

3. Die Prüf- und Warnpflicht

Immer wieder wird in Bau- oder anderen Werkverträgen das Wort „Warnpflicht“ als Überbegriff für sehr unterschiedlich geartete Hinweispflichten verschiedenster Personen oder Personengruppen verwendet.⁶¹⁾ Tatsächlich sind derartige begriffliche Unschärfen so geläufig, dass sie vor allem im Falle eines Rechtsstreites oftmals zu Verwirrungen führen, zumal insbesondere Vertragsparteien, die beim Abschluss eines Werkvertrages nicht rechtskundig beraten waren, unter „Warnpflicht“ oftmals etwas verstehen, das von der gesetzlichen Warnpflicht nach ABGB eigentlich gar nicht umfasst ist.

Der Warnpflicht nach § 1168a ABGB kommt im Baurecht – nicht zuletzt aufgrund eines enormen Haftungspotenzials der einzelnen Akteure auf der Baustelle – eine besonders wichtige Rolle zu. Die „klassische“ Warnpflicht ergibt sich aus dem Gesetz und bedarf somit auch keinerlei gesonderter Vereinbarung. Die Bestimmung des § 1168a ABGB lautet:

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

Tatsächlich handelt es sich bei der im ABGB normierten Warnpflicht also um eine Pflicht, die klar nur einen bestimmten Personenkreis trifft, nämlich jenen der Werkunternehmer. Insbesondere bei Bauprojekten kann der Umfang der Warnpflicht des Werkunternehmers aufgrund des bloßen Gesetzeswortlautes bereits sehr weitreichend sein.

Dennoch handelt es sich bei der „klassischen“ Warnpflicht um eine Nebenpflicht des Werkunternehmers.⁶²⁾ Die Warnpflicht kann dann eine Hauptleistungspflicht des Unternehmers sein, wenn das Werk bei Änderung des vom Besteller beigestellten Stoffes voraussichtlich gelingen kann, wenn also durch die Warnung erst die Herstellung des Werkes ermöglicht wird.⁶³⁾

⁶¹⁾ So wird etwa auch die Pflicht des Ziviltechnikers, im Falle einer sich abzeichnenden Kostenüberschreitung den Auftraggeber zu informieren, immer wieder als „Warnpflicht“ bezeichnet, vgl. OGH 17. 6. 2014, 10 Ob 15/14z.

⁶²⁾ Feil, Werkvertrag (2000) 80; Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505.

⁶³⁾ Feil, Werkvertrag (2000) 81; OGH 18. 3. 2015, 3 Ob 109/14x; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann (Hrsg), ABGB V³ § 1168a ABGB Rz 3.

Ein Abweichen von § 1168a ABGB ist durch Vereinbarung der Parteien möglich, da es sich um dispositives Recht handelt.⁶⁴⁾ Die Vertragspartner können somit für den Umfang der Prüf- und Warnpflicht bestimmte Vereinbarungen treffen, diese einschränken oder erweitern. Wie immer stellen auch hier die guten Sitten die absolut äußerste Grenze des Zulässigen dar.⁶⁵⁾

Zu beachten ist dabei auch, dass einseitig vorformulierte Vertragstexte – etwa Ausschreibungsunterlagen – der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen, also hinsichtlich einer allfälligen gröblichen Benachteiligung eines Vertragspartners zu überprüfen sind. Dies gilt auch für Vertragsklauseln, welche die Warnpflicht regeln, weil die Warnpflicht zwar unter bestimmten Voraussetzungen auch Hauptleistungspflicht sein kann, aber der Begriff „beiderseitige Hauptleistungen“ des § 879 Abs 3 ABGB eng zu verstehen ist.⁶⁶⁾

Da jeder Werkunternehmer nicht bloß ein Bemühen, sondern den Erfolg schuldet, spielt es wie erwähnt für seine Gewährleistungspflicht keine Rolle, ob ihn im Falle des Misslingens eines Werkes ein Verschulden trifft oder nicht. Er muss somit auch dann Gewähr leisten, wenn er tatsächlich das vom Bauherrn gewünschte Bauwerk mangels technischer Machbarkeit gar nicht mangelfrei herstellen konnte. Vor allem im Bereich der Bauwirtschaft, wo sich schnell enorme Kosten entwickeln können, kann die Gewährleistungspflicht Bauunternehmen daher hart treffen.

