

# JUDIKATUR

## Ist ein Baumangel ein Sach- oder ein Rechtsmangel?

1. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Erkennbarkeit des Sachmangels keine Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs, außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert.
2. Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechtigte Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen.

<https://doi.org/10.33196/zrb202401001301>

OGH 28.06.2023, 7 Ob 70/23d

**Deskriptoren:** Gewährleistung, Verjährung, Rechtsmangel, Sachmangel, zugesicherte Eigenschaft; § 933 ABGB.

### Sachverhalt

Die Beklagte ließ auf ihrer Liegenschaft ein zweistöckiges Einfamilienhaus mit einer freistehenden Garage errichten. Für das Wohnhaus, die Balkonerweiterung des Jahres 2011 und die im Jahr 2012 errichtete Garage liegen Baubescheide vor.

Im Baubescheid von 2007 ist festgehalten, dass das Bauwerk im „braunen Hinweisbereich“ (Rutschungsgefährdung) errichtet wird. Deshalb holte die von der Beklagten engagierte Architektin im Zuge der Einreichplanung eine geotechnische Stellungnahme durch ein Ziviltechnikerbüro ein. Darin wurde wegen des ungleichmäßigen Bodens der Liegenschaft die Tiefengründung mit Magerbetonschlitten empfohlen. Diese Stellungnahme wurde dem Bauakt angeschlossen und deren Empfehlungen im Baubescheid für verbindlich erklärt. Die von der Beklagten beschäftigte Bauunternehmerin führte die vorgeschriebene Tiefengründung mit Magerbetonschlitten jedoch nicht aus.

Nachdem mit der Errichtung des Fertigteilhauses und des Kellergeschosses begonnen worden war, stellte ein Amtssachverständiger der Gemeinde bei einer Überprüfung im Februar 2007 fest, dass die Fundierung und Drainage nicht den behördlichen Vorgaben entsprachen. Unter Beziehung von zwei Ziviltechnikerbüros konnte zumindest die Gleitsicherheit des Bauwerks hergestellt werden.

Im Schlussüberprüfungsprotokoll gemäß § 43 Vbg BauG vom 26.11.2010 ist festgehalten, dass keine Mängel vorhanden sind, es in den letzten Jahren keine Setzungen gegeben habe, die statischen Nachweise vorlie-

gen sowie die fachgerechte Ausführung von einem Ziviltechnikerbüro überprüft wurde. In weiterer Folge bestätigte die Gemeinde mit Bescheid vom 14.12.2010, dass nach Überprüfung keine Mängel „verfügt werden“, da der Bau plangemäß ausgeführt wurde.

Mit Kaufvertrag vom 12./16.5.2011 verkaufte die Beklagte dem Kläger die Liegenschaft. Der Kaufvertrag lautet auszugsweise:

„I.

[...]

2. In Entsprechung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht erklärt die Verkäuferin:

2.1. Die auf der Liegenschaft befindliche Baulichkeit wurde im Jahr 2006 errichtet;

2.2. Die Bau- und Benützungsbewilligung liegen vor;

2.3. Alle für die Baulichkeit maßgeblichen Urkunden, Bescheide und sonstigen Dokumente, wie z.B. Baubewilligungsbescheid, Baupläne, Ausstattungsbeschreibungen, Energieausweise, Wärmeschutznachweis, verschiedenste Unterlagen zur statischen Berechnung, Dienstbarkeitsvertrag über das vorangeführte Geh- und Fahrrecht, Anschlusspläne, Unterlagen zu den zu erwartenden Betriebskosten, Bescheid der Schlussüberprüfung durch die Baubehörde wurden dem Käufer vor Vertragsunterfertigung übergeben.

[...]

4. Weiters erklärt die Verkäuferin, dass die Liegenschaft samt Baulichkeit nach ihrem Wissen frei von Sach- und Rechtsmängeln ist.

II.

Mittels dieser Urkunde verkauft und übergibt [die Beklagte] ihre vorangeführte Liegenschaft an [den Kläger] und der Letztere kauft und übernimmt diese Liegenschaft in sein Eigentum zu den nachstehenden Bedingungen:

1. Der einverständlich festgesetzte Kaufpreis beträgt pauschal € 331.000,00

[...]

*3. Übergabe und Übernahme erfolgen in allen Rechten und Lasten, Grenzen und Marken wie die Verkäuferin das Kaufobjekt bisher besessen und benutzt hat, jedoch ohne Haftung für eine bestimmte Beschaffenheit, lediglich mit Gewährleistung,*

*3.1. für das Ausmaß der Kaufliegenschaft,*

*3.2. für die Widmung der Kaufliegenschaft Gst-Nr. 961/21 und 961/28 überwiegend als Baufläche-Wohngebiet,*

*3.3. für Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunden und Angaben laut Punkt I des Vertrages,*

*3.4. dafür, dass die für Zwecke der ordentlichen Benützung der Kaufliegenschaft nötige Wegeverbindung mit dem öffentlichen Wegenetz besteht,*

*3.5. für Freiheit von bücherlichen und außerbücherlichen Lasten, [...].*

*3.6. dafür, dass die Kaufliegenschaft nicht mit Altlasten aus umweltschädlicher Verunreinigung (gefährliche Abfälle, Kontamination etc) belastet ist.*

[...]

