

PRAKTISCHES geleitet von Hermann Wenusch

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(rechts)lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

WISSENSWERTES UND AKTUELLES

Die Übergabe des Bauwerks (Teil 2)

<https://doi.org/10.33196/zrb20220200IX01>

Was bedeutet ein Schweigen des Bauherrn bei offensichtlichen Mängeln?

Zunächst gilt ganz allgemein: „Bei der Beurteilung der Frage, ob auf ein Recht stillschweigend verzichtet wurde, ist besondere Vorsicht geboten und ein strenger Maßstab anzulegen. Das Verhalten des (allenfalls) Verzichtenden muss bei Überlegung aller Umstände des Falls unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche den eindeutigen, zweifelsfreien und zwingenden Schluss zulassen, er habe ernstlich verzichten wollen.“³³ Und das gilt auch für die Frage, ob ein Mangel vorliegt: „In der Regel wird ein konkludenter Verzicht auf Gewährleistungsansprüche wegen vorhandener Sachmängel nur dann anzunehmen sein, wenn der Erwerber die mangelhafte Sache in Kenntnis ihrer Mängel ohne jeden Vorbehalt als Erfüllung angenommen oder erklärt hat, dass er die Ware (Leistung) billige bzw. genehmige.“³⁴

„In der bloßen Annahme eines vereinbarungswidrig hergestellten Werks auch durch einen sachkundigen Besteller liegt noch keine Annahme als Erfüllung; insofern ist auch noch kein Entgelt fällig.“³⁵

Beweispflichtig dafür, dass der Bauherr die Mängel erkannt hat, ist der Bauunternehmer.³⁶

§ 928 ABGB, der Gewährleistung ausschließt, wenn „die Mängel einer Sache in die Augen“ fallen, ist nach der Judikatur des OGH auf Werkverträge nicht anzuwenden.³⁷

Was bedeutet die a) ungerechtfertigte Verweigerung der Übernahme durch den Bauherrn b) die ungerechtfertigte Weigerung des Bauunternehmers, das Bauwerk mangelfrei fertig zu stellen?

Übernimmt der Bauherr das ordnungsgemäß angebotene Bauwerk nicht, so befindet er sich in Gläubigerverzug. Der Gläubigerverzug beendet das Schuldverhältnis nicht. Es besteht kein einklagbares Recht des Bauunternehmers, dass der Bauherr das Bauwerk übernimmt. Das Entgelt wird jedoch fällig. Die erforderliche Sorgfalt des Bauunternehmers für das hergestellte Bauwerk wird reduziert. Die Aufwendungen für die Obsorge (zB Bewachung) für das übergabereife Bauwerk hat der Bauherr dem Bauunternehmer zu ersetzen. Geht das Bauwerk durch Zufall unter, wird der Bauunternehmer von seiner Leistungspflicht frei, behält aber den Anspruch auf das Entgelt.

Der Bauunternehmer kann das Bauwerk, statt es weiterhin zur Übernahme bereit zu halten, auch dem Gericht zur Verwahrung geben.

Der Bauherr muss nur ein vertragskonformes Bauwerk übernehmen. Bestehen Abweichungen, so ist das Bauwerk eben noch nicht fertig (womit der Bauunternehmer gegebenenfalls in Verzug gerät). Der Bauherr kann nun wählen: Er kann entweder auf Erfüllung klagen, er kann unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten oder er kann das Werk übernehmen und Gewährleistungsansprüche (zunächst Behebung, dann Preisminderung oder Wandlung) begehren. Verweigert der Bauherr die Übernahme wegen ganz geringfügiger Abwei-

33 OGH 14.01.2010, 6 Ob 113/09z.

34 RIS-Justiz RS0014260; OGH 02.10.1975, 7 Ob 159/75.

35 RIS-Justiz RS0018230 [T2]; OGH 25.03.2003, 4 Ob 51/03h.

36 Vgl OGH 29.01.2008, 1 Ob 15/08z.

37 OGH 14.01.2010, 6 Ob 113/09z: „Ist das Werk erst in der Zukunft herzustellen, können künftige, in die Augen fallende Mängel bei der Vertragsgestaltung noch nicht berücksichtigt werden, sodass der Zweck des Gewährleistungsausschlusses für offenkundige Mängel nicht greift.“

chungen vom Vertrag, so kann dies sittenwidrig sein; dabei spielt nicht nur „Wert“ eine Rolle, sondern auch, ob der Bauherr ein besonderes Interesse daran hat, dass (nur) sein Vertragspartner die Leistung erbringt.

