

Nochmals: Mitverschulden der Bauaufsicht

1. Zur örtlichen Bauaufsicht gehört die Überwachung der Herstellung des Werks auf Übereinstimmung mit den Plänen, auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplans, die Abnahme von Teilleistungen und die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen, die Führung des Baubuchs etc, also alle jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten sind nicht örtliche Bauaufsicht.
2. Der Vertrag über die Bauaufsicht ist kein Vertrag zugunsten Dritter im Hinblick auf die einzelnen Werkunternehmer.
3. Die Bauaufsicht soll nur den Bauherrn, der hierfür seinen Architekten gesondert entlohnt, vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, nicht aber diese von deren Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern. Die Bauüberwachung erfolgt ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Werkunternehmer.
4. Den mangelhaft leistenden Werkunternehmer und den mit der Bauaufsicht betrauten Unternehmer, der seine Kontrollpflichten verletzt hat, trifft gemäß § 1302 ABGB eine Solidarhaftung gegenüber dem Bauherrn, wenn ihr Anteil am Gesamtschaden nicht ermittelbar ist.
5. Der Regress des Werkunternehmers, der dem Bauherrn im Zuge der Werkausführung einen Schaden verursacht und auch ersetzt hat, gegen die örtliche Bauaufsicht, der ihrerseits eine schadenskausale Sorgfaltswidrigkeit bei der Überwachung der Ausführungsarbeiten anzulasten ist und die daher gemeinsam mit dem Werkunternehmer eine Solidarhaftung gegenüber dem Bauherrn trifft, ist nach § 1302 iVm § 896 ABGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Dennoch kann die Ausprägung der Zurechnungsgründe im Einzelfall dazu führen, dass die Haftung der örtlichen Bauaufsicht im Innenverhältnis gänzlich entfällt.

<https://doi.org/10.33196/zrb202001002101>

OGH 18.11.2019, 8 Ob 88/19b

Deskriptoren: Bauaufsicht, Schadenersatz, Schadensteilung, Regress; §§ 896, 1302 ABGB.

Sachverhalt

Die Klägerin ist Haftpflichtversicherer der L-GmbH (Bauunternehmerin), bei der im Juni 2008 von der C GmbH (Bauherrin) unter Zugrundelegung unter anderem der Ö-Norm B 2110 Baumeisterarbeiten für die Aufstockung eines Bürogebäudes bestellt wurden. Mit der Generalplanung und örtlichen Bauaufsicht für dieses Bauprojekt betraute die Bauherrin mit Wissen der Bauunternehmerin den (hier zunächst beklagten, kurz nach Klageeinbringung verstorbenen) Architekten Dipl.-Ing. P. Bei der Vertragserfüllung bediente sich die Bauunternehmerin für die Herstellung des Unterbodens einer Subunternehmerin, der N GmbH. Die Subunternehmerin führte den Unterboden mangelhaft aus, weil das eingebrachte Mischgut aufgrund eines falschen Mischverhältnisses zwischen Styroporbeton und An-

machwasser eine viel zu hohe Feuchtigkeit aufwies und die Bitumenschicht eine Feuchtigkeitsaufnahme nach unten über die Rohdecke ausschloss, in der Folge aber weder die notwendige Austrocknungszeit eingehalten wurde noch die eingesetzten Folien den Anforderungen einer Dampfbremse genügten. Dies führte dazu, dass ein von der V GmbH auf dem Unterboden verlegter Laminatboden beschädigt wurde.

In dem zu 12 Cg 233/10z vor dem Handelsgericht Wien von der Bauherrin gegen die Bauunternehmerin geführten Schadenersatzprozess, dem Dipl.-Ing. P trotz Streitverkündung durch die Bauunternehmerin nicht beitrug, wurde die Bauunternehmerin rechtskräftig zur Zahlung der Kosten zur Behebung der durch den mangelhaften Unterboden entstandenen Schäden (abzüglich einer von Dipl.-Ing. P außergerichtlich geleisteten Schadenersatzzahlung von 14.036,40) von 98.572,54 zuzüglich Zinsen und Kosten verurteilt. Nach den in diesem Urteil getroffenen Feststellungen war sowohl für die Subunternehmerin als auch für die örtliche Bauaufsicht leicht erkennbar, dass das eingebrachte Mischgut eine viel zu hohe Feuchtigkeit aufwies und die eingesetzten Folien den Anforderungen einer – wegen der Möglichkeit nachstoßender Feuchtigkeit nach dem Stand der Technik in diesem