Allerdings stellt die Warnpflicht *de facto* eine Durchbrechung des Prinzips der vollen Erfolgshaftung für die Herstellung eines Werkes dar.⁶⁷⁾ Denn aus der Warnpflicht des § 1168 a ABGB ergibt sich, dass ein Werkunternehmer dann nicht für den Schaden verantwortlich ist, wenn er seiner Warnpflicht nachgekommen ist und er somit nur dann Gewähr leisten muss, wenn er seine Warnpflicht verletzt hat.

Dieses Konzept mag auf den ersten Blick unkompliziert wirken. Im Detail gestaltet sich die Frage, wann gewarnt werden muss, wer gewarnt werden muss und in welcher Form jedoch durchaus kompliziert.

Tatsächlich lässt sich die Warnpflicht nach § 1168a ABGB in zwei Pflichten einteilen, die miteinander verbunden sind: Die *Untersuchungspflicht* einerseits, sowie die *Hinweispflicht* andererseits⁶⁸⁾, weshalb in diesem Kapitel ganz allgemein von der „Prüf- und Warnpflicht“ gesprochen wird.

Schon aufgrund § 1168a ABGB ist jeder Bauunternehmer verpflichtet, Bau- oder Werkstoffe, die ihm vom Werkbesteller oder Bauherrn zur Erstellung des Bauwerkes zur Verfügung gestellt werden, auf deren Tauglichkeit hin

⁶⁴⁾ Vgl dazu auch *Oppel*, Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers, ZVB 2015/78 (264); *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (2007) 41.

⁶⁵⁾ Vgl dazu unten, Kapitel 5.2.

⁶⁶⁾ OGH 3 Ob 109/14x ecolex 2015, 257.

⁶⁷⁾ Vgl *I. Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, Kapitel 7.1.

⁶⁸⁾ *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505 (506).

zu kontrollieren und bei Zweifeln den Bauherrn zu warnen. Dasselbe gilt für Anweisungen des Bauherrn.

Durch den Werkbesteller beigestellte statische Berechnungen, Bestandspläne eines bereits vorhandenen Gebäudes, Informationen bezüglich des Bodens oder sonstige Unterlagen, die einen Einfluss auf das Gelingen des Gewerks haben können sind ebenso zu kontrollieren wie der Baugrund. Unter Umständen sind auch besondere Umweltfaktoren oder sich möglicherweise aus der Umgebung des Bauwerks ergebende Risiken vom Werkunternehmer zu berücksichtigen.

Die Einordnung der Vielzahl an Unterlagen, die ein Werkunternehmer zu Beginn eines großen Bauprojektes übergeben bekommt, ist mitunter höchst kompliziert. Dasselbe gilt für Informationen, die der Werkunternehmer von Seiten des Bauherrn oder von Dritten zur Verfügung gestellt bekommt sowie für sonstige Elemente – seien es Baustoffe, angrenzende Gebäude oder sonstige vorhandene Gewerke – die auf das Gelingen des Werkes einen Einfluss haben könnten.

Jedes Bauunternehmen ist daher gut beraten, sich vor Baubeginn zu vergewissern, dass sämtliche vom Bauherrn zur Verfügung gestellten Materialien geeignet und die erteilten Informationen korrekt sind.

