hilfreich, eine dem ABGB (zumindest vertragsrechtlich) generell immanente Maxime zu behandeln, die Vertrauens Theorie: Für die Auslegung einer Willenserklärung sei nicht der Wille des Erklärenden ausschlaggebend, sondern wie der redliche, objektive Erklärungsempfänger die Erklärung zu verstehen hatte.⁶²

Die Vertrauens Theorie versucht festzustellen, *„welche Umstände aus der Sicht des Empfängers auf welche Erklärungsbedeutung schließen lassen“*. Somit sind Umstände, *„die nur dem Erklärenden bekannt sein konnten, ebenso wie solche von denen der Empfänger wusste oder wissen musste, dass sie der Erklärende nicht kannte“*, außer Acht zu lassen.⁶³

⁶¹ OGH 4.4.1973 1 Ob 50/73.

⁶² Gschnitzer in Klang, ABGB² IV/1, 73; Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss¹³ I 144; Rummel in Rummel, ABGB³ I § 863 Rz 1; Joeinig, Unmöglichkeit 124.

⁶³ Rummel in Rummel, ABGB³ I § 863 Rz 8.

Damit wäre eine Qualifikation des Leistungsversprechens des Schuldners als schlüssige Garantieerklärung nur dann anzunehmen, wenn die Möglichkeit der anfänglichen Unerfüllbarkeit bei Vertragsabschluss beiden Vertragsteilen bekannt ist. Die *Möglichkeit* der Unerfüllbarkeit ist dabei als bloßer Zweifel zu verstehen – *rechnen* beide Vertragsparteien mit der Unerfüllbarkeit, wird wohl kaum ein Vertrag abgeschlossen werden.⁶⁴ Ist dem objektiv redlichen Empfänger einer Erklärung kein Leistungshindernis bekannt, kann schlüssig keine Garantieübernahme erreicht werden, sondern nur ein bloßes Leistungsversprechen.⁶⁵

Damit wirklich ein Verpflichtungswille des Erklärenden angenommen werden kann und andererseits auch dem Erfordernis eines Vertrauen-Dürfens des Erklärungsempfängers auf ebendiesen Willen genüge getan werde, scheint es notwendig, dass beiden Vertragspartnern auch die Zweifel an der Erfüllung des Vertrages der jeweils anderen Seite bewusst sind.⁶⁶ In genau dieser Situation müsse somit das unbedingte Leistungsversprechen abgegeben werden, um eine schlüssige Garantiehaftung zu entfalten, was vermutlich in der Praxis eher selten der Fall sein wird.⁶⁷

Ein demnach anzunehmendes, interessantes Beispiel einer konkludenten Garantieerklärung wäre der Fall eines fahrlässig nichts vom Leistungshindernis wissenden Schuldners, während der (davon wissende) Gläubiger von einem Wissen des Schuldners über das Problem ausgehen durfte.⁶⁸ Der redliche Besteller kann in diesem Fall annehmen, dass dem Unternehmer bei herkömmlicher Sorgfalt das Problem bewusst ist und er sich trotzdem darauf einlässt, dh er kann von einer schlüssig gegebenen Garantieerklärung ausgehen.

Für die Fälle der geradezu unmöglichen Leistung iSd § 878 ABGB spielt dies keine Rolle⁶⁹, da nach überwiegender Meinung⁷⁰ die ausdrücklich angeordnete

⁶⁴ Joeinig, Unmöglichkeit 125.

⁶⁵ Lukas, JBI 1992, 28.

⁶⁶ Joeinig, Unmöglichkeit 125; Lukas, JBI 1992, 28; Wilhelm, Ersatz des Erfüllungsinteresses wegen Verschulden beim Vertragsschluss? WBI 1987, 174.

⁶⁷ Lukas, JBI 1992, 28.

⁶⁸ Lukas, JBI 1992, 28.

⁶⁹ Obwohl es sich bei der Garantie um einen eigenständigen Vertrag handelt, nicht etwa um eine Nebenabrede bezüglich der Haftung auf die Leistung.

⁷⁰ AA Reischauer in Rummel, ABGB³ I § 920 ABGB Rz 18d: Die Garantieerklärung lasse unabhängig von der Gültigkeit des Leistungsversprechens haften.

Nichtigkeit dieser Verträge einen Ausschluss jeglicher Rechtsfolgen nach sich zieht.⁷¹

Nach Ansicht *Reischauers* ist von einer solchen schlüssigen Garantieerklärung hingegen schon in jedem Fall auszugehen, in dem bloß der Schuldner bei Vertragsabschluss davon wusste bzw wissen hätte müssen, dass der Erfüllung Hindernisse entgegen stehen könnten. Es handle sich hierbei um eine Form einer abgeschwächten gesetzlichen Garantiehftung, da sie durch die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gem § 1298 ABGB keine unbedingte Pflicht zum Entstehen bedeutet. Der Entlastungsbeweis ist der Beweis des Schuldners, dass er das Leistungshindernis weder kannte, noch kennen musste, wodurch in der Folge seine Haftung auf das Vertrauensinteresse eingeschränkt werden soll. Die Chance dazu ist in der Praxis relativ: selbst lt *Reischauer* gelinge sie nur in den seltensten Fällen.⁷²

Die hL und Rsp folgt wohl auch deshalb diesem Ansatz⁷³ nicht. Wird allerdings auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses optiert, wird das beinahe immer über die Annahme einer Garantieerklärung versucht, wenn auch teils auf Umwegen⁷⁴.

Eine automatische Annahme einer Garantie im Falle des Leistungsversprechens wäre – wie *F. Bydlinski* treffend ausführt – ein gewaltiger Einbruch in das sonst lückenlos auf das Verschulden abstellende Schadenersatzrecht, welcher kaum gesetzlich zu rechtfertigen wäre. Da im Falle einer nachträglichen Unmöglichkeit ein *zufälliger* Untergang zweifellos nicht vom Schuldner zu tragen ist, bringt *F. Bydlinski* das theoretische Beispiel eines Fahrzeuges, das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei einem Unfall (ohne Verschulden des Schuldners) vollkommen zerstört wird: Minuten würden hier den

⁷¹ *Joeinig*, Unmöglichkeit 126.

⁷² *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ I § 920 Rz 18a.

⁷³ Der übrigens keineswegs ausschließlich von *Reischauer* vertreten wird: vgl. *Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung 117; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 184; in älterer Zeit ist durchaus auch der Ansatz von *Rabel*, Unmöglichkeit 834, auf den sich *Reischauer* gerne beruft, in diesem Aspekt zu sehen: „Wer sich bindet, hat eben zuvor seine Fähigkeit zu prüfen, dem Gläubiger den versprochenen Erfolg zu erbringen, und stehe nachher für das Versprochene ein.“ Im Ergebnis wohl ebenfalls auf der Annahme einer Garantiezusage beruhend: OGH 15.05.1986, 7 Ob 539/86, WBI 1987, 189.

Auch das UN-Kaufrecht geht davon aus: *Karollus*, UN- Kaufrecht 215 – wobei anzumerken ist, dass das UN-Kaufrecht eine garantieartig ausgestaltete Haftung vorsieht.

⁷⁴ Treffend hierzu *Wilhelm*, WBI 1987, 174.

Unterschied zwischen Alles oder Nichts für den Schuldner ausmachen.⁷⁵ Um diese Härtefälle zu vermeiden, tritt *F. Bydlinski* also für den vorher schon erwähnten Ansatz einer auf die Erkennbarkeit einer Leistungszusicherung abstellenden, schlüssigen Garantiehafung ein, im Gegensatz zu *Reischauer*, welcher eine automatische, nur durch den Entlastungsbeweis abgeschwächte Garantiehafung, vorschlägt.

Die Rsp hingegen nimmt eine schlüssige Garantiehafung nur in sehr seltenen Fällen an. So ist selbst bei besonders günstigen, sich im Nachhinein aber als gefälscht herausstellenden Bildern, bei denen der Verkäufer ausdrücklich deren Echtheit „garantiert“ hatte, nicht zwingend eine Garantiehafung anzunehmen.⁷⁶ Der Käufer hätte in keinem Fall, selbst bei Offenlegung aller Tatsachen das Erfüllungsinteresse (in Form „echter“ Bilder) erlangt. Nur bei *„einer Zusage, die ganz eindeutig seine Bereitschaft erkennen lässt, den Käufer im Fall des Fehlens der behaupteten Eigenschaft so zu stellen, wie er bei deren Vorhandensein stünde“* sei von einer echten Garantie des Verkäufers auszugehen. Anders wäre es gewesen, *„wäre dem Veräußerer ein über das bloße Austauschinteresse hinausgehendes besonderes Interesse des Käufers am Vorliegen der zugesicherten Eigenschaften bekannt gewesen“*, was bei den konkreten Umständen auf das Vorliegen einer Garantiezusage hinweisen würde. Im konkreten Fall bestand das Interesse des Käufers hingegen – lt eigener Aussage – ausschließlich am potentiellen „Wahnsinnsgeschäft“, das er machen hätte können, wären die Bilder echt gewesen.

Für die Garantiehafung ist abschließend festzuhalten, dass die Beurteilung, ob eine (ob ausdrückliche oder schlüssige) echte Garantie und eine Zusicherung bestimmter Eigenschaften des Werkes vorliegen, von Fall zu Fall großen Unterschieden unterworfen sein wird. Hinweise auf das Vorliegen einer Garantie werden regelmäßig die *Erkennbarkeit* des evtl Leistungshindernisses für *beide* Parteien sowie – im gerade dargestellten Fall – eben auch die erkennbare Zusicherung des Werkunternehmers, dem Besteller über das bloße Vertrauensinteresse hinaus zu haften, sein.

⁷⁵ *F. Bydlinski* in *Klang*, ABGB² IV/2, 127.

⁷⁶ OGH 25.03.2003 1 Ob 41/03s, JBl 2003, 853.

2.3.3.3 Beweislast

Der Beweis für das Vorliegen aller Haftungsvoraussetzungen obliegt prinzipiell dem Kläger.⁷⁷ § 1298 ABGB regelt allerdings die sogenannte Beweislastumkehr: Im Falle der Verletzung einer vertragsgemäßen oder gesetzlichen Verbindlichkeit obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Lt hM betrifft § 1298 ABGB nur den Beweis, dass den Werkunternehmer an der Verursachung des Mangels kein Verschulden trifft. Somit wird dadurch die Beweislast des Geschädigten für den Schaden⁷⁸ an sich, den Mangel⁷⁹ oder die Kausalität⁸⁰ des Mangels für das Eintreten des Schadens nicht berührt.⁸¹ Seit der Novellierung von § 1298 ABGB⁸² ist diese Beweislastumkehr nunmehr eindeutig nur für leichtes Verschulden gültig, grobes muss vom Geschädigten bewiesen werden. Umstritten ist allerdings die Anwendbarkeit dieser Regelung nicht nur auf die gesetzlichen und vertraglichen, sondern auch auf die vertragsähnlichen Verpflichtungen, wie die Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten.⁸³

Die Anwendungen der Beweislastumkehr auf dieselben wird zT vollkommen bejaht⁸⁴, während eine andere Ansicht zwischen der Verletzung von Sorgfalts- und Erfolgspflichten unterscheidet. Dieser Ansatz lässt die Anwendung von § 1298 ABGB nur bei der Verletzung der Erfolgspflichten zu, während die Verletzung der Sorgfaltspflichten weiterhin vom Geschädigten zu beweisen ist.⁸⁵ Da die Pflichten

⁷⁷ OGH 22.04.1997, 4 Ob 76/97y (*Koziol*), JBI 1997, 587.

⁷⁸ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I Rz 16/27.

⁷⁹ OGH 13.11.2008, 8 Ob 124/08f JBI 2009, 377.

⁸⁰ OGH 15.03.2005, 5 Ob 38/05g, RdW/545; OGH 22.04.1997, 4 Ob 76/97y, JBI 1997, 585.

⁸¹ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 320; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 43; *Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JBI 1990, 815.

⁸² BGBl I 1997/6. Durch den eingefügten Satz 2 „Soweit er auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muss er auch beweisen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt“ ist dies aus einem Umkehrschluss zu interpretieren. *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar³ § 1298 Rz 5.

⁸³ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 320; *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar³ § 1298 Rz 5.

⁸⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 321; *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 73; OGH 27.02.1997, 2 Ob 79/94, JBI 1997, 392; OGH 02.09.1999, 2 Ob 300/97z, JBI 2000, 251; OHG 12.07.1994 4 Ob 545, 546/94 RdW 1994, 348.

⁸⁵ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ II § 1298 Rz 2 ff.; *Reischauer*, Neuere Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, JBI 1998, 478; *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast, JBI 1994, 65.

des Werkunternehmers grundsätzlich als erfolgsbezogen⁸⁶ zu sehen sind, verschiebt sich auch bei dieser Unterscheidung zwischen Sorgfalts- und Erfolgspflichten bei Werkverträgen die Beweislast zum Werkunternehmer – was diesen Richtungsstreit für die Zwecke dieser Arbeit in den Hintergrund treten lässt⁸⁷. Die völlige Verweigerung einer Beweislastumkehr auf vertragsähnliche Verpflichtungen wird mW nur von *Joeinig*⁸⁸ vertreten, und von dieser selbst als „kein befriedigendes Ergebnis“ qualifiziert.

2.3.3.4 Ausmaß des zu ersetzenden Schadens

Wie schon erwähnt, ist beim Vertrauensschaden der Schaden, der dadurch entstanden ist, dass der Gläubiger auf die Erfüllbarkeit des Vertrages *vertraut* hat⁸⁹ zu ersetzen. Typische Fälle werden etwa Kosten und Spesen für die Vertragserrichtung, Reisekosten, Kosten für die Vorbereitung der eigenen Leistung bzw Vorbereitungen zur Verwendung des Werkstückes, wie die Anmietung eines Lagerraumes oder die Errichtung eines Fundaments für die erwartete Maschine⁹⁰ sein. Beim Unternehmergeschäft kommt hierzu gem § 349 UGB auch der

⁸⁶ *Reischauer*, JBl 1998, 478; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ VI § 1298 ABGB Rz 7 und 11.

⁸⁷ Trotzdem sei hier erwähnt, dass sich die Rsp uneinheitlich verhält, siehe OGH 15.2.1990, 8 Ob 700/89, JBl 1990, 723, überwiegend aber von ersterer Meinung ausgehen dürfte; OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92, <http://www.lexisnexis.com> (9.8.2010); OGH 06.09.2000, 9 Ob 139/00g, *Ecolex* 2001/72, 201; OGH 19.05.1983, 8 Ob 26/83, ZVR 1984/140, 148. Auch über die nicht damit zu verwechselnde Frage, wer die objektive Sorgfaltswidrigkeit (als Haftungsgrundlage der Rechtswidrigkeit, somit wie weit das „Verschulden“ aus § 1298 ABGB zu fassen ist) zu beweisen hat, ist die Lehre in zwei Lager gespalten (Für eine Beweislastumkehr auch dazu ua: *Koziol*, *Haftpflchtrecht*³ I Rz 16/28; *Karollus*, *Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung*, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 132 f; Dagegen: zB *Binder*, *Zur Beweislast bei Vertragsverletzung*, JBl 1990, 815; *Koziol/Welser*, *Grundriss*¹³ II 321); so schreibt zB ein Verfechter der Nichtanwendung der Beweislastumkehr auf die Rechtswidrigkeit, *Welser*, die Pflichtwidrigkeit sei schon dann eingetreten, die Nichterfüllung eines geschuldeten Werkes ergebe schon automatisch auch die Rechtswidrigkeit. *Welser*, *Schadenersatz* 73.

⁸⁸ *Joeinig*, *Unmöglichkeit* 272.

⁸⁹ Treffender, aber sperriger: „Jener Nachteil, der durch das rechtswidrige Erwecken des Vertrauens auf das Zustandekommen oder die Erfüllbarkeit eines Vertrages ausgelöst wird.“ *Schobel*, *Kausalität contra Begrifflichkeit*, RdW 1999, 325; das reine Abstellen auf das Vertrauen sei zu weit gefasst, da *jede Verletzung einer Leistungspflicht auch unter dem Aspekt einer Enttäuschung des Vertrauens auf die ordentliche Erfüllung gesehen werden könne*.

⁹⁰ *Welser*, *Vertretung ohne Vollmacht* 129.

entgangene Gewinn.⁹¹ In der Praxis kommt diesem Hinzufügen des entgangenen Gewinnes zur Schadenersatzverpflichtung keine herausragende Bedeutung zu, da die Rsp dazu tendiert, entgangene künftige Erwerbschancen großzügig dem Erfüllungsinteresse hinzuzuzählen.⁹²

Die Berechnung des Schadens kann bei Vorhandensein eines Ersatzgeschäftes (entgangener Gewinn) konkret- subjektiv erfolgen, bei Vorliegen eines Börsen- oder Marktpreises abstrakt.⁹³

Speziell für letzteren Fall ist von Wichtigkeit, dass die hM von einer Höchstgrenze des Vertrauensinteresses mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse ausgeht.⁹⁴ Diese Meinung beruft sich zum Großteil auf *Welser*, welcher das ansonsten unbillige Ergebnis anhand eines Beispiels auch sehr schlüssig erläutert: A kauft von B eine Sache mit einem Wert von 110 um 100, wenig später bekäme A dieselbe Sache aber sogar geschenkt, was er aber im Glauben, er habe schon einen gültigen Vertrag abgeschlossen ablehnt. Streng nach Definition wäre nun bei einer Unmöglichkeit des Vertrages der Vertrauensschaden ganze 110, während das Erfüllungsinteresse bloß die 10 betragen würde, die die Sache mehr wert war, als seine Gegenleistung.⁹⁵ Ähnlich verhält es sich auch, wenn der Gläubiger ein ungünstiges Geschäft abgeschlossen hätte, wenn er also im Falle der Erfüllung einen Verlust gemacht hätte. Auch hier wird das Vertrauensinteresse höher als das Erfüllungsinteresse sein, weswegen eine „Beschränkung“ der Haftung auf das Vertrauensinteresse eine Bestrafung für den Schädiger darstellen würde, existierte diese Obergrenze nicht.

⁹¹ Die Abgrenzung zwischen herkömmlichem Mangelschaden und entgangenem Gewinn ist eine sehr umkämpfte, macht doch das ABGB den Ersatz des entgangenen Gewinnes vom Ausmaß des Verschuldens des Schädigers abhängig, womit also bei grober Fahrlässigkeit auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist, während bei leichter dies nicht der Fall ist, während das UGB hier keinen Unterschied macht. Diese Unterscheidung ist den meisten anderen europäischen Rechtssystemen fremd und steht auch in Österreich auf der Kippe. (*Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch. § 349 UGB).

⁹² *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1293 Rz 8.

⁹³ OGH 31.01.1991, 8 Ob 514/90 RdW 1991, 231; *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 185; *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 352.