Fall gebotenen – Dampfbremse nicht genügten. Auch der Umstand, dass die Bitumschicht eine Feuchtigkeitsaufnahme nach unten über die Rohdecke ausschloss, wäre von einem/r durchschnittlich befähigten und sorgfältigen Fachmann und/oder örtlichen Bauaufsicht bei der Beurteilung der notwendigen Austrocknungszeit berücksichtigt worden. Aufgrund dieses Urteils leistete die Klägerin als Haftpflichtversicherer der Bauunternehmerin eine Zahlung von insgesamt 219.999,23 und erwirkte gegen die (letztlich nicht zahlungsfähige) Subunternehmerin im Verfahren zu 17 Cg 60/15h vor dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz einen Titel über 220.000,--.

Gestützt auf § 67 VersVG beehrte die Klägerin nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Verlassenschaft nach Dipl.-Ing. P zuletzt die Feststellung einer Insolvenzforderung in Höhe von 119.774,63 sA, das ist je die Hälfte des aufgrund des Urteils des Handelsgerichts Wien geleisteten Betrags von 219.999,23 und der Kosten des gegen die Subunternehmerin geführten Verfahrens von 19.550,--. Dipl.-Ing. P sei seiner Werküberprüfungs- und Verständigungspflicht nicht nachgekommen und habe die (vorzeitige) Verlegung eines Laminatbodens auf einem zu nassen Estrich und die daraus entstehenden Folgekosten nicht verhindert. Die Bauunternehmerin habe aber darauf vertrauen dürfen, dass auch die örtliche Bauaufsicht ihre vertraglichen Pflichten einhalten werde. Dipl.-Ing. P und die Subunternehmerin hätten den eingetretenen Schaden gemeinsam verursacht und hafteten mangels Bestimmbarkeit der Anteile solidarisch. Deren beider Fehlverhalten sei gleichwertig. Die Klägerin habe daher einen Regressanspruch gegenüber der Beklagten in Höhe von 50 % des gezahlten Kapitals samt Zinsen und gemäß § 1037 ABGB der Kosten des im Interesse der Beklagten getätigten Prozessaufwands.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens, insbesondere weil eine Regressmöglichkeit der Bauunternehmerin gegen die örtliche Bauaufsicht zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Bereicherung der Bauunternehmerin führen würde.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es bestehe keine Haftung der örtlichen Bauaufsicht gegenüber der Bauunternehmerin.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Der Vertrag über die örtliche Bauaufsicht sei nach der ständigen Rechtsprechung kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der Schutzpflichten des Bauaufsehers zugunsten der einzelnen Werkunternehmer in diesem Sinn begründen würde. Bei Zusammentreffen eines Überwachungsfehlers der örtlichen Bauaufsicht und eines Ausführungsfehlers eines Bau-