*4. Allfällige Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche der Verkäuferin gegenüber Dritten aus der Errichtung der unter Punkt I angeführten Baulichkeit werden hiermit von der Verkäuferin an den Käufer abgetreten. Die Verkäuferin steht dafür ein, dass durch die gegenständliche Abtretung der Käufer vermögensrechtlich so gestellt wird, wie die Verkäuferin gestanden wäre, wenn sie die Liegenschaft nicht veräußert hätte. Die gegenständliche Abtretung versteht sich ausdrücklich ungeachtet des Gewährleistungsausschlusses in Punkt II. 3 dieses Vertrages“.*

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wussten weder der Kläger noch die Beklagte von der mangelhaften Fundierung des Gebäudes. Die Beklagte wusste jedoch, dass es bei der Ausführung des Gewerks Schwierigkeiten mit der Baubehörde gegeben hatte. Die Streitteile gingen zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags davon aus, dass das Bauwerk auf der Liegenschaft auf Dauer gebrauchsfähig, gleitsicher und standfest ist. Da die in der geotechnischen Stellungnahme vorgeschlagene Tiefenfundierung auf Magerbetonschlitten fehlt, sind weder Standsicherheit noch Gebrauchstauglichkeit des Hauses auf Dauer gegeben. Die Mängel lassen sich nur durch eine Unterfangung und Tiefenfundierung des Gebäudes sowie der Terrasse mit Kleinbohrpfählen beheben. Die Sanierungskosten betragen € 152.710,--.

#### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von € 152.710,-- und wies das Mehrbegehren ab.

Das Berufungsgericht wies das gesamte Klagebegehren wegen Verjährung ab.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Gegen die Abweisung des vom Erstgericht zugesprochenen Betrags richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers. Diese wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

[...]

3. Gemäß § 933 Abs 1 ABGB idF vor dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (BGBI I 2021/175) muss das Recht auf Gewährleistung, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag der Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln aber erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird.

3.1. Im vorliegenden Fall erfolgte die Übergabe des Kaufobjekts von der Beklagten an den Kläger im Jahr 2011. Damals wusste keiner der Streitteile von der mangelhaften Fundierung des Gebäudes. Jedenfalls im Jahr 2017 wusste der Kläger von diesem Mangel. Am 21.12.2018 brachte er die Klage ein.

3.2. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Erkennbarkeit des Sachmangels keine Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs (RS0018937; RS0018982), außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert (RS0018982 [T10, T11], RS0018909). Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechtigte Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen (RS0018547 [T6]). Dies kann letztlich nur aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (vgl 7 Ob 24/21m). Diese Grundsätze gelten auch bei Geschäften zwischen Nichtunternehmern (8 Ob 111/19k; 3 Ob 148/22v).

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, weder aus dem Kaufvertrag noch aus einem sonstigen Erklärungsverhalten der Parteien lasse sich ableiten, dass die Standfestigkeit und Gleitsicherheit des Gebäudes zugesichert worden sei, weshalb der auf einen Sachmangel gegründete Gewährleistungsanspruch verjährt sei, ist nicht korrekturbedürftig, zumal es im Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Streitteile je über Tiefenfundierung, Standfestigkeit, Gleitsicherheit oder ähnliche Eigenschaften des Hauses gesprochen hätten. Dass der Kläger und die Beklagte jeweils für sich davon ausgingen, dass das Haus standfest, gleitsicher und damit gebrauchstauglich sei, reicht für die Annahme einer derartigen Zusicherung nicht aus, weil dieser Umstand für die andere Partei nicht nach außen erkennbar in Erscheinung getreten ist.

Der Kläger vermengt in seiner Revision auch die gewöhnlich vorausgesetzten mit den (ausdrücklich) zuge-

sicherten Eigenschaften einer Sache. Eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft einer Sache ist nämlich entgegen seiner Ansicht nicht notwendigerweise eine (ausdrücklich) zugesicherte Eigenschaft (vgl 3 Ob 148/22v). Seine Rechtsansicht, die Beklagte müsse beweisen, dass die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Standfestigkeit sowie Gleitsicherheit abbedungen worden seien, ist daher unrichtig.

3.3. Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die Rechtsposition verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen hätte müssen (10 Ob 21/08y; 5 Ob 26/17k). Dies hat nach allgemeinen Grundsätzen (RS0018553) der Erwerber zu beweisen, Sach- und Rechtsmängel sind insoweit grundsätzlich gleich zu behandeln (RS0124755). Allerdings reicht es für die Bejahung des Rechtsmangels bereits aus, dass die Umstände, aus denen er sich ableitet, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen (5 Ob 26/17k mwN).

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die nicht nur technisch mangelhafte, sondern auch baubescheidwidrige Fundierung des Gebäudes, sei nicht als Rechtsmangel zu werten, ist schon deshalb nicht korrekturbedürftig, weil für das Wohnhaus, die Balkonerweiterung und die

Garage Baubescheide vorliegen, im Schlussüberprüfungsprotokoll vom November 2010 gemäß § 43 des Vorarlberger Baugesetzes (LGBI Nr 52/2001) festgehalten ist, dass keine Mängel vorhanden sind, es in den letzten Jahren keine Setzungen gegeben habe, die statischen Nachweise vorlägen sowie die fachgerechte Ausführung von einem Ziviltechnikerbüro überprüft worden sei und die Gemeinde mit Bescheid vom Dezember 2010 gemäß § 40 (4) und § 43 (2) des Vorarlberger Baugesetzes bestätigte, dass nach Überprüfung keine Mängel vorlägen, da der Bau plangemäß ausgeführt worden sei. Ein Tatsachenvorbringen, dass die Behörde dem Kläger trotz der Schlussüberprüfung und dieses Bescheids die Tiefenfundierung des Gebäudes bei sonstigem Abbruch oder die Einholung einer neuen Baubewilligung aufgetragen oder auch nur in den Raum gestellt hätte, hat der Kläger in erster Instanz nicht erstattet.

4. Da somit die Verjährung des Sachmangels und das Nichtvorliegen eines Rechtsmangels durch das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs gedeckt ist, muss auf die weiteren in der Revision aufgeworfenen Fragen nicht mehr eingegangen werden.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Frage nach dem Ablauf der Gewährleistungsfrist ähnelt einem Vabanquespiel:

Grundsätzlich beginnt die Gewährleistungsfrist mit der Übergabe – ob ein Mangel dabei erkannt werden kann oder nicht, spielt keine Rolle: „Nach ständiger Rechtsprechung ist selbst die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs“ (OGH 17.05.2017 7 Ob 12/17s).

Die erste Unsicherheit ist dabei der Zeitpunkt der Übergabe, falls diese nicht förmlich erfolgt, aber das sei nur so nebenbei erwähnt. Wird jedoch eine bestimmte Eigenschaft zugesichert, so beginnt die Gewährleistungsfrist nicht bei der Übergabe, sondern erst, wenn der Mangel erkannt werden kann: „Dagegen beginnt die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung nicht sofort feststellbarer Sacheigenschaften erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem deren Fehlen mit Sicherheit erkennbar ist“ (OGH 30.06.2005 3 Ob 150/04m).

Eine Eigenschaft kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch schlüssig zugesichert wer-

den. Ob der Gewährleistungspflichtige tatsächlich eine Zusage machen wollte, ist dabei einerlei: „Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Seine berechtigte Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen“ (OGH 26.06.2014 8 Ob 57/14m).

Jetzt stellt sich natürlich die Frage, ob ein Unterschied zwischen einer Zusicherung aufgrund dessen, was nach der Verkehrsauffassung erwartet werden darf, und dem gewöhnlich Vorausgesetzten des § 922 Abs 1 ABGB besteht. Und es stellt sich genauso die Frage, ob ein Unterschied zwischen so einer Zusicherung und dem „vermöge der Natur des Geschäfts stillschweigend“ Bedungenen des § 923 ABGB besteht. Damit drängt sich aber wohl auch die Frage auf, ob ein Unterschied zwischen den „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ des § 922 Abs 1 ABGB und dem, was „vermöge der Natur des Geschäftes“

*stillschweigend bedungen worden“ ist, des § 923 ABGB besteht (dazu zB Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 16 (Stand 1.1.2016, rdb.at) mwN: „Ge-wöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften [sind] als stillschweigend vereinbart anzusehen“). In OGH 15.12.2022, 3 Ob 148/22v wurde jedenfalls ausgesprochen, dass „eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft, nicht [...] notwendigerweise eine zugesicherte Eigenschaft ist“.*

Hauptsächlich interessiert der Unterschied, wenn es um die Frage der Wirksamkeit eines Gewährleistungsverzichts geht: Ein solcher wirkt hinsichtlich gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften, nicht aber hinsichtlich wenn auch nur schlüssig zugesicherten Eigenschaften: „Auf das Fehlen einer auch nur schlüssig zugesicherten Eigenschaft erstreckt sich selbst

*ein umfassender Gewährleistungsverzicht nicht“ (OGH 27.09.2017, 9 Ob 45/17h).*

Genau so müsste der Unterschied auch für den Lauf der Gewährleistungsfrist interessieren: Bei bloß gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften könnte sie „*bei Übergabe der Sache*“ beginnen, während dies bei wenn auch nur schlüssigen Zusagen erst dann der Fall sein könnte, wenn der Mangel mit Sicherheit erkennbar ist.

Es wäre wohl wünschenswert, die Rechtslage klar zu gestalten. Insbesondere sollte wohl klar gestellt werden, dass es nur zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist kommt, wenn eine bestimmte Lebensdauer oder Haltbarkeit zugesagt wird (Näheres siehe *We-nusch*, Gewährleistung bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeit oder Lebensdauer, ZRB 2018, 13).