



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Grohmann als Vorsitzende und den Hofrat Dr. Musger, die Hofrätin Dr. Solé und die Hofräte Dr. Nowotny und MMag. Sloboda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R*, vertreten durch Mag. Aida Slijepcevic, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. M*, 2. G*, 3. M*, alle vertreten durch Mag. Niki Zaar, Rechtsanwältin in Wien, wegen 65.000 EUR sA und Feststellung (Streitwert 5.000 EUR), über die Revision der zweitbeklagten Partei gegen das Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 2. September 2021, GZ 11 R 120/21d-29, mit welchem das zwischen der klagenden und der zweitbeklagten Partei ergangene Zwischenurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 25. Mai 2021, GZ 16 Cg 24/20x-22, teils mit einer Maßgabe bestätigt und teils abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

[1] Der Kläger wurde als Dienstnehmer einer mit Abbrucharbeiten beauftragten Gesellschaft bei einem Deckeneinsturz schwer verletzt. Es ist unstrittig, dass

- der Erst- und die Zweitbeklagte Bauherren iSv § 2 Abs 1 BauKG waren,
- der Erstbeklagte Alleingesellschafter und Geschäftsführer der beauftragten Gesellschaft war,

- eine Verpflichtung zur Bestellung von Koordinatoren für Sicherheit und Gesundheitsschutz nach § 3 BauKG und zur Erstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans nach § 7 BauKG bestand,
- im Zeitpunkt des Unfalls kein Koordinator bestellt und kein Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan vorhanden war,
- der Unfall auf die eklatante Verletzung von Sicherheitsvorschriften zurückzuführen war (Fehlen eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans, unterbliebene Einsturzsicherung, Nichtzurverfügungstellen von Schutzhelm und anderer Schutzausrüstung).

[2] Der Kläger begehrt (auch) von der Zweitbeklagten näher aufgeschlüsselten Schadenersatz von 65.000 EUR sowie die Feststellung von deren Haftung für zukünftige Schäden. Die Zweitbeklagte sei Bauherrin gewesen und habe ihre nach dem BauKG bestehenden Pflichten verletzt, Koordinatoren zu bestellen und für das Erstellen eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans zu sorgen. Mangels Bestellung eines Baustellenkoordinators trage sie die Verantwortung für die Erfüllung von dessen Aufgaben. Ihr Vorbringen, sie habe ihre Pflichten nach § 9 Abs 1 BauKG auf einen Projektleiter iSv § 2 Abs 2 BauKG übertragen, sei eine reine Schutzbehauptung. Zudem wäre eine solche Übertragung mangels Einhaltung der in Analogie zu § 3 Abs 6 BauKG gebotenen Schriftform unwirksam gewesen.

[3] Die Zweitbeklagte wendet, soweit für das Revisionsverfahren relevant, ein, sie und der Erstbeklagten hätten ihre Pflichten nach § 9 Abs 1 BauKG der zur Projektleiterin bestellten Baugesellschaft übertragen. Schriftlichkeit sei dafür nicht erforderlich gewesen.

[4] Das Erstgericht stellte mit Zwischenurteil fest,

dass „der Klagsanspruch“ (also auch das Feststellungsbegehren) gegen die Zweitbeklagte dem Grunde nach zu Recht bestehe. Es konnte nicht festgestellt werden, dass die Baugesellschaft wirksam zur Baustellenkoordinatorin bestellt worden sei; Feststellungen zur behaupteten Übertragung von Bauherrenpflichten nach § 9 Abs 1 BauKG traf es nicht. Mangels Bestellung eines Koordinators hafte die Zweitbeklagte als Bauherrin für die Sicherheitsmängel, die zur Verletzung des Klägers geführt hätten.

[5] Das Berufungsgericht sprach mit Zwischenurteil aus, dass (nur) das Leistungsbegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe, und ließ die ordentliche Revision zu.

[6] Die Zweitbeklagte ziehe nicht in Zweifel, dass sie und den Erstbeklagten die in §§ 3, 4 Abs 1, 6, 7 und 8 BauKG normierten Pflichten getroffen hätten und dass die Einhaltung dieser Pflichten geeignet gewesen wäre, den Unfall des Klägers zu verhindern. Sie mache jedoch als sekundären Feststellungsmangel geltend, dass das Erstgericht keine Feststellungen zur Übertragung dieser Pflichten auf die zum Projektleiter bestellte Dienstgeberin des Klägers getroffen habe. Damit dringe sie nicht durch: Die Bestellung von Koordinatoren für Sicherheit und Gesundheitsschutz habe gemäß § 3 Abs 6 BauKG schriftlich zu erfolgen. Diese Bestimmung habe nach der Rechtsprechung den Zweck, (auch) im Interesse der Arbeitnehmer klare Verhältnisse zu schaffen, ob der Bauherr oder ein allenfalls bestellter Baustellenkoordinator hafte. Ein entsprechendes Schriftlichkeitsgebot werde zwar in § 9 Abs 1 BauKG nicht ausdrücklich angeordnet. Es wäre aber ein unüberbrückbarer Wertungswiderspruch, wenn sich der Bauherr durch eine bloß mündliche oder konkludente Übertragung von Pflichten auf einen Projektleiter exkulpieren könnte, weil dies das leichte