unternehmens hafteten beide Schädiger im Außenverhältnis – gegenüber dem Bauherrn – gemäß §§ 1301 iVm 1302 ABGB solidarisch, wenn in solchen Fällen die Anteile der Schädiger am Gesamtschaden nicht bestimmbar seien. Es sei daher zu prüfen, ob darauf auch eine Haftung im Innenverhältnis gegründet werden könne. Grundsätzlich statuiere der letzte Satz des § 1302 ABGB einen Regressanspruch desjenigen Mitschädigers, der den gesamten Schaden gegenüber den übrigen Beteiligten bezahlt habe. Ein solcher gesetzlicher Ersatzanspruch beruhe gegebenenfalls auf dem zwischen den Schädigern bestehenden Gemeinschaftsverhältnis und richte sich nach § 896 ABGB. In der Literatur sei das Bestehen eines solchen Regressanspruchs des Bauunternehmers gegenüber einem Bauaufseher wegen der Verletzung von Bauaufsichtspflichten nach §§ 1302, 896 ABGB allerdings umstritten. Einschlägige Judikatur des Obersten Gerichtshofs fehle. Anders als in dem der Entscheidung 3 Ob 55/12b zugrundeliegenden Sachverhalt hätten den Bauaufseher hier keine eigenen vertraglichen und arbeitsteiligen Mitwirkungspflichten an der Werkleistung der Bauunternehmerin getroffen, deren Verletzung für das Misslingen deren Werks mitursächlich gewesen wären. Vielmehr sei der Bauaufseher im Auftrag der Bauherrin lediglich zur Überprüfung verpflichtet gewesen, ob die Bauunternehmerin ihr Werk mangelfrei erbracht habe. Auf eine (wie hier) Verletzung bloßer örtlicher Bauaufsichtspflichten könne eine interne Mithaftung des Bauaufsehers für Entschädigungsleistungen, die ein Werkunternehmer aufgrund mangelnder eigener Werkleistungen gegenüber der Bauherrin zu erbringen gehabt habe, aber nicht gestützt werden. Zum einen seien die gegen eine interne Regressmöglichkeit des Bauunternehmers an der Bauaufsicht sprechenden Literaturmeinungen von *Cronenberg/Mogel* und *Karasek* überzeugender; zum anderen sei (nur) diese Argumentation auch mit der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Haftung des Bauaufsehers und dem Zweck des Bauaufsichtsvertrags in Einklang zu bringen: Der mit der Mängelbehebung verbundene Aufwand aufgrund des Bauvertrags werde nur von der Bauunternehmung geschuldet. Der Träger der Bauaufsicht hafte nach der Rechtsprechung gerade nicht für eine mangelfreie Ausführung des Werks. Eine Schadensbeteiligung der Bauaufsicht führte zu einer sachlich ungerechtfertigten Entlastung und in weiterer Folge Bereicherung der von einer Bauaufsicht überwachten gegenüber anderen nicht beaufsichtigten Bauunternehmer. Die Bauaufsicht erfolge nur im Interesse des Bauherrn, solle diesen selbst vor Fehlern schützen und gerade nicht dazu dienen, die einzelnen Unternehmen von ihrer persönlichen, sie als „Fachmann“ treffenden Verpflichtung zur mangelfreien Werkerstellung zu entlasten. Der Schutz des Werkunternehmers und die Sicherung dessen

mängelfreier Vertragserfüllung sei vom Bauaufsichtsvertrag nicht einmal mitbezweckt. Die Verletzung von Bauüberwachungspflichten liege daher nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit jenen Schäden, die durch die Verletzung von Pflichten der bauausführenden Werkunternehmer verursacht worden seien. Die Verneinung eines Regressanspruchs des mangelhaft leistenden bauausführenden Unternehmers an der eigene Pflichten verletzenden (bloßen) Bauaufsicht sei daher die logische Konsequenz von den in der Rechtsprechung bisher aufgestellten Grundsätzen zum Vertragszweck des Bauaufsichtsvertrags und der Tragweite der Haftung des Bauaufsehers.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig ist, weil – soweit überblickbar – keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage eines Regressanspruchs einer dem Bauherrn wegen Ausführungsfehlern ersatzpflichtig gewordenen Bauunternehmerin gegenüber einem seine Bauaufsichtspflichten verletzenden Bauaufseher nach §§ 1302, 896 ABGB vorliege.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision ist zur Klarstellung zulässig, im Ergebnis aber nicht berechtigt; ihr wird nicht Folge gegeben.

1.1 Vorauszuschicken ist zum einen, dass § 67 VersVG auch Rückgriffs- und Ausgleichsansprüche umfasst (RIS-Justiz RS0080533).

1.2 Zum anderen ist bereits vorweg festzuhalten, dass Dipl.-Ing. P mit der – zwischen ihm und dem Bauherrn vertraglich nicht weiter definierten – örtlichen Bauaufsicht beauftragt war. Dazu gehört nach der Rechtsprechung die Überwachung der Herstellung des Werks auf Übereinstimmung mit den Plänen, auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplans, die Abnahme von Teilleistungen und die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen, die Führung des Baubuchs etc, also alle jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten sind nicht örtliche Bauaufsicht (RS0058803). Dipl.-Ing. P hat nach den Feststellungen hier (nur) ihm im Rahmen der örtlichen Bauaufsicht obliegende Überwachungspflichten verletzt, weil er die zu hohe Feuchtigkeit des Unterbodens nicht bemerkt und die dadurch bedingte Austrocknungszeit sowie die Notwendigkeit und die fehlende Eignung einer Dampfbremse verkannt hat.