⁹⁴ Im BGB so geregelt, aber auch für Österreich geht mit *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 878 Rz 11; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ I § 878 Rz 6; *Rabl*, Schadenersatz wegen Nichterfüllung 5; *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 141; *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I 38; die herrschende Meinung davon aus. AA *Harrer* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ VI § 1293 Rz 19.

⁹⁵ *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 288.

Die Haftung kann natürlich nicht dazu da sein, dem Gläubiger das Risiko seiner Geschäfte abzunehmen. Der Gläubiger hat sich im Beispielfall durch seinen eigenen Willen, das erste Geschäft abzuschließen, dem allfälligen besseren Geschäft entzogen.⁹⁶ Das Instrument des Vertrauensschadens kann immer nur dann greifen, wenn jemand in seiner Entschlussfreiheit beeinträchtigt war, weswegen diese Obergrenze auch nicht gültig ist, wenn die Schäden nicht auf der freien Disposition des Geschädigten beruhen.⁹⁷

Dieser in den meisten Fällen schwierige Beweis, dass das hypothetische Erfüllungsinteresse geringer ausfiele als das Vertrauensinteresse, obliegt dem Schädiger.⁹⁸ Dies bedeutet eine Erschwernis der Beweissituation für den Schädiger im Vergleich zum Erfüllungsschaden, da in der Regel getätigte Aufwendungen leichter nachzuweisen sind, als der Schaden aus der unterlassenen Erfüllung vom Geschädigten.⁹⁹

Scharf vom Vertrauensschaden abzugrenzen sind die in Kapitel 2.2.1 schon erwähnten Sowiesokosten, jene Kosten die der Besteller auch zu tragen gehabt hätte, hätte der Werkunternehmer nie schadensursächlich gehandelt.¹⁰⁰

Alles in Allem ist hierzu festzustellen, dass für ein Unternehmergeschäft aufgrund der weiten Auslegung des Vertrauensschadens derselbe in der Praxis oft nicht mehr weit unter dem Erfüllungsinteresse liegen wird.

2.3.3.5 Kulpakompensation?

Eine Besonderheit zur Frage des Schadenersatzes beinhaltet die Regelung in § 878 S 3 ABGB: *„Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.“* Diese sogenannte Kulpakompensation sanktioniert ein Mitverschulden des Geschädigten mit dem völligen Entfall des Schadenersatzes. Dies steht in

⁹⁶ Welser, ÖJZ 1973, 288.

⁹⁷ Koziol, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, RdW 1993, 354.

⁹⁸ Koziol, Haftpflichtrecht³ I Rz 2/101.

⁹⁹ Joeinig, Unmöglichkeit 258.

¹⁰⁰ Rebhahn in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1165 Rz 37.

Kontrast zu § 1304 ABGB: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig.“¹⁰¹

Das Ergebnis ist – nicht ganz überraschend – eine Meinungsverschiedenheit in der Lehre über die Interpretation dieser Norm. Vielfach wird § 878 Satz 3 ABGB als systemwidrig empfunden.¹⁰² Ein Lösungsansatz bedient sich der historischen Interpretation, derzufolge der Gesetzgeber mit dem Einfügen dieses Satzes im Zuge der 3. Teilnovelle des ABGB keine materielle Änderung der verhältnismäßigen Schadenteilung bezwecken wollte.¹⁰³ Der Begriff „Schaden“ in § 878 Satz 3 ABGB sei als „Gesamtschaden“ zu interpretieren¹⁰⁴, womit kein Widerspruch mehr zu § 1304 ABGB bestünde. Tatsächlich wäre bei Mitschuld des anderen Teils nicht der gesamte Schaden zu ersetzen (sondern eben nur ein Teil davon).

Eine andere Richtung nimmt, basierend auf der Auslegung der Wendung „wenn für diesen nicht dasselbe gilt“ eine Schadenersatzhaftung nur an, wenn das Verschulden nicht „gleichgradig“ ist, im Sinne eines Vorliegens von grober Fahrlässigkeit auf der einen Seite und leichter Fahrlässigkeit oder Vorsatz auf der anderen. Dann wird § 878 Satz 3 ABGB als Anordnung des Entfalles von Aufklärungspflichten, soweit der andere Teil die Unmöglichkeit ebenso gut erkennen konnte¹⁰⁵, verstanden. Ist die Gefahr für den Besteller ebenso erkennbar, trifft dieser Entfall von Aufklärungspflichten allerdings ohnehin zu, womit auch diese Form der Interpretation § 878 Satz 3 ABGB in höchstmöglichem Maße restriktiv einschränkt. Die Rsp¹⁰⁶ schließt sich letzterer Sichtweise in diesen – zugegebenermaßen seltenen – Fällen an.

¹⁰¹ Joeinig, Unmöglichkeit 223.

¹⁰² Kerschner, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft 118.

¹⁰³ Kerschner, Irrtumsanfechtung 118.

¹⁰⁴ Kerschner, Irrtumsanfechtung 118; Lukas, JBl 1992, 22; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 878 Rz 13.

¹⁰⁵ Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss¹³ I 172; Rummel in Rummel, ABGB³ I § 878 Rz 6; OGH 21.02.1985, 7 Ob 538/84 (Wilhelm), JBl 1986, 180.

¹⁰⁶ OGH 10.06.1997, 4 Ob 127/97y, EvBl 1997/186; OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77, EvBl 1978/87.

2.3.3.6 Zusammenfassung

Trotz bedeutender Stimmen, welche mit der Gültigkeit eines Vertrages über schlicht anfänglich unmögliche Leistungsinhalte auch einen Zuspruch des Erfüllungsinteresses korrespondieren lassen wollen, gehen sowohl die Rsp als auch die hM lediglich von einem Ersatz des Vertrauensinteresses aus. Eine Forderung nach einer Haftung auf den Erfüllungsschaden muss mangels Kausalität ins Leere gehen, mit der wichtigen Ausnahme der Existenz einer Garantie. Die Annahme einer schlüssig erteilten Garantie erfolgt von der Rsp nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen.

Die Rsp verfolgt mit dem Zuspruch des Vertrauensinteresses trotz der bejahten Gültigkeit des Vertrages bei schlichter anfänglicher Unmöglichkeit offensichtlich einen Kompromiss beider Seiten, welcher in seiner Ausführung etwas seltsam wirken mag, in seinem Ergebnis aber auch mE zufriedenstellend ist. „Zu billig“ kommt der Werkunternehmer ohnehin nicht davon.

Anzumerken ist, dass als Referenz für die Gültigkeit des Vertrages immer wieder die Argumentation *Rabels* angeführt wird, in der Folge aber gerade dieser den Ersatz des Erfüllungsinteresses propagiert. So wurde also das Mittel übernommen, der damit gewollte Zweck aber nicht.¹⁰⁷

Auch die Abgrenzung des Begriffes der schlichten Unmöglichkeit sorgt durchaus für Diskussionsstoff. Nicht schlicht, sondern geradezu unmöglich ist nach der gängigen Rsp neben dem faktisch Unmöglichen, das bewusst sehr absurd gehalten wird, auch das rechtlich Unmögliche. Im Zusammenhang mit geradezu unmöglichen Leistungen werden also die rechtlich unmöglichen Leistungen in ihren Folgen dem faktisch Absurden gleichgestellt. So versteht die Rsp unter einer geradezu unmöglichen Leistung sowohl die „Beschwörung von Regen mit Hilfe eines Tanzes“, als auch das „gemeinsame Eigentum eines unverheirateten Paares an einer Eigentumswohnung“. Letzteres stellt wohl nur für den Juristen ein ähnlich „offenbar“ unmögliches Versprechen dar. Bei *Rabel*¹⁰⁸ ist zur Definition des Absurden von „versprochenen Leistungen welche von jedem verständig die Sachlage würdigenden, aber die konkrete Sachlage nicht besser als beide Parteien kennenden

¹⁰⁷ OGH 13.12.1994, 5 Ob 138/94, JBl 1995, 789 (Lukas).

¹⁰⁸ *Rabel*, Unmöglichkeit 831.

Dritten als unmöglich erkannt worden wäre“ die Rede, was mE klar weiter als die stets vollkommen absurd gehaltenen Lehrbuch-Beispiele des Hypozentaurus oder des Gesundbetens zu fassen ist.

2.3.4 Auswirkungen der anfänglichen Unmöglichkeit auf die Gewährleistung

Ist die Leistung anfänglich unmöglich zu erbringen, kommen die primären Gewährleistungsbehelfe der Verbesserung¹⁰⁹ und des Austausches naturgemäß nicht zum Zug, es besteht sofort die Möglichkeit der Wandlung bzw der Preisminderung. Erstere steht wiederum nur zu, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt (§ 932 Abs. 4 ABGB). Die Frage nach dem Vorliegen des noch relativ jungen Begriffs des geringfügigen Mangels¹¹⁰ wird uneinheitlich beantwortet. Eine allgemein anerkannte Mindestanforderung für das Verneinen eines geringfügigen Mangels ist die Prüfung, ob der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, wäre der Mangel dem Besteller bekannt gewesen. Diese Mindestanforderung ergibt sich schon dadurch, dass es unmöglich sachgerecht sein kann, jemandem das Wandlungsrecht zuzusprechen, der auch mit einer Preisminderung zufrieden gewesen wäre.¹¹¹ Nach ständiger Rsp wird das Vorliegen eines geringfügigen Mangel jedenfalls dann verneint, wenn eine Eigenschaft fehlt, auf deren Vorhandensein der Besteller für den Werkunternehmer erkennbar besonderen Wert gelegt hat.¹¹² Dies weist für den behandelten Fall auf das Vorhandensein eines nicht-geringfügigen Mangels hin.

¹⁰⁹ Vor allem der Gewährleistungsbehelf der Verbesserung (bzw deren Versuch) ist besonders beim Werkvertrag Gegenstand heftiger Kontroversen, bei anfänglicher *Unmöglichkeit* ist diese aber per definitionem ausgeschlossen. Zur Konstellation eines misslungenen Verbesserungsversuches sei erwähnt, dass die Gewährleistungsfrist nochmals zu laufen beginnt, und überdies danach ein Anspruch auf Wandlung besteht. (P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar³ § 933 Rz 9; Kriegner, Fragen des schadenersatzrechtlichen Verbesserungsanspruchs gem § 933a ABGB, RdW 2009, 451).

¹¹⁰ Ersetzt erst seit dem GewRÄG 2001 den Begriff des unwesentlichen Mangels.

¹¹¹ Kletečka, Gewährleistung neu § 932 Rz 19; Ofner in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ IV § 932 Rz 80 bis 84 zu einem kurzen Überblick über die verschiedenen Definitionen der Geringfügigkeit.

¹¹² OGH 27.11.2007, 10 Ob 108/07s; OGH 4.7.2007, 2 Ob 95/06v; OGH 15.2.2006, 7 Ob 239/05f; jeweils www.lexisnexis.com (30.07.2010).

Ein Gewährleistungsanspruch kommt idR erst dann in Frage, wenn der Besteller das Werk als Erfüllung übernommen hat,¹¹³ zuvor greift regelmäßig das Instrument des Verzuges. Der Besteller hat zwischen den Rechten aus Gewährleistung und Schadenersatz freie Wahl, sofern das für den Schadenersatz erforderliche Verschulden vorliegt, wobei diese Konkurrenz natürlich zu keiner Bereicherung des Bestellers führen darf. Der gewährleistungsrechtliche Vorrang der Verbesserung gegenüber der Wandlung harmonisiert mit dem Vorzug der Naturalrestitution im Schadenersatzrecht.¹¹⁴

Die Verjährungsfrist liegt für bewegliche Sachen nunmehr bei zwei Jahren und beginnt mit der vollständigen Ablieferung (also der physischen Übergabe) zu laufen. Darin liegt einer der wichtigsten Gründe für die Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz.¹¹⁵ Beim Schadenersatz verjähren die Ansprüche innerhalb von 3 Jahren ab *Kenntnis desselben* bzw spätestens (absolut) 30 Jahre nach der Übergabe.¹¹⁶ Nach dem Gewährleistungsrecht wird ein Vorhandensein des Mangels schon bei Übergabe¹¹⁷ vermutet, sofern dieser innerhalb der ersten sechs Monate nach der Übergabe auftaucht. Die Frist für den Lauf der 6 Monate beginnt laut hM¹¹⁸ mit dem Gefahrenübergang und nicht mit der physischen Übergabe zu laufen. Der Grund für diese gesetzliche Beweislastumkehr ist darin zu sehen, dass ein so zeitnahes Auftreten eines Mangels zumeist auf die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Sache schließen lässt oder auf Fehler im Umgang mit dem Vertragsgegenstand vor bzw bei Übergabe zurückzuführen sein wird.¹¹⁹ Wesentliches Merkmal der Gewährleistung ist darüber hinaus das verschuldensunabhängige Entstehenmüssen für bestimmte Mängel, während beim Schadenersatz das Verschulden zwingendes Tatbestandsmerkmal ist.

¹¹³ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 66; die Frage der Übernahme wird sogleich in einem eigenen Kapitel zu behandeln sein.

¹¹⁴ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 88.

¹¹⁵ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 80; Welser/Jud, Gewährleistung § 933 Rz 4.

¹¹⁶ Kriegner, Fragen des schadenersatzrechtlichen Verbesserungsanspruchs gem § 933a ABGB, RdW 2009, 451: „Mit anderen Worten kann gesagt werden, dass aufgrund des Verschuldens der Erfüllungsanspruch des Werkbestellers prolongiert wird.“

¹¹⁷ Der Übergeber haftet nicht für Mängel, welche bei der Übergabe noch nicht bestanden haben; Welser/Jud, Gewährleistung § 924 Rz 3 ff.

¹¹⁸ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 77; Welser/Jud, Gewährleistung § 924 Rz 5; aA: Kletečka, Gewährleistung neu § 933 Rz 5.

¹¹⁹ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 77.

Im behandelten Fall wird es kein Problem für den Werkbesteller sein, das Vorhandensein des Mangels an sich zum Zeitpunkt der Übergabe zu beweisen – sofern eine solche im vorliegenden Fall überhaupt stattgefunden hat.

2.3.5 Anwendung auf den Fall

Als Schuldinhalt ist im vorliegenden Fall eine funktionierende, mit den oben erwähnten Leistungseigenschaften ausgestattete Maschine anzusehen. Die vertraglich vereinbarten Leistungseigenschaften sind aber mit dem geschuldeten Erfolg, einer funktionierenden Maschine unvereinbar. Es liegt anfängliche Unmöglichkeit vor, auch der nordamerikanische Konkurrent war nicht in der Lage, die Herstellung des Flaschenhalses mit einem Grat unter 0,05 mm zu übernehmen. Die Verbesserung war von Anfang an unmöglich, da der Mangel anfänglich unbehebbar war. Dies wäre sogar schon dann der Fall, wenn die Mängelbehebung auch nur über das vertraglich geschuldete hinausgehen würde.¹²⁰ Nach dem misslungenen – eben anfänglich unmöglichem – Verbesserungsversuch kann Plasti sofort den sekundären Behelf der Wandlung in Anspruch nehmen.¹²¹

Im Falle einer Wandlung – im Gegensatz zur Verbesserung – steht dem Werkunternehmer ein Benützungsentgelt für die Nutzung zu und zwar in Höhe des subjektiven Gebrauchsnutzens.¹²² Zur Feststellung dieses Gebrauchsnutzens kann am ehesten auf die Wertminderung einer vergleichbaren Sache in diesem Zeitraum durch gebrauchsbedingte Abnutzung abgestellt werden. Ermittelt wird diese Wertminderung durch die Differenz der Kosten eines fiktiven Kaufes zu Beginn und eines fiktiven Wiederverkaufes zu Ende der Nutzung. Dazu ist die mit der erstmaligen Inbetriebnahme einer neu gekauften Maschine verbundene Wertschmälerung nicht

¹²⁰ So zB in 6 Ob 134/08m: Ein fünf Jahre alter Gebrauchtwagen muss nicht durch den Austausch des alten Motors durch einen neuen „verbessert“ werden. *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 932 Rz 6.

¹²¹ OGH 13.07.2007, 6 Ob 143/07h; OGH 28.09.2005, 7 Ob 194/05p; OGH 15.02.2006, 7 Ob 239/05f; jeweils www.lexisnexus.at (15.08.2010).

¹²² *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 932 Rz 4; OGH 21.01.2009, 3 Ob 248/08d; OGH 01.07.2003, 1 Ob 214/02f; jeweils www.lexisnexus.at (15.08.2010).

hinzu zu zählen.¹²³ Die Verwendung des ortsüblichen Mietzinses zur Feststellung des Gebrauchsnutzens wird von der überwiegenden Rsp abgelehnt.¹²⁴

Der Vertrag ist unter Bezugnahme auf die herrschende Rsp zur Frage der anfänglichen Unmöglichkeit rechtswirksam zustande gekommen. Es wird aus dem Vertragswortlaut zu prüfen sein, ob uU eine echte Garantie vorliegt, in deren Fall doch das Erfüllungsinteresse fällig wäre. In Anlehnung an die vorangegangenen Ausführungen zur Garantiehafung in 2.3.3.2 ist anzunehmen, dass diese in unserem Falle nicht vorliegt, somit lediglich das Vertrauensinteresse zu ersetzen ist.

Genauere Eingrenzungen – inwiefern eine Garantiezusage des Werkunternehmers anzunehmen ist – wären von der Rsp wünschenswert. Als Leitlinie für die sichere Zusage einer Garantie gilt aber in jedem Fall die Zusage eines Lieferanten, er stehe über die herkömmliche Haftung hinaus für das Eintreten des Erfolges ein.

Das Versäumnis der Mängelrüge, deren verpflichtende Vornahme seit dem Inkrafttreten des UGB auch für Werkverträge außer Streit steht, hätte die sog Genehmigungsfiktion zur Folge, wodurch sowohl Irrtums- als auch Gewährleistungsansprüche sowie Schadenersatzansprüche wegen Mangelschäden entfallen.¹²⁵ Dies trifft laut Sachverhalt im gegenständlich Fall allerdings nicht zu. Im Übrigen hat SGM mit dem Reparaturversuch konkludent das Vorliegen eines Mangels bestätigt und bestreitet Plasti überhaupt das Vorliegen einer Abnahme, womit Plasti auch von der Pflicht zur Mängelrüge befreit wäre.

¹²³ Kolmasch in Schwimann, ABGB-TaKomm § 932 Rz 24; OGH 21.01.2009, 3 Ob 248/08d; OGH 27.09.2005, 1 Ob 110/05s; OGH 27.05.2004, 6 Ob 76/04a; OGH 14.06.1995, 3 Ob 550/95; jeweils www.lexisnexis.at (15.08.2010).

¹²⁴ OGH 01.07.2003, 1 Ob 214/02f, www.lexisnexis.at (15.08.2010).

¹²⁵ Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 377 Rz 8 ff.

2.4 Bedeutung und Rechtsfolgen der Abnahme

2.4.1 Allgemeines

Mit der Abnahme¹²⁶ – dem Übergehen des Werkes in den Verfügungsbereich des Bestellers – geht die Preisgefahr auf eben diesen über. Ist dies aus physikalischen Gründen (wie bei den in der Regel am Standort des Bestellers zusammenzubauenden Maschinen des Unternehmens SGM) nicht möglich, so gilt es zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt nach der Übung des redlichen Verkehrs der Besteller das Werk in seinen Machtbereich übernommen hat.¹²⁷

Dieser herkömmliche Übergang der Preisgefahr auf den Besteller kennt zwei wichtige Ausnahmen: einerseits den Annahmeverzug des Bestellers gem § 1419 ABGB, bei dem das Risiko auch ohne Abnahme auf den Besteller übergeht, andererseits den Untergang des Werkstückes durch Umstände in der Sphäre des Bestellers gem § 1168 ABGB.¹²⁸ Die Sphärenzuordnung nach § 1168 ABGB wird im Kapitel 3.2 noch genauer untersucht.

Mit der Abnahme des Werkstückes soll der Besteller auf Behelfe der Schlechterfüllung beschränkt sein, während jene der Nichterfüllung nach § 918 ABGB nicht mehr geltend gemacht werden können.¹²⁹ Die mit der Abnahme automatisch entfallende Möglichkeit der Anwendung der Verzugsbehelfe hat allerdings auch Kritiker. So könne lt *F.Bydlinski* der Erfüllungsanspruch nicht einfach dadurch erlöschen, dass „*sich der Werkbesteller schlechte Ware hat andrehen lassen*“.¹³⁰ Die bei Schlechterfüllung zustehenden Gewährleistungsrechte sollten dementsprechend auch alle Erfüllungsansprüche beinhalten, allerdings unter Aufrechterhaltung der kurzen Fristen des § 918 ABGB.

¹²⁶ In der Lehre wird für Werke generell der Begriff „Übernahme“ verwendet (in § 1168a ABGB und § 1048 ABGB allerdings wieder „Übergabe“), womit lt *Feil*, Werkvertrag 78, die Notwendigkeit der Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag hervor gehoben sein soll; für Anlagen – in der Praxis - aber meist „Abnahme“, so auch hier in der Folge.

¹²⁷ *Rebhahn/Kietzbl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168a Rz 8.

¹²⁸ *Rebhahn/Kietzbl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168a Rz 11.

¹²⁹ *Kurschel*, Gewährleistung 126.

¹³⁰ *F. Bydlinski* in *Klang*, ABGB² IV/2, 151 ff.

Sowohl *Gschnitzer*¹³¹ als auch – in jüngerer Zeit – *Reischauer*¹³² möchten ein Wahlrecht zwischen den beiden Rechtsmitteln für den Besteller verwirklicht sehen. Vor allem *Reischauer* stützt sich auf das Argument, die Sachübernahme könne nicht das eigentliche Kriterium für den Übergang zu den Gewährleistungsansprüchen sein, da §923 ABGB auch die nicht vorhandene Sache zu den Fällen der Gewährleistung zählt und eine solche überhaupt nicht übergeben werden könne. Dieses vorgeschlagene Wahlrecht wird allerdings in der Lehre oftmals kritisch gesehen, da es den Gesetzeszweck der Gewährleistung vollkommen unterlaufen würde. Dieser Gesetzeszweck ist zu einem Großteil in den kurzen Fristen des Gewährleistungsrechts zu sehen.¹³³

Der Besteller kann die Abnahme entweder verweigern, wodurch es zum Verzug kommt, oder eben annehmen und in weiterer Folge beanstanden, was wiederum die dargestellten Konsequenzen der Schlechterfüllung nach sich zieht. Eine weitere Möglichkeit ist die Abnahme unter Vorbehalt.¹³⁴

Auch ohne die Annahme einer Abnahme unter Vorbehalt wird übrigens ein angemessener Zeitraum zur Überprüfung des Werks eingeräumt, innerhalb dessen noch eine „unverzügliche“ Zurückweisung stattfinden kann.¹³⁵

Bei unternehmensbezogenen Geschäften gelten die §§ 377 und 378 UGB bezüglich der Mängelrüge. Dabei wird unter Berufung auf die Dispositionssicherheit des unternehmerisch tätigen Verkäufers die Verpflichtung des Käufers geregelt, binnen angemessener Frist Mängelrüge zu erheben. Unterlässt er diese, so verliert er die Ansprüche auf Schadenersatz, Gewährleistung und aus einem Irrtum über die Mangelfreiheit der Sache.¹³⁶ Die Untersuchung der Leistung hat in angemessener Frist, aber auch sachgerecht, „*dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang*“ (§ 377 UGB) entsprechend zu erfolgen. Das Interesse des Verkäufers, sich nicht längere Zeit nach der Ablieferung schwer zu überprüfenden Gewährleistungsansprüchen des Käufers ausgesetzt zu sehen und das Interesse des Käufers, zu keinen unzumutbaren

¹³¹ *Gschnitzer in Klang*, ABGB² IV/1, 451f.

¹³² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ I vor §§ 918 – 933 Rz 9.

¹³³ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 66.

¹³⁴ *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 5.

¹³⁵ *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 7, gibt hier das Beispiel eines Mangels bei einer Montage, wobei die Beanstandung noch nach 3 Tagen unverzüglich anerkannt wurde.

¹³⁶ *Kramer/Martini in Straube Kommentar zum UGB*⁴ §§ 377, 378 Rz 1.

Überprüfungen verpflichtet zu sein, müssen gegenseitig abgewogen werden.¹³⁷ Grundsätzlich führt schon eine geringe Nachlässigkeit bei der Prüfung zu einem Entfall der soeben angeführten Ansprüche. Auch hat der Käufer prinzipiell seinen Geschäftsbetrieb so zu organisieren, dass er den Untersuchungspflichten nachkommen kann. Beim Kauf einer Maschine entspricht diese Überprüfung im Allgemeinen der Herstellung von Stichproben unter ähnlichen Bedingungen wie bei der Serienproduktion, wobei hierzu uU ein längerer Zeitraum zur Beobachtung eingeräumt wird.¹³⁸

2.4.2 Zeitpunkt der Abnahme

Das Werk gilt als abgenommen, wenn es in den Verfügungsbereich des Bestellers gelangt ist. Sofern eine körperliche Übergabe möglich ist, ist der Zeitpunkt dieser körperlichen Übergabe für den Zeitpunkt der Abnahme bestimmend,¹³⁹ da in diesem Fall auch eine Verweigerung der Werkleistung möglich ist.¹⁴⁰

Der naturgemäß problematischere Fall des Fehlens bzw der Unmöglichkeit einer körperlichen Übergabe tritt ein, wenn etwa die Herstellung des Werkes ohnehin im Verfügungsbereich des Bestellers erfolgt. Hierbei bedarf es sowohl einer (ausdrücklichen oder schlüssigen) Erklärung des Werkunternehmers, dass das Werk vollendet sei, als auch einer (ausdrücklichen oder schlüssigen) Erklärung des Bestellers, dass er das gebotene Werk als Erfüllung des Werkvertrages zur Kenntnis nimmt.¹⁴¹

Als schlüssige Kenntnisnahme gilt lt Rsp die Bezahlung des vereinbarten Entgeltes (oder schon deren bloße Zusage), die bestimmungsgemäße Benützung des Werkes (dies ist allerdings eine heikle Interpretationsfrage) oder die Besichtigung des Werkes ohne Verweigerung der Übernahme innerhalb angemessener Frist.¹⁴²

¹³⁷ Kramer/Martini in *Straube* Kommentar zum UGB⁴ §§ 377, 378 Rz 36.

¹³⁸ OGH 16. 12. 1986, 1 Ob 694/86, <http://www.lexisnexis.com> (7.2.2011).

¹³⁹ OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a; RdW 1997, 449; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a 10.

¹⁴⁰ *Rebhahn/Kietzbl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 5.

¹⁴¹ OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a; RdW 1997, 449; *Adler/Höller* in *Klang*, ABGB² V 407.

¹⁴² OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; JBl 1996, 394.

Durch eine derartige Abnahme, zB durch Nutzung, wird sogar von einer Abbedingung vertraglich vereinbarter Abnahmeformalitäten ausgegangen.¹⁴³

2.4.3 Abnahme unter Vorbehalt

Bei einer Abnahme unter Vorbehalt ist zwischen einer „Abnahme unter Vorbehalt zur Prüfung“ und einer „Abnahme unter Vorbehalt der Verbesserung“ zu unterscheiden. Die erste Variante ist gegeben, wenn eine sofortige Überprüfung der Werkleistung für den Besteller nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Für das Vorliegen der zweiten Variante ist es Voraussetzung, auf einen bestimmten konkreten Mangel hinzuweisen. Der vorausgesetzte Hinweis auf den konkreten Mangel ist insofern notwendig, als das Ausreichen genereller und undifferenzierter Äußerungen („ich behalte mir Erfüllungsansprüche vor“) zu einem aus Sicht des Werkunternehmers äußerst unbilligen Ergebnis führen würde: der Besteller würde zunächst in den Besitz des Werkes gelangen und sich zudem die Geltendmachung des Erfüllungsanspruches innerhalb der dreißigjährigen Frist – anstelle der kurzen Gewährleistungsfristen – sichern.¹⁴⁴ In beiden zulässigen Fällen der Abnahme unter Vorbehalt wird der Übergang der Nichterfüllungs- zu denen der Schlechterfüllungsrechtsfolgen verhindert¹⁴⁵.

Wird von einer Abnahme unter Vorbehalt ausgegangen, kann der Besteller nach dieser Abnahme noch so zurückweisen, als hätte er dies unverzüglich getan.¹⁴⁶ Der Umstand, dass sich der Werkgegenstand bereits in der Verfügungsgewalt des Bestellers befindet, reicht in diesem Falle nicht mehr aus, um zu erfüllen. Daran ändert auch eine eventuelle Benützung desselben regelmäßig nichts, sofern diese nur mit unverhältnismäßigen Mitteln zu vermeiden ist.¹⁴⁷

¹⁴³ OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; JBI 1996, 394. Hier war als Abnahmeformalität die Fertigung eines Übernahmeprotokolls vereinbart, welche durch Nutzung als schlüssig abbedungen betrachtet wurde.

¹⁴⁴ Kurschel, Gewährleistung 135.

¹⁴⁵ Rebhahn/Kietzbl in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 6.

¹⁴⁶ Rebhahn/Kietzbl in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1167 Rz 6.

¹⁴⁷ M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar³ § 1168a Rz 4; nennt hier als Beispiel den Einzug in ein unfertiges Haus, nach Aufgabe der alten Wohnung. Bei OGH 27.05.1986, 2 Ob 544, JBI 1987, 109 wiederum wird der Fall eines unzumutbaren Hotelzimmers, welches aufgrund dringenden Bedarfs benutzt wird, vom OGH in Blickrichtung der Gewährleistung und nicht unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung beurteilt. Es wird also von einer Abnahme ausgegangen, da es dem Hotelgast zuzumuten gewesen wäre, sich ein anderes Hotelzimmer zu suchen.

2.4.4 Anwendung auf den Fall

Da eine längere Montage im Werk des Bestellers vorliegt, ist ein Abstellen auf eine körperliche Übergabe nicht möglich. Eine Abnahme tritt insofern mit der Erklärung des Bestellers einerseits, dass er das gebotene Werk des Werkunternehmers als Erfüllung zur Kenntnis nimmt, und der Erklärung des Werkunternehmers andererseits, dass das Werk vollendet sei, ein.

Plasti möchte im gegenständlichen Fall vom Vertrag zurücktreten und argumentiert folglich dahingehend, dass eine Abnahme gar nie stattgefunden hat. Ist dem tatsächlich so, wird Plasti mit dem Rücktritt infolge Verzugs wohl Erfolg haben. Unter den Umständen der Ersichtlichkeit, dass SGM offensichtlich nicht mehr in der Lage sein würde, die Erfüllung innerhalb angemessener Frist nachzuholen, bestand auf Seiten Plastis nicht einmal die Pflicht, eine Nachfrist zu setzen.¹⁴⁸

Bedenkt man auch den als Voraussetzung einer gültigen Abnahme vertraglich bedungenen erfolgreichen Testlauf, wird die von SGM gewünschte Annahme einer Abnahme nur mehr mit Hilfe des Instrumentes einer (konkludenten) Abnahme unter Vorbehalt zu erreichen sein, welche von SGM nachgewiesen werden müsste.

Bei der Abnahme kann es oftmals zu sehr heiklen Streitfällen kommen. Insbesondere bezüglich der Annahme einer schlüssigen Abnahme bzw einer Abnahme unter Vorbehalt ist zu sagen, dass es hier ratsam erscheint, den Zeitpunkt der Abnahme genauestens vertraglich zu regeln. Wie der vorher angesprochene Fall des Übernahmeprotokolls¹⁴⁹ gezeigt hat, kann es sein, dass selbst die Vereinbarung einer Übergabeformalität nicht ausreicht, da diese leicht durch eine Benützung des Bestellers konkludent außer Kraft gesetzt werden kann. Dies könnte sich in dem hier behandelten Fall negativ für Plasti auswirken.

Da die Rsp zur Frage, ob die Benutzung des angebotenen Werkes als schlüssige Abnahme gilt, immer wieder nach den Umständen des Einzelfalls abwägt und sich keinesfalls eine allgemein gültige Linie zeigt, sollte sich dieses Thema schon bei Vertragsverhandlungen einen Sonderstatus verdienen. Das Bewusstsein,

¹⁴⁸ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 53 f; OGH 17.11.1987, 4 Ob 587, JBI 1988, 241.

¹⁴⁹ OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; JBI 1996, 394.

mit bestimmten Abmachungen andere Formalitäten ungewollt außer Kraft setzen zu können, ist beim handelnden Management unabdingbar.

Eine interessante Bemerkung *Lessiaks*¹⁵⁰ scheint hierzu den passenden Schluss abzugeben. Seiner Meinung nach würden erfahrungsgemäß zwar meist sehr detaillierte vertragliche Regelungen zum Abnahmeverfahren („*Kunstwerke juristischer Regelungstechnik*“) ausgearbeitet, diese würden dann aber in der Praxis von den damit beschäftigten Technikern oft „*nicht sehr ernst genommen*“. Damit käme es zur Entwicklung eigener Abnahmeverfahren, was in den wenigsten Fällen zur Freude des dann mit dem Streitfall beschäftigten Juristen geschieht.

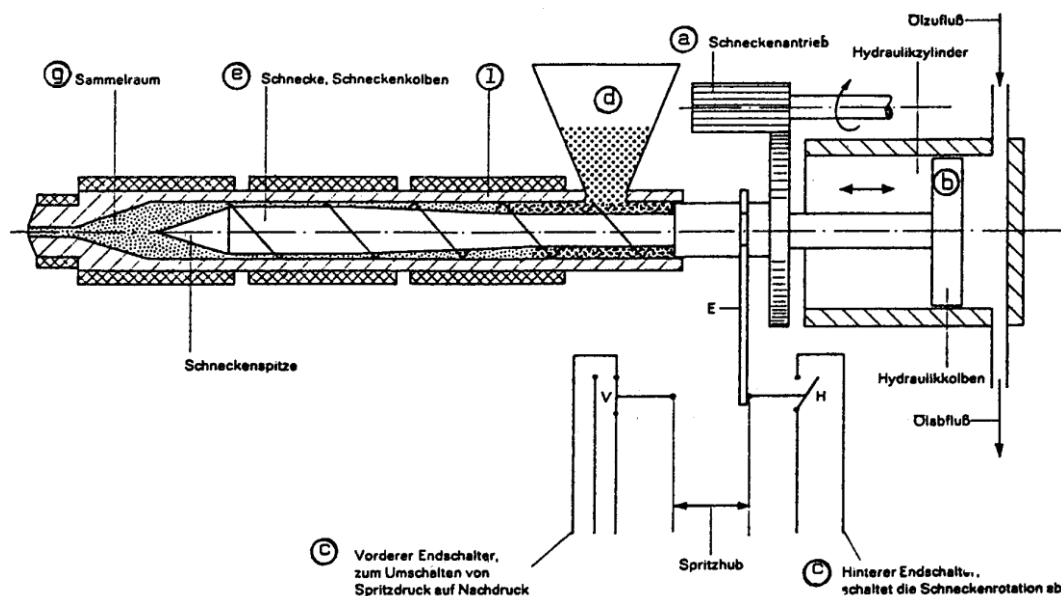
¹⁵⁰ *Lessiak* in *Aicher/Korinek*, Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwerks 153.

3 Problemfall 2 – Die aufgezwangene Schnecke

3.1 Beschreibung des Sachverhaltes

Technische Vorbemerkung:

Die Schnecke einer Kunststoffspritzgießmaschine ist ein systemkritischer Bauteil, der von SGM überwiegend selbst hergestellt, teilweise aber auch zugekauft wird:



In der Schneckenmaschine wird die Formmasse durch die Schneckenrotation zur Düse befördert, wobei sich die Schnecke gleichzeitig rückwärts bewegt. Das Einspritzen der Masse erfolgt durch einen axialen Vorschub der Schnecke um einen eingestellten Hub (Dosierweg). Während die Erwärmung der Formmasse in der Kolbenmaschine fast ausschließlich durch Wärmeleitung im vorgeheizten Zylinder erfolgt, wird in der Schneckenmaschine ein erheblicher Anteil Wärmeenergie durch die Schneckenrotation als Friktionswärme in der Masse erzeugt. Dies führt zu einer besseren Temperaturhomogenisierung der Formmasse. Die Schneckenmaschine ist daher vielseitiger anwendbar und führt zu einem höheren Qualitätsniveau. Vor allem

größere Formteile werden wegen der besseren Homogenisierung fast ausschließlich auf Schneckenmaschinen hergestellt.¹⁵¹

Der Spritzgießmaschinenhersteller SGM hat von seinem Stammkunden Spielo einen Auftrag über 30 Spritzgießmaschinen erhalten. Spielo ist einer jener Kunden, die schon sehr lange im Geschäft sind und (auch anlagentechnisch) ganz genau wissen, was sie einkaufen möchten. Was systemkritische Anlagenteile betrifft, übergibt Spielo seinen Anlagenlieferanten eine Liste von „zertifizierten Zulieferern“, welche einen speziellen internen Qualitätstest bei Spielo bestanden haben. Im Zuge der Auftragserteilung über die 30 Maschinen gibt Spielo im Lastenheft (Vertragsbeilage) den Schneckenlieferanten Spiral vor.

Aufgrund der Artikeldaten¹⁵² und des von Spielo bei der Produktion eingesetzten Kunststoffgranulates, platziert SGM bei Spiral die Bestellung der Schnecke und legt diese Daten der Bestellung bei. Im Bestelltext selbst spezifiziert SGM die Schnecke sehr genau und gibt insbesondere das Material (die Legierung) der Schnecke exakt an. Spiral kennt diese Daten bereits aufgrund der zuvor direkt mit Spielo durchgeführten Qualitätstests, wo insbesondere die Performance der Prototyp-Schnecke getestet worden war.

Drei Monate nach Auslieferung der 30 Spritzgießmaschinen geht bei SGM eine Mängelrüge von Spielo ein, worin ein frühzeitiger Verschleiß der Schnecke in Maschine 17 gerügt wird. Offenbar kam es zur Korrosion der Schneckenlegierung, welche nicht nur die Performance sondern auch die Artikelqualität negativ beeinträchtigt. Kurz darauf gehen auch betreffend die Maschinen 8 und 29 gleichlautende Mängelrügen bei SGM ein. Alle Mängelrügen werden auch an Spiral weitergeleitet. Nach eingehenden Untersuchungen kommt SGM zu dem Schluss, dass sich die bei den Schnecken verwendete Legierung nicht mit dem von Spielo bei der Produktion verwendeten Kunststoffgranulat „verträgt“ und exakt diese Kombination ursächlich für die gerügten Mängel sein muss.

¹⁵¹ <http://www.hevo-plastics.com/html/spritzguss.html> (27.04.2010).

¹⁵² Daten und Eigenschaften der zu produzierenden Kunststoffteile.

Spielo verlangt in der Folge die Mangelbehebung von SGM, welcher nach Einräumung einer angemessenen Frist zur Mangelbehebung den Vertragsrücktritt gegenüber Spiral über alle 30 Schnecken erklärt und in eigener Produktion Ersatzschnecken herstellt, die er in die Maschinen einbaut. Daneben macht Spielo Schadenersatz wegen Produktionsausfall während der durch die Mangelbehebung erzwungenen Stillstandszeiten in Höhe von € 330.000,-- geltend. SGM formuliert einen gleichlautenden Schadenersatzanspruch, ergänzt um die Kosten des Aus- und Einbaus, gegenüber Spiral und macht zusätzlich Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückstellung der defekten Schnecken geltend.

3.2 Auswirkungen einer Warnpflichtverletzung

3.2.1 Die Warnpflichtverletzung bei Werkverträgen

§ 1168a Satz 3 ABGB bürdet „*bei einem Misslingen des Werkes infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers*“, dem Werkunternehmer die Verantwortung für den Schaden nur auf, „*sofern er den Besteller nicht gewarnt hat*“.

Im folgenden Teil werden die Voraussetzungen und Auswirkungen dieser in § 1168a ABGB umschriebenen sog Warnpflicht näher untersucht.¹⁵³

Prinzipiell ist durch § 1168 ABGB und einem Umkehrschluss daraus die Tragung der Preisgefahr derart geregelt, dass in die Sphäre des Werkbestellers fallende Zufälle zu eben dessen Lasten gehen, alle übrigen zu Lasten des Werkunternehmers. Daran anknüpfend werden in § 1168a ABGB einerseits der „Sphärenbegriff“ näher abgegrenzt¹⁵⁴ und andererseits die zwei praktisch wichtigsten Fälle von Umständen aus der Sphäre des Bestellers namentlich genannt, nämlich eine unrichtige Anweisung des Bestellers und ein vom Besteller gegebener, untauglicher Werkstoff.¹⁵⁵ In weiterer Folge wird aufgrund der Relevanz für unseren Fall in erster Linie auf den Tatbestand der unrichtigen Anweisungen Bezug genommen.

¹⁵³ Dazu im Speziellen bei den folgenden Unterkapiteln 3.2.3 und 3.2.4.

¹⁵⁴ Demnach sei der Zeitpunkt der Übernahme die Trennlinie zwischen den beiden Sphären.

¹⁵⁵ Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505.

Beide Tatbestände ordnen also die von ihnen beschriebenen Umstände prinzipiell der Sphäre des Bestellers zu, sofern der Unternehmer seine Warnpflicht nicht verletzt hat. Auch wenn in Satz 3 in Bezug auf die damit verbundenen Rechtsfolgen ausdrücklich nur vom Übergang der Schadenersatzpflicht die Rede ist, herrscht doch Einigkeit in der Lehre, dass in diesem Fall auch die Preisgefahr¹⁵⁶ und die Gewährleistung¹⁵⁷ übergehen.

Wesentliche Bedeutung kommt dabei der in § 1168a Satz 3 ABGB (und in der fast inhaltsgleichen Prüf- und Warnpflicht des P 5.9 der ÖNorm B 2110¹⁵⁸) als einschränkendes Tatbestandsmerkmal geregelten Warnpflicht des Werkunternehmers zu. Diese lässt die dargestellte Preisgefahrtragung seitens des Bestellers nämlich dann entfallen, wenn der Werkersteller eben dieser Warnpflicht nicht nachgekommen ist. Wurde die Warnpflicht verletzt, erhält der Werkunternehmer keinen Werklohn, allerdings nur bezogen auf jene Teile des Werkes, hinsichtlich derer die Warnpflicht verletzt wurde. Hat ein Teil des Werkes also für den Besteller noch einen bestimmten Wert, ist für diesen sehr wohl zu bezahlen.¹⁵⁹ Festzuhalten ist, dass es sich bei der Warnpflicht um keine Ausformung der Gewährleistungspflicht handelt, sondern um eine Nebenpflicht des Werkvertrages, die ebenso auch schon im vorvertraglichen Stadium bestehen kann.

Sind die unverzüglichen Folgen einer Warnpflichtverletzung damit geregelt, so mangelt es von Gesetzgeberseite her an genaueren Bestimmungen bezüglich der Form der Warnung und des Zeitpunktes der Entstehung einer Warnpflicht. Auch wird die Frage aufgeworfen, worauf sich die Überprüfungspflicht des Werkunternehmers erstreckt und was er „wissen hätte müssen“.

Laut *Krejci*¹⁶⁰ besteht die Warnpflicht dann, wenn aufgrund dem Unternehmer bekannter (oder ihm bekannt sein hätten müssender) Umstände auf Bestellerseite die Gefahr besteht, dass das Werk misslingen und den Besteller in der Folge

¹⁵⁶ *Iro*, ÖJZ 1983, 505.

¹⁵⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168, 38.

¹⁵⁸ *Wilhelm*, Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel in FS *Welser* 1187.

¹⁵⁹ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 105; einer anderen Meinung zufolge, hat der Werkbesteller allerdings grundsätzlich immer den vollen Werklohn zu bezahlen: OGH 29.01.1992, 1 Ob 628/91, JBI 1992, 784; *Wilhelm*, Keine Gewährleistung bei Warnpflichtverletzung! *Ecolex* 2004, 665; *Wilhelm* in FS *Welser* 1190.

¹⁶⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a Rz 26.

schädigen könnte. Für *M. Bydlinski*¹⁶¹ muss die Unrichtigkeit der Anweisungen offenbar sein, um eine volle Warnpflicht auszulösen. „Offenbar“ ist hier im Sinne einer Erkennbarkeit, dass das Werk unter den gegebenen Umständen mit großer Wahrscheinlichkeit misslingen werde, zu verstehen. Laut *M. Bydlinski* besteht daneben eine eingeschränkte Warnpflicht, welche sich auf eine Warnung über ein mögliches Misslingen und die Frage der diesbezüglichen Wahrscheinlichkeit beschränken solle¹⁶², wenn die Möglichkeit der Herstellung schlicht und einfach unklar ist. Dies wird in der Praxis weit häufiger der Fall sein, als der Umstand einer höchstwahrscheinlichen Unmöglichkeit. Die nachfolgend beschriebene Unterscheidung zwischen Prüf- und Mitteilungspflicht scheint ein guter Ansatz für die Erläuterung des Unterschiedes zwischen der vollen und der eingeschränkten Warnpflicht zu sein, wenn ihn auch *M. Bydlinski* mW in dieser Form nicht weiter erwähnt.

Beide Autoren – sowie ein Großteil der restlichen Lehre¹⁶³ als auch die Rsp¹⁶⁴ - beziehen sich zum Thema der Warnpflicht bei Werkverträgen häufig auf einen Aufsatz *Iros*¹⁶⁵, an dem sich daher auch die folgende nähere Bestimmung der Warnpflicht orientiert.

Es ist hilfreich den Begriff der Warnpflicht in jene zwei Pflichten zu teilen, die sich in Wahrheit dahinter verbergen, nämlich in eine Untersuchungs- (oder Prüf-) und in eine Hinweispflicht (oder Warnpflicht i.e.S.).¹⁶⁶ Bezüglich der Prüfpflicht darf die Verwendung des Begriffes „offenbar“¹⁶⁷ nicht dahin gehend missverstanden werden, dass dem Unternehmer die Untauglichkeit bzw die Unrichtigkeit ohne jegliche Untersuchung „in die Augen fallen“ musste.¹⁶⁸ Unbestritten ist, dass der Werkunternehmer den Beitrag des Bestellers grundsätzlich untersuchen muss. Der

¹⁶¹ *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar³ § 1168a Rz 7.

¹⁶² *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar³ § 1168a Rz 7.

¹⁶³ Stellvertretend hier für viele: *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskomentar³ V § 1165 Rz 41, *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 261.

¹⁶⁴ OGH, 12.02.2002 10 Ob 205/01x, *Ecolex* 2002, 508; OGH, 23.03.1999 4 Ob 186/98a, <http://www.lexisnexis.com> (18.07.2010).

¹⁶⁵ *Iro*, ÖJZ 1983, 505 ff.

¹⁶⁶ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 62.

¹⁶⁷ Vgl hierzu auch *Wenusch*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers bei sachverständig beratenem Werkbesteller, *Ecolex* 1998, 756, welcher kritisiert, dass die rechtliche Bedeutung eines Begriffes wie „offenbar“ nicht so weit von deren umgangssprachlicher Bedeutung entfernt liegen dürfe. Lt ihm hätte der Gesetzgeber hier – wäre es so, wie heute beinahe ausschließlich interpretiert, gemeint gewesen – eher die Formulierung „dem Unternehmer erkennbar“ gewählt.

¹⁶⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a Rz 23.

Werkunternehmer hat dabei die von ihm vorauszusetzende und ihm zumutbare Fachkenntnis¹⁶⁹ und die branchenübliche Erfahrung einzubringen¹⁷⁰, auch muss er dabei eine für Fachleute seiner Art übliche, redliche Aufmerksamkeit an den Tag legen.¹⁷¹ Der Werkunternehmer gilt somit als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB.¹⁷²

Die Prüfpflicht hat freilich auch ihre Grenzen. Zu technisch schwierigen, umfangreichen oder besonders kostenintensiven Untersuchungen ist der Werkunternehmer nicht verpflichtet. Der Prüfungsaufwand soll sich an einem „vernünftigen Verhältnis zur eigentlichen Werkleistung“ orientieren. Weitere, tiefer gehende Kontrollen werden nicht zu verlangen sein, sofern der Werkunternehmer schon aufgrund des Augenscheins zu einem entsprechenden Ergebnis gelangt. Reichen ökonomisch zumutbare Untersuchungen nicht zu einer Aussage über die Tauglichkeit der Anweisung aus, so entfällt eine weitere Prüfpflicht und die restliche Warnpflicht beschränkt sich auf die Pflicht, darauf hinzuweisen, dass mit einem Misslingen zu rechnen sei.¹⁷³ Mithilfe dieser eingeschränkten Warnpflicht iSd Hinweispflicht wird es dem Besteller ermöglicht, selbst die entsprechenden weitergehenden Prüfungen zu veranlassen.¹⁷⁴

Ein Sachverständiger auf dem entsprechenden Gebiet ist somit nicht beizuziehen, außer dies wird (gegen gesondertes Entgelt) vom Werkbesteller verlangt. Hält der Werkunternehmer allerdings eben diese Einschaltung von Fachleuten für notwendig, hat er dies im Zuge der Hinweispflicht dem Besteller mitzuteilen.¹⁷⁵

Für vollkommene Neuerungen auf technischem Gebiet gilt die Warnpflicht in besonderem Maße, dh die Prüfung muss gewissenhafter als gewöhnlich erfolgen.¹⁷⁶

Die Verpflichtung ist zeitunabhängig: Wird die Untauglichkeit dem Werkunternehmer erst im Nachhinein bewusst (oder hätte sie ihm im Nachhinein

¹⁶⁹ Also zu unterscheiden von seinem tatsächlich konkret vorhandenem Wissen. Es ist hier somit ausdrücklich ein objektiver Maßstab an die durchschnittliche Kenntnis und Erfahrung anzulegen. (Schopf, Prüf- und Warnpflicht 62).

¹⁷⁰ Iro, ÖJZ 1983, 505 ff.

¹⁷¹ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 61.

¹⁷² Schopf, Prüf- und Warnpflicht 62.

¹⁷³ Iro, ÖJZ 1983, 507.

¹⁷⁴ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 71; Iro, ÖJZ 1983, 508.

¹⁷⁵ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 62.

¹⁷⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ I § 1168a Rz 33a.

bewusst werden müssen), ist der Besteller eben dann zu warnen.¹⁷⁷ Auch im vorvertraglichen Stadium bestehen die Warnpflichten (zu Recht hat der Betreiber einer Wäscherei den Besitzer einer Lederjacke vor Annahme derselben und somit vor Abschluss des Vertrages vor einer eventuellen Gefahr der Schädigung zu warnen).¹⁷⁸

All diesen Regelungen zur Warnpflicht scheint die Vorstellung eines Wissensunterschiedes zwischen dem sachverständigen Werkunternehmer und dem laienhaften, aufzuklärenden Besteller zugrunde zu liegen. Dass dem in der Praxis natürlich bei weitem nicht immer so ist, sich im Gegenteil, in bestimmten Branchen und bestimmten Größenordnungen der Werkbesteller mit seinen Fachleuten und Beratern schon lange vor Vertragsabschluss und einem Herantreten an den Werkunternehmer mit dem Werk beschäftigt, braucht hier nicht weiter erläutert zu werden.¹⁷⁹

Was sehr wohl zu erörtern ist, ist die Frage inwieweit diese Tatsache die Haftung und Warnpflicht des Werkunternehmers dem Besteller gegenüber einschränkt. Prinzipiell besteht auch gegenüber einem sachkundigen Besteller die Warnpflicht, diesem ist allerdings evtl Mitverschulden vorzuwerfen, konnte er auf Grund seines Sachverstandes die Untauglichkeit seiner Anweisung erkennen.¹⁸⁰

Überdies entfällt die Warnpflicht lt Rsp „*gegenüber einem sachkundig beratenen Besteller dann, wenn sich der Besteller selbst schon von der Untauglichkeit überzeugen konnte. Der Unternehmer wird dann entlastet, wenn er davon ausgehen darf, dass der Besteller über die Mängel, die in seiner Sphäre liegen, durchaus Bescheid weiß, und das Risiko der Werkerstellung dennoch übernimmt*“.¹⁸¹ Im dem Falle also, dass der Werkunternehmer bei entsprechender Aufmerksamkeit davon ausgehen konnte, dass dem Besteller die Gefährlichkeit seiner Anweisung bewusst war, entfällt die Warnpflicht völlig, ob dieser nun sachkundig ist oder nicht.¹⁸²

¹⁷⁷ OGH 31.1.1979, 1 Ob 522/79, <http://www.lexisnexus.com> (19.07.2010).

¹⁷⁸ OGH 14.5.1987, 7 Ob 559/87, in JbI 1987, 662; OGH 11.11.1976, 6 Ob 649/76 in; JbI 1978, 208.

¹⁷⁹ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 64.

¹⁸⁰ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 262; OGH 25. 1. 1984, 1 Ob 769/83, <http://www.lexisnexus.com> (17.07.2010).

¹⁸¹ OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91, <http://www.lexisnexus.com> (17.07.2010).

¹⁸² Iro, ÖJZ 1983, 512.

Eine sichere Einschätzung dessen, was dem Besteller bewusst war, wird allerdings in der Praxis äußerst selten zu treffen sein. Somit wird die häufiger zu beantwortende Frage diejenige sein, inwiefern einem sachverständigen Werkbesteller trotz einer Verletzung der Warnpflicht auf Seiten des Werkunternehmers ein Mitverschulden zuzurechnen ist. Einen sachunkundigen Werkbesteller wird grundsätzlich kein Mitverschulden treffen, außer die Mangelhaftigkeit war auch für einen Laien deutlich erkennbar¹⁸³, was aber nur sehr theoretisch denkbar ist. Der redliche Werkunternehmer wird wohl kaum auf eine Anweisung eingehen, die sogar für einen Laien deutlich als nicht durchführbar zu erkennen gewesen wäre.

Lt *Iro* kann der Werkunternehmer im Falle eines hinsichtlich der Werkerstellung sachkundigen Bestellers davon ausgehen, dass sich dieser von der Tauglichkeit seiner Anweisung hinreichend überzeugt hat, womit eine neuerliche Prüfung ökonomischer Unsinn wäre, und damit die Prüfpflicht sogar völlig entfiere.¹⁸⁴ Jede Leistung des Werkunternehmers besteht, analytisch betrachtet, aus vielen Einzelleistungen; beschäftigt sich der – sachkundige – Werkbesteller für den Werkunternehmer erkennbar selbst mit dem Werk, ist nicht anzunehmen, dass er den Werkbesteller extra „noch einmal“ für Prüfpflichten bezahlt, weil ihm kein unökonomisches Verhalten zu unterstellen sei.¹⁸⁵ Zu betonen ist, dass dies eben nur die Prüfpflicht, nicht aber die gänzliche Warnpflicht betrifft. Dh im Falle einer offenkundig untauglichen Anweisung, die ohne nähere Prüfung als solche zu erkennen ist, muss der Besteller sehr wohl noch einmal auf diese hingewiesen werden, also die Hinweispflicht vom Werkunternehmer wahrgenommen werden. Außerdem muss der Werkunternehmer, falls die Überprüfung nicht mit zumutbaren Mitteln durchzuführen ist, dies ebenfalls in Form der Wahrnehmung der Hinweispflicht mitteilen.¹⁸⁶ Das Argument, dass die Warnpflicht prinzipiell volkswirtschaftlich keineswegs wünschenswert ist,¹⁸⁷ kann sich also nur auf die Prüf-, nicht aber auf die Hinweispflicht beziehen.

¹⁸³ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 89.

¹⁸⁴ *Iro*, ÖJZ 1983, 512.

¹⁸⁵ *Wenusch*, *Ecolex* 1998, 756.

¹⁸⁶ *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten 75.

¹⁸⁷ *Wenusch*, *Ecolex* 1998, 756.

Obgleich die Warnpflicht lt. einhelliger Meinung auch gegenüber einem sachverständigen (untauglich anweisenden) Werkbesteller besteht, ist sich die Lehre bei der Frage, inwiefern diesen ein Mitverschulden trifft, uneinig. Der Frage zugrunde liegend ist die Diskussion, ob den Besteller eine ihn zu vertretende Sorgfalts- oder Mitwirkungspflicht trifft, alles zu unterlassen, was das Werk schädigen könnte und er anderenfalls den Schaden verhältnismäßig¹⁸⁸ gemeinsam mit dem Beschädiger gem. § 1304 ABGB zu tragen hat.