Umgehen der von § 3 Abs 6 BauKG angestrebten Klarstellung ermöglichte. Der Gesetzgeber habe dies bei der Formulierung des § 9 Abs 1 BauKG offenkundig übersehen. Daher sei das Schriftlichkeitsgebot analog auf die Pflichtenübertragung nach dieser Bestimmung anzuwenden. Eine solche schriftliche Pflichtenübertragung habe die Zweitbeklagte nicht behauptet. Da die Berufung auch keine anderen Umstände aufzeige, die die Haftung dem Grunde nach ausschließen, sei das Zwischenurteil in Bezug auf das Leistungsbegehren zu bestätigen. Hingegen dürfe über das Feststellungsbegehren kein Zwischenurteil gefällt werden, weswegen die angefochtene Entscheidung insofern ersatzlos zu beheben sei.

[7] Die Revision sei zulässig, weil zur analogen Anwendung des Schriftlichkeitsgebots auf die Pflichtenübertragung nach § 9 Abs 1 BauKG keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

[8] In ihrer Revision macht die Zweitbeklagte ausschließlich geltend, dass der Bauherr seine Pflichten mangels Anordnung einer bestimmten Form auch mündlich auf einen Projektleiter übertragen könne, dies insbesondere aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des BauKG.

[9] Der Kläger verweist in der Revisionsbeantwortung auf die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung. Zudem sei der Erstbeklagte Alleingesellschafter und Geschäftsführer der mit den Abbrucharbeiten beauftragten Gesellschaft. Daher stehe diese Gesellschaft in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem der Bauherrn. Diese schließe in Analogie zu § 9 Abs 2 BauKG eine wirksame Pflichtenübertragung aus.

[10] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

[11] 1. Im Revisionsverfahren ist nicht strittig, dass die Zweitbeklagte Bauherrin war und dass sie entgegen § 3 BauKG keine Koordinatoren bestellt und entgegen § 7 BauKG nicht (selbst) für das Erstellen eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans gesorgt hat. Die von den Vorinstanzen offenkundig angenommene Kausalität dieser Unterlassung zieht die Revision nicht in Zweifel, sodass auf diese Frage nicht weiter einzugehen ist (RS0043338 [insb T15]; RS0043352 [T23, T25, T30, T31, T35]; zum Nachweis der Kausalität vgl 2 Ob 162/08z und 7 Ob 144/21h: Anscheinsbeweis genügt). Daher könnte sich die Zweitbeklagte nur durch eine wirksame Übertragung ihrer Pflichten auf einen Projektleiter entlasten (§ 9 Abs 1 BauKG).

[12] 2. Der Senat hat die Rechtslage zur Pflichtenübertragung nach § 9 Abs 1 BauKG in der Entscheidung 2 Ob 162/08z wie folgt zusammengefasst: Nach der gesetzlichen Definition des § 2 Abs 2 BauKG sind jedenfalls der Bauwerksplaner, der Generalunternehmer und/oder die örtliche Bauaufsicht gleichzeitig oder nacheinander Projektleiter. Hat der Bauherr eine Person oder Gesellschaft im Sinn des § 2 Abs 2 BauKG zur Erbringung einer dort genannten Leistung beauftragt, hat er damit einen Projektleiter im Sinn des BauKG bestellt. In diesem Fall kann der Bauherr seine nach den §§ 3, 4 Abs 1, 6, 7 und 8 BauKG bestehenden Pflichten nach § 9 Abs 1 BauKG mit dessen Zustimmung diesem Projektleiter übertragen. Dies gilt nach § 9 Abs 2 BauKG nicht, wenn der Projektleiter ein Betriebsangehöriger des Bauherrn ist.