2.1 Zwischen der Bauunternehmerin und Dipl.-Ing. P bestand keine vertragliche Beziehung. Die Vorinstanzen haben zutreffend ausgeführt, dass der Vertrag über die Bauaufsicht auch kein Vertrag zugunsten Dritter im Hinblick auf die einzelnen Werkunternehmer ist (RS0108535 [T5]; 2 Ob 128/09a; 3 Ob 55/12b). Nach ständiger Rechtsprechung soll die Bauaufsicht nur den Bauherrn, der hierfür seinen Architekten gesondert entlohnt, vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, nicht aber diese von deren Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern. Die Bauüberwachung erfolgt ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Werkunternehmer, sodass der bauausführende Werkunternehmer bei Verletzung einer damit verbundenen Verpflichtung mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs kein seine Haftung minderndes Mitverschulden geltend machen kann (RS0108535; RS0107245).

2.2 All das bezweifelt die Klägerin in dritter Instanz nicht mehr. Sie stützt sich ausschließlich auf eine Schadensteilung zwischen der Bauunternehmerin und der Bauaufsicht nach § 1302 iVm § 896 ABGB. Dabei geht sie – wie das Berufungsgericht – richtig davon aus, dass den mangelhaft leistenden Werkunternehmer und den mit der Bauaufsicht betrauten Unternehmer, der seine Kontrollpflichten verletzt hat, gemäß § 1302 ABGB eine Solidarhaftung gegenüber dem Bauherrn trifft, wenn ihr Anteil am Gesamtschaden nicht ermittelbar ist (1 Ob 680/88; 6 Ob 197/98h; 8 Ob 58/04v). Sofern ein Schuldner aufgrund seiner Solidarschuld im Außenverhältnis mehr bezahlt, als er im Innenverhältnis zahlen müsste, steht ihm nach Maßgabe des § 896 (1) ABGB ein Rückgriffsanspruch zu (RS0017514), weil es für den Regress unter Gesamtschuldnern gleichgültig ist, ob die Gesamtschuld auf einem gemeinsamen Rechtsgrund beruht oder – wie hier – nur sogenannte unechte Solidarität vorliegt (RS0017366; 8 Ob 58/04v). Art und Ausmaß dieses Rückgriffsanspruchs richtet sich in erster Linie nach dem zwischen den Mitschuldnern bestehenden „besonderen Verhältnis“ (RS0017514 [T6]). Mangels vertraglicher Regelung kommt es im Regress zwischen Gesamtschuldnern im Innenverhältnis auf die Schwere der Zurechnungsgründe an, insbesondere auf das Verschulden (RS0017514 [T9]). Dabei ist auch die „Wichtigkeit der verletzten Vorschrift“ bzw der Schutzzweck der verletzten Norm mitzubeherrnsichtigen (*P. Bydlinski*, Die Regresskriterien bei der Schadenersatz-Gesamtschuld – Zugleich ein neuerliches Plädoyer gegen die Rechtssatz-Judikatur, RZ 2013, 57 [58]).

3.1 Bereits das Berufungsgericht hat aufgezeigt, dass *Cronenberg/Mogel* (Regress zwischen Bauunternehmen und Bauaufsicht, bbl 2014, 192) und *Karasek* (ÖNORM B2110³ Rz 2344) die Ansicht vertreten, dass dem Bauunternehmer kein Regress gegen die Bauaufsicht aus

einer mangelhaften Überwachung der Ausführungsarbeiten zustehe.

Cronenberg/Mogel (aaO [194 ff]) argumentieren unter Verweis auf Beispiele, in denen im Innenverhältnis ein Anspruch auf vollständigen Rückersatz des einen gegen den anderen Gesamtschuldner besteht (wie es etwa beim Bürgen und Zahler im Verhältnis zum Hauptschuldner der Fall ist), dass im besonderen Verhältnis zwischen den Solidarschuldnern ein Verhältnis der Subsidiarität bestehen kann, das einen Mitschuldner als den primär Haftpflichtigen die gesamte Last alleine tragen lässt. Der Bauaufsicht komme gegenüber dem Bauherrn in Wahrheit die Rechtsstellung eines Garanten für fremde Vertragserfüllung, die sie durch ihre Überwachungstätigkeit sicherstellen solle, zu. Gegen den Garanten habe aber nur der Garantieempfänger, nicht aber der Hauptschuldner einen Anspruch. *Cronenberg/Mogel* (aaO [193; 196]) räumen ein, dass die Ausgestaltung der Verträge und die unter dem Begriff örtliche Bauaufsicht übertragenen und übernommenen Aufgaben sehr unterschiedlicher Natur sein können; das erfordere eine differenzierte Betrachtung; Maßgebliches Kriterium für die Beteiligung der örtlichen Bauaufsicht an der Schadensquote sei die vertragliche Pflicht zur Leistung eines eigenen Beitrags zur Herstellung des Werks.