3.1 Gegenstand der gesetzlichen Prüf- und Warnpflicht

Bereits aus dem Wortlaut von § 1168a ABGB ergibt sich zumindest schemenhaft, wovon der Werkunternehmer zu warnen hat, mit anderen Worten, *was er zu untersuchen und worauf er hinzuweisen* hat. Gegenstand der Warnpflicht ist demnach einerseits der vom Werkbesteller beigestellte Stoff, andererseits die von ihm erteilten Anweisungen. Was allerdings genau unter Stoff und Anweisung zu verstehen ist, ist mitunter strittig:

3.1.1 Stoff

Die Warnpflicht nach § 1168a ABGB verpflichtet den Werkunternehmer, den Werkbesteller vor der offenbaren Untauglichkeit eines vom Werkbesteller zur Verfügung gestellten Stoffes zu warnen.⁶⁹⁾ Um die Reichweite der diesbezüglichen Warnpflicht abschätzen zu können, bedarf es zunächst einer Auseinandersetzung mit dem Begriff „Stoff“ und in weiterer Folge auch der Behandlung der Frage, was unter „offenbarer Untauglichkeit“ des Stoffes zu verstehen ist.

3.1.1.1 Begriff „Stoff“

Der Begriff „Stoff“ iSd § 1168a ABGB umfasst nach Lehre und ständiger Rechtsprechung alles, aus dem, an dem oder mit dessen Hilfe ein Werk herzu-

⁶⁹⁾ Feil, Werkvertrag (2000) 80 ff.

stellen ist.⁷⁰⁾ Daraus ergibt sich folglich auch, dass der Stoffbegriff grundsätzlich weit⁷¹⁾ ist und dementsprechend mangels abweichender Vereinbarung auch die diesbezüglichen Untersuchungs- und Hinweispflichten entsprechend ausgeprägt sind.

Die Standardsituation, die § 1168a ABGB wohl primär adressiert, ist jene der Zurverfügungstellung bestimmter *Materialien* durch den Werkbesteller. Man stelle sich beispielsweise folgende Situation vor: Ein Werkbesteller möchte sich eine Veranda aus einem bestimmten, seltenen Holz anfertigen lassen und stellt dem Werkunternehmer dieses Holz zur Verfügung. Ist das Holz nun tatsächlich nicht für die Herstellung einer Veranda geeignet – etwa weil es nicht wasserbeständig ist, weich ist oder schnell morsch – so hat der Werkunternehmer auf diesen Umstand hinzuweisen, also zu warnen. Bevor er dies jedoch tun kann, muss er sich selbstverständlich zuerst das beigestellte Holz ansehen, es gegebenenfalls prüfen oder untersuchen. Bei vom Werkbesteller beigestellten Materialien handelt es sich also um einen Stoff im klassischen Sinne.

Die Reichweite des Begriffes „Stoff“ wird besonders augenscheinlich wenn man bedenkt, dass nicht nur Baumaterialien, die vom Werkunternehmer beigestellt werden, sondern auch der *Baugrund*, auf dem ein Bauwerk errichtet werden soll, als Stoff angesehen wird.⁷²⁾ Bereits hier lassen sich die ersten Probleme erahnen: Was passiert etwa, wenn der Werkunternehmer nicht die nötige Expertise besitzt, um den Baugrund zuverlässig untersuchen zu können? Um bei dem zuvor verwendeten Beispiel zu bleiben: Der Werkunternehmer, der die Veranda baut, muss grundsätzlich auch den Boden untersuchen, auf dem er diese errichten möchte. Ist die Veranda beispielsweise nur wenige Meter von einem Teich entfernt, so wäre es durchaus denkbar, dass der Baugrund zumindest zeitweise besonders stark durchfeuchtet ist, weshalb der Bau einer Holzveranda unter Umständen problematisch sein könnte. Auch in diesem Fall trifft den Werkunternehmer eine Prüf- und Hinweispflicht, weil der Baugrund von der Warnpflicht des Werkunternehmers ebenfalls umfasst ist. Davon losgelöst ist jedoch die Frage zu untersuchen, wie weit derartige Prüfpflichten gehen.⁷³⁾

Abgesehen von beigestellten Materialien und dem Baugrund fallen unter den Begriff „Stoff“ überdies *Vorarbeiten* anderer Werkunternehmer oder *Vorarbeiten* des Werkbestellers selbst.⁷⁴⁾ Hat der Werkbesteller, etwa um Geld zu sparen, die Bodenkonstruktion für seine Veranda selbst gebaut und soll der Werkunternehmer nun darauf aufbauen, so hat er diese Bodenkonstruktion auf

⁷⁰⁾ Krejci in Rummel (Hrsg), ABGB³ § 1168a Rz 18 mwN; I.Welser in Straube/Aicher (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.1.