[13] 3. § 9 Abs 1 BauKG sieht für die Übertragung der Bauherrenpflichten keine besondere Form vor. Aufgrund dieses Wortlauts wird im Schrifttum einhellig, wenngleich ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik, die

Auffassung vertreten, dass die Pflichtenübertragung auch formlos möglich sei (zB *Novak*, Novelle des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes durch das Arbeitnehmerschutz-Reformgesetz, AsoK 2002, 8 [FN 16]; *Egglmeier-Schmolke*, Haftung für Unfälle auf Baustellen (2. Teil) bbl 2007, 82 [93]; *Neubauer*, Bauarbeiten-Koordinationsgesetz [2020] 27 f). Das spräche hier für das Vorliegen eines sekundären Feststellungsmangels zur Frage, ob eine mündliche oder konkludente Pflichtenübertragung vorlag.

[14] 4. Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass sich die Zweitbeklagte gegenüber dem Kläger in Analogie zu § 3 Abs 6 BauKG nicht auf eine bloß mündliche oder konkludente Pflichtenübertragung berufen kann:

[15] 4.1. Eine Analogie setzt die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl RS0106092; RS0008866 [insb T2, T4, T11]), die nur dann angenommen werden kann, wenn Wertungen und Zweck der gesetzlichen Regelung die Annahme rechtfertigen, der Gesetzgeber habe einen nach denselben Maßstäben regelungsbedürftigen Sachverhalt übersehen (RS0008866 [T27]). Das Gesetz muss also gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie unvollständig sein („teleologische“ oder „echte“ Lücke), wobei eine Ergänzung nicht einer gewollten Beschränkung widersprechen darf (RS0098756 [T6]). Dabei kann dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er seine Regelungsziele konsequent verfolgt und daher keine Anordnungen trifft, die diese Regelungsziele konterkarieren (*Kerschner* in Klang³ §§ 6, 7 ABGB Rz 50).

[16] 4.2. Bei der Prüfung, ob eine Lücke vorliegt, ist von folgender Rechtslage auszugehen:

[17] (a) Nach § 3 Abs 6 BauKG hat die Bestellung des Koordinators schriftlich zu erfolgen, sie ist nach dieser Bestimmung nur wirksam, wenn der Bestellte ihr nachweislich zugestimmt hat.

[18] Diese Bestimmung ist dahin auszulegen, dass sich der Bauherr gegenüber geschädigten Arbeitnehmern nicht auf die nur mündlich oder konkludent erfolgte Bestellung eines Baustellenkoordinators berufen kann (2 Ob 93/20w RZ 2021, 26 [zust *Spenling*] = ecolex 2021, 114 [zust *Raunigg*] = ZRB 2021, 75 [krit *Wenusch*]; vgl aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht auch VwGH ZI 2007/02/0119 VwSlg 17.438 A/2008). Grund dafür ist der Zweck der Norm: Sie soll nach den Materialien (EB zur RV des BauKG, 1462 BlgNR 20. GP 12) nicht nur der Beweissicherung dienen, sondern auch „klare Verhältnisse“ schaffen. Dies gilt insbesondere im Interesse geschädigter Arbeitnehmer, für deren Ansprüche von entscheidender Bedeutung ist, ob ein Baustellenkoordinator bestellt war oder ob dessen Pflichten mangels Bestellung den Bauherrn trafen.

[19] Es mag zutreffen, dass auch das Schriftformerfordernis einem geschädigten Dienstnehmer nicht letzte Sicherheit bietet (*Wenusch* aaO). Dennoch wird dem Gesetzeszweck dadurch weit eher entsprochen als durch die Annahme einer bloßen Ordnungsvorschrift (*Spenling* aaO). Es besteht daher kein Anlass, von dieser Auslegung des § 3 Abs 6 BauKG abzugehen (zur Möglichkeit eines Regresses des Bauherrn gegen einen allenfalls mündlich bestellten Koordinator vgl *Spenling* und *Raunigg* aaO).

[20] (b) Weiters hat der Bauherr bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs 1 BauKG für die Erstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans zu sorgen, wobei dies § 4 Abs 2 Z 2 BauKG dem (wirksam bestellten)

Planungskoordinator oder dessen Beauftragten obliegt. Die einschlägigen Bestimmungen des BauKG setzen voraus, dass es sich dabei um ein schriftliches Dokument handelt, in dem verbindliche Festlegungen getroffen werden (VwGH ZI 2013/02/0083 VwSlg 18777 A/2014). Auch dies dient dem Interesse der Arbeitnehmer an „klaren Verhältnissen“: Gibt es keinen schriftlichen Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan, kann sich der Bauherr oder Planungsbeauftragte nicht auf bloß mündliche Anordnungen berufen.