Abweichendes gilt, wenn die Geltung der ÖNORM B 2110 vereinbart wurde: Gemäß deren Pkt 10.5.1 („Verweigerung der Übernahme“) kann die Übernahme durch den Bauherrn nur dann verweigert werden, wenn die Leistung Mängel aufweist, welche den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen oder wenn die die Leistung betreffenden Unterlagen, deren Übergabe zu diesem Zeitpunkt nach dem Vertrag zu erfolgen hat (zB Anleitungen, Pläne, Zeichnungen), dem Bauherrn nicht übergeben worden sind.

Kündigt ein Bauunternehmer an, die Leistung keinesfalls vertragskonform herzustellen (Mängel zu beheben), so muss nicht bis zum Eintritt des Verzugs gewartet werden: *„Nach herrschender oberstgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre kann der Gläubiger bei ernsthafter Leistungsverweigerung des Schuldners auch schon vor Fälligkeit gemäß § 918 ABGB vom Vertrag zurücktreten“*.³⁸

Was bedeutet die Zusage der Mangelbehebung durch den Bauunternehmer?

Bietet der Bauunternehmer die Behebung von Mängeln an und nimmt der Bauherr dieses Angebot an, so ist darin *„eine Vereinbarung der Vertragspartner über die Verbesserung der behaupteten Mängel zu erblicken, die als neues Rechtsgeschäft gilt, aus dem ein neuer Erfüllungsanspruch erwächst [...]“*.³⁹ *„Mit der Zusage der Verbesserung des Mangels kommt zwischen den Vertragsteilen eine neue Vereinbarung über die behaupteten Mängel und die Verbesserung zustande, woraus ein neuer Erfüllungsanspruch erwächst“*.⁴⁰

Was kann ein Bauherr tun, wenn der Bauunternehmer die zugesagte Verbesserung nicht einhält?

„Hält der Übergeber diese Verbesserungsvereinbarung nicht ein, so kann der Erwerber nach § 918 ABGB vorgehen und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen“.⁴¹

Entstehen durch die Mängelbehebung, deren Verspätung oder gänzlicher Unterlassung Mängelfolgeschäden (zB Mehrkosten einer Ersatzvornahme), so haftet der Werkunternehmer nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten, wozu es auch erforderlich ist, dass ihn ein Verschulden trifft. Für seine Schuldlosigkeit ist er aber beweispflichtig: *„Auch beim Ersatz von Mängelfolgeschäden gilt hinsichtlich des Verschuldens die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB“*.⁴²

Beginnt mit der Übernahme der Lauf der Zahlungsfrist?

Grundsätzlich wird das Werkentgelt mit der Erfüllung fällig (bzw es beginnt die Zahlungsfrist) und mit der Übernahme wird die Erfüllung erklärt.

Trotz Übernahme kann die „an sich“ eingetretene Fälligkeit durch ein Zurückbehaltungsrecht hinausgeschoben werden: *„Der Besteller eines Werkes ist auch dann, wenn er die unvollständige Erfüllung angenommen hat und deren Verbesserung verlangt, berechtigt, die ganze Gegenleistung bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrages, also bis zur Verbesserung des mangelhaften Werkes zu verweigern. Denn die Einrede soll nicht nur den Leistungsberechtigten sichern, sondern auch auf den Willen des Gegners einen Druck ausüben, wobei dieses Recht auf Verweigerung der Gegenleistung lediglich durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt ist“*.⁴³ Begründet wird dies einerseits mit der gleichen *„Interessenlage vor und nach Annahme der Leistung der Erfüllung“*⁴⁴ und andererseits mit dem Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1052 ABGB⁴⁵. Jedenfalls darf das gesamte Entgelt und nicht nur die voraussichtlichen Kosten der Mängelbehebung zurückbehalten werden.⁴⁶

„Bei Teilbarkeit der Werkleistung kann der Besteller nur das Entgelt zurückhalten, das auf den mit Mängeln behafteten Teil entfällt“.⁴⁷ Die Frage, ob eine Leistung teilbar ist, ist nicht nach physikalischen, sondern juristischen Gesichtspunkten zu beurteilen: Ausschlaggebend ist der Wille der Parteien.

Der Sinn und Zweck der Zurückbehaltung des Entgelts nach Übernahme ist die Ausübung von Druck⁴⁸ auf den

38 OGH 13.11.2008, 2 Ob 244/08h.

39 OGH 29.09.2004, 9 Ob 91/04d.

40 RIS-Justiz RS0018739; OGH 15.09.1970, 8 Ob 172/70).

41 RIS-Justiz RS0018739 [T3]; OGH 29.09.2004, 9 Ob 91/04d.

42 OGH 04.11.2004, 2 Ob 201/04d.

43 RIS-Justiz RS0021730; OGH 08.02.1966, 8 Ob 24/66, SZ 39/27.

44 RIS-Justiz RS0021730 [T4]; OGH 10.11.1975, 1 Ob 209/75.

45 RIS-Justiz RS0018756 [T5]; OGH 13.07.1982, 5 Ob 656/82: *„Solange der Unternehmer dem Verlangen des Bestellers nicht entsprochen hat, steht diesem ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB zu“*.

46 RIS-Justiz RS0021730 [T3]; OGH 21.10.1975, 5 Ob 198/75, SZ 48/108.

47 RIS-Justiz RS0021730 [T11]; OGH 02.03.1982, 5 Ob 696/81, SZ 55/27.

48 OGH 30.06.2005, 3 Ob 150/04m: *„Dieses Recht wird insbesondere deshalb als sinnvoll erachtet, weil Verbesserungsansprüche mangels Gleichartigkeit mit der Werklohnforderung nicht kompensiert werden können, der Werkbesteller aber trotzdem die Möglichkeit haben soll, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern und den Unternehmer zu baldiger Verbesserung anzuspornen“*.

Werkunternehmer. Ist eine Druckausübung nicht mehr möglich oder wäre sie schikanös, dann entfällt auch das Zurückbehaltungsrecht:

- „Lässt der Besteller aber die Verbesserung durch den Unternehmer nicht zu, dann kann er sich auf die mangelnde Fälligkeit des Entgelts nicht berufen“.⁴⁹
- „Ist das unvollständig gebliebene Werk vom Besteller oder von Dritten fertiggestellt worden, dann kann ein Interesse des Bestellers an einer Fertigstellung durch den Unternehmer selbst in aller Regel nicht bestehen“.⁵⁰
- „Das volle Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht, wenn von einem Missverhältnis zwischen den vom Gewährleistungsberechtigten verfolgten Interessen an der Leistungsverweigerung und dem Interesse des Werkunternehmers an der Bezahlung des Werklohns für den mängelfreien Teil des Werks auszugehen ist“.⁵¹
- „Seine Grenze findet das Leistungsverweigerungsrecht aber immer dann, wenn die Verbesserung unverhältnismäßig ist. In diesem Fall kann der Unternehmer nur Preisminderung verlangen und den entsprechenden Betrag vom Entgelt abziehen; ein Zurückbehaltungsrecht besteht nicht mehr“.⁵²

Der Anteil des Behebungsaufwandes am zurückbehaltenen Entgelt ist nur einer der Aspekte, die zu beachten sind, wenn es darum geht, den Rechtsmissbrauch der Zurückbehaltung zu eruieren. Es geht auch darum, ob es dem Besteller darum geht, dass gerade der Unternehmer die Mängelbehebung vornimmt (etwa wegen seiner besonderen Kompetenz⁵³, wegen Schwierigkeiten der Abgrenzung für allfällige Gewährleistungsarbeiten oder weil es sich um eine höchstpersönliche Leistung des Unternehmers handelt, die sonst niemand erbringen kann [zB Signatur eines Künstlers]):

- „Der Umstand, dass der Behebungsaufwand nur einen Bruchteil der noch offenen Werklohnforderung ausmacht, reicht für sich allein nicht aus, Rechtsmissbrauch anzunehmen“.⁵⁴

- „Es kann keine ‚fixe Prozentsatzgrenze‘ im Verhältnis zwischen (restlichem) Werklohn und Verbesserungsaufwand geben“.⁵⁵

Abweichendes gilt, wenn die Geltung der ÖNORM B 2110 vereinbart wurde: Gemäß deren Pkt 10.4 („Einbehalt wegen Mängel“) darf der Bauherr (neben dem Haftungsrücklass) das Entgelt nur bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückhalten, wenn die Leistung mit Mängeln übernommen wird (dieses Zurückbehaltungsrecht darf der Bauunternehmer durch ein unbares Sicherstellungsmittel ablösen).

Ein vereinbarter Haftungsrücklass beseitigt ein allfälliges Zurückbehaltungsrecht nicht: „Mit dem Haftungsrücklaß soll in erster Linie eine Deckung für zunächst verborgene Mängel geschaffen und das Hinausschieben der Endabrechnung im Hinblick auf allenfalls noch vorhandene, zunächst aber nicht erkennbare Mängel vermieden werden. Damit wird aber nicht ohne weiteres auf das darüberhinausgehende Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers mangels Fälligkeit des Werklohns wegen Unterlassung einer Verbesserung des mangelhaften Werkes verzichtet“.⁵⁶

Bei einer Vertragsaufhebung nach § 1170b ABGB kann kein Gewährleistungsanspruch bestehen und dementsprechend auch kein Zurückbehaltungsrecht.⁵⁷

Handelt es sich um eine Gesamtleistung, spielt es keine Rolle, ob der Werkunternehmer nur eine oder mehrere Rechnungen legt – bei einer Gesamtleistung kann das gesamte ausstehende Entgelt einbehalten werden.⁵⁸

Bei Teil- oder Akontozahlungen (die nicht in sich abgeschlossene Teilleistungen betreffen) entsteht das Zurückbehaltungsrecht erst mit der Übergabe oder damit, dass der Werkunternehmer Schlussrechnung legt. Davor können sie bei „Fälligkeit“ (das ist beim Einheitspreisvertrag der Zeitpunkt, der nach einer Zahlungsfrist für Teilrechnungen liegt) auch eingeklagt werden: „ein Leistungsverweigerungsrecht wegen behaupteter Mängel besteht dabei aufgrund des Vorleistungscharakters nicht“.⁵⁹

49 RIS-Justiz RS0021730 [T8]; OGH 07.06.1977, 1 Ob 568/77.

50 RIS-Justiz RS0021730 [T15]; OGH 23.02.1993, 4 Ob 23/93.

51 RIS-Justiz RS0021730 [T18]; OGH 14.07.2005, 6 Ob 80/05s: „Missbräuchliche Rechtsausübung, wenn das hergestellte Werk in Gebrauch genommen wurde und die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zur Voraussetzung hat“.

52 RIS-Justiz RS0018756 [T13]; OGH 20.12.2017, 10 Ob 65/17g.

53 Vgl OGH 14.07.2005, 6 Ob 80/05s: „keine besonderen Fachkenntnisse und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien“.

54 RIS-Justiz RS0021730 [T 13]; OGH 30.06.1987, 4 Ob 522/87.

55 RIS-Justiz RS0026265 [T6]; OGH 24.11.1998, 10 Ob 384/98p.

56 OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

57 Vgl OGH 27.09.2016, 1 Ob 107/16s, SZ 2016/93.

58 Vgl OGH 25.10.1988, 4 Ob 592/88.

59 OGH 18.08.2016, 9 Ob 44/16k, SZ 2010/34.

Ein Recht, das Entgelt zurückzuhalten, bedeutet, dass der Werkunternehmer dieses nicht fordern kann: Die Fälligkeit wird bis zum Ende des Zurückbehaltungsrechts hinausgeschoben. Eine zulässige Zurückbehaltung bedeutet aber auch, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt: „*In diesem Fall noch kein Beginn des Laufes der Verjährungsfrist*“.⁶⁰ Der Werkunternehmer

kann sich mit der Mängelbehebung allerdings nicht beliebig lange Zeit lassen: „*Ist der Unternehmer [...] mit [...] der Verbesserung (dem Nachtrag des Fehlenden) säumig, so beginnt die Verjährung in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem dem Unternehmer [...] die Mängelbehebung objektiv möglich gewesen wäre*“.⁶¹

Hermann Wenusch

60 RIS-Justiz RS0021730 [T5]; OGH 30.06.1976, 1 Ob 646/76. Vgl auch OGH 09.03.2000, 6 Ob 150/99y: „*Im Fall einer berechtigten Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen offener Verbesserungen beginnt die Verjährung erst mit der Behebung der die Fälligkeit des Werklohnes hinausschiebenden Mängel [...] oder nachdem klargestellt ist, dass eine zunächst in Aussicht genommene Verbesserung des Kaufgegenstandes nicht erfolgt*“.

61 OGH 28.11.2012, 7 Ob 138/12p mit folgender Begründung: Dem „*liegt die Erwägung zu Grunde, dass der Unternehmer die Fälligkeit*

und damit den Beginn der Verjährung nicht willkürlich durch Verzögerung der Rechnungslegung oder der Verbesserung nach seinem Belieben hinausschieben und damit den Zweck insbesondere der kurzen Verjährung, die baldige Klarstellung des rechtlichen Bestands von Forderungen des täglichen Lebens zur Vermeidung der sonst besonders großen Beweisschwierigkeiten, zunichte machen darf“.