⁷¹⁾ Hussian in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claim-Management² (2015) 281; Rebhahn/Kietaibl in Schwimann (Hrsg), ABGB V³ § 1168a ABGB Rz 13.

⁷²⁾ Thunhart, Das Baugrundrisiko, bbl 2006, 127; dazu im Detail unten, Kapitel 3.1.4.

⁷³⁾ Zur Pflicht der Baugrundprüfung vgl Kapitel 3.1.4.

⁷⁴⁾ I.Welser in Straube/Aicher (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.1, mwN; OGH 8 Ob 579/90 JBl 1990, 656 (Dullinger).

ihre Tauglichkeit und allfällige Ausführungsfehler hin zu untersuchen und gegebenenfalls darauf hinzuweisen. Unterlässt er dies, hat er seine Warnpflicht verletzt und er muss im Schadensfall dem Werkbesteller Gewähr leisten.

Während sich eine Warnpflicht in Hinblick auf Vorarbeiten oder Vorleistungen nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut des § 1168a ABGB ergibt, so findet sich eine solche etwa in der ÖNORM B 2110.⁷⁵⁾

Punkt 6.2.4. der ÖNORM B 2110 besagt:

„Der AN hat die Pflicht, die ihm vom AG

1) zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen,

2) erteilten Anweisungen

3) beigestellten Materialien und

4) beigestellten Vorleistungen

so bald wie möglich zu prüfen und die auf Grund der ihm zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbaren Mängel und begründeten Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem AG unverzüglich schriftlich mitzuteilen. [...]“

Die ÖNORM B 2110 konkretisiert also das, was § 1168a ABGB allgemein mit dem Begriff „Stoff“ umschreibt.⁷⁶⁾

Auch beim Bauwerk, an dem etwa Sanierungs- oder Ausbauarbeiten durchgeführt werden sollen, handelt es sich um einen „Stoff“ iSd § 1168a ABGB.⁷⁷⁾

Allein aufgrund dieser Schlagworte ist klar ersichtlich, dass der Begriff „Stoff“ im Werkvertrag durchaus weit, und auch erweiterbar ist.

3.1.1.2 Untauglichkeit des Stoffes

An sich liegt dann, wenn die Untauglichkeit eines vom Werkbesteller beigegebenen Stoffs nur schwer oder gar nicht erkennbarer ist, ein Umstand auf Seiten des Werkbestellers vor, der ihm gemäß § 1168 ABGB die Preisgefahr überbindet.

Aufgrund des § 1168a ABGB kommt somit der Erkennbarkeit der Untauglichkeit des Stoffes im Zusammenhang mit der Warnpflicht eine ganz zentrale Bedeutung zu: Denn der Werkunternehmer ist für die Untauglichkeit des beigegebenen Stoffes dann verantwortlich, wenn diese offenbar war und er dennoch nicht gewarnt hat.⁷⁸⁾

⁷⁵⁾ Karasek, ÖNORM B 2110³ Rz 731; OGH 31. 1. 1979, 1 Ob 522/79; vgl dazu im Detail Kapitel 4.

⁷⁶⁾ I. Welser in Straube/Aicher (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.1.

⁷⁷⁾ I. Welser in Straube/Aicher (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.1.

⁷⁸⁾ Krejci in Rummel (Hrsg), ABGB³, § 1168a Rz 19; Kletečka in Kletečka/Schauer, (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 29.

Während § 1168a ABGB von offener Untauglichkeit spricht, stellt die ÖNORM B 2110 auf die Erkennbarkeit der Mängel aufgrund der dem Auftragnehmer zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt ab, wobei sich aus der Rechtsprechung ergibt, dass hier keine gravierenden Unterschiede zu sehen sind.⁷⁹⁾

Das Wort „offenbar“ ist nämlich im Sinne der leichten Feststellbarkeit des Mangels für Sachverständige iSd § 1299 ABGB zu verstehen.⁸⁰⁾

Von der Untauglichkeit eines Stoffes ist dann die Rede, wenn dieser die vertragsgemäße Herstellung des Werkes nicht zulässt.⁸¹⁾ Es kommt dabei nicht nur auf bedungene, sondern auch auf gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften an. Selbst völlig ungewöhnliche Stoffeigenschaften begründen nicht per se eine Untauglichkeit, wenn der Unternehmer zugesagt hat, trotz der besonderen Umstände das Werk mangelfrei herstellen zu können.⁸²⁾ War jedoch die besonders ungewöhnliche Beschaffenheit nicht offenbar, so kann der Werkunternehmer von durchschnittlichen Stoffeigenschaften ausgehen.⁸³⁾

3.1.2 Anweisungen

Eine Warnpflicht wird dem Werkunternehmer nach § 1168a ABGB nicht nur hinsichtlich beigegebener Stoffe, sondern auch hinsichtlich offenbar unrichtiger Anweisungen auferlegt:

3.1.2.1 Begriff „Anweisung“

Von einer Anweisung iSd § 1168a ABGB spricht man, wenn der Besteller dem Unternehmer nicht nur das Ziel vorgibt, sondern auch die Art der Herstellung verbindlich vorschreibt.⁸⁴⁾ In diesem Sinne können etwa auch vom Werkbesteller eingeholte Gutachten Anweisungscharakter haben.⁸⁵⁾

⁷⁹⁾ Vgl dazu im Überblick *Schopf*, Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft³ (1997) 29.

⁸⁰⁾ *Schopf*, Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft³ (1997) 29; *Schlosser/Hartl/Schlosser*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil I), bauaktuell 2010, 56; OGH 31. 1. 1979, 1 Ob 522/79.

⁸¹⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 26.

⁸²⁾ Überdies ist es denkbar, dass zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller eine mindere, mit gewissen Risiken behaftete Qualität vereinbart wurde. Ob der Werkbesteller das damit verbundene Risiko übernommen hat, hängt davon ab, ob er vom Werkunternehmer über die möglichen Folgen des Risikos aufgeklärt wurde, vgl dazu OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 206/16g.

⁸³⁾ Vgl dazu *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 30.

⁸⁴⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 33; *Wilhelm*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim (1990) 230; *Schlosser/Hartl/Schlosser*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil I), bauaktuell 2010, 56 (57); RIS-Justiz RS0022214, zuletzt OGH 26. 6. 2014, 8 Ob 75/13g; *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (2007) 47.

⁸⁵⁾ *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1168a Rz 21 a.

Dabei stellt nicht schon jeder Wunsch oder jede Anregung des Werkbestellers eine Anweisung dar.⁸⁶⁾ Ob bereits in der bloßen Zustimmung des Werkbestellers zu einer vom Werkunternehmer vorgesehenen Herstellungsmethode eine Anweisung im Sinne des § 1168a ABGB zu sehen ist, ist strittig.⁸⁷⁾ Tatsächlich sprechen nach Auffassung der Autorin die besseren Argumente dafür, in der bloßen Zustimmung zu einer vom Werkunternehmer vorgeschlagenen Herstellungsmethode keine Anweisung zu sehen, zumal der Werkbesteller hier nicht eine eigentlich dem Werkunternehmer obliegende Aufgabe an sich zieht, sondern in der Zustimmung eher das Vertrauen in die Empfehlung des Fachmannes zu sehen ist.

Die Anweisung ist „*ein dem Vertragsschluss zeitlich nachgelagerter, einseitiger und bindender Befehl des Werkbestellers, sich bei Herstellung des vertraglich festgelegten Leistungserfolgs in irgendeiner bestimmten Weise, die keine Alternative zulässt, zu verhalten*“.⁸⁸⁾ Gerade dieses bindende Moment ist ausschlaggebend für die Unterscheidung, ob tatsächlich eine Anweisung vorliegt, oder nur eine Anregung oder ein Wunsch des Werkbestellers.

