

# Sicherstellung noch während der Verbesserung

Der Entscheidung 3 Ob 211/07m des OGH vom 19. 12. 2007 lag offenbar (die Entscheidung erfolgte nicht in der Sache selbst, sondern war nur eine knapp formulierte Zurückweisung einer außerordentlichen Revision, die im Wesentlichen lediglich auf die Richtigkeit des Urteils des OLG Linz verweist) folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem sich bei der Übergabe Mängel am Bauwerk herausgestellt hatten, begehrte der Bauunternehmer eine Sicherstellung gemäß Punkt 5.47.1.3 der ÖNORM B 2110 (Ausgabe vom 01. 03. 2000 – wortgleich mit Punkt 5.48.1.2 der ÖNORM B2110 vom 01. 03. 2002) für seinen Entgeltanspruch und machte die Verbesserung davon abhängig. Nachdem der Besteller diese Sicherstellung nicht erbrachte, erklärte der Bauunternehmer (nach Setzung einer Nachfrist) den Rücktritt vom Vertrag und verlangte den Werklohn (nicht ersichtlich, allerdings für die gegenständliche Überlegung unerheblich ist, wie er diesen errechnete).

## Klage des Bauunternehmers

Wesentlich dabei war der Begriff der Leistungsfrist, weil nur innerhalb derer („Ein Vertragspartner kann während der vertraglichen Leistungsfrist“) Sicherstellung verlangt werden kann. Das OLG Linz hat offensichtlich als Leistungsfrist die Frist angesehen, die beim (ursprünglichen) Vertragsabschluss für die Fertigstellung der Bauleistung vorgesehen war. Der OGH hat zwar erkannt, dass die Leistungsfrist des Unternehmers und des Bestellers zu unterscheiden ist. Die Richtigkeit der Entscheidung des OLG Linz wird ohne besondere Argumentation bestätigt, dafür konstatiert der OGH aber, ohne dass der Grund dafür ersichtlich ist, dass unter dem Begriff „vertraglicher Leistungsfrist“ nur eine vereinbarte Frist, nicht aber das faktische Ende der Leistungserbringung verstanden werden kann und begründet dies damit, dass Önormen „objektiv unter

Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände, gemäß § 914 ABGB auszulegen“ sind.

## Entscheidung ist wohl verfehlt

Zunächst trifft es zu, dass zwischen der Leistungsfrist des Unternehmers und jener des Bestellers zu trennen ist. Besonders die Leistungsfrist des Bestellers hängt im Allgemeinen von der Leistung des Unternehmers ab. Fälligkeit des Werkentgelts tritt – von einer allenfalls vereinbarten Zahlungsfrist einmal abgesehen – grundsätzlich in dem Zeitpunkt ein, ab dem den Unternehmer keine Leistungspflicht mehr trifft – und dieser Zeitpunkt lässt sich beim Bauwerkvertrag nur in den seltensten Fällen mit Gewissheit vorhersagen.

Die Leistungspflicht des Unternehmers endet aber nicht nur dann, wenn das Werk mängelfrei fertiggestellt wird – sie entfällt auch dann, wenn eine Verbesserung nicht möglich ist oder wenn – wie im gegenständlichen Fall – der Unternehmer vom Vertrag zurücktritt. In diesen Fällen gibt es gegebenenfalls natürlich einen Preisminderungsanspruch des Bestellers, doch ändert dies nichts an der grundsätzlichen Fälligkeit des Entgelts.

Wird dem Besteller eine Zahlungsfrist eingeräumt, so läuft zumindest bis zu deren Ende die „vertragliche Leistungsfrist“ des Bestellers, und der Unternehmer kann Sicherstellung verlangen; dem steht der Wortlaut der gegenständlichen Bestimmung der Önorm nicht im Entferntesten entgegen (so auch *Hussian* in *Weselik – Hussian* Der österreichische Bauprozess; S. 172)!

Dabei ist noch zu bedenken, dass es „dem Besteller eines Werkes zum Schutze seines Gewährleistungsanspruches (§§ 932, 1167 ABGB) gestattet [ist], den Vollzug der Gegenleistung so lange hinauszuschieben, bis der andere Teil seinen Verpflichtungen voll entsprochen hat“ (OGH

in 10 Ob 45/05y). Auch dadurch wird die Leistungsfrist des Bestellers lediglich hinausgeschoben.

## Leistungsfrist des Bestellers

Der OGH übersieht also, dass die vertragliche Leistungsfrist des Bestellers sehr wohl vom faktischen Ende der Leistungserbringung des Unternehmers abhängt. Es kann keine Rede davon sein, dass das Begehren des klagenden Bauunternehmers impliziert, dass „vertragliche Leistungsfrist“ mit „vollständiger Vertragserfüllung“ gleichzusetzen ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Auch wenn die Önorm von „vertraglicher Leistungsfrist“ spricht, so kann der Besteller wohl bis zu dem Zeitpunkt, ab dem keine weitere Leistungspflicht des Unternehmers besteht, und der Unternehmer bis zu dem Zeitpunkt, ab dem keine Zahlungspflicht des Bestellers besteht, eine entsprechende Sicherstellung verlangen. Wäre tatsächlich nur auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Unternehmer sein Werk ordnungsgemäß vollenden soll, so würde dies – weil die Sicherstellungspflicht der Önorm symmetrisch konzipiert ist – zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass der Besteller keine Sicherstellung mehr verlangen kann, sobald der Unternehmer in Verzug gerät – genau dann, wenn sein Sicherungsbedürfnis am größten ist. Es mutet seltsam an, wenn der OGH zwar mitunter Gesetzen einen „offensichtlichen Redaktionsfehler“ unterstellt, aber bei Önormen pedantisch an einem absurden Wortlaut klebt.

**Ing. Dr. Hermann Wenusch**  
GNBZ Rechtsanwälte GmbH  
Weihburggasse 4/22  
A-1010 Wien  
T +43(0)1/523 90 01  
F +43(0)1/523 90 04  
office@gnbz.at  
www.gnbz.at