Laut eines Teils der Lehrmeinung¹⁸⁹ begründet ein Anweisungsfehler die Verletzung einer Mitwirkungspflicht des Bestellers, was wiederum eine Mithaftung desselben an den daraus resultierenden Werkmängeln begründen würde. Eine im Anschluss folgende Warnpflichtverletzung könne dann keineswegs die schon bestehende Mitverantwortung des Werkbestellers beseitigen, maW sie könne die verschuldeten Fehlbeiträge des Bestellers nicht „konsumieren“. Ein Verschulden in Form einer untauglichen Anweisung des Bestellers sei daher von einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers unabhängig und müsse dem Besteller somit als Mitverschulden angerechnet werden.¹⁹⁰

Eine andere Ansicht¹⁹¹ wiederum geht von einer vollständigen Haftung des Werkunternehmers im Falle einer Verletzung der Warnpflicht aus. Das in der mangelnden Sachkenntnis oder der unterlassenen Warnung liegende Verschulden sei auf jeden Fall genug, um dem Werkunternehmer die Verantwortung für das Misslingen des Werkes aufzuerlegen. Die Tatsache, dass den Besteller bei einer untauglichen Anweisung die Haftung zur Gänze trifft, falls dem Werkunternehmer keine Warnpflichtverletzung vorzuwerfen ist, habe mit einem Mitverschulden iSd § 1304 nichts zu tun, sondern beruhe rein auf der Sphärentheorie. In der Folge seien

¹⁸⁸ Lässt sich dieses Verhältnis nicht bestimmen, zu gleichen Teilen. § 1304 ABGB.

¹⁸⁹ Sturm, Anweisungsfehler und Bestellermitverschulden im Werkvertragsrecht, WBI 2000, 299; Iro, ÖJZ 1983, 506; Krejci in Rummel, ABGB³ I § 1168a Rz 32; Kurschel, Gewährleistung 19.

¹⁹⁰ Sturm, WBI 2000, 299.

¹⁹¹ Wilhelm in FS Welser 1196; Dullinger, Mitverschulden von Gehilfen, JBI 1990, 20 ff, 91; Kletečka, Mitverschulden 75; Adler/Höller/Klang, ABGB² V 392: „Das Verschulden des Unternehmers ist dann stark genug, um ihm trotz der unheilvollen Mitwirkung des Bestellers die volle Verantwortung für das Misslingen des Werkes aufzuerlegen.“, Koziol, Haftpflichtrecht² I 407 f (in der 3. Auflage allerdings gegenteiliger Meinung!)

bei einer Verletzung der Warnpflicht keinerlei Rückschlüsse auf die Frage der Mitverschuldenszurechnung zu ziehen.¹⁹²

Auch *Wilhelm* argumentiert, der Wortlaut des § 1168a ABGB spräche ganz eindeutig dafür, dass der Zweck der Warnpflicht derjenige sei, die Gefahrtragung der Besteller-Sphäre in den Grenzen ihres Tatbestandes auf den Werkunternehmer über zu wälzen. Die Absicht, diese Gefahr im Falle eines Mitverschuldens (zumindest teilweise) wieder auf den Besteller „zurückzuschieben“, könne dem Gesetz in keiner Form entnommen werden, womit sich die Annahme eines Mitverschuldens bei einer Verletzung der Warnpflicht einer systematischen Gesetzesauslegung widersetze.¹⁹³ Des Weiteren könne man nicht das allgemeine Mitverschuldensschema auf die Warnpflichtfälle übertragen. Dann müsste ein Mitverschulden auch darin liegen, sich „zu viel zuzutrauen“ (Übernahmefahrlässigkeit). Es käme daher so gut wie immer zu einer Schadensteilung. Dem Besteller wäre dann nicht nur vorzuwerfen, dass er falsche Anweisungen gegeben hat, sondern auch, dass er sich die Sachkenntnis zugetraut hat, was natürlich die ganze Mitverschuldensfrage ad absurdum führte.¹⁹⁴

Iro hält derartige Lösungen für zu undifferenziert und sachlich nicht für befriedigend. Wohl ist es wahr, dass § 1168a ABGB – auf § 1168 ABGB aufbauend – zunächst zu einer Einschränkung der verschuldensunabhängigen Gefahrtragung des Werkbestellers führe, es somit auch vom Standpunkt des Verschuldens aus gerechtfertigt erschiene, das Risiko zur Gänze dem warnpflichtverletzenden Werkunternehmer aufzuerlegen. Doch für eine vollkommene Entlastung des selbst ja ebenso sorglos handelnden Bestellers spräche deswegen noch nichts. Natürlich hat die Warnpflicht den Sinn, den Schadenseintritt zu verhindern, doch kann auch hier auf Seiten des Bestellers eine gewisse Sorgfaltspflicht, alles zu unterlassen, was das Eintreten des Erfolges gefährden könnte, nicht ignoriert werden.¹⁹⁵

Für *Wilhelm* ist der Gedanke einer (automatischen) Obliegenheit den eigener Interessen gegenüber bzw einer symmetrischen Behandlung von Besteller und Unternehmer zu weit hergeholt. Diese Obliegenheit könne nirgends aus dem Werkvertragsrecht – welches ja mit seinem § 1168a ABGB geradezu in die

¹⁹² *Dullinger*, JBl 1990, 95.

¹⁹³ *Wilhelm* in FS *Welser* 1196; *Wilhelm*, *Ecolex* 1998, 822.

¹⁹⁴ *Wilhelm*, Nachtrag zur Warnpflicht bei sachverständig beratenem Werkbesteller, *Ecolex* 1998, 822; ebenso *Kletečka*, Mitverschulden 75.

¹⁹⁵ *Iro*, Warnpflicht des Werkunternehmers und Gehilfenmitverschulden, JBl 1993, 523.

Gegenrichtung weise – noch aus sonstigen Normen abgeleitet werden. Mangels eines objektiven Sorgfaltsgebotes sei somit sowohl die Teilung des Schadens als auch der Gewährleistung obsolet. Nur wenn der Besteller gegen eine „Selbstschutzobliegenheit“ verstoßen hat, die er ausnahmsweise vertraglich übernommen hat, komme eine Teilung des Verschuldens in Betracht.¹⁹⁶ Derartige Obliegenheiten können den Besteller lt ständiger Rsp¹⁹⁷ auch konkludent oder nach der Verkehrsübung treffen.

Nichtsdestotrotz ist mE Iro voll und ganz zu zustimmen, wenn er rhetorisch fragt, warum gerade hier ein „Alles oder Nichts“-Prinzip im Sinne einer vollen Entlastung des sorglos handelnden Werkbestellers gelten und keine symmetrische Behandlung von Werkunternehmer und Besteller zutreffen solle.¹⁹⁸ Auch die jüngere Rechtsprechung schließt sich dieser Sicht an.¹⁹⁹ Diese Rechtsmeinung wird sich, auch wenn sie mE zu einem berechtigten und billigen Ergebnis führt, allerdings weiterhin den Vorwurf gefallen lassen müssen, dass die Unterscheidung zwischen sachkundigem und unsachkundigem Besteller, welche im Endeffekt die Basis für ein Mitverschulden bildet, schlicht und einfach nicht in dieser Form dem Gesetz zu entnehmen ist.²⁰⁰

Einen Kommentar, der auch als würdiger Schlussstrich dieses Streitthemas zu taugen scheint, gibt *Vollmaier* ab, der auf die Erkennbarkeit eines besonderen Interesses des Werkbestellers an einer Prüfung und Warnung des Unternehmers abstellt, und in diesem Falle für eine merklich stärkere Belastung des Unternehmers eintritt. Genau dieses besondere Interesse wird im Regelfall bei einem sachunkundigen Besteller zutreffen, im Gegensatz zum anderen Falle, in dem der

¹⁹⁶ *Wilhelm*, *Ecolex* 1998, 822; *Kletečka*, *Mitverschulden* 76.

¹⁹⁷ Ua OGH, 27.11.2002 3 Ob 34/02z, www.lexisnexis.com ; OGH 24.11.1998, 4 Ob 283/98s, RdW 1999, 200.

¹⁹⁸ *Iro*, JBI 1993, 523; Passend auch dazu *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 96: Es sei nicht einzusehen, dass „*derjenige, der den Fehler in die Welt gesetzt hat, besser behandelt wird, als jener, der den Fehler eines andern (bloß) übersehen hat*“; Übertrieben scheint wiederum die Annahme einer Verpflichtung des Werkbestellers zur Beistellung tauglicher Pläne, unbeachtlich seiner fachlichen Kenntnisse, derzufolge ihm auf jeden Fall ein Mitverschulden anzurechnen wäre. In: *Karasek*, Rechtsfolgen bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht, *Ecolex* 2000, 624; bezieht sich allerdings hier nur auf die Zurverfügungstellung tauglicher Pläne, nicht auf Anweisungen im weiteren Sinne.

¹⁹⁹ OGH 01.10.2003, 7 Ob 159/03p; OGH 25.1.1984, 1 Ob 769/83, JBI 1984, 556; OGH, 16.03.1999 10 Ob 371/98a, wo angemerkt wird dass die alleinige Verantwortung des Unternehmers für die Fehlleistung eines anderen nicht sachgerecht sein könne. Vor 1984 wurden dem Werkunternehmer grundsätzlich immer 100% des Schadens zugesprochen. *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 94.

²⁰⁰ *Kletečka*, *Mitverschulden* 74.

Besteller klar zu erkennen gibt, eher an einer „kritik- und anstandslosen“ Umsetzung“, denn an einer „zweiten Meinung“ interessiert zu sein.²⁰¹

Der besonders umstrittene Sonderfall der Zurechnung eines Gehilfen zum Werkbesteller und eines dadurch verursachten Mitverschuldens betrifft den Fall zwar nicht direkt, in der Praxis ist diese Fallkonstellation, bei der der Gehilfe des Bestellers der Sachverständige ist, aber häufiger anzutreffen als diejenige ohne Gehilfen (man denke in der Baubranche nur an das Gehilfenverhältnis des Architekten zum Werkbesteller). Vor diesem Hintergrund soll hier kurz die Argumentation, welche den Gehilfen hier ausnahmsweise nicht dem Werkbesteller zurechnen will, Erwähnung finden. Diese nicht zu einem geringen Teil in der Lehre vertretene Meinung stützt sich auf den Einwand, man dürfe durch den Einsatz eines Gehilfen weder schlechter noch besser gestellt werden. Bediene man sich hingegen eines fachkundigen Gehilfen würde man eindeutig schlechter gestellt, da dadurch auch dem Fachunkundigen, der sich des Gehilfen bedient, ein Mitverschulden zugerechnet würde. Somit würde man für besondere Vorsicht bestraft.²⁰²

Eine bestimmte Form der Warnpflicht – sofern nicht anders vereinbart – ist nicht zu beachten. Wichtig ist es aber, den Besteller erkennen zu lassen, dass die Befolgung der Anweisung oder die Verwendung des zur Verfügung gestellten Stoffes ein Misslingen des Werkes zur Folge haben könnte²⁰³. Ein Hinweis auf eine evtl. Untauglichkeit reicht nicht aus, der Besteller muss auch auf die Folgen aufmerksam gemacht werden.²⁰⁴ Eine sogenannte Alibi- oder Globalwarnung (so etwa eine allgemeine Äußerung des Zweifels am Gelingen des Werkes) reicht auf keinen Fall aus.²⁰⁵

Selbstverständlich wird sich die Prüf- und Warnpflicht im Normalfall nur auf die eigenen durch den Werkvertrag vom Werkunternehmer übernommenen Leistungen beziehen. Doch auch hiervon kann es Ausnahmen geben: Steht nämlich das Gelingen des gesamten Werkes aufgrund von Vorarbeiten bzw anderer Leistungen

²⁰¹ Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung, RdW 2010, 69.

²⁰² Ua Wilhelm in FS Welser 1195 ff.; Dullinger, JBl 1990 20; Iro, ÖJZ 1983, 508; Kletečka, Mitverschulden 74 ff. Hierzu sei auch auf das nächste Unterkapitel, das sich ebenfalls mit der Haftung für Erfüllungsgehilfen, allerdings hauptsächlich mit denen des Werkunternehmers beschäftigt, verwiesen.

²⁰³ Krejci in Rummel, ABGB³ I § 1168a 29; OGH 25.6.2004, 1 Ob 137/04k, RdW 2004, 660.

²⁰⁴ OGH 25.6.2004, 1 Ob 137/04k, RdW 2004, 660.

²⁰⁵ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 71.

anderer Werkunternehmer auf dem Spiel, kann er durchaus auch verpflichtet sein, diese ebenfalls zu prüfen.²⁰⁶

Zu einem großen Problem für den Werkunternehmer kann die Frage der Beweislast werden. Da hier die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB greift, muss der Unternehmer sein mangelndes Verschulden nachweisen, was bedeutet, dass er ein seinerseitiges korrektes Entsprechen der Warnpflicht bzw eine mangelnde Schutzbedürftigkeit – sowie jeden weiteren evtl Entfall der Warnpflicht – genauso zu beweisen hat, wie die tatsächliche Erteilung der unrichtigen Anweisung des Bestellers und deren Kausalität für das Misslingen.²⁰⁷

Erwähnt sei hier in Bezug auf weitere Schwierigkeiten, die dem Werkunternehmer mit der Warnpflicht erwachsen können, auch noch der Tatbestand der Überwarnung. Bei dieser warnt der Werkunternehmer entweder bei eigentlich tauglichen Anweisungen, oder er tut dies bei untauglichen Anweisungen in übertriebenem Maße. In diesen Fällen kommt er jedenfalls um seinen Lohn für alle nicht erforderlichen Arbeiten, weiters haftet er auch für dadurch entstandene Schäden²⁰⁸, was mitunter auch ein Grund sein mag, im Zweifel eine Warnung eher zu unterlassen. Mit dem Hinweis, im Zweifelsfalle, also schon bei der bloßen Vermutung einer fehlerhaften Anweisung habe der Werkunternehmer jedenfalls zu warnen²⁰⁹, wird ihm also vermutlich oftmals nicht gedient sein.

Ebenfalls nicht leichter wird es für den Werkunternehmer durch die weitgehende Einigkeit der Lehre²¹⁰, dass für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Warnpflicht überdies eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen ist, dh dem Besteller Verbesserungsvorschläge vorgelegt werden müssen. Dies allerdings nur, soweit die Herstellung dieser Entscheidungsgrundlage dem Werkunternehmer und seinem

²⁰⁶ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 58; So hat der Verleger eines Teppichbodens grundsätzlich seine Warnpflicht wahrzunehmen, erscheint der Estrich als keine geeignete Grundlage für den zu verklebenden Teppich. *Korinek*, Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts V/11; hingegen ist zB das Fundament wegen der Aufwändigkeit nicht einmal dann zu prüfen, wenn dem Werkunternehmer bekannt war, dass es vollständig in Eigenregie errichtet wurde. *Rebhahn/Kietaihl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 16.

1.1 ²⁰⁷ OGH 21.10.1998, 9 Ob 133/98v, RdW 1999, 137.

²⁰⁸ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 106.

²⁰⁹ *Walter*, Die Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers im Bauwesen, Der Sachverständige 1984, Heft 4a 12.

²¹⁰ *Walter*, Der Sachverständige 1984, Heft 4a 12; *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1165, 41.

durchschnittlichen Wissen und Können auch zumutbar ist. Doch ein zusätzliches Risiko für das Gelingen dieses Verbesserungsvorschlages nimmt er damit allemal auf.²¹¹

Die Vielfalt an Konstellationen bei denen jeweils eine Warnpflicht entsteht oder wegfällt und die oftmals sehr großen und kostspieligen Auswirkungen welche eine Verletzung derselben haben kann, machen die Häufigkeit der diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten nur allzu verständlich.²¹²

3.2.2 Anweisungen des Bestellers

Noch zu klären ist die Frage, wann eine untaugliche Anweisung gemäß § 1168a ABGB vorliegt. Es geht dabei um die Frage wo die Trennlinie zwischen Beschreibungen des Werkes, die aus dem Vertragsinhalt hervorgehen und den risikoverlagernden Anweisungen gemäß § 1168a ABGB zu ziehen ist.

Diese Trennung ist sehr wichtig, denn würde man jeden Wunsch, jede Anregung des Werkbestellers als eine ebensolche risikoverlagernde Anweisung sehen, bliebe von der Grundregel des Werkvertrages, die den Werkunternehmer prinzipiell für den Erfolg einstehen lässt, nicht mehr viel übrig.²¹³

Zur Anweisung des Bestellers beim Werkvertrag ist generell anzumerken, dass diese entweder bereits bei Vertragsschluss, oder aber später, dann aber nur, wenn sich der Besteller das vertraglich zusichern hat lassen, erfolgen kann. Der Unternehmer muss somit nachträglichen Anweisungen nicht nachkommen, sofern diese nicht vertraglich ausbedungen sind. Folgt er diesen Anweisungen dennoch, was in der Praxis oft der Fall sein wird, muss er auch hier wieder, wie bei einer ursprünglichen Anweisung, seiner Warnpflicht nachkommen.²¹⁴ Zu beachten ist hier also, dass auch eine Anregung, die im Folgenden nicht als Anweisung im Sinne des § 1168a zu qualifizieren ist, die Schadenersatzpflicht und Preisgefahr auf den

²¹¹ Schopf, Prüf- und Warnpflicht 72.

²¹² Eine gute Zusammenstellung von Einzelfällen, bei denen jeweils eine Warnpflicht angenommen bzw abgelehnt wurde, findet sich bei *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a Rz 34a – 34 h.

²¹³ *Kurschel*, Gewährleistung 22.

²¹⁴ *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar³ § 1168a 6.

Werkunternehmer überwälzen kann, wenn der Werkunternehmer sie wie eine solche befolgt, ohne zu warnen.

*Iro*²¹⁵, dem sich auch die hL²¹⁶ und Rsp²¹⁷ anschließen, spricht dann von einer Anweisung, wenn der Werkbesteller dem Werkunternehmer nicht nur das Ziel, also die Beschaffenheit des herzustellenden Werkes, vorgibt, „sondern wenn dieser auch die Art der Durchführung in der einen oder anderen Richtung konkret und verbindlich vorschreibt.“

Insofern also der Besteller die Freiheit des Werkunternehmers über Art und Weise der Durchführung einschränkt, scheint es auch gerechtfertigt, ihm für genau diesen Einfluss konkludent das Risiko zuzuschreiben. Ansätze, die etwa auf eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme abstellen, sind mE eher kritisch zu betrachten. Diese gehen nur von einer Anweisung in diesem Sinne aus, wenn der Besteller erkennbar selbst das Risiko der Richtigkeit seiner Weisungen tragen will.²¹⁸ Auch bei der untauglichen Stoffbeistellung ist nicht darauf abzustellen, ob der Besteller ein Risiko übernehmen will oder nicht,²¹⁹ weswegen eine Beschränkung für eine in derselben Norm vorkommende Anweisung auf eine rechtliche Risikoübernahme nicht ausschlaggebend sein kann.²²⁰

Schon die Definition des Werkvertrages als „Vereinbarung, in der sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, ein den Umständen und Vorstellungen des anderen entsprechendes Werk entweder persönlich selbständig herzustellen oder unter persönlicher Verantwortung durch Dritte herstellen zu lassen“²²¹ stützt sich auf die persönliche, selbständige Herstellung des Werkerstellers. Somit ist jede Anweisung über die Art und Weise der Herstellung als Eingreifen in die Unternehmersphäre zu werten – der Spielraum des Unternehmers wird eingeeengt, es wäre daher nicht

²¹⁵ *Iro*, ÖJZ 1983, 506.

