

# PRAKTISCHES

geleitet von Hermann Wenusch

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

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Achtung Falle: Die Wandlung Oder: Wie kompliziert die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sein kann

Ist die Leistung eines Werkunternehmers mangelhaft, so kann der Besteller den Vertrag „wandeln“, sofern die Mängelbehebung unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Durch eine solche „Wandlung“ wird der Vertrag aufgehoben – sie wirkt grundsätzlich zurück – dh die Wirkung ist jene, als wäre der Vertrag gar nie geschlossen worden (sog Wirkung „ex tunc“).

Mit dem Wegfall des Vertrages erlischt natürlich das Recht, bereits Erhaltenes zu behalten – es ist zu retournieren, wobei dies natürlich für beide Seiten gilt. Bei einem Kaufvertrag ist dies relativ einfach: Der mangelhafte Kaufgegenstand wird ebenso wie die Zahlung zurückgegeben. Schwierig kann das aber bei Werkverträgen sein (und so gut wie unmöglich bei Dienstverträgen), soweit nicht das Entgelt, sondern die Werkleistung (bzw Dienstleistung) betroffen ist. Ein nach Maß gefertigter Anzug kann zwar zurückgegeben werden, ein abgeschossenes Feuerwerk aber nicht (und ein einmal gesungenes Lied schon gar nicht). Auch bei Bauleistungen erscheint eine „Rückabwicklung“ mitunter schwierig: Wie soll der Verputz eines Hauses zurückgestellt werden oder eine Straße? Grundsätzlich ist eine nachträgliche Entfernung natürlich denkbar (teilweise ist in der Literatur diesbezüglich sogar von einem Beseitigungsanspruch die Rede), doch spricht der OGH in solchen Fällen aus, dass „die Rückstellung des Werks in natura [...] nicht möglich“ ist. So zB in OGH 3 Ob70/15p, wo eine Zufahrtsrampe zu steil betoniert worden war.

Ist eine Rückabwicklung nicht möglich, so ist ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich vorzunehmen. Und genau das ist die Crux: Im soeben erwähnten Fall ist dem Bauunternehmer die Bereicherung durch die Rampe abzugelten: Auch, wenn der Bauherr diese Rampe gar nicht wollte, so hat er doch *irgend eine* Rampe, die eben auch irgend einen Wert repräsentiert!

Ganz Ähnliches gilt übrigens für Fälle der irrtumsrechtlichen Vertragsaufhebung (wobei am Rande anzumerken ist, dass das Irrtumsrecht in der Baupraxis weitgehend unbekannt sein dürfte): Im Sachverhalt, der der Entscheidung OGH 1 Ob 307/01f zu Grunde gelegen ist, hat ein Hotelier einen Annoncenvertrag erfolgreich irrtumsrechtlich angefochten und wollte das bereits bezahlte Entgelt zurück. Die Gegenseite widersprach dem, weil die Annonce ja bereits erschienen sei – der Hotelier wäre bereichert, wenn er für den daraus erhaltenen Nutzen nichts bezahlen müsste. Tatsächlich hat der OGH einen wohl ziemlich „frei geschätzten“ Betrag zugesprochen.

Und natürlich stellt sich das dargestellte Problem auch bei einem Rücktritt infolge Verzugs. Wobei zu berücksichtigen ist, dass hier wenigstens gemäß § 918 Abs 2 ABGB ein teilweiser Rücktritt in Frage kommt.

Die Frage ist, welche Lehren Bauherrn aus alledem ziehen sollten.