Derartige bindende Vorgaben von Anweisungen iSd § 1168a ABGB können sich etwa auf bestimmte, zu verwendende Materialien oder ein anzuwendendes technisches Verfahren beziehen.

Insgesamt ist die Beschreibung dessen, was eine Anweisung darstellt, noch schwieriger als die Eingrenzung des Begriffes „Stoff“, zumal ein herzustellendes (Bau-)Werk regelmäßig im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden ist, sodass der Werkbesteller eigentlich immer beschreiben muss, was hergestellt werden soll, aber eben nicht jede Beschreibung des gewünschten Werkes eine Anweisung darstellt und somit eine Warnpflicht auslöst.⁸⁹⁾

Grundsätzlich schuldet der Werkunternehmer dem Werkbesteller schließlich den Erfolg. Würde man nun bei jeder Beschreibung des Bestellers eine Anweisung annehmen, so würde der Werkunternehmer nur in Fällen der Warnpflichtverletzung haften, was *de facto* dazu führen würde, dass dieser letztlich nie den bedungenen Erfolg schulden würde.⁹⁰⁾ Dies würde auch dem Charakter des Werkvertrages als solchem widersprechen, zumal es eigentlich dem Werkunternehmer obliegt, wie er den geschuldeten Erfolg herstellt, und

⁸⁶⁾ Vgl. RIS-Justiz RS0022214, OGH 10. 2. 1988, 3 Ob 607/86; OGH 9 Ob 133/98v HS 29.454.

⁸⁷⁾ Bejahend etwa *Sturm*, Anweisungsfehler und Bestellermitverschulden im Werkvertragsrecht, WBl 2000, 301; OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 120/10f; verneinend OGH 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114 (*Karollus*).

⁸⁸⁾ *Wilhelm*, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, in FS Welser (2004) 1188.

⁸⁹⁾ *I. Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.2.

⁹⁰⁾ *I. Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.2.

3. Die Prüf- und Warnpflicht

Anweisungen des Werkbestellers somit regelmäßig nicht für jedes einzelne Detail des Werkvertrages vorliegen werden.

Die bloße Beschreibung des gewünschten Ziels reicht jedoch eben gerade nicht aus, um eine Warnpflicht des Werkunternehmers auszulösen. Vielmehr ist die Voraussetzung für das Vorliegen einer Anweisung, dass diese einerseits konkret ist und andererseits dem Werkunternehmer verbindlich vorschreibt, wie das Werk zu erstellen ist. Ob die Anweisung schon bei Vertragsabschluss oder erst nachträglich erteilt wird spielt in diesem Zusammenhang allerdings keine Rolle.⁹¹⁾

Eine Anweisung führt stets dazu, dass der Werkbesteller den Herstellungsprozess festlegt oder zumindest maßgeblich mitbestimmt, wodurch er eine Tätigkeit übernimmt, die üblicherweise dem Werkunternehmer zukommt;⁹²⁾ er greift also in dessen Sphäre ein.⁹³⁾ Auch eine Beschaffenheitsvereinbarung kann eine Anweisung darstellen, und zwar konsequenterweise immer dann, wenn aufgrund der gewünschten Beschaffenheit letztlich dem Werkunternehmer jeglicher Gestaltungsspielraum genommen wird⁹⁴⁾ und er somit eine ganz bestimmte Ausführungsmethode „wählen“ muss. Da der Werkunternehmer – verständlicherweise – keine Verantwortung für die von einem anderen gewählte Vorgangsweise übernehmen will, kommt es durch Anweisungen oder letztlich bindende Beschaffenheitsvereinbarungen zu einer vertraglichen Risikoverlagerung.⁹⁵⁾

Weil es sich beim Werkvertrag um eine Erfolgsverbindlichkeit handelt, schuldet der Werkunternehmer eben den Erfolg und kann daher – grundsätzlich – selbst entscheiden, wie er diesen herbeiführt, welche Materialien und Werkzeuge er einsetzt, welches Verfahren er auswählt, etc. Wird ihm durch eine Anweisung des Werkbestellers nunmehr die Fähigkeit genommen, die die Fertigung des Werkes betreffenden Entscheidungen eigenständig zu treffen, stellt dies einen Eingriff des Werkbestellers dar der es rechtfertigt, den Werkunternehmer von seiner Haftung zu befreien, wenn das Werk letztlich schadhaft ist.⁹⁶⁾

Dies gilt freilich nur, wenn die Anweisung des Werkbestellers unrichtig war und die unrichtige Anweisung des Werkbestellers kausal für das Scheitern der Herstellung des Werkes war. In diesem Fall trägt der Werkbesteller somit auch die Preisgefahr.⁹⁷⁾ Konnte dem Werkunternehmer die Untauglichkeit der Anweisung nicht auffallen⁹⁸⁾, so hat er daher nicht für das Scheitern des Werkes einzustehen.

⁹¹⁾ RIS-Justiz RS0022214, OGH 3. 9. 1986, 3 Ob 548/86.

⁹²⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} § 1168 a Rz 33.

⁹³⁾ OGH 27. 3. 2003, 2 Ob 52/03s.

⁹⁴⁾ *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989) 22.

⁹⁵⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} § 1168 a Rz 33, 35.

⁹⁶⁾ *I.Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II,

7.2.2.

⁹⁷⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} § 1168 a Rz 36.

⁹⁸⁾ Zur Prüftiefe siehe unten, Kapitel 3.2.

3.1.2.2 Unrichtigkeit der Anweisung

Unrichtig ist eine Anweisung dann, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werkes verhindert,⁹⁹⁾ unmöglich macht, den Untergang des Werkes oder zumindest seine Mangelhaftigkeit mit sich bringt.¹⁰⁰⁾

Von offenkundiger Unrichtigkeit einer Anweisung kann dann gesprochen werden, wenn dem sachverständigen Werkunternehmer auffallen muss, dass die Ausführung der Anweisung das Gelingen und somit die vertragsgemäße Herstellung des Werkes gefährden wird.¹⁰¹⁾

3.1.3 Stoff oder Anweisung? – „Sonderfall“ Pläne

Die Abgrenzung zwischen einer Stoffbeistellung und einer Anweisung ist mitunter nicht ganz einfach: Weist ein Werkbesteller den Werkunternehmer an, einen bestimmten Stoff zu verwenden, kann dies sowohl als Stoffbereitstellung als auch als Anweisung gesehen werden.¹⁰²⁾

Vor allem im Zusammenhang mit Plänen kann unklar sein, ob diese eine Anweisung oder Stoff darstellen. Während Pläne ursprünglich als Anweisungen angesehen wurden¹⁰³⁾, hat der Oberste Gerichtshof in mehreren rezenten Entscheidungen¹⁰⁴⁾ die vom Werkunternehmer zur Verfügung gestellten Pläne als Stoff qualifiziert.¹⁰⁵⁾

Dass vom Werkbesteller dem Werkunternehmer zur Verfügung gestellte Pläne Stoff iSd § 1168a ABGB sind, greift jedoch in dieser Allgemeinheit zu kurz. Nach *Gölles* können etwa Ausführungspläne allenfalls dann als beige-stellter Stoff (und nicht als Anweisung) betrachtet werden, wenn die vom Planer ausgefertigten Ausführungspläne schon bei Vertragsabschluss vorliegen und von Anfang an Vertragsbestandteil sind.¹⁰⁶⁾

Eine Lösung, mit der sich sowohl die Lehrmeinungen als auch die neuere Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Einklang bringen lassen, bietet *I. Welser* an, die in der Zurverfügungstellung von Plänen grundsätzlich zwar

⁹⁹⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 39; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1168a Rz 22.

¹⁰⁰⁾ *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (2007) 60.

¹⁰¹⁾ *Schlosser/Hartl/Schlosser*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil I), bauaktuell 2010, 56 (57); *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (2007) 59; OGH 26. 6. 2014, 8 Ob 75/13g.

¹⁰²⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 38.

¹⁰³⁾ Vgl *I. Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.2; OGH 1 Ob 690/84 JBl 1985, 622; OGH 15. 12. 1987, 4 Ob 606/87.