Karasek (aaO) gibt zu bedenken, dass eine Regressmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber der örtlichen Bauaufsicht im Ergebnis zur Entlastung des Werkunternehmers von seiner Verpflichtung zur mängelfreien Werkerstellung führen würde. Der Regress des Werkunternehmers gegen die örtliche Bauaufsicht sei nicht zuzulassen, weil dies jene Werkunternehmer entlasten würde, die von einer örtlichen Bauaufsicht überwacht würden.

3.2 Demgegenüber stehen vor allem *Christandl* sowie *Painsi/Andrieu/Seebacher* auf dem Standpunkt, dass eine Regressmöglichkeit zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer nicht ausgeschlossen werden könne. *Christandl* (Koordinierungspflicht des Bauherrn und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, bbl 2006, 221 [225]) verweist darauf, dass die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung nur in Bezug auf den ursprünglich Geschädigten von Relevanz sein könne; ob das Verhalten des grundsätzlich solidarisch haftenden Schädigers auch im Verhältnis zum Regressnehmenden Solidarschuldner rechtswidrig gewesen sei, könne keine Rolle spielen. Der Regress wurzle darin, dass der Regressschuldner primär dem Geschädigten ersatzpflichtig gewesen wäre.

Ähnlich argumentieren *Painsi/Andrieu/Seebacher* mit dem Hinweis darauf, dass nach erfolgter Zahlung durch einen Gesamtschuldner im Innenverhältnis auf Grundlage des § 896 ABGB ein eigenständiger Ausgleichsanspruch entstehe (*Seebacher/Andrieu*, Der Regress an der Örtlichen Bauaufsicht als Solidarschuldnerin – Eine

rechtsdogmatische Betrachtung, bbl 2012, 109 [111]; *Painsi/Andrieu/Seebacher*, Judikaturtendenz schafft Haftungsrisiken: Regress des Bauunternehmers an der örtlichen Bauaufsicht und dessen Abwehr, bbl 2016, 173 [174 f]). Eine grundsätzliche Subsidiarität der Haftung der örtlichen Bauaufsicht lasse sich nicht begründen, auch wenn stark überwiegendes Verschulden des Bauunternehmers im Einzelfall dazu führen könne, dass die Haftung der örtlichen Bauaufsicht im Innenverhältnis gänzlich entfalle – allerdings immer nur nach einer konkreten Abwägung des Verschuldens.

3.3 *P. Bydlinski* (Die Regresskriterien bei der Schadenersatz-Gesamtschuld – Zugleich ein neuerliches Plädoyer gegen die Rechtssatz-Judikatur, RZ 2013, 57 [60]) unterscheidet, ob jemand dem (später geschädigten) Gläubiger gegenüber bloße Aufsichtspflichten über die die Leistung ausführende Person oder auch darüber hinausgehende Pflichten wie etwa Koordinations- und Instruktionspflichten übernommen hat. Er meint, dass dem (auch) Aufsichtspflichtigen intern ein Anteil am Schaden bleibt, wenn über die reine Aufsicht hinausgehende Pflichten verletzt wurden. In allen anderen Fällen scheint *P. Bydlinski* den Regress zumindest für aussichtslos zu halten, weil er in dem Zusammenhang beispielsweise die Möglichkeit einer 100 : 0 Lösung bei massivem Überwiegen der Zurechnungsgründe im Bereich eines Beteiligten und die Norm des § 1313a ABGB erwähnt, die dem Geschäftsherrn vollen Regress gegen den Gehilfen erlaubt, sofern nicht die Sonderregeln des DHG eingreifen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass ein Mitschuldner nur wegen Verletzung dem Gläubiger bestehender Aufsichtspflichten hafte und der zu beaufsichtigende Mitschuldner die Schadenszufügung durch sein aktives Handeln unmittelbar zu vertreten habe.