²¹⁶ Stellvertretend hierzu *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a Rz 21; *Rebhahn/Kietz* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 17.

²¹⁷ OGH 21.10.1998, 9 Ob 133/98v in: RdW 1999, 137.

²¹⁸ *Nicklisch*, Risikoverteilung im Werkvertragsrecht bei Anweisungen des Bestellers in FS Bosch 731; für das deutsche Recht; lt dieser Lehrmeinung wird eine konkludente Risikoübernahme des Bestellers regelmäßig nicht der Fall sein.

²¹⁹ *Kurschel*, Gewährleistung 22 FN: Der Unternehmer wird auch dann von der Gewährleistung befreit, wenn der Besteller nicht im Entferntesten annahm, mit der Beistellung des Stoffes ein Risiko einzugehen.

²²⁰ *Kurschel*, Gewährleistung 22.

²²¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1166, 4.

einzu sehen, ihn dafür einstehen zu lassen, solange er eben keine Warnpflicht verletzt hat.²²²

Die vorhin angesprochene Trennlinie zwischen Beschaffenheit und Art des Erreichens derselben darf nicht übertrieben genau genommen werden – ansonsten wäre selbst ein gemauerter Kachelofen oder ein gestrickter Pullover²²³ schon ein Fall der Anweisung – vielmehr kommt es zusätzlich auf die Einschränkung des Unternehmerspielraums an, ob eine Anweisung vorliegt oder nicht.

Der Fall einer vertraglich vorgegebenen Anweisung bezüglich der Beschaffenheit des verwendeten Materials, welche sich aber für den bedungenen Leistungserfolg als hinderlich erweist, demonstriert dies. Im konkreten Fall ging es um Perolit-Steine, die aufgrund ihrer Beschaffenheit eine nur unzureichende Wärmedämmung beim späteren Werk verursachten. Im Zuge dieses Falles, definierte man die Anweisung iSd § 1168a ABGB genau nach der eben beschriebenen Trennung zwischen Art der Durchführung und Beschaffenheit, hätte der Werkunternehmer den Schaden zu vertreten, da die Verwendung von Perolit-Steinen wohl zur Beschreibung der Beschaffenheit des Werkes zu zählen ist.²²⁴ Dieser Fall, einer *„Festlegung des Bestellers auf Herbeiführung einer Eigenschaft, die die vertragsgemäße Erfüllung des Werkvertrages im Übrigen ausschließt“* ist somit den Anweisungen gem § 1168a ABGB hinzuzuzählen.²²⁵ Dieser Gedanke ergibt sich schon alleine aus dem Grund, dass dieser Fall sogar ausdrücklich gesetzlich in die Bestellersphäre fallen würde, wären die Perolit-Steine vom Besteller auch zur Verfügung gestellt worden, und damit als untauglicher Stoff iSd § 1168a ABGB zu werten. Ob der Besteller nur auf einen bestimmten Stoff besteht, oder diesen auch gleich selbst zur Verfügung stellt, könne keinen Unterschied machen.²²⁶

Dabei kann auch grundsätzlich der Zeitpunkt der Anweisung keine Rolle spielen.²²⁷ In jedem Stadium wird das eigenständige Tätigwerden des

²²² Kurschel, Gewährleistung 22.

²²³ Kurschel, Gewährleistung 22.

²²⁴ Wilhelm in FS Welser 1189.

²²⁵ Wilhelm in FS Welser 1189.

²²⁶ Wilhelm in FS Welser 1190, Kurschel, Gewährleistung 22.

²²⁷ Wie es beispielsweise in der Rsp schon „passiert“ ist: OGH, 23.03.1999 4 Ob 186/98a, www.lexisnexis.com (20.07.2010); eine kritische, mE nach sehr zutreffende Anmerkung trägt Sturm, WBI 2000, 299, dazu bei, in der argumentiert wird, dass, wenn man vorvertraglich keinen

Werkunternehmers eingeschränkt, egal ob die Anweisung schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses getätigt wird oder erst später (mithilfe einer vertraglich erteilten Ermächtigung).²²⁸

Gefordert wird für eine risikoübertragende untaugliche Anweisung selbstverständlich Kausalität der Anweisung für das Misslingen des Werkes, welche dann nicht mehr gegeben ist, wenn der Werkunternehmer auch ohne untaugliche Anweisung des Bestellers dieses so ausgeführt hätte.²²⁹

Bei der Vielfalt an denkbaren Möglichkeiten zur Kommunikation der Vertragspartner im Zuge der Vertragsverhandlungen²³⁰ ist auch hier die besondere Häufigkeit von Rechtsstreitigkeiten keine Überraschung. Man kann aber nichtsdestotrotz für unseren Fall mE von einer Anweisung Spielos iSd §1168a ABGB ausgehen, zumindest in Bezug auf die vorgegebene Art der Legierung. Es handelt sich hier keineswegs um eine herkömmliche Beschreibung des Werkes. Diese würde das Endergebnis (iS einer mit dem verwendeten Granulat funktionierenden Schnecke) betreffen, nicht aber in einer bestimmten Anweisung wie und mit welcher Legierung diese herzustellen sei. Ob auch der „aufoktroierte“ Gehilfe, Spiral, hierfür zu qualifizieren ist, wird in dem entsprechenden Kapitel zu analysieren sein.

3.2.3 Auswirkungen auf Schadenersatzansprüche

Misslingt das Werk aufgrund einer unterlassenen, tatsächlich bestehenden Warnpflicht, bedeutet das für den Werkunternehmer neben dem Verlust seines Anspruches auf das Entgelt auch die Entstehung einer Schadenersatzpflicht.

Der Besteller ist so zu stellen, wie er stünde, hätte der Werkunternehmer gewarnt, der Schaden bestimmt sich also danach, wie der zu Warnende reagiert

Risikoübergang annimmt, und dann bedenkt, dass nachträgliche Anweisungsrechte sehr dünn gesäht sind, man dem § 1168a ABGB den Anwendungsbereich entzieht.

²²⁸ Iro, ÖJZ 1983, 506.

²²⁹ Rebhahn/Kietzbl in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 17.

²³⁰ So zB in OGH 23.3.1999, 4 Ob 186/98a, in WBI 2000, 299: Dem Vorschlag des Bestellers folgte dessen Ablehnung durch den Unternehmer, danach erfolgte ein Gegenvorschlag desselben, welcher durch dessen Ablehnung durch den Berater (Architekten) des Bestellers beantwortet wurde, worauf ein neuer Vorschlag des Werkunternehmers, welcher misslang den Schlusspunkt bildete: Wenig überraschend wurde hier über die Existenz einer untauglichen Anweisung, und einer damit verbundenen Mitschuld gestritten.

hätte.²³¹ Dh der Unternehmer haftet nur auf die Differenz zwischen dem tatsächlich eingetretenen Schaden und jenem fiktiven Schaden, der auch bei ordnungsgemäßer Warnung eingetreten wäre.²³²

Von den vier Voraussetzungen für eine Schadenersatzhaftung nach dem ABGB, einem tatsächlich eingetretenen Schaden, der Rechtswidrigkeit, der Kausalität und dem Verschulden, bedürfen im gegebenen Zusammenhang einzig die beiden letzteren einer eingehenderen Untersuchung

Beim Verschulden im Sinne einer Warnpflichtverletzung handelt es sich um das vorwerfbare Handeln, dass der Werkunternehmer bei der ihm zumutbaren Fachkenntnis und Sorgfalt Mängel erkennt (oder erkennen müsste) und diese dem Werkbesteller nicht mitteilt.²³³

Die Kausalität wird gemeinhin in die Adäquanz und die Äquivalenz unterteilt, wobei die Adäquanz, also das Erfordernis, die Verletzung der Warnpflicht dürfe nicht über eine Verkettung von gänzlich unrealistischen Zufällen zum Schaden geführt haben, keiner weiteren Erklärung bedarf, die Äquivalenz hingegen den Weg zum Ausmaß des zu ersetzenden Schadens bahnen soll.

Die Äquivalenztheorie zielt darauf ab, was geschehen wäre, wäre die Handlung (also die Verletzung der Warnpflicht) unterlassen worden. Wurde nun rechtmäßig gewarnt, sind, wie *Wilhelm*²³⁴ richtig festhält, vier unterschiedliche Reaktionen des Bestellers denkbar und möglich:

Er kann die Warnung in den Wind schlagen, woraufhin er bei einem (dadurch verursachten) Misslingen natürlich trotzdem das Entgelt zu bezahlen hätte.

Oder er könnte, da er ausschließlich das (evtl unmögliche) Werk wollte, vom Vertrag zurücktreten, womit er dem Werkunternehmer den Vertrauensschaden zu ersetzen hätte.

Die dritte Möglichkeit wiederum wird in vielen Fällen vermutlich die Wahrscheinlichste sein: Er könnte von seiner Anweisung abgehen und mit dem

²³¹ *Wilhelm* in FS *Welser* 1191.

²³² *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168a Rz 35.

²³³ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 87.

²³⁴ *Wilhelm* in FS *Welser* 1192.

Werkunternehmer ein *anderes* Werk vereinbaren, womit ganz einfach ein neuer Vertrag entstünde.²³⁵

Die vierte Möglichkeit wäre die, dass der Besteller schlicht überhaupt nicht reagiert. Dann hat der Werkunternehmer zunächst abzuwägen, ob dem Besteller aus einem vorläufigen Abbruch der Arbeiten am Werk oder aus einer Fortführung unter vom Werkunternehmer vorzuschlagenden Verbesserungen geringerer Schaden entstünde, und in der Folge die entsprechenden Handlungen zu setzen. Eine Fortführung „wie bisher“ wird regelmäßig nicht zu rechtfertigen sein, wenn ein vernünftiger Besteller dies nicht befürworten würde.

Die damit korrespondierenden Fälle einer Verletzung der Warnpflicht sind demgemäß folgende:

Im ersten Fall ändert sich gar nichts, die Kausalität der Warnpflichtverletzung für den Schaden ist nicht gegeben, der Besteller hätte die Warnung ohnehin ignoriert. Dieser Fall ist allerdings nicht besonders praxisrelevant, da es dem Werkunternehmer naturgemäß nicht leicht fallen wird, dies zu beweisen.

Beim zweiten Fall bestünde der Schaden darin, dass der Besteller nun für etwas zu zahlen hätte, was für ihn von keinem Interesse wäre. Er hätte, um das Problem wissend, den Vertrag gar nicht abgeschlossen.

Beim dritten Fall bekäme er das von ihm gewollte (andere, mit den „vernünftigeren“ Eigenschaften ausgestattete) Werk nicht, er hätte es auch nicht zu bezahlen, dafür aber wiederum das von ihm nicht gewollte (aber seinen Anweisungen gemäße) Werk.

Die beiden letzteren Fälle lassen erkennen, warum hier nur das Vertrauensinteresse geschuldet ist. Tatsächlich handelt es sich in beiden Fällen um den Vertrauensschaden, denkt man den Fall mit den geänderten Vorzeichen einer korrekten Warnung durch. Beim zweiten sieht es nur so aus, als wäre hier ein Nichterfüllungsschaden zu ersetzen, da hier der Schaden darin besteht, dass ein

²³⁵ Schwarz, Gedanken zur Warnpflicht des Werkunternehmers, RdW 1996, 9.

Ersatzgeschäft, das seinerseits wieder einen Anspruch auf Erfüllung gewährt hätte, nicht durchgeführt wurde.²³⁶

Der Werkunternehmer haftet also für das Vertrauensinteresse, das Interesse am Werk selbst ist dem Besteller nicht zu ersetzen.²³⁷ Dieses Vertrauensinteresse kann auch in Form von Verbesserungskosten entstehen, allerdings nur für die Verbesserungskosten, die notwendig sind, um das Werk in den *vertragsgemäßen* Zustand zu versetzen.²³⁸

Ist ein Mitverschulden des Bestellers²³⁹ der Fall, wird der Schaden nach dem Verhältnis des Verschuldens des Werkunternehmers zu dem des Bestellers aufgeteilt, wobei häufig 1:1 angenommen wird.²⁴⁰

Der Werkunternehmer haftet nicht für die schon erwähnten Sowiesokosten – jene Kosten, die dem Werkbesteller auch bei korrekt ausgeführter, rechtzeitiger Warnung angefallen wären, zB die Mehrkosten für ein funktionierendes, anstatt des Werkes mit den vereinbarten Eigenschaften. Diese sind vom Gesamtschaden abzuziehen.²⁴¹

Zu weiteren Fragen des Ausmaßes, der Fristen oä, welche nicht die Warnpflicht, sondern nur den generellen werkvertraglichen Schadenersatz betreffen, sei auf das Kapitel 2.3.3 verwiesen.

3.2.4 Auswirkungen auf Gewährleistungsansprüche

§ 1168a ABGB normiert als Rechtsfolge einer Warnpflichtverletzung primär die Schadenersatzpflicht des Unternehmers. Nach hA schränkt § 1168a ABGB aber auch die Gewährleistungspflichten des Unternehmers gem § 1167 ABGB ein: Kam der Unternehmer seiner Warnpflicht nach oder bestand eine solche mangels Erkennbarkeit des aus der Bestellersphäre stammenden Erfolgshindernisses nicht,

²³⁶ *Wilhelm* in FS *Welser* 1192.

²³⁷ OGH 02.06.1999, 9 Ob 342/98d, RdW 1999, 648.

²³⁸ OGH 02.06.1999, 9 Ob 342/98d, RdW 1999, 648.

²³⁹ Welches eben nun von der Rspr – nach oben erläuteter langer, noch schwelender Diskussion – zugesprochen wird.

²⁴⁰ *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 327; *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 17.

²⁴¹ *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht 104.

so entfällt im gleichen Umfang die Gewährleistung.²⁴² Dasselbe gilt auch für das Mitverschulden in Form einer „geteilten Gewährleistung“.²⁴³

Schon der Begriff „Mitverschulden“ weist auf eine wirkliche Besonderheit des Werkvertragsrechts hin, bedenkt man, dass die Gewährleistung normalerweise immer *verschuldensunabhängig* ist.²⁴⁴ Im Umkehrschluss bedeutet dies in der Folge auch, dass der Werkunternehmer gewährleistungsrechtlich für das Misslingen des Werkes einstehen muss – was wieder zur Frage führt, für welches Werk, für das vertraglich bedungene oder für jenes Werk mit den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften.²⁴⁵

Geht man davon aus, dass im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung einer bestimmten (hinderlichen) Eigenschaft diese vereinbart ist (und damit sogar evtl das Schulden des funktionierenden Werkes überlagert wird), scheiden Gewährleistungsansprüche komplett aus, weil die Herstellung des vom Besteller erwarteten Werkes nur durch ein Verlassen des Vertragsinhaltes möglich ist. Für diesen etwas eigenartigen Härtefall – der Besteller müsste also für ein nicht funktionierendes Werk auch noch den Werklohn zahlen – stünde (neben der oben abgehandelten Schadenersatzhaftung) immer noch die Anfechtung wegen Irrtums zu.²⁴⁶

Bei einer Anfechtung wegen Irrtum ist der Vertrag so zu stellen, wie er wäre, hätte der Irrtum nie existiert. Wäre der Werkvertrag mit einer rechtzeitig erfolgten Warnung gar nie abgeschlossen worden, also bei einem wesentlichen Irrtum, wird der Vertrag auch rückwirkend vernichtet. Bei einer zumutbaren Fehlerbehebung hingegen, wird eine Vertragsanpassung in Form einer Minderung des Werklohnes gegeben sein.²⁴⁷ Die Sowiesokosten – da die Verbesserung des Werkes idR mit einem höheren Werklohn verbunden ist – hat hierbei der Besteller, jene

²⁴² OGH 27.3.2003, 2 Ob 52/03s, RdW 2003, 372; ebenso: *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ I § 1168 Rz 39; *Rebhahn/Kietaihl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 22; *Kurschel*, Gewährleistung 18.

²⁴³ *Kurschel*, Gewährleistung 20; *Rebhahn/Kietaihl* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1168 Rz 23.

²⁴⁴ *Kurschel*, Gewährleistung 18.

²⁴⁵ *Iro*, JBI 1993, 522.

²⁴⁶ *Karasek*, Ecolex 2000, 622.

²⁴⁷ *Karasek*, Ecolex 2000, 622.

nachträglichen Verbesserungskosten, die ohne Verletzung der Warnpflicht nicht angefallen wären, hingegen der Werkunternehmer zu tragen.²⁴⁸

3.2.5 Anwendung auf den Fall

SGM wird versuchen, sich aufgrund der untauglichen Anweisung von Spielo bezüglich der Legierung einer Schadenersatzforderung zu entziehen, wobei es auf eine potentielle Verletzung der Warnpflicht ankommt.

Ausgangspunkt muss wieder die Frage nach der geschuldeten Leistung sein, also ob SGM nun eine mit dem von Spielo verwendeten Granulat funktionierende Schnecke geschuldet hat oder eine Schnecke mit den genau von Spielo festgelegten Eigenschaften. Da diese Eigenschaften von Spielo genau so vorgegeben wurden, könnte die Option, den Vertragsinhalt schon in diese Richtung zu drängen, verlockend für SGM sein. Vor allem bei Werkverträgen geht die Rsp – wie vorhin schon erwähnt – aber im Normalfall vom Schulden eines funktionierenden Gesamtwerkes aus, daher ist über diesen Weg mE in unserem Fall für SGM nichts zu erreichen.

Bezüglich der Verletzung der Warnpflicht steht eine Anweisung Spielos zum Thema der Legierung mE außer Zweifel (liegt diese nicht vor, wäre ein widersprüchlicher Vertragsinhalt evtl noch einmal eine nähere Überprüfung wert). Nicht nur der Unternehmerspielraum wurde eingeschränkt (nach der wohl einleuchtenderen Abgrenzung), auch die Begründung der Rsp für die Annahme einer solchen – *„nicht bloß das herzustellende Werk und sein Verwendungszweck, auch die Art der Herstellung ist konkret und verbindlich“*²⁴⁹ vorgeschrieben worden – liegt eindeutig vor.

Auf eine mangelnde Erkennbarkeit der Untauglichkeit lässt sich die Rsp bei Werkunternehmern nur in Ausnahmefällen ein, und auch diese müsste natürlich wieder von SGM bewiesen werden. Das „offenbar“ wird sehr eng eingegrenzt, SGM müsste nachweisen, dass die Unverträglichkeit der Legierung nur mit unüblichen Prüfungen erkannt hätte werden können.

²⁴⁸ Kurschel, Gewährleistung 72; Karasek, Ecolex 2000, 622; Wilhelm, JBI 1986, 180.

²⁴⁹ OGH 03.09.1986, 3 Ob 548/86, JBI 1987, 44

Eine vertragliche Vereinbarung, welche Prüfungen durchzuführen sind und vor welchen Schäden man in der Folge nicht warnen muss, ist demzufolge mehr als ratsam. Zu bedenken ist hier, dass derartiges auch ausdrücklich auf die vorvertraglichen Verhältnisse ausgedehnt werden muss: Der OGH weitet eine durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung nicht auf die Warnpflicht als vorvertragliche Pflicht aus.²⁵⁰

Die Warnpflicht SGMs gegenüber Spielo wurde verletzt, da diese lt herrschendem Meinungsstand auch gegenüber einem sachverständigen Werkbesteller besteht. Die Verletzung der Warnpflicht besteht mE im Unterlassen der Mitteilung, dass eine weitere Überprüfung der Tauglichkeit der Legierung aufgrund der offensichtlichen Sachkenntnis und Erfahrung Spielos in diesem Bereich nicht mehr notwendig und zumutbar ist und somit auch Mängel die Schnecke betreffend auftreten könnten.

Im Rahmen des Schadenersatzes ist der Besteller so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte.²⁵¹ Wäre auch bei pflichtgemäßem Verhalten ein Schaden entstanden, haftet der Unternehmer nur für die Differenz.²⁵² Bedeutsam ist daher, welche Disposition der Besteller bei entsprechender Warnung getroffen hätte.²⁵³ Interessant ist hierbei natürlich, dass das langjährig erfahrene Unternehmen Spielo bei einem Hinweis auf eine evtl untaugliche Legierung zweifellos nicht anders reagiert hätte, als auf der Legierung zu beharren. SGM liegt aber der Beweis dafür ob – welcher wiederum sehr schwer, wenn nicht unmöglich zu erbringen sein wird. SGM wird also im Idealfall auf eine Verschuldensteilung optieren können, da mE ein Informationsvorsprung Spielos bezüglich der Eignung des Granulats mit der Legierung vorliegt.

Die Kausalität der vorgegebenen Legierung für die Mangelhaftigkeit muss von SGM bewiesen werden, was allerdings gemäß den technischen Ausführungen kein allzu großes Problem sein wird.

²⁵⁰ OGH 11.11.1976, 6 Ob 649/76, JBl 1978, 208

²⁵¹ OGH 28.01.1987, 1 Ob 653/86, WBl 1987, 120; ebenso *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar³ § 1168a 11.

²⁵² OGH 02.06.1999, 9 Ob 342/98d RdW 1999, 648; OGH 19.09.2002, 3 Ob 274/01t, www.lexisnexis.at (18.08.2010).

²⁵³ *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar³ § 1168a 11.

Im Falle einer Anrechnung eines Mitverschuldens Spielos wird den Umständen entsprechend der Verschuldensanteil der Parteien abgewogen, kann dieser nicht ermittelt werden, wird im Regelfall ein Verhältnis von 1:1 angenommen. Bei Werkverträgen wird jedoch von einer höheren Verantwortlichkeit des Werkunternehmers ausgegangen, da sich der Besteller letztlich der Fachkunde desselben anvertraut hätte, somit ist von einer Schadensteilung im Verhältnis von 2:1 zu Lasten von SGM auszugehen.²⁵⁴ Dieses Verhältnis kann natürlich nur als Richtwert gelten, laut herrschender Rsp ist hier immer abhängig vom konkreten Einzelfall zu entscheiden.

Da im Verhältnis von SGM zu Spiral die Daten des zu verwendenden Kunststoffgranulates Teil der Bestellung waren, ist auch hier eine funktionierende Schnecke, als eine die bestellte Legierung überlagernde Definition des Erfolges anzunehmen. Somit ist eine Verletzung der Warnpflicht im selben Ausmaße wie von SGM gegenüber Spielo anzunehmen. Auch für die Anrechnung eines Mitverschuldens gegenüber SGM gilt dasselbe, wie das zum Verhältnis SGM-Spielo schon erwähnte, wobei eine besondere Sachkenntnis SGMs, welcher schließlich ebenfalls Schnecken herstellt, den Ausschlag für die Vorwerfbarkeit geben wird. Damit kann ein Teil der Kosten die SGM entstehen werden, von Spiral zurück gefordert werden.²⁵⁵

Somit ist von erfolgreichen Schadenersatzforderungen sowohl für die Schäden Spielos in Form des Produktionsausfalles, als auch für die Schäden SGMs und zusätzlich der Kosten des Umbaus auszugehen. Außerdem ist bei beiden Verhältnissen ein Mitverschulden des jeweiligen Werkbestellers anzunehmen. Bei den Kosten des Umbaus ist wiederum zu bedenken, dass SGM nur jene Kosten ersetzt werden, welche SGM nicht ohnehin entstanden wären. Da Spiral eine angemessene Frist zur Verbesserung gesetzt wurde, diese aber ungenützt verstrichen ist, ist ein Rücktritt möglich.

²⁵⁴ OGH 03.09.1986, 3 Ob 548/86, JBI 1987, 44; wobei hier allerdings kein sachverständiger, sondern nur ein sachverständig beratener Besteller vorlag. Da das Verschulden des Gehilfen aber wie ein eigenes angerechnet wird, sollte das mE keinen Unterschied machen.

²⁵⁵ Dadurch darf es natürlich zu keiner Bereicherung SGMs kommen, was in der Folge auch die Inanspruchnahme SGMs durch Spielo zu einer Voraussetzung für eine Inanspruchnahme Spirals durch SGM macht. (OGH 29.06.2005, 9 Ob 146/04t; Ecolex 2005, 907).

3.3 Erfüllungsgehilfen

3.3.1 Allgemeines

Entsprechend der Formulierung in § 1165 ABGB zum Werkvertrag, welche bestimmt, dass *„der Unternehmer verpflichtet sei, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen“* sind Erfüllungsgehilfen in unserer arbeitsteiligen Gesellschaft der Regelfall.

Zur Definition des Erfüllungsgehilfen ist in § 1313a ABGB von Personen die Rede, deren sich der Unternehmer zur Erfüllung einer Leistung bedient und für deren Verschulden er in der Folge wie für sein eigenes haftet. Der Unternehmer haftet als Vertragspartner voll für von seinem Gehilfen verschuldete Schäden nach § 1313a ABGB und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Gehilfen seine Dienstnehmer oder wirtschaftlich selbständig und weisungsfrei²⁵⁶ sind.²⁵⁷ Er ist somit immer so zu stellen, wie er stünde, hätte er das Verhalten des Gehilfen selbst gesetzt.²⁵⁸

Bezüglich der Haftung des Erfüllungsgehilfen, ist festzuhalten, dass kein Vertrag zwischen dem Gehilfen und dem Besteller existiert, auf dessen Basis eine Haftung zu erzielen wäre. Er haftet also nicht vertraglich, sondern nur deliktisch, dh nur wenn sein Verhalten unabhängig von den Pflichten aus dem Schuldverhältnis rechtswidrig ist.²⁵⁹ Der Erfüllungsgehilfe kann ausnahmsweise persönlich haftungspflichtig werden, wenn *„er im Verhältnis zum Dritten ein ausgeprägtes eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags“* verfolgt oder wenn *„er bei den Vertragsverhandlungen persönliches Vertrauen in besonderem Maß in Anspruch genommen und dadurch die Verhandlungen beeinflusst“* hat.²⁶⁰

²⁵⁶ Die Weisungsfreiheit war lange Zeit umstritten doch spricht sich die jüngere Judikatur und die wohl ganz hL gegen die Voraussetzung eines Weisungsrechts aus. Siehe aber zB OGH 14.05.1996, 4 Ob 2112/96h, JBI 1996, 724, bzw zur Darstellung der Gegenmeinung Lukas, JBI 2004, 653.

²⁵⁷ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 256; Lukas, JBI 2004, 653.

²⁵⁸ Huber in Schwimann, ABGB-TaKomm § 1313a Rz 9.

²⁵⁹ Huber in Schwimann, ABGB-TaKomm § 1313a Rz 1.

²⁶⁰ OGH, 15.07.1997 1 Ob 182/97i; www.lexisnexis.com (20.07.2010).

3.3.2 Haftung des Generalunternehmers für Subunternehmer / bloße Zulieferer

Generalunternehmer ist, wer die Herstellung eines Gesamtwerkes mit der Maßgabe übernimmt, dass er – ohne selbst "Bauherr" zu werden – zur Erbringung von Teilleistungen andere Unternehmer (Subunternehmer) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einsetzen darf.²⁶¹

Wichtig in Bezug auf den Fall ist es, zwischen einem Subunternehmer und einem bloßen Zulieferer zu unterscheiden, also zu erkennen, wann die Erfüllungsgehilfenhaftung eintritt und in welchem Falle nicht. Prinzipiell ist der Lieferant eines Bestandteiles des vom Schuldner zu fertigenden Werkes nämlich kein Erfüllungsgehilfe, da der Werksersteller unmöglich verpflichtet sein kann, alle Bestandteile selbst zu erzeugen. Der Werksersteller eines Produkts, dessen fehlerhafter Teil nicht von ihm selbst erzeugt wurde, haftet im Allgemeinen nur dann, wenn er diesen Teil entweder mangelhaft kontrollierte oder den Zulieferer sorglos auswählte.²⁶²

Nach der Rsp ist für das Zutreffen der Gehilfenhaftung gem § 1313a ABGB die Einbeziehung des (mutmaßlichen) Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Generalunternehmers, und damit in seinen Risikobereich maßgebend, dh es ist zu ermitteln ob der Gehilfe bei der Verfolgung der Interessen des Generalunternehmers tätig war. Ist er *„unmittelbar in dessen werkvertragliche Erfüllungshandlungen eingebunden“*, gilt er in jedem Fall als Erfüllungsgehilfe.²⁶³

Somit muss der Generalunternehmer schadenersatzrechtlich nur für das Versagen des Zulieferers eintreten, wenn er sich gegenüber dem Besteller selbst zur Herstellung des Materials verpflichtet hat (der Zulieferer also durch die Einbindung in die werkvertraglichen Erfüllungshandlungen des Generalunternehmers zum Erfüllungsgehilfen wird), gewährleistungsrechtlich muss er dies jedoch jedenfalls.²⁶⁴

²⁶¹ *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ V § 1165 Rz 13.

²⁶² OGH 29.11.2006, 7 Ob 166/06x, JBI 2007, 393.

²⁶³ OGH 10. 2. 2004, 1 Ob 265/03g, JBI 2004, 648.

²⁶⁴ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 94.

3.3.3 Auswahl des Gehilfen durch den Schuldner – „aufoktroierter Gehilfe“

Erfüllungsgehilfe nach § 1313a ABGB ist, wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird. Normzweck dieser Bestimmung ist, dass der, der den Vorteil der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, auch das Risiko tragen soll, dass an seiner Stelle der Gehilfe schuldhaft rechtlich geschützte Interessen des Gläubigers verletzt.²⁶⁵ Mit der Erweiterung des Aktionsradius' des Werkunternehmers darf sich also die Rechtsstellung des Gläubigers nicht verschlechtern.²⁶⁶

Hakt man nun genau bei dieser Formulierung des Normzwecks ein, stellt sich natürlich die Frage, worin genau der „Vorteil der Arbeitsteilung“ bzw die „Erweiterung des Aktionsradius“ besteht, welche in Anspruch genommen worden sein soll, wenn der Erfüllungsgehilfe vom Besteller aufgezwungen wurde. Die Überlegung eines konkludenten Haftungsausschlusses für ein darauf folgendes Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen liegt sehr nahe, denn es wäre nicht einzusehen wieso der Werkunternehmer das Risiko für einen Bereich völlig außerhalb seiner Steuerungsmöglichkeiten übernehmen sollte.²⁶⁷

Auch die Definition des OGH²⁶⁸ wonach Erfüllungsgehilfe sei, „*wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird*“, lässt die Frage auftauchen, worin in diesem Falle der Wille des Werkbestellers liege. Von einem *Wollen*, sich des Erfüllungsgehilfen zu bedienen, kann im Falle eines Aufzwingens desselben wohl keine Rede sein. Dazu kommt, dass also nicht nur kein Vorteil für den Generalunternehmer erkennbar ist, sondern, dass im Gegenteil für den Auftraggeber generell in dieser Fallkonstellation sehr wohl ein Vorteil besteht. Er hat nämlich nur einen Ansprechpartner und nur einen Verantwortlichen für den Erfolg des Werkes, an den er sich jederzeit wenden kann. Der Gesamtpreis, die Haftung und die Gewährleistung sind ausschließlich mit dem Generalunternehmer vereinbart.²⁶⁹

²⁶⁵ OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 197/05g, JBI 2006, 653.

²⁶⁶ Huber in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1313a 2.

²⁶⁷ OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 197/05g (*Haas*), JBI 2006, 658.

²⁶⁸ OGH 30. 5. 1994, 1 Ob 564/94 WoBI 1995/1.

²⁶⁹ *Welser*, Bauverträge in *Wiener Vertragshandbuch* 166.

Eine der wenigen Entscheidungen, die hierfür wegweisend sein *könnten*, scheint in eine ähnliche Richtung zu weisen. Dabei handelte es sich um einen Besteller, welcher aufgrund einer schon vorher begonnen Bauleistung mit einem Werkunternehmer (über welchen aber im Verlaufe der Bauarbeiten der Konkurs eröffnet wurde) darauf bestand, dass nun dem neuen Bauunternehmer der Teil des Unternehmens, welcher nach dem Konkurs weitergeführt wurde, als Erfüllungsgehilfe dienen sollte. Die Heranziehung eben dieses Erfüllungsgehilfen stand also im alleinigen Interesse des Bestellers, da die Beiziehung eines anderen Unternehmens eine erhebliche Verzögerung bedeutet hätte.²⁷⁰

In diesem Falle musste sich der Werkunternehmer die durch das Verschulden des Gehilfen ausgelöste Ersatzpflicht (hier handelte es sich um eine Konventionalstrafe) nur bis zur Höhe des dem Erfüllungsgehilfen geschuldeten Werklohnes zurechnen lassen. Gegen diesen Werklohn kann dann in der Folge aufgerechnet werden.²⁷¹

Dies könnte einen korrekten Umgang mit dem Fall eines „aufoktroierten“ Gehilfen darstellen. Die mangelnde Judikatur²⁷² und Lehre bezüglich dieser Fallkonstellation macht es aber schwierig, eine eindeutige Aussage über die rechtlichen Konsequenzen eines „aufoktroierten“ Gehilfen zu treffen.

3.3.4 Anwendung auf den Fall

Wie schon angemerkt, hat die Auswirkung einer Zurechnung des Erfüllungsgehilfen gem § 1313a ABGB nur für den Schadenersatz Relevanz, die

²⁷⁰ OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88, WBI 1988, 403.

²⁷¹ „In einem solchen Fall muss sich der Unternehmer schuldhafte Vertragsverletzungen durch den Gehilfen nur in dem Umfang zurechnen lassen, als die dadurch ausgelöste Ersatzpflicht in jenem Teil seines Werklohns Deckung findet, der dem vom Unternehmer dem Gehilfen geschuldeten Werklohn gegen den jetzt aufgerechnet werden kann, entspricht.“ OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88, WBI 1988, 403.

²⁷² In einem weiteren Fall – in dem der Wunsch des Bestellers die Stemmarbeiten doch nicht selber durchzuführen, sondern dies dem Erfüllungsgehilfen zu überlassen, allerdings eine nicht von vornherein vom Werkvertrag gedeckte Erweiterung darstellte wurde eine Haftung nach § 1313a ABGB sogar gänzlich versagt, sondern das Haftungsverhältnis beschränkte sich hier auf den Besteller und den Gehilfen. OGH 11.11.1981, 6 Ob 696/ 81 JBI 1982, 655.

Gewährleistung ist auch für Mängel von bloßen Lieferanten herbeigeschaffter Bestandteile zu leisten.²⁷³

Hat SGM seine Warnpflicht schuldhaft verletzt und muss für den Erfüllungsgehilfen eintreten ist eine Mitschuld Spielos aufgrund des aufgezwungenen Erfüllungsgehilfen zu prüfen.

Beim Schuldinhalt ist klar, dass SGM eine funktionierende Maschine²⁷⁴ und somit auch die Schnecke schuldet. Die versuchte Mängelbehebung SGMs weist lt Rsp schon darauf hin, dass der Werkunternehmer die ordnungsgemäße Funktion als eine von ihm übernommene Leistungsverpflichtung ansehe.²⁷⁵

Die oben im Bereich der Warnpflicht erwähnte Definition einer untauglichen Anweisung des Bestellers, als eine Einschränkung des Unternehmerspielraums, könnte hier für den Fall des aufoktroierten Gehilfen interessant werden. Die Kausalität ist zweifellos gegeben, SGM hätte die Schnecke jedenfalls bei einem Unterlassen der Anweisung selbst erstellt. Auch „*offenbar auffallen*“ hätte die Untauglichkeit der Anweisung SGM – im Gegensatz zur falschen Legierung – keineswegs müssen. Spielo hatte hier schon langjährige Erfahrungen, ein Wissensvorsprung des Auftraggebers gegenüber dem Werkunternehmer liegt offensichtlich vor. Somit hätte SGM diesbezüglich auch keine Warnpflicht verletzt.

Allerdings wird es mit der Adäquanz Probleme geben. Eine geteilte Schadenstragung wird nicht der Fall sein, wenn Spielo mit der Anweisung der Heranziehung Spirals den Schaden zwar mit verursacht, nicht aber *herausgefordert* hat – ist Spiral also kein generell untauglicher Lieferant von Schnecken, wird mE bezüglich des „Aufoktroierens“ keine Schadensteilung der Fall sein.²⁷⁶

Bei einem ähnlichen Fall²⁷⁷, wurde die Tatsache, dass der Subunternehmer vom Auftraggeber vorgeschlagen wurde, nicht weiter behandelt, da ohnehin eine

²⁷³ Lukas, JBI 2004, 654.

²⁷⁴ Für viele andere: OGH 24.01.2006, 4 Ob 197/05g (Haas), JBI 2006, 658.

²⁷⁵ OGH 24.01.2006, 4 Ob 197/05g, JBI 2006, 655.

²⁷⁶ Koziol, Haftpflichtrecht³ I Rz 12/22; OGH 31.05.1983, 2 Ob 88/83, ZVR 1984/178, 186; Im Fall ging es um einen Eigentümer der sein Auto nicht abspernte, und dadurch einem Fremden ermöglichte das Auto zu benutzen und zu beschädigen.

²⁷⁷ OGH 24.01.2006, 4 Ob 197/05g, JBI 2006, 653.

Verschuldensteilung von 1:1 angenommen wurde. Allerdings wurden hierbei keine technischen Details vorgegeben, im Gegensatz zu unserem Fall.

Nichtsdestotrotz erscheint mE die Annahme einer Parallele zu der in 3.3.3 angesprochenen Entscheidung des OGH (1 Ob 566/88) und eine daran knüpfende Begrenzung der schadenersatzrechtlichen Ansprüche mit dem Werklohn gegenüber Spiral mehr als gerechtfertigt, wenn schon aufgrund der ebenso im selben Kapitel angesprochenen Argumente kein völliger Entfall derselben möglich sein sollte.

Ein Mitverschulden SGMs im Verhältnis zu Spiral ist anzunehmen, allerdings nur eines der Verletzung der Nebenpflicht der Kontrolle, während Spiral die Verletzung der Hauptpflicht der Erstellung des Werkes vorzuwerfen ist. In einem diesbezüglich ähnlichen Fall wurde vom OGH eine Schadensteilung im Verhältnis 1:3 zu Lasten des Subunternehmers angeordnet.²⁷⁸

Die gesetzlichen Haftungsbestimmungen für den Generalunternehmervertrag gelten als relativ streng und auftraggeberfreundlich²⁷⁹, wodurch eine detaillierte vertragliche Festlegung einzelner Bestandteile auf Werkunternehmerseite umso sinnvoller erscheint.

Lt *Lukas* zeigt sich bei der Frage der Zurechenbarkeit des Erfüllungsgehilfen besonders, dass sich ein Vertragsverfasser niemals darauf beschränken darf, die geschuldete Leistung präzise zu umschreiben. Es müssen auch die herstellungsspezifischen Sorgfaltspflichten so genau wie möglich festgelegt werden, will man diese Sorgfaltspflichten nicht irgendwo im Graubereich zwischen Übung des redlichen Verkehrs und der Interpretation des Vertragsinhaltes angesiedelt wissen.²⁸⁰ Dabei wird die Übung des redlichen Verkehrs bei zugekauften Bestandteilen eine Erfüllungsgehilfenhaftung regelmäßig verneinen, wenn es verkehrsüblich ist, derartige Teile nicht selbst herzustellen²⁸¹, während die Interpretation des Vertragsinhaltes wiederum die Herstellung eines Gesamtsystems²⁸² annehmen wird, und somit dem Generalunternehmer auch die Verantwortung für die Eignung des Bestandteiles zuschreibt. Bei einem Werkvertrag wird (im Gegensatz zum

²⁷⁸ OGH 22.10.1991, 4 Ob 561/91; www.lexisnexis.com (10.08.2010).

²⁷⁹ *Welser*, Bauverträge in Wiener Vertragshandbuch, 151.

²⁸⁰ *Lukas*, JBI 2004, 654.

²⁸¹ *Lukas*, JBI 2004, 655.

²⁸² OGH 10.02.2004, 1 Ob 265/03g, JBI 648; Hier ging es um die Herstellung eines Schwimmbades.

Kaufvertrag) eher dieser Lösungsweg anzunehmen sein - sofern eben der Vertrag nichts Genaueres regelt.

4 Schlussbemerkungen

Werkverträge haben in der arbeitsteiligen Wirtschaft und vor allem in der Industrie heute eine sehr große Bedeutung. Dementsprechend umfassend und unübersichtlich sind der Regelungsbedarf und auch damit verbunden die Auslegungsschwierigkeiten. Diese Arbeit stellt anhand von zweien typischen, realen Problemfällen die Themenbereiche der Folgen einer anfänglichen Unmöglichkeit, die werkvertragliche Bedeutung der Abnahme, die Warnpflichtverletzung, sowie den Bereich der Erfüllungsgehilfenhaftung dar. Bei der Befassung mit einzelnen Details können teils gravierende Unterschiede in den Meinungsständen festgestellt werden, so zB die Gültigkeit eines Vertrages bei vorliegender anfänglicher Unmöglichkeit oder die Frage nach einem Mitverschulden des Bestellers bei einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers, welche aber jeweils durch eine weitgehend konstante, einschlägige Rsp in jüngerer Zeit relativiert werden.

Andere Bereiche wiederum, wie die Frage nach dem Vorliegen einer konkludenten Abnahmeerklärung bei Benützung durch den Werkbesteller sind sehr umfangreichen und auf den Einzelfall beschränkten Einflussfaktoren bei der Auslegung der rechtlichen Lage unterworfen, oder bedürfen, wie die Frage der Auswahl des Gehilfen durch den Besteller überhaupt erst einer Rsp und einer entsprechenden weiter gehenden Behandlung durch die Lehre.

5 Literaturverzeichnis

Aicher/Korinek (Hrsg.), Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwerks, Wien 1991.

Binder, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JBI 1990, 815.

Dullinger, Mitverschulden von Gehilfen, JBI 1990, 20 und 91.

Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, Wien 2001.

Feil, Werkvertrag – Vertragsgestaltung Gewährleistung und Schadenersatz, Wien 2001.

Haas, Anmerkung zu OGH 24.01.2006, 4 Ob 197/05g, JBI 2006, 658.

<http://www.hevo-plastics.com/html/spritzguss.html>, (27.04.2010).

, (29.04.2010).

Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505.

Iro, Warnpflicht des Werkunternehmers und Gehilfenmitverschulden, JBI 1993, 522.

Joeinig, Die anfängliche Unmöglichkeit, Wien 2006.

Jud, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung, Wien 2003.

Karasek, Rechtsfolgen bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht, Ecolex 2000, 622.

Karollus, Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 129.

Karollus, UN-Kaufrecht – Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien 1991, 215.

Kerschner, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft, Linz 1984.

Klang (Hrsg.), Kommentar zum ABGB IV/1², Wien 1968.

Klang (Hrsg.), Kommentar zum ABGB IV/2², Wien 1978.

Klang (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch V², Wien 1954.

Kletečka, Gewährleistung neu – Kommentar zum GewRÄG für Praxis und Ausbildung, Wien 2001.

Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, Wien 1991.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00, www.rdb.at (28.12.2010).

Korinek, Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts V/11, Wien 1990.

Kornfeld, Leistungsunmöglichkeit, eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1913.

Koziol, Anmerkung zu OGH 22.04.1997, 4 Ob 76/97y, JBI 1997, 587.

Koziol, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, RdW 1993.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² I, Wien 1980.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I, Wien 1997.

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, Wien 2007.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹² I, Wien 2002.

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ II, Wien 2007.

Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ I, Wien 2006.

Krejci (Hrsg.), Reform-Kommentar zum UGB/ABGB, Wien 2007.

Kriegner, Fragen des schadenersatzrechtlichen Verbesserungsanspruchs gem § 933a ABGB, RdW 2009, 451.

Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, Wien 1989.

Lukas, Anmerkung zu OGH 10.02.2004, 1 Ob 265/03g, JBI 2004, 653.

Lukas, Anmerkung zu OGH 13.12.1994, 5 Ob 138/94, JBI 1995, 789.

Lukas, Anwaltshaftung und Beweislast, JBl 1994, 65.

Lukas, Zur Haftung beim anfänglichen unbehebbaen Mangel, JBl 1992, 22.

Nicklisch, Risikoverteilung im Werkvertragsrecht bei Anweisungen des Bestellers, in Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, Wien 1976.

Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II 1911, Wien 1911.

Rabl, Schadenersatz wegen Nichterfüllung, Wien 1998.

Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137.

Reischauer, Neuere Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, JBl 1998, 478.

Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ I, Linz 2000.

Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ II, Linz 2007.

Schobel, Kausalität contra Begrifflichkeit, RdW 1999, 325.

Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, Wien 2007.

Schummer/Kriwanek, Das neue Unternehmensgesetzbuch, Wien 2006.

Schwarz, Gedanken zur Warnpflicht des Werkunternehmers, RdW 1996, 9.

Schwimann (Hrsg.), ABGB- Praxiskommentar³ IV, Wien 2006.

Schwimann (Hrsg.), ABGB- Praxiskommentar³ V, Wien 2006.

Schwimann (Hrsg.), ABGB- Praxiskommentar³ VI, Wien 2006.

Schwimann (Hrsg.), ABGB- Taschen -Kommentar, Wien 2010.

Straube (Hrsg.), Kommentar zum UGB⁴ I, Wien 2003.

Sturm, Anweisungsfehler und Bestellermitverschulden im Werkvertragsrecht, WBI 2000, 299.

Tades/Hopfl/Kathrein/Stabentheiner, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch³⁷, Wien 2009.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Leipzig 1900.

Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 69.

Walter, Die Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers im Bauwesen, Der Sachverständige 1984, Heft 4a 12.

Welser, Irene, Bauverträge, in Wiener Vertragshandbuch, Wien 2006.

Welser, Rudolf, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 288.

Welser, Rudolf, Schadenersatz statt Gewährleistung, Wien 1994.

Welser, Rudolf, Vertretung ohne Vollmacht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Culpa in Contrahendo, Wien 1970.

Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, Wien 2001.

Wenusch, Die Warnpflicht des Werkunternehmers bei sachverständig beratenem Werkbesteller, Ecolex 1998, 756.

Wilhelm, Anmerkung zu OGH 21.02.1985, 7 Ob 538/84, JBI 1986, 180.

Wilhelm, Ersatz des Erfüllungsinteresses wegen Verschuldens beim Vertragsschluss?, WBI 1987, 173.

Wilhelm, Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel in Festschrift *Welser*, Wien 2004.

Wilhelm, Keine Gewährleistung bei Warnpflichtverletzung! Ecolex 2004

Wilhelm, Nachtrag zur Warnpflicht bei sachverständig beratenem Werkbesteller, Ecolex 1998, 822.

6 Judikaturverzeichnis

AG Berlin-Tempelhof 14 C 252/85, NJW 1986, 324.

LG Kassel 1 S 491/84, NJW 1985, 1642.

OGH 16. 12. 1986, 1 Ob 694/86, <http://www.lexisnexus.com> (7.2.2011).

OGH 2.6.1999, 9 Ob 342/98d, <http://www.lexisnexus.com> (28.01.2010).

OGH 15.2.1990, 8 Ob 700/89, JBI 1990, 723.

OGH 21.10.1987, 14 Ob A 77/87, DRdA 1989, 411.

OGH 8.6.2005, 7 Ob 40/05s, Ecolex 2006/3, 24.

OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91, <http://www.lexisnexus.com> (17.07.2010).

OGH 31.01.1979, 1 Ob 522/79, <http://www.lexisnexus.com> (19.07.2010).

OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92, <http://www.lexisnexus.com> (9.8.2010);

OGH 11.11.1976, 6 Ob 649/76, JBI 1978, 208.

OGH 18.10.1977, 4 Ob 95/77, EvBI 1978/87.

OGH 11.11.1981, 6 Ob 696/ 81 JBI 1982, 655.

OGH 22.02.1983, 5 Ob 510/83, WBI 1989, 310.

OGH 19.05.1983, 8 Ob 26/83, ZVR 1984/140, 148.

OGH 31.05.1983, 2 Ob 88/83, ZVR 1984/178, 186.

OGH 15.05.1986, 7 Ob 539/86, WBI 1987, 189.

OGH 27.05.1986, 2 Ob 544, JBI 1987, 109.

OGH 03.09.1986, 3 Ob 548/86, JBI 1987, 44.

OGH 28.01.1987, 1 Ob 653/86, WBI 1987.

OGH 14.05.1987, 7 Ob 559/87, in JBI 1987, 662.

OGH 17.11.1987, 4 Ob 587, JBI 1988, 241.

OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88, WBI 1988, 403.

OGH 31.01.1991, 8 Ob 514/90 RdW 1991, 231.

OGH 29.01.1992, 1 Ob 628/91, JBI 1992, 784.

OGH 30. 5. 1994, 1 Ob 564/94 WoBI 1995/1.

OHG 12.07.1994 4 Ob 545, 546/94 RdW 1994, 348.

OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; JBI 1996, 394.

OGH 14.05.1996, 4 Ob 2112/96h, JBI 1996, 724.

OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a; RdW 1997, 449.

OGH 27.02.1997, 2 Ob 79/94, JBI 1997, 392.

OGH 22.04.1997, 4 Ob 76/97y, JBI 1997, 587.

OGH 10.06.1997, 4 Ob 127/97y, EvBI 1997/186.

OGH 29.10.1997, 6 Ob 233/97a, RdW 1998, 189.

OGH 21.10.1998, 9 Ob 133/98v, RdW 1999, 137.

OGH 24.11.1998, 4 Ob 283/98s, RdW 1999, 200.

OGH 02.06.1999, 9 Ob 342/98d, RdW 1999, 648.

OGH 02.09.1999, 2 Ob 300/97z, JBI 2000, 251.

OGH 06.09.2000, 9 Ob 139/00g, Ecolex 2001/72.

OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x, Ecolex 2002, 508.

OGH, 25.03.2003, 1 Ob 41/03s, JBI 2003, 853.

OGH 27.03.2003 , 2 Ob 52/03s, in: RdW 2003, 372.

OGH 01.10.2003, 7 Ob 159/03p, Zivilrechts-Info 2003/467.

OGH 10. 2. 2004, 1 Ob 265/03g, JBI 2004, 648.

OGH 25.06.2004, 1 Ob 137/04k, RdW 2004, 660.

OGH 15.03.2005, 5 Ob 38/05g, RdW 483 /545.

OGH 29.06.2005, 9 Ob 146/04t; Ecolex 2005, 907.

OGH 24. 01. 2006, 4 Ob 197/05g, JBI 2006, 653.

OGH 29.11.2006, 7 Ob 166/06x, JBI 2007, 393.

OGH 13.11.2008, 8 Ob 124/08f, JBI 2009, 377.

OGH 13.12.1994, 5 Ob 138/94, www.lexisnexus.at (16.04.2010).

OGH 26.06.2002, 3 Ob 277/01 h, www.lexisnexus.com (5.5.2010).

OGH 04.04.1973, 1 Ob 50/73, www.lexisnexus.com (29.5.2010).

OGH 07.11.2002, 6 Ob 251/02h, <http://www.lexisnexus.com> (9.6.2010).

OGH 27.11.2002, 3 Ob 34/02z, www.lexisnexus.com (15.07.2010).

OGH 23.03.1999, 4 Ob 186/98a, www.lexisnexus.com (20.07.2010).

OGH, 15.07.1997, 1 Ob 182/97i; www.lexisnexus.com (20.07.2010).

OGH 16.03.1999, 10 Ob 371/98a, www.lexisnexus.com (22.07.2010).

OGH 27.11.2007, 10 Ob 108/07s, www.lexisnexus.com (30.07.2010).

OGH 22.10.1991, 4 Ob 561/91; www.lexisnexus.com (10.08.2010).

OGH 13.07.2007, 6 Ob 143/07h, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 28.09.2005, 7 Ob 194/05p, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 15.02.2006, 7 Ob 239/05f, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 21.01.2009, 3 Ob 248/08d, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 01.07.2003, 1 Ob 214/02f, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 27.09.2005, 1 Ob 110/05s, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 27.05.2004, 6 Ob 76/04a, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 14.06.1995, 3 Ob 550/95, www.lexisnexus.at (15.08.2010).

OGH 19.09.2002, 3 Ob 274/01t, www.lexisnexus.at (18.08.2010).

OGH 25. 01.1984, 1 Ob 769/83, <http://www.lexisnexus.com> (17.07.2010).

7 Zusammenfassung

Die Zielsetzung vorliegender Arbeit ist es, ausgewählte werkvertragliche Problemfälle anhand zweier juristischer Streitfälle eines österreichischen Industrieunternehmens darzustellen. Dabei werden im Hinblick auf ersteren Fall, bei welchem sich eine schon vertraglich vereinbarte Herstellung eines neuartigen Maschinentyps als doch nicht durchführbar erwies, die Auswirkungen einer anfänglichen Unmöglichkeit bei Werkverträgen, vor allem auf die Schadenersatzhaftung, als auch die Bedeutung und die Rechtsfolgen der Abnahme von Werken durchleuchtet.

So wird bezüglich der anfänglichen Unmöglichkeit festgestellt, dass trotz lt hM gültigem Vertrages im Falle einer schlicht anfänglichen Unmöglichkeit, von einem Schulden des Vertrauensschadens auszugehen ist. Die von der gegenteiligen Lehrmeinung oftmals in die Argumentation eingebrachte Annahme einer konkludenten Garantiehaftung wird nur sehr selten zugesprochen. Bei der Diskussion der Abnahme wird auf den Zeitpunkt derselben eingegangen und festgestellt, dass für die Annahme einer konkludenten Abnahme wegen der unklaren Rechtslage genaueste vertragliche Regelungen wünschenswert sind, und dass selbst vereinbarte Übernahmeformalitäten durch Benützung außer Kraft gesetzt werden können.

Bei zweiterem Fall, bei dem es sich um einen auf Bestellerwunsch nicht in Eigenregie, sondern von einem Subunternehmer hergestellten Bestandteil einer Maschine, welcher die Maschine untauglich machte, handelt, werden die Auswirkungen einer Verletzung der Warnpflicht, und der Haftung aus der Inanspruchnahme eines Erfüllungsgehilfen unter die Lupe genommen.

Hierfür muss eine Anweisung des Bestellers von bloßen Beschreibungen des Werkes abgegrenzt werden, um das Vorliegen einer Warnpflicht zu überprüfen. Diese besteht im Fall wohl in einer Hinweispflicht auf das Unterlassen einer weiteren Überprüfung der Anweisung und wurde in dieser Form auch verletzt. Zur Frage des aufgezwungenen Erfüllungsgehilfen, wird trotz mangelnder Adäquanz – sofern der Subunternehmer nicht generell untauglich war – auf ein OGH-Urteil verwiesen, welches die Haftung in einem ähnlichen Fall begrenzt.

8 Curriculum Vitae

Wilfried Egger

Geboren am 7. Dezember 1984, Steyr

Ausbildung

09/2008 – 02/2009	Auslandssemester an der Universidade Nova, Lissabon, Portugal
10/2010 –	Studium der Rechtswissenschaften an der JKU Linz
10/2005 –	Studium der internationalen Betriebswirtschaft an der Universität Wien mit Schwerpunkten Corporate Finance und Externe Unternehmensrechnung
10/2005 –	Studium der Kunstgeschichte an der Universität Wien
01/2005 – 09/2005	Präsenzdienst beim österreichischen Bundesheer
09/1999 – 06/2004	HAK Perg

Berufserfahrung/Praktika

08/2008 – 09/2008	Engel Austria, Schwertberg Automatisierung von Controlling-Mechanismen, Assistent des Einkaufsleiters
07/2007	WKO Oberösterreich, Linz

Betreuung der Datenbank und der eingehenden
Lehrverträge

Sprachkenntnisse

Englisch: verhandlungssicher

Italienisch: verhandlungssicher

Spanisch, Französisch: gute Kenntnisse