Kann die Rückstellung der erbrachten Bauleistungen als „in natura nicht möglich“ bewertet werden, so ist jedenfalls höchste Vorsicht geboten, bevor eine Wandlung ausgesprochen wird (nämliches gilt natürlich für einen Rücktritt oder eine Irrtumsanfechtung). Genau genommen ist die Vorsicht schon vorher angezeigt: Die Wandlung ist ein gewährleistungsrechtlicher Behelf und Gewährleistung setzt erst mit der Übernahme ein. Die Beschränkung, die das Gewährleistungsrecht für Besteller bedeutet (insbesondere die bereits eingangs erwähnte Einschränkung des Mangelbehebungsanspruchs, wenn die Behebung mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre), besteht vor der Übergabe nicht: „Gewährleistungsrecht greift [erst] ein, wenn der Vertrag in das Erfüllungsstadium getreten ist, wozu es regelmäßig der vorbehaltlosen Entgegennahme der vom Schuldner als Vertragserfüllung angebotenen Leistung bedarf“ (OGH 9 Ob 81/04h). „Nach Übergabe und erfolgter Annahme

der Leistung können keine Ansprüche nach § 918 ABGB geltend gemacht werden“ (OGH 1 Ob 60/99a).

Entspricht das angebotene Werk nicht dem Vereinbarten, so kann die Übernahme verweigert werden und es kann (weiterhin) ordnungsgemäße Erfüllung verlangt werden – dies auch bei relativ geringen Abweichungen vom vertraglich Geschuldeten: Es steht „*einem Käufer zu[...], die Übernahme einer Ware, die nicht über die zugesagten Eigenschaften verfügt, zu verweigern, usw auch wegen unwesentlicher Mängel*“ (OGH 3 Ob 605/90). Die Übernahme darf nur dann nicht verweigert werden, wenn dies sittenwidrig wäre, etwa weil nur ein sehr kleiner Teil fehlt, der noch dazu von jedermann ergänzt werden kann und wo keine „Verschränkung“ bzw „Überschneidung“ der Gewährleistung gegeben ist (der geringe Wert bzw Anteil des Fehlenden alleine ist also nicht ausreichend).

Ein Bauherr sollte sich also genau überlegen, ob er ein Bauwerk übernehmen soll. Wurde die ÖNORM B 2110 vereinbart, so ist die Möglichkeit der Übernahmeverweigerung allerdings auf mehr oder weniger „grobe“ Mängel beschränkt: „*Die Übernahme kann 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 (z. B. Bedienungsanleitungen und Prüfungsanleitungen, Pläne, Zeichnungen), dem [Besteller] nicht übergeben worden sind*“ (Pkt 10.5 „*Verweigerung der Übernahme*“).

Wichtig ist daher zu beachten, wann eine Übernahme als erfolgt gilt:

- „*Als schlüssige Kenntnisnahme der Erfüllung kommt es in Betracht, daß der Besteller das vereinbarte Entgelt bezahlt oder die Bezahlung zusagt, daß er das Werk bestimmungsgemäß benützt, insbesondere auch, daß er es für ein anderes darauf aufbauendes Werk verwendet oder verwenden läßt oder daß er das Werk besichtigt, ohne innerhalb angemessener Frist die Übernahme zu verweigern*“ (OGH 1 Ob 573/95).
- „*Als schlüssige Kenntnisnahme der Erfüllung kommt es in Betracht, daß der Besteller das vereinbarte Entgelt bezahlt oder die Bezahlung zusagt, daß er das Werk bestimmungsgemäß benützt*“ (OGH 1 Ob 2005/96a).
- „*Als schlüssige Kenntnisnahme der Vollendung kommt bestimmungsgemäßes Benutzen über eine erforderliche Erprobung hinaus in Betracht*“ (OGH 7 Ob 288/98y).

Eine gleichsam erzwungene Nutzung (zB das Befahren einer Zufahrt, die der einzige Weg zu einem Gebäude ist) bedeutet nicht ohne weiteres eine Übernahme (siehe zB OGH 9 Ob 98/99y).

Zu beachten ist, dass eine Nutzung die vereinbarte Unterfertigung eines Protokolls überflüssig machen

kann: „*In der Nutzung liegt ein schlüssiges Abgehen von der Vereinbarung, wonach das Werk nur durch Unterfertigung eines Übernahmeprotokolles übernommen werden sollte*“ (OGH 7 Ob 288/98y).