4.1.1 Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der aufgeworfenen Frage erfolgte in der höchstgerichtlichen Judikatur bislang nicht. In der Entscheidung 1 Ob 680/88 bejahte der Oberste Gerichtshof eine Solidarhaftung der örtlichen Bauaufsicht und des Werkunternehmers gegenüber dem geschädigten Bauherrn und stellte obiter eine Regressmöglichkeit zwischen den Solidarschuldnern in den Raum. In der Entscheidung 6 Ob 136/99i ließ der 6. Senat die Frage offen, ob der Grundsatz, dass der bauausführende Werkunternehmer bei Verletzung einer mit der Bauaufsicht verbundenen Verpflichtung mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs kein seine Haftung minderndes Mitverschulden geltend machen kann, auch im Fall einer Rückgriffsforderung des Werkunternehmers gegen den Träger der örtlichen Bauaufsicht nach § 896 ABGB anzuwenden ist. Der Entscheidung 7 Ob 196/03d lag die Regressforderung (des Haftpflichtversicherers) einer mit der Betreuung eines Bauvorhabens beauftragten Werkunternehmerin, die unter anderem die Planung und örtliche Bauaufsicht

übernommen hatte, gegen deren Subunternehmerin zugrunde, die einen fehlerhaften Bauplan erstellt hatte. In diesem Fall nahm der Oberste Gerichtshof an, dass die Subunternehmerin gegenüber ihrer Vertragspartnerin für den geltend gemachten Ersatz der Mangelfolgeschäden aus der Verletzung des Werkvertrags zur Gänze haftet. Zu 8 Ob 58/04v bejahte der Senat „zumindest“ im Fall des Regresses bei Verletzung von Baukoordinationspflichten zwischen Bauaufsichtspflichtigem und Werkunternehmer die Anwendung des § 896 ABGB.

4.1.2 Die Revisionswerberin stützt sich zentral auf die Entscheidung 3 Ob 55/12b. Darin ging der Oberste Gerichtshof ohne Weiteres von einem Regressanspruch des dort klagenden Bohrunternehmens gegen den dort beklagten Ingenieurkonsulenten für Bauwesen und Geotechnik aus. Dieser war mit der geotechnischen Bearbeitung des Bauprojekts (eines Freischwimmbekens), insbesondere auch mit der Berechnung und planlichen Darstellung der Pfahlgründung und der technischen Überwachung der notwendigen Pfahlarbeiten, beauftragt worden und hatte die ihm obliegende Bauüberwachung nicht ausreichend wahrgenommen. Der Beklagte hätte nach den dortigen Feststellungen im Zuge der technischen Überwachung zB sicherzustellen gehabt, dass die für die Berechnung der Pfähle getroffenen Annahmen betreffend Bodenschichtung, Bodenkennwerte usw mit den tatsächlich vorgefundenen Gegebenheiten übereinstimmen und die Ergebnisse der Pfahlberechnung wie Pfahllänge, Einbindelänge in eine tragfähige Schicht usw bei der Ausführung eingehalten werden. Dazu hätte er das Bohrunternehmen zur Erstellung von normgemäßen Bohrprotokollen und zur Aufzeichnung des Rammfortschritts verhalten sowie die Richtigkeit der vorhandenen Daten auch in effektiver Weise überprüfen und die weitere Vorgangsweise darauf abstellen müssen.

Die den dortigen Beklagten im Rahmen der geotechnischen Bearbeitung des Projekts treffenden Überwachungspflichten sind mit der bloßen örtlichen Bauaufsicht – wie sie hier vorliegt (siehe Pkt 1.2) – nicht gleichzusetzen (vgl dazu auch 9 Ob 64/18d). Die These von *Christandl* (Glosse zu 3 Ob 55/12b, bbl 2013, 32), der 3. Senat habe in seiner Entscheidung eindeutig klargestellt, dass zwischen Bauaufsichtsführer und Bauunternehmer selbstverständlich Regressansprüche bestehen können, ist insofern zu relativieren.

4.2.1 Nach Ansicht des erkennenden Senats kann aber für den gegenständlichen Regress zwischen Werkunternehmer und örtlicher Bauaufsicht grundsätzlich nichts anderes gelten. Der Auffassung, ein Regress sei in derartigen Fällen von vornherein auszuschließen, ist nicht beizutreten.

4.2.2 Wie bereits *Cronenberg/Mogel* bemerkt haben (siehe Pkt 3.1), können je nach Ausgestaltung des Vertrags die unter dem Begriff Bauaufsicht übertragenen und

übernommenen Aufgaben verschiedener Natur sein. Das erfordert eine an den jeweiligen Umständen des Einzelfalls orientierte Betrachtung sowohl dieser Aufgaben als auch ihres Kontextes. (Daher kann es etwa den Ausschlag geben, dass – wie zu 3 Ob 55/12b – die verletzten Überwachungspflichten in die geotechnische Bearbeitung eines Projekts eingebettet sind.) Ebenso kann das Verschulden der an der Schadensverursachung Beteiligten von Fall zu Fall unterschiedlich ausgeprägt sein. So mag der Bauaufsicht grobe, dem Werkunternehmer hingegen nur leichte Fahrlässigkeit zur Last zu legen sein. Das spricht gegen einen generellen Haftungsausschluss.

Dem Einwand von *Karasek*, durch eine Regressmöglichkeit des Werkunternehmers gegen die örtliche Bauaufsicht komme es zu einer (sachlich nicht gerechtfertigten) Entlastung jener Werkunternehmer, die von einer örtlichen Bauaufsicht überwacht würden, ist zu entgegnen, dass diese „Entlastung“ Konsequenz des unbewussten Zusammenwirkens mehrerer Schädiger durch selbständige Handlungen, also der Rechtsfigur der Nebentäterschaft, ist. Schließlich vermag auch die Ansicht von *Cronenberg/Mogel*, der Bauaufsicht komme gegenüber dem Bauherrn die Rechtsstellung eines Garanten für fremde Vertragserfüllung zu, nicht zu überzeugen. Die Solidarhaftung der Bauaufsicht und des mangelhaft leistenden Werkunternehmers gegenüber dem Bauherrn knüpft an eine Verletzung „eigener“ Sorgfaltspflichten der Bauaufsicht an (3 Ob 55/12b). Ohne sorgfaltswidriges und schuldhaftes Handeln der Bauaufsicht scheidet eine Haftung gegenüber dem Bauherrn aus (6 Ob 136/99i). Das steht mit einer Art Garantenstellung der Bauaufsicht, aber auch mit der Norm des § 1313a ABGB nicht in Einklang. *Christandl* ist wiederum darin zu folgen, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang nur im Verhältnis zum Bauherrn eine maßgebliche Rolle spielen kann. Keine Voraussetzung des Gesamtschuldregresses nach §§ 1302 und 896 ABGB ist, dass das Verhalten des einen Mitschädigers gegenüber dem anderen rechtswidrig ist.

Da damit keine systematisch-dogmatischen Erwägungen die Annahme einer Regressbeschränkung bzw einer Subsidiarität der Haftung der örtlichen Bauaufsicht gebieten, bleibt es dabei, dass der letzte Satz des § 1302 ABGB dem Gesamtschuldner nach erfolgter Zahlung einen Regress gegen den Nebentäter eröffnet.

4.2.3 Den an einem Rückgriff des Werkunternehmers gegen die örtliche Bauaufsicht (teilweise zu Recht) geäußerten Bedenken ist im Zuge der Bestimmung der Anteile im Regressprozess Rechnung zu tragen (so auch *Seebacher/Andrieu* aaO [113]; *Christandl*, bbl 2006, 221 [225]). Dort ist zu prüfen, inwieweit die (von *Karasek* erwähnte) „Entlastung“ des Werkunternehmers im Einzelfall sachlich gerechtfertigt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur der Werkunternehmer und nicht die Bau-

aufsicht die mangelfreie Erbringung des Werks schuldet und die Bauaufsicht gerade nicht die (auch nur teilweise) Befreiung des Werkunternehmers von dieser Verpflichtung bezweckt. Darüber hinaus ist zu veranschlagen, dass der Bauaufsichtsführende bloß die Pflicht zur Überwachung der Ausführungsarbeiten verletzt, der Werkunternehmer jedoch den Schaden durch aktives Tun herbeigeführt hat. Dies spricht im Regelfall für die überwiegende, wenn nicht sogar die alleinige Haftung des Werkunternehmers, vor allem in Bezug auf den Mangelschaden. Bereits in der Entscheidung 3 Ob 55/12b hat der Oberste Gerichtshof betont, dass nicht undenkbar ist, dass die Zurechnungsgründe bei einem Gesamtschuldner so gering ausgeprägt sind, dass er im Innenverhältnis nicht zum Ausgleich heranzuziehen ist. Eine andere Beurteilung kann aber im Einzelfall (so etwa bei stark überwiegendem Verschulden der örtlichen Bauaufsicht) geboten sein.

4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Regress des Werkunternehmers, der dem Bauherrn im Zuge der Werkausführung einen Schaden verursacht und auch ersetzt hat, gegen die örtliche Bauaufsicht, der ihrerseits eine schadenskausale Sorgfaltswidrigkeit bei der Überwachung der Ausführungsarbeiten anzulasten ist und die daher gemeinsam mit dem Werkunternehmer eine Solidarhaftung gegenüber dem Bauherrn trifft, nach § 1302 iVm § 896 ABGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Dennoch kann die Ausprägung der Zurechnungsgründe im Einzelfall dazu führen, dass die Haftung der örtlichen Bauaufsicht im Innenverhältnis gänzlich entfällt.

5.1 Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass im Ergebnis keine Abänderung der Entscheidung der Vorinstanzen erforderlich ist: Der den Unterboden mangelhaft ausführenden (und der Bauunternehmerin nach § 1313a ABGB zuzurechnenden) Subunternehmerin ist – wie schon im Haftpflichtprozess – grobe Fahrlässigkeit zum Vorwurf zu machen, da das unrichtige Mischverhältnis bei der Zubereitung des Betons für die Subunternehmerin bei gehöriger Sorgfalt leicht erkennbar und auch die daraus resultierenden Folgen durch Einhaltung einer längeren Austrocknungszeit und Ausführung einer Dampfbremse leicht beherrschbar gewesen wären. Das richtige Betonmischverhältnis betrifft geradezu den Kern des (nur) von der Bauunternehmerin hier geschuldeten Werks (Unterboden). Selbst wenn man der Ansicht ist, dass die Zurechnungsgründe bei Dipl.-Ing. P demgegenüber nicht vernachlässigbar sind, weil auch ihm die Untauglichkeit des Unterbodens für das darauf aufbauende Gewerk leicht erkennbar gewesen wäre, ist zu berücksichtigen, dass dieser unstrittig vor Klagseinbringung im Haftpflichtprozess gegen die Bauunternehmerin einen Schadenersatz von 14.036,40 netto (also von rund 13 % der gesamten Mängelbehebungskosten von 106.108,94) an die Bauherrin geleistet hat. Stichhältige Gründe, warum der ihre Überwachungspflichten verletzenden Bauaufsicht mehr als dieser Schadensteil und damit auch anteilig die Verzugszinsen und die Kosten der folgenden Prozesse zuzuweisen wären, sind hier nicht ersichtlich.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Jetzt ist es hoffentlich endlich allen klar: Mehrere Schädiger haften gegenüber dem Geschädigten solidarisch. Jener der mehr Ersatz leistet, als auf ihn entfällt, kann sich bei den anderen Schädigern entsprechend regressieren. Das ist auch auf der Baustelle nicht anders, wenn Bauunternehmer und Bauaufsicht gleichzeitig den Bauherrn schädigen: Der Bauunternehmer durch mangelhafte Leistung und die Bauaufsicht dadurch, dass ihr dieser Umstand nicht auffällt. Natürlich entlastet der Regress immer den dadurch begünstigten Schädiger. Das ist auf der Baustelle nicht anders, als im sonstigen Leben und kein Grund, die Haftung der Bauaufsicht auszuschließen.

Spannend ist freilich die Frage, wie ein Schaden – im Jargon der Bauwirtschaft – zu quoteln ist. Eifrigte Techniker werden bei Lektüre der besprochenen Entscheidung sofort eintra-

gen „Anteil der ÖBA, wenn diese das fehlerhafte Mischverhältnisses zwischen Styroporbeton und Anmachwasser nicht bemerkt: 13%“. Das entspricht zwar dem Bedürfnis der Baupraxis nach „harten Zahlen“, ist aber natürlich verfehlt, weil es das – wohl immer unterschiedliche – Verhältnis des Ausmaßes des Verschuldens der Beteiligten außer Acht lässt. Und es lässt auch außer Betracht, dass sich die Pflichten der Bauaufsicht von Fall zu Fall unterscheiden können, wie die besprochene Entscheidung wohl richtig erkennt: „je nach Ausgestaltung des Vertrags [können] die unter dem Begriff Bauaufsicht übertragenen und übernommenen Aufgaben verschiedener Natur sein“. Das steht allerdings in Widerspruch zu der apodiktischen wirkenden Feststellung an anderer Stelle: Zur örtlichen Bauaufsicht „gehört die Überwachung der Her-

stellung des Werks auf Übereinstimmung mit den Plänen, auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplans, die Abnahme von Teilleistungen und die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen, die Führung des Baubuchs etc, also alle jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufort-

schrift beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten sind nicht örtliche Bauaufsicht“. Das bleibt der nach Definitionen heischenden Baupraxis leider sicher wie in Stein gemeißelt im Gedächtnis ...