[21] (c) Sowohl § 3 Abs 6 als auch § 7 Abs 1 BauKG sehen daher im Interesse der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer vor, dass in für deren Sicherheit wesentlichen Fragen die Schriftform gewahrt ist. Trifft das nicht zu, haftet der Bauherr für die Erfüllung der den Koordinatoren obliegenden Pflichten und für die Folgen des Fehlens eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans.

[22] 4.3. Diese durch die Schriftform begründete Klarheit würde unterlaufen, wenn der Bauherr seine Pflichten formlos auf einen Projektleiter übertragen könnte, sodass letztlich (nur) dieser das Unterbleiben der Bestellung der Koordinatoren und des Erstellens eines Sicherheits- und Gesundheitsplans zu verantworten hätte. Denn in diesem Fall bestünde genau jenes Risiko, das (insbesondere) § 3 Abs 6 BauKG verhindern soll (2 Ob 93/20w): Geschädigte Arbeitnehmer müssten ohne sichere Grundlage entscheiden, ob sie den Bauherrn oder den Projektleiter in Anspruch nehmen. Unter Umständen könnte erst im Prozess – also verbunden mit einer möglichen Kostenbelastung – geklärt werden, ob Pflichten übertragen wurden oder nicht. Eine Klage sowohl gegen den Bauherrn als auch den Projektleiter führte zwingend zur Kostenersatzpflicht gegenüber einem der Beklagten; bei aufeinander folgenden Klagen bestünde

möglicherweise ein Verjährungsproblem.

[23] Darin läge tatsächlich ein nicht erklärbarer Wertungswiderspruch in ein- und demselben Gesetz: Einerseits soll das Interesse der Arbeitnehmer an klaren Verhältnissen durch das (primär) den Bauherrn treffende Gebot der Schriftlichkeit geschützt werden, andererseits könnte der Bauherr dies durch formlose Übertragung seiner Pflichten auf einen Projektleiter zur Gänze unterlaufen. Dafür fehlte jede sachliche Rechtfertigung: Die Wirksamkeit einer formlosen Pflichtenübertragung führte zu unklaren Verhältnissen und konterkarierte damit ein wesentliches Regelungsziel des Gesetzes. Wenngleich daher im Zweifel Formfreiheit anzunehmen ist (5 Ob 124/92 SZ 65/137; RS0071185), begründet das Fehlen einer Formvorschrift in § 9 Abs 1 BauKG doch – gemessen an der diesem Gesetz immanenten Teleologie – eine echte, also nicht bloß rechtspolitische Lücke. Diese Lücke ist durch analoge Anwendung von § 3 Abs 6 BauKG zu schließen.

[24] 4.5. Richtlinienkonforme Interpretation steht dem nicht entgegen:

[25] Zwar wurde mit dem BauKG die RL 92/57/EWG *über die auf zeitlich begrenzte oder ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz* umgesetzt. Diese Richtlinie legt jedoch, wie sich sowohl aus ihrer Bezeichnung als auch aus ihrem Art 1 Abs 1 ergibt, nur Mindestvorschriften fest. Damit stand es dem österreichischen Gesetzgeber frei, ein – in der RL nicht vorgesehenes – Schriftformerfordernis einzuführen und die nach der RL den Bauherrn oder den Bauleiter (Projektleiter) treffenden Pflichten primär dem Bauherrn zuzuordnen, der sie (nur) nach Maßgabe von § 9 BauKG auf den Projektleiter übertragen

kann. Für die Frage, ob § 9 Abs 1 BauKG insofern eine teleologische Lücke aufweist, ist daher mangels Regelung in der Richtlinie ausschließlich die dem BauKG immanente Teleologie maßgebend; aus der Richtlinie lässt sich dafür nichts ableiten.

[26] 5. Die Revision der Zweitbeklagten muss daher schon mangels schriftlicher Übertragung der Bauherrenpflichten scheitern. Damit kann offen bleiben, ob § 9 Abs 2 BauKG analog anzuwenden sein könnte, wenn ein Bauherr (oder – wie hier – einer von mehreren Bauherren) seine Pflichten auf eine Gesellschaft überträgt, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer er ist.

[27] 6. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Das Schriftformerfordernis des § 3 Abs 6 BauKG ist auf die Pflichtenübertragung nach § 9 Abs 1 BauKG analog anzuwenden. Der Bauherr kann sich daher gegenüber geschädigten Arbeitnehmern nicht darauf berufen, dass er Pflichten nach dem BauKG mündlich oder konkludent auf einen Projektleiter übertragen habe.

[28] 7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 4 iVm § 52 Abs 4 ZPO.

Oberster Gerichtshof
Wien, am 27. Jänner 2022
Dr. G r o h m a n n
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: