

**JURISTISCHE KRITERIEN UND GEFAHREN DER  
TÄTIGKEIT DES „SCHIMMELSPEZIALISTEN“ BEI DER  
BERATUNG VON BAUSCHAFFENDEN**

**RECHTSANWALT**

**DR. HERBERT GARTNER**

**1070 WIEN, WESTBAHNSTRASSE 5**

**01/586 62 10**

**KANZLEI@GFK-RECHT.AT**

## **A) DIE HAFTUNG DES BERATERS ALS SACHVERSTÄNDIGER I. S. § 1299 ABGB**

### 1) Rechtsgrundlage: § 1299 ABGB :

**§ 1299. Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse vertraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.**

Der § 1299 gilt für alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, gleichgültig, ob sie selbstständig oder unselbstständig ausgeübt werden.

Er gilt für alle, die ein qualifiziertes Gewerbe öffentlich ausüben.

Wer ohne Fachmann zu sein, eine Arbeit übernimmt, die in der Regel wegen der notwendigen Kenntnisse nur von einem Fachmann besorgt zu werden pflegt (ein Baumanager als Vertragsverfasser) haftet ebenfalls nach §1299 ABGB (SZ 43/221)

Wer, wenn auch als Erfüllungsgehilfe eines anderen, wissentlich oder fahrlässig sich an eine in der Regel von einem Fachmann durchzuführende, bei nicht sachgemäßer Ausführung erkennbar mit Gefahren verbundene Arbeit heranmacht, ohne die erforderlichen Fachkenntnisse zu besitzen, handelt schuldhaft (SZ 49/47).

Der Sachverständige haftet nicht für außergewöhnliche Kenntnisse und außergewöhnlichen Fleiß, wohl aber für die Kenntnisse und den Fleiß, die seine Fachgenossen gewöhnlich haben (SZ 58/176)

Maßstab ist die übliche - generell höher anzusetzende - Sorgfalt jener Personen, die derartige Tätigkeiten ausüben (Mietsammlung 32.228)

Entscheidend ist der Leistungsstandards der betreffenden Berufsgruppen (JBI 1993,389)

Ein Rechtsanwalt haftet als Vertragsverfasser eines entgegen den Mieterschutzvorschriften befristeten Mietvertrags, wenn er denn Vermieter nicht auf deren Kündigungsbeschränkungen aufmerksam macht (Miet Slg 29.204) analog wird dies auch für den Immobilienverwalter gelten.

## **B) DIE HAFTUNG FÜR RAT UND AUSKUNFT GEMÄß § 1300 ABGB**

Der § 1300 ABGB lautet :

*§ 1300. Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft als Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem Andern verursacht hat.*

Zu beachten ist, dass durch die Worte " gegen Belohnung " nur die Fälle der Raterteilung aus bloßer Gefälligkeit ausgeschlossen werden sollen.

Unter Belohnung ist nicht gerade eine Gegenleistung in Geld zu verstehen, verantwortliche Rat Erteilung ist anzunehmen, wenn sie innerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses erfolgt.

Ob der einzelne Rat, die einzelne Auskunft gesondert honoriert wird, ist dann unbeachtlich. Wesentlich ist nur, dass Auskunft und Rat nicht selbstlos erfolgen.

In allen Fällen eines Handelns " gegen Belohnung " wird für jedes Verschulden gehaftet, somit auch für leichte Fahrlässigkeit.

Wer vorsätzlich durch Rat Erteilung schädigt, haftet dem Beratenen auch, wenn er zu ihm in keinem Vertrags - oder Verpflichtungsverhältnis steht und wenn der Rat ohne Belohnung erteilt wird.

Auch in der Unterlassung der vom anderen Teil geforderten Aufklärung kann ein nachteiliger Rat gelegen sein, wenn der Ratgeber den Irrtum des anderen erkennt und damit rechnen muss, dass dieser ohne die geforderte Aufklärung auf eine ihm nachteilige Weise handeln wird.

Der Sachverständige haftet nach §1300 ABGB nur dem Besteller, allerdings unter Umständen auch einem dritten Benutzer des Gutachtens dann, wenn der Besteller für den Sachverständigen erkennbar, die Interessen des Dritten mitverfolgte

### **C) EIN BESONDERER HAFTUNGSGRUND:** **DIE VERLETZUNG VON WARNPFLICHTEN DURCH DEN** **FACHMANN BEIM WERVERTRAG:**

**Rechtsgrundlage: § 1168a ABGB**

Ausgangspunkt:

Wer haftet, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer bestimmte Anweisungen erteilt, wie die Leistung erbracht werden soll, oder ein Bauherr einem Unternehmer einen "Stoff" zur Herstellung des Werkes beistellt.

**a) Anweisung** = jede vertraglich vereinbarte Einmischung des AG in die Auftragsdurchführung, die sich

entweder auf das Werk, also das Ergebnis, oder

auf dessen Durchführungsarbeiten

bezieht.

Weiß der Unternehmer, dass der vereinbarte Erfolg unerreichbar ist, oder muß er davon wissen, dann muss er ebenfalls warnen. (Ausnahme: der Erfolg ist "geradezu unmöglich" i. S. des § 878 ABGB, dann kommt gar kein Vertrag zustande.)

**b) Stoff** = alles, aus dem oder mit Hilfe dessen ein Werk herzustellen ist

**z.B.:** die Beschaffenheit eines Gebäudes, in dem die Arbeiten zu verrichten sind

der Boden in dem Arbeiten zu verrichten sind

immaterielle Güter

die Person des Bestellers selbst

besonders wichtig. **die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen der Werkunternehmer mit seiner Leistung aufbauen muß**

Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit !!

Tritt der die Warnpflicht auslösende Mangel erst im Zuge der Auftragsdurchführung zutage, so muss dann sofort gewarnt werden

### **c) Wie muss gewarnt werden?**

Die Warnung muss dem Auftraggeber zugehen !

Sie muss erkennen lassen, dass die beanstandeten Umstände das Misslingen des Werkes zur Folge haben könnten.

Die Warnpflicht erstreckt sich auch darauf, wenn dem Unternehmer erkennbar ist, dass nach den Umständen eine problemlose behördliche Bewilligung nicht zu erwarten war

Der Unternehmer ist dann für den Schaden verantwortlich, wenn er den Auftraggeber nicht gewarnt hat, obwohl er nach dem Vertrag und seinen Fähigkeiten, bzw. seinem Wissensstand den "Fehler" erkennen hätte können.

Hat der Unternehmer gewarnt bzw. waren die Anweisungen oder der Stoff des Auftraggebers nicht offenbar untauglich oder ungeeignet bzw. konnte er die Untauglichkeit nicht erkennen, so ist er für entstandene Mängel oder Schäden nicht verantwortlich.

**Der Unternehmer muss daher: 1. prüfen**

**2. warnen**

*OGH: Die Warnpflicht des Unternehmers besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständigen beratenen Besteller. Auf die den sachverständigen Besteller treffende vertragliche Nebenverpflichtung, dem Unternehmer durch geeignete Aufklärung die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu ermöglichen, wird im folgenden eingegangen.*

*Die Warnpflicht des Unternehmers entfällt gegenüber einem sachkundig beratenen Besteller nur dann, wenn sich der Besteller selbst schon von der Untauglichkeit des von ihm beigestellten Stoffes überzeugen konnte. Der Unternehmer wird nur 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. Der bloße Sachverstand des Bestellers allein reicht aber nicht aus, den Unternehmer von seiner Warnpflicht zu befreien.

Arbeiten mehrere Unternehmer zusammen und wäre im Zuge dieser Kooperation die Untauglichkeit des bestellten Produktes erkennbar gewesen, dann haften die Unternehmer für die Warnpflichtverletzung solidarisch, wenn ihr Anteil am Gesamtschaden nicht erkennbar ist (vgl. Krejci in Rummel, ABGB2 § 1168 a Rz 32). Richtig ist, dass ein Unternehmer im Rahmen seiner Warnpflicht nicht gehalten werden kann, besondere sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen. Der Unternehmer muss aber die Anweisung "durchdenken" (vgl. Iro ÖJZ 1983, 506). Dazu gehört das Studium der Einbauanleitung eines Bausystems, das der Unternehmer einzubauen hat.

Die Warnpflicht ist dort besonders intensiv, wenn es um neue Arbeitsmethoden, technische Verfahren und Werkstoffe geht, z.B. um neue noch nicht auf breiter Basis erprobte Baustoffe (vgl. WBI 1987, 120). Ohne hinreichende Einwilligung bei erschöpfender Aufklärung des Bestellers über die Risiken trägt in einem solchen Fall das Risiko des Fehlschlagens der Unternehmer.

Insbesondere hat der Unternehmer vor (noch) nicht anerkannten Methoden der Technik zu warnen.

In einer Zeit des Überganges von einer (bislang bewährten, dem überkommenden Stand der Technik entsprechenden) Bauweise auf eine andere ist der Werkunternehmer jedenfalls verpflichtet, den Werkbesteller über neue - noch nicht anerkannte und wirtschaftlich unangemessene - Methoden zu informieren, wenn der Besteller darauf hinweist, dass ihm an der Herstellung eines bestimmten technischen Erfolges besonders gelegen ist.

Entscheidend sind der Wissensstand und die technischen Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Herstellung des Werkes; es besteht nur dann keine Warnpflicht, wenn wesentlich später technische Entwicklungen eine andere Art der Werkerstellung

*zweckmäßiger erscheinen lassen. Vor den Gefahren einer nachträglichen Projektänderung ist dann zu warnen, wenn solche Gefahren naheliegen.*

*OGH: So wie mehrere, durch getrennte selbständige Werkverträge mit dem Besteller zur Herstellung von Teilen einer nur durch technischen Zusammenschluß funktionsfähigen Anlage verpflichtete Unternehmer gewissermaßen technischen "Schulterschuß" suchen und sich von dem Vorliegen der positiven und dem Nichtvorhandensein der negativen Bedingungen Gewißheit verschaffen müssen, um das Gelingen und die Funktionsfähigkeit der Gesamtanlage zu gewährleisten und den Besteller vor Schaden zu bewahren, der aus der mangelnden Harmonisierung und Abstimmung der jeweiligen Teile der Anlage entstehen kann (JBI 1990, 656), muß dies auch für den Besteller oder den Generalunternehmer zumindest dann gelten, wenn er sich - wie hier - die Erbringung von Teilleistungen selbst vorbehalten hat.*

## **D) DIE HAFTUNG FÜR FREMDES VERSCHULDEN**

Im Geschäftsleben ist es durchaus üblich, dass ein Unternehmer nicht sämtliche Leistungen, zu deren Erbringung er sich verpflichtet hat, selbst erbringt, sondern dass er bestimmte Teile seiner Leistung, oder sogar die ganze Leistung, anderen Professionisten oder Personen überträgt.

Fügt nun dieser andere Professionist dem Auftraggeber/ Geschäftsherrn einen Schaden zu, indem er schuldhaft einen Fehler bei der Leistungserbringung begeht, so kann sich der Unternehmer von Schadenersatzansprüchen des Geschäftsherrn nicht mit der Behauptung befreien, nicht er habe den Schaden herbeigeführt, sondern sein Subunternehmer.

## E) BESONDERE HAFTUNGEN DES ERRICHTERS UND DES EIGENTÜMERS

### (dynamischer Erhaltungsbegriff):

#### a) Die Haftung für den Zustand des Hauses:

OGH 11 Os 35/98

*Mit Urteil des Bezirksgerichtes Floridsdorf vom 9. Oktober 1996, GZ 19 U 872/94-33, wurde Dkfm. Leopold H\*\*\*\*\* des Vergehens der fahrlässigen Tötung nach § 80 StGB schuldig erkannt. Danach hat er am 2. Juni 1994 als "Besitzer" und Verwalter des Gebäudes Rauscherstraße 10, 1020 Wien, durch Außerachtlassung der Bestimmung des § 106 (zu ergänzen: Abs 11) der Wiener Bauordnung, wonach Stiegenläufe mit mehr als 3 Stufen bei einer Stiegenbreite von 1,20 m und mehr mit Handläufen an beiden Seiten zu versehen sind, wodurch Johann K\*\*\*\*\* aufgrund des Fehlens der Geländer auf dem Treppenlauf zwischen Tür 13 und Tür 14 zu Sturz kam und aufgrund der Folgen der dabei erlittenen Verletzungen, nämlich eines Bruchs des rechten Oberschenkels im Bereich des Rollhöckermassivs und einer rund 2 cm langen Rißquetschwunde im Hinterhauptsbereich rechts, am 12. September 1994 verstarb, fahrlässig den Tod des Genannten herbeigeführt.*

*Das Gericht stellte ausdrücklich die zufolge (vorwerfbaren) Irrtums zustandegekommene Unkenntnis des Beschuldigten von der oben angeführten Bestimmung der Wiener Bauordnung fest und warf dem Beschuldigten vor, diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen zu haben, zu der er nach den Umständen verpflichtet war, weil ein einsichtiger und besonnener Hausverwalter sich die erforderliche Rechtskenntnis hinsichtlich der Bestimmungen der Wiener Bauordnung verschafft und dementsprechend gehandelt hätte.*

.....

*Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:*

*Rechtssatz*

*Bei dem zu beurteilenden Verhalten des Angeklagten handelt es sich um ein unechtes Unterlassungsdelikt, das gemäß § 2 StGB nur dann strafbar ist, wenn der Täter es unterlassen hat, einen Erfolg abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.*

*Es trifft zu, daß die Bestimmung des § 129 Abs 2 der geltenden Wiener Bauordnung primär auf die Behebung von Baugebrechen abzielt und den Eigentümer verpflichtet, sein Gebäude in gutem und den Vorschriften der Bauordnung entsprechendem Zustand zu erhalten. Da davon auszugehen ist, daß die Benützungsbewilligung aus dem Jahre 1898 dem Bauwerber die Anbringung von Haltestangen im Bereich der verfahrensgegenständlichen Stiegen nicht auferlegt hat, demnach das Haus seinerzeit diesbezüglich konsensgemäß errichtet worden ist und auch in Art III Abs 6 der Wiener Bauordnung des § 106 Abs 11 als rückwirkende Bestimmung nicht genannt ist, kann dem Angeklagten eine Verletzung einer Bestimmung der Wiener Bauordnung nicht angelastet werden.*

*Ungeachtet dessen ist aber jeder Eigentümer eines Hauses verpflichtet, alle Gänge, Treppen und Teile des Hauses, die zu dessen ordnungsgemäßer Benützung erforderlich sind, in einem für Dritte verkehrssicheren und gefahrlosen Zustand zu erhalten (EvBl 1974/248). Diese Verkehrssicherungspflicht gilt insbesondere für Vermieter, die durch Abschluß des Mietvertrages (oder dessen Übernahme bei Erwerb des Objektes) das Haus für vom Eigentümer verschiedene Personen öffnen. Sie trifft eine besondere Verpflichtung, für eine gefahrlose Benützung des Hauses Sorge zu tragen. Damit hat der Hauseigentümer,*

*aber auch dessen Verwalter Garantenstellung insbesondere gegenüber den Mietern, und haftet nicht nur für einen von ihm aktiv herbeigeführten Erfolg, sondern auch für die Unterlassung der Erfolgsabwendung.*

*Der Angeklagte ist sowohl Eigentümer als auch Verwalter des Hauses 1020 Wien, Rauscherstraße 10. Demzufolge hätte er sich laufend vom Zustand der Baulichkeit überzeugen und sich von den geltenden Rechtsvorschriften Kenntnis verschaffen müssen, wie es im gegenständlichen Fall jeder mit den rechtlich geschützten Werten angemessen verbundener, besonnener und einsichtiger Mensch in der Lage des Täters getan hätte, um die Gefahr einer Rechtsgutbeeinträchtigung zu erkennen und hintanzuhalten (vgl. Leukauf/Steininger Komm3 § 6 RN 12).*

*Dabei wäre er auf die entgegen der derzeit geltenden Bauordnung nicht durch einen Handlauf gesicherte Stiege gestoßen und wäre - zumal ihm bekannt war, daß auch ältere Personen im Haus wohnen - bei pflichtgemäßer und ihm zumutbarer Sorgfalt verpflichtet gewesen, die fragliche Stiege mit einem Handlauf zu versehen oder versehen zu lassen, um deren gefahrlose Begehung zu gewährleisten.*

*Weil er dies nicht getan hat und der Tod des Johann K\*\*\*\*\* nach den Feststellungen der Untergerichte unter anderem auf das Fehlen der Handläufe zurückzuführen war, hat sich im eingetretenen Erfolg eine jener Gefahren verwirklicht, die durch das in der Verkehrssicherungspflicht enthaltene Gebot der Anbringung von Handläufen hintangehalten werden soll.*

b) Analoge Ansatzpunkte für die Haftung für den Lift, Spielplätze, Gesundheitsgefährdungen o.Ä.

Das sog. Ingerenzprinzip (die Garantenstellung)

Jeder, der eine Gefahrensituation schafft, ist dafür verantwortlich, dass niemandem daraus ein Schaden entsteht (JBI 1981,206).

Eine Pflicht zur Abwehr von Gefahren kann darin bestehen, dass die Gefahr selbst beseitigt wird oder aber eine ausreichende Überwachung oder Betreuung der Gefahrenquelle vorgenommen wird. Sie trifft jeden, der die faktische Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle hat.

Ein Objekt muss ohne Zweifel so beschaffen sein, dass durch ihn nicht Personen zu Schaden kommen (2 Ob 598/98). Für diese Beurteilung ist es ohne Belang, ob zum Zeitpunkt der Errichtung die Bauweise den gesetzlichen Vorschriften entsprochen hat. („man – auch die Behörde - darf ja gescheiter werden“)

Maßgeblich ist bloß, ob ein Objekt zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch dem Stand der Technik entspricht und der Umstand, dass dies nicht der Fall ist, ebenso wie die sich daraus ergebende mögliche Gefahr, erkennbar war.

Das Vorliegen einer behördlichen Genehmigung kann den zur Sicherung des Verkehrs Verpflichteten nicht entschuldigen, da die Tauglichkeit einer derartigen Bewilligung auch im Hinblick auf neue Erkenntnisse ständig zu überprüfen ist ( JBI 1992,785), (was bedeutet, dass neue technische Sicherheitsmaßnahmen wohl immer nachzurüsten sind,) genauso wenig wie wenn der zur Verkehrssicherung Verpflichtete auf Grund eigener Kenntnis um den Bestand einer Gefahrenquelle weiß oder zumindest doch wissen musste und er ihm zumutbare und mögliche Maßnahmen zu deren Beseitigung unterlässt (SZ 57/57).

Die Beweislast für die Ungefährlichkeit liegt in derartigen Fällen bei demjenigen, der „die Anlage eröffnet hat“, d. h. beim Verkehrssicherungspflichtigen, sodass jede

Unsicherheit im Prozess (Sachverständigengutachten, Zeugenaussagen, etc.) praktisch zu seinem Nachteil auszulegen ist.

Wer haftet?

Eigentümer oder Eigentümergemeinschaften, die gegen erkennbare Gefährdungen keine Schritte unternehmen, haften zivil- wie auch strafrechtlich, wenn sie entsprechende Hinweise von der Hausverwaltung erhalten haben, wird ein derartiges Verhalten sogar als grob fahrlässig einzustufen sein.

Auf Grund der gesetzlichen Lage ist der Verwalter, dem die ordentliche Verwaltung des Hauses übertragen wurde, verpflichtet, erkennbare Gefahren abzuwehren und sohin die Aufzugsicherheit herzustellen.

Er haftet für die Unterlassung entsprechender Aufklärungsverpflichtungen.

Bei genauer Betrachtung wäre ein Beschluss der Eigentümer, dass die entsprechende notwendige Sicherheitsmaßnahme nicht ergriffen wird, als gesetzwidrig anzusehen, was zur Konsequenz hätte, dass ihn der Verwalter gar nicht befolgen dürfte, bzw. wird dem vom verletzten Dritten in Anspruch genommenen Verwalter, der früher vom Eigentümer erfolglos Abhilfe gegen den Gefahrenzustand verlangt hat, wohl ein Regressanspruch gegen den Eigentümer zuzubilligen sein.

Unterlässt allerdings der Verwalter derartige Gefahren vermeidende Maßnahmen, so wird er zivilrechtlich und strafrechtlich haften, nicht nur direkt dem geschädigten Dritten gegenüber, vielmehr im Innenverhältnis auch der Eigentümergemeinschaft, wenn er sie nicht gewarnt hat.

**c) ZU BEACHTEN:** Die massiv verschärften Hauseigentümergeinschaften durch die Wohnrechtsnovelle 2006:

§ 3 MRG wurde wie folgt geändert:

**a) In Abs. 1 lautet der erste Satz:**

**“Der Vermieter hat nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass das Haus, die Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner des Hauses dienenden Anlagen im jeweils ortsüblichen Standard erhalten und erhebliche Gefahren für die Gesundheit der Bewohner beseitigt werden.“;**

**b) in Abs. 2 Z 2 wird nach der Wendung „ernsten Schäden des Hauses“ die Wendung „oder um die Beseitigung einer vom Mietgegenstand ausgehenden erheblichen Gesundheitsgefährdung“ eingefügt.**

**3. § 6 MRG wird wie folgt geändert:**

**a) Nach Abs. 1 wird folgender Abs. 1a eingefügt:**

**„(1a) Dem Vermieter können Erhaltungsarbeiten zur Beseitigung einer erheblichen Gesundheitsgefährdung im Sinn des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 nur aufgetragen werden, wenn sich die Gesundheitsgefährdung nicht durch andere, den Bewohnern des Hauses zumutbare Maßnahmen abwenden lässt.“;**

In diesen Fällen greift die sogenannte Gehilfenhaftung gemäß § 1313 a ABGB ein.

Zu beachten ist, dass dieser besondere Haftungstatbestand nur dort zum Tragen kommt, wo sich der Unternehmer bei der Erbringung einer Leistung gegenüber seinem Vertragspartner eines anderen Unternehmens oder einer anderen Person bedient.

Erfolgt die Zufügung des Schadens nicht im Rahmen eines Vertragsverhältnisses bei der Erfüllung einer Verpflichtung gegenüber dem Geschädigten, so haftet der Schädiger für fremdes Verschulden grundsätzlich nicht, es sei denn er hätte sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person bedient (§ 1315 ABGB)

## **F) WANN KOMMEN DIE ÖNORMEN AUF EINEN VERTRAG ZUR ANWENDUNG ?**

Ein immer wiederkehrendes Thema im Zuge der Interpretation von Verträgen bzw. den daraus resultierenden beiderseitigen Leistungsverpflichtungen ist, ob die einschlägigen technischen und vor allem rechtlichen ÖNORMEN zur Anwendung zu bringen sind.

Die vertraglichen Bestimmungen sind oftmals unklar und ist in diesen Fällen von der Grundregel auszugehen, dass die Vertrags – ÖNORM B 2110 nur dort anzuwenden, wo sie ausdrücklich vereinbart ist.

Zu beachten ist allerdings, dass der an einzelnen Stellen des Vertrages enthaltene – nicht näher definierte - Hinweis auf „die ÖNORMEN“ durchaus die Interpretation zulassen würde, dass auch die Vertrags - ÖNORM auf den Vertrag anzuwenden ist, sohin auch in jenen Bereichen, in denen die Anwendung der ÖNORMEN vom Unternehmer gar nicht beabsichtigt war.

Die technischen ÖNORMEN stellen heute einen Mindeststandard für die Leistungserbringung dar, der vom Unternehmer mangels ausdrücklicher Vereinbarung jedenfalls erfüllt werden muss, um eine nach üblichen Kriterien zu beurteilende Leistung zu gewährleisten.

Beispiel einer unklaren und „gefährlichen“ Vertragsbestimmung:

„Auf diesen Vertrag kommen die einschlägigen ÖNORMEN zur Anwendung.“

Hier wird nicht zwischen rechtlichen und technischen ÖNORMEN unterschieden, bei Anwendung der Unklarheitenregel gemäß den §§ 914 und 915 ABGB wäre bei einem vom Unternehmer erstellten Vertrag, der eine derartige Bestimmung enthält, zu seinen Ungunsten davon auszugehen, dass auch die Vertrags – ÖNORM zur Anwendung kommt.

Dies bedeutet aber selbstverständlich nicht, dass diese ÖNORM den Werkvertrag ersetzt, sondern ihn lediglich dort ergänzt, wo Regelungen im Vertrag selbst nicht oder nicht ausreichend enthalten sind.

## **F) DAS BEWEISSICHERUNGSVERFAHREN**

Rechtsgrundlage : §§ 384 bis 389 ZPO

a) Voraussetzungen der Beweissicherung:

Beweissicherung kann in jeder Lage eines Rechtsstreits oder sogar vor Beginn eines solchen beantragt werden, wenn zu besorgen ist, dass das Beweismittel sonst verloren oder die Benützung desselben erschwert werde. (§ 384 Abs. 1 ZPO)

oder

zur Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache kann die Beweissicherung angeordnet werden, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung bescheinigt (§ 384 Abs. 2 ZPO)

Im Bau- und Werkvertragsrecht regelmäßig wird die Beweissicherung gemäß § 384 Abs. 2 ZPO sein.

Sie dient nur der Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache, einer nicht aber zur Feststellung einer sonstigen, wenn auch rechtserheblichen Tatsache

Dem vorstehend definierten Gedanken folgend, kann im Verfahren zur Beweissicherung durch Sachverständige ausschließlich die Befundaufnahme

vorgenommen werden, die Erstattung eines Gutachtens über strittige Fragen ist nicht Gegenstand eines Beweissicherungsverfahrens.

Die Frage wie eine Sache aussieht oder beschaffen ist, ist Gegenstand des Beweissicherungsverfahrens, nicht jedoch, ob für dieses Aussehen oder diesen Zustand Gewähr oder Schadenersatz geleistet werden muss.

Auf den Beweissicherungsantrag kann vom Antragsteller jederzeit verzichtet werden. Der Antragsgegner kann keine Ergänzung des Beweissicherungsantrages begehren, er kann lediglich selbst einen eigenen Beweissicherungsantrag stellen (MietSlg. 34745).

#### b) Der Inhalt des Beweissicherungsantrages (§ 385 ABGB)

Die antragstellende Partei hat die

Tatsachen über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll sowie

die Beweismittel unter Benennung bzw. Vorschlag eines Sachverständigen

anzugeben. Weiters sind die Umstände, die zur Notwendigkeit der Beweissicherung Anlass geben, erforderlichenfalls zu bescheinigen.

Auch ist der Antragsgegner zu benennen, sofern dies möglich ist.

Zuletzt muss der Beweissicherungsantrag auch Angaben zur Dringlichkeit der Beweissicherung und der Gefährdung oder Unmöglichkeit ihrer späteren Durchführung enthalten.

#### c) Das Verfahren selbst:

Das Beweissicherungsverfahren ist von weitestgehenden Rechtsmittelausschlüssen und von der Pflicht zur raschen Durchführung getragen.

Gemäß § 386 Abs. 1 ZPO ist über den Antrag ohne vorhergehende mündliche Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden, sofern nicht Gefahr in Verzug ist, ist der Antragsgegner einzuvernehmen (Zustellung zur Äußerung binnen drei Tagen).

Der Beschluss, mit welchem dem Beweissicherungsantrag stattgegeben wird, kann nicht angefochten werden, der Beschluss hat die Tatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll sowie die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und/oder Bestellung des Sachverständigen zu bezeichnen.

Zum Verfahren, bzw. zur Beweisaufnahmetagsatzung ist der Gegner zu laden und ist ihm, sofern dies nicht schon vorher geschehen ist, eine Gleichschrift des Beweissicherungsantrags zu übermitteln. In besonderen Fällen kann vor der Zustellung bereits mit dem Beweissicherungsverfahren begonnen werden. Auch dagegen ist ein Rechtsmittel unzulässig (§ 387 Abs. 2 ZPO).

d) Die Kosten des Beweissicherungsverfahrens:

Gemäß § 388 Abs. 3 ZPO sind die Kosten der Beweisaufnahme von der antragstellenden Partei zunächst zu bestreiten, dem Gegner sind die notwendigen Kosten für seine Beteiligungen bei der Beweisaufnahme zu ersetzen.

Diese Kostentragungsregeln sollen jedoch einer endgültigen Kostentragungsentscheidung im Hauptverfahren nicht vorgreifen.

Dem Gegner sind die Kosten der Beteiligung bei der Beweisaufnahme zu ersetzen, nicht aber die Kosten der Äußerung zum Antrag auf Beweissicherung. (MietSlg. 37785, 39761, etc.)

Die Kosten der Beweissicherung können vom Beweisführer nur als Kosten des Hauptprozesses geltend gemacht werden und zwar nur in dem Ausmaß, in dem sie sich für den Hauptprozeß als notwendig erwiesen haben.

Wird ein Hauptprozess nicht eingeleitet, so kann, wenn dies feststeht, der Beweisführer die Kosten des Beweissicherungsverfahrens mit besonderer Klage geltend machen.

Die Benützung des Inhalts des Beweissicherungsverfahrens steht naturgemäß im Verfahren jeder Partei zu, das Beweissicherungsverfahren kann naturgemäß während des "Hauptverfahrens" in jeder Richtung ergänzt werden.

## **G) DIE BAUFACHLEUTE VOR DEM STRAFRICHTER**

Zu denken ist hier an die Überprüfung eines strafrechtlichen Vorwurfes wegen fahrlässiger Körperverletzung im Sinne des § 88 ff StGB oder sogar der fahrlässigen Tötung gemäß den § 80 ff StGB.

Der Begriff der Fahrlässigkeit im strafrechtlichen Sinn ist im § 6 StGB definiert.

### **§ 6 StGB**

**(1) Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zumuten ist und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.**

**(2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.**

Geprüft wird also subjektiv sorgfaltswidriges Verhalten:

Dem Täter muss vorzuwerfen sein, er hätte die objektive Sorgfaltspflicht gegen die er mit seinem Verhalten verstoßen hat, nach seinen individuellen körperlichen und geistigen Verhältnissen erkennen und einhalten können.

Es muss dem Täter zumutbar gewesen sein, die erfolgte Sorgfaltsverletzung zu vermeiden, den verursachten Erfolg vorauszusehen und sich dementsprechend pflichtgemäß zu verhalten.

Es ist zu prüfen, ob von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen, der mit der körperlichen und geistigen Ausstattung des Täters zu denken ist, in der speziellen Tatsituation die Einhaltung eines sorgfaltsgemäßen Verhaltens zu erwarten war.

Da im vorliegenden Fall eine allfällige Verletzung durch Unterlassung der nach den einschlägigen Schutznormen zu setzenden Handlungen zu prüfen ist, ist auch der diesbezügliche § 2 StGB zu betrachten.

### **§ 2 StGB**

***Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihm im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.***

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang die sogenannte „Garantenstellung“, eine den Täter im Besonderen treffende Verpflichtung durch die Rechtsordnung.

Zu prüfen ist, ob dem Fachmann mit seinem Wissens- und Informationsstand und nach seinem Auftrag die „Garantenstellung“ im Sinne des § 2 StGB zukommt.

Grundsätzlich kann eine rechtliche Pflicht, zur Verhinderung abstrakter oder konkreter Gefahr für andere, tätig zu werden nach den für die sogenannten unechten

Unterlassungsdelikte geltenden Grundsätze durch einen besonderen Rechtssatz begründet werden oder sich aus dem Pflichtenkreis ergeben, der einer Person von der Rechtsordnung übertragen worden ist.

Dem Baufachmann wird auf Grund seiner geistigen und fachlichen Fähigkeiten wohl zumutbar sein, die Schutzvorschriften zu kennen und danach zu handeln, sodass hier wohl – von Ausnahmen im Einzelfall abgesehen – fahrlässige Unterlassung vorzuwerfen sein wird. Ausgangspunkt der Betrachtung ist, dass sich ein Baufachmann zur Übernahme einer bestimmten Funktion bereit erklärt hat und sich verpflichtet hat, in dieser Funktion entsprechende, gesetzlich definierte Handlungen zu setzen.

Ein Baufachmann hat daher unter bestimmten Umständen eine Garantenstellung im Sinne des § 2 StGB, gleichfalls ist ihm im dann die Haftung gemäß § 6 StGB zur Last zu legen, sofern er gegen Handlungsverpflichtungen schuldhaft verstoßen haben.

Ansatzpunkt für die Haftung ist daher die mangelnde Sachkunde, wobei besonders zu beachten ist, dass nach der Judikatur ein sachkundiger Unternehmer mit Rücksicht auf seine Vorbildung und Kenntnis sich grundsätzlich keinesfalls sorglos auf beigezogene andere Fachleute verlassen darf. Er ist vielmehr zufolge seiner ihm zukommenden Anordnungs- und Verfügungsgewalt zu einem persönlichen Eingreifen verpflichtet, wenn dies die Schutzvorschriften vorsehen.

Der aus dem Straßenverkehr bekannte „Vertrauensgrundsatz“ wird von der Judikatur nicht nur dort angewendet, sondern auch in den Fällen arbeitsteiligen Zusammenwirkens mehrerer, was in Handel, Gewerbe und Industrie oft wesentlich ist.

Auch hier wird vom Handelnden grundsätzlich nur jene Sorgfalt verlangt, die unter der Prämisse sorgfältigen Verhaltens auch der Mitarbeiter erforderlich ist.

Nur dann, wenn die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Handelns eines anderen eindeutig erkennbar oder doch konkret indiziert ist, darf auf die Sorgfältigkeit beim Zusammenwirken mehrerer, naturgemäß insoweit nicht mehr vertraut werden.

## **H) DIE BERATUNG VON EIGENTÜMERN/BAUTRÄGERN**

1) Die Vereinbarung eines bestimmten Nutzerverhaltens im Mietvertrag, im Bauträgervertrag, im Kaufvertrag ist geboten, wird aber viel zu wenig beachtet !

Die Übergabe einer „Wohnfibel“ etc. bei Wohnungsbezug ist zu spät

Vom Nutzer kann eine Rücksichtnahme auf besondere bautechnische Gegebenheiten nur dann verlangt werden, wenn er vor Vertragsabschluß darauf hingewiesen wurde.

**OHNE VERTRAG KEIN BESONDERES NUTZERVERHALTEN !!!**

Begründung für das besondere Nutzerverhalten geben, warnen, wenn dieses Nutzerverhalten nicht eingehalten wird

Hinweis auf besondere Planungsnotwendigkeiten.

**ACHTUNG: Keine Vertragsformulierungen erstellen !!!**