¹⁰⁴⁾ OGH 14. 7. 2011, 2 Ob 185/10k; OGH 21. 3. 2013, 5 Ob 16/13h; OGH 21. 4. 2015, 3 Ob 51/15v.

¹⁰⁵⁾ Vgl *Oppel*, Entbindet die Fachkunde des Bestellers den Werkunternehmer von seiner Prüf- und Warnpflicht? ZVB 2013/87.

¹⁰⁶⁾ Vgl *Gölles*, Warnpflicht beim Bauvertrag – Sind Pläne für die Errichtung eines Bauwerks Stoff oder Anweisung iSd § 1168a ABGB? *ecolex* 2015, 940.

Anweisungen sieht, aber dann von Stoff spricht, wenn die Aufgabe lautet, die Pläne selbst zu überarbeiten.¹⁰⁷⁾

Dieser Ansatz erscheint insofern logisch, als Konstruktionsplänen oder Ausführungsunterlagen, nach denen ein Werk angefertigt werden soll, grundsätzlich immer ein bestimmter Imperativ innewohnt, von dem der Werkunternehmer nicht einfach abweichen kann. Hat er allerdings die Möglichkeit, die Pläne zu überarbeiten, stellt dies keine Anweisung dar, da es am konkreten und verbindlichen Charakter des Planes mangelt und er somit einfach eine gewisse „Vorarbeit“ im Sinne eines Stoffes darstellt. Der Plan kann in solchen Fällen als Stoff angesehen werden, weil *mit ihm, ausgehend von ihm* weitergearbeitet wird.

Auch bei Bestandsplänen ist überdies sicherlich zu hinterfragen, inwieweit diese überhaupt Anweisungen darstellen können, als sie in Wahrheit eher Erklärungen hinsichtlich des Ist- und nicht Anordnungen eines Sollzustandes darstellen. Bestandspläne sind daher – im Gegensatz zu Ausführungsplänen – nach Ansicht der Verfasserin jedenfalls als Stoff und nicht als Anweisung zu qualifizieren.

Letztlich ist es in den meisten Fällen primär von Bedeutung, ob *überhaupt* die Beistellung eines Stoffes oder die Erteilung einer Anweisung erfolgt, zumal die Unterscheidung zwischen Stoff und Anweisung oftmals folgenlos ist, da diese ohnedies dieselbe risikoverlagernde Wirkung haben.¹⁰⁸⁾ In bestimmten Ausnahmefällen – wie etwa bei Einzelfragen der Annahme von Mitwirkungspflichten des Werkbestellers¹⁰⁹⁾ – kann die Unterscheidung zwischen Stoff und Anweisung allerdings durchaus relevant sein.

Zu erwähnen ist auch die nach *Gölles* bedeutsame Unterscheidung zwischen dem konstruktiven und dem funktionalen Werkvertrag, da beim funktionalen Bauvertrag die Ausführungspläne vom Unternehmer zu erstellen sind¹¹⁰⁾ und es sich daher weder um eine Anweisung, noch um einen Stoff iSd § 1168a ABGB handelt.

3.1.4 Baugrund als Stoff

Der Baugrund stellt nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs einen vom Besteller beigegebenen Stoff dar.¹¹¹⁾

Unter Baugrundrisiko wird im Allgemeinen das Risiko verstanden, dass der vom Bauherrn zur Verfügung gestellte Baugrund andere Eigenschaften

¹⁰⁷⁾ Vgl *I. Welser* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 7.2.1.

¹⁰⁸⁾ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1168a Rz 38.

¹⁰⁹⁾ Zur Beachtlichkeit der Unterscheidung in bestimmten Fällen siehe jedoch unten, Kapitel 5.1.2.

¹¹⁰⁾ *Gölles*, Sind Pläne für die Errichtung eines Bauwerks Stoff oder Anweisung iSd § 1168a ABGB? *ecolex* 2015, 940.

¹¹¹⁾ RIS-Justiz RS0022045, bereits OGH 28. 4. 1965, 6 Ob 82/65; OGH 19. 5. 2005, 6 Ob 274/04v.