Wird die Übernahme (berechtigt) verweigert, so gilt der Vertrag als nicht erfüllt und der Unternehmer kann auf Erfüllung geklagt werden. Ihm steht dann zwar prinzipiell der Einwand der Sittenwidrigkeit zur Verfügung, doch wird dieser nur in seltenen Extremfällen erfolgreich sein, weil durch das Sittenwidrigkeitskorrektiv nicht einfach Unannehmlichkeiten vermieden werden sollen, sondern jedem redlichen Menschen völlig unerträgliche „Zustände“. Dass die gerichtliche Abhilfe mitunter „ewig“ dauern kann, steht natürlich auf einem anderen Blatt ...

Ist der Vertrag (nach erfolgter Übernahme) in die Phase der Gewährleistung getreten, so kann der Bauherr zunächst jedenfalls die Mängelbehebung verlangen. Der Unternehmer kann diese berechtigt nur verweigern, wenn sie unmöglich oder mit einem für ihn unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre (was dabei verhältnismäßig bedeutet, lässt sich nur im Einzelfall unter Abwägung der beiderseitigen Interessen sagen).

Verweigert der Unternehmer ungerechtfertigt die Mängelbehebung, so kann der Bauherr zu den „sekundären Gewährleistungsbehelfen“ (Preisminderung oder Wandlung) wechseln – er muss dies aber nicht! Er kann den Unternehmer auch auf die Mängelbehebung klagen. Er sollte dies auch tun, wenn er die oben geschilderten für ihn negativen Auswirkungen einer Wandlung oder die folgenden, für ihn wohl ebenso negativen Auswirkungen einer Preisminderung vermeiden will: Die Minderung des vereinbarten Preises erfolgt nach der relativen Berechnungsmethode in dem Verhältnis, in dem der wahre Wert der mangelfreien zum wahren Wert der mangelhaften Leistung steht. Eine „Preisminderung auf null“ ist daher nur dann möglich, wenn der wahre Wert (wie immer der sich bestimmen lässt) der mangelhaften Leistung Null ist. Und genau das dürfte kaum jemals der Fall sein, wie die einleitenden Ausführungen gezeigt haben. Überhaupt scheint die Ermittlung der „wahren Werte“, die in einem Gerichtsverfahren durch gerichtlich bestellte Sachverständige erfolgt, als ein Vabanquespiel ...

Will der Bauherr den widerwilligen Unternehmer „nicht mehr sehen“ oder will er die Dauer eines entsprechenden Gerichtsverfahrens nicht abwarten, so bleibt ihm die Ersatzvornahme der Mängelbehebung: Deren Kosten kann er wiederum vom Unternehmer fordern.

Zum Schluss: Wird der Unternehmer zur Vertragserfüllung oder Mängelbehebung verurteilt und leistet er trotzdem nicht, so kann der Bauherr Exekution führen: Diese besteht gemäß § 353 EO in der Ersatzvornahme, wenn „*deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann*“, ansonsten in der Verhängung einer „Beugestra-

fe“ gemäß § 354 f EO. Insbesondere bei komplexen Leistungen kann es fraglich sein, ob die Mängelbehebung gleichwertig durch einen Dritten durchgeführt werden kann, weil sich Probleme in der Durchsetzung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen er-

geben können („Das war ich nicht!“). MaW: Bei komplexen Leistungen wäre es wohl sachgerecht, den säumigen Schuldner mit Beugestrafen zu belegen, auch wenn es prinzipiell denkbar ist, dass die Leistung von einem Dritten erbracht werden kann.

---

### Fazit

- Bauherrn sollten bei der Vereinbarung der ÖNORM B 2110 deren Pkt 10.5 („*Verweigerung der Übernahme*“) beachten.
- Soweit dies möglich ist, sollte ein vertragswidrig errichtetes Werk nicht übernommen werden, weil – aus der Sicht des Bestellers – die Rechte aus Gewährleistung hinter dem Recht auf Erfüllung zurück bleiben.
- Auch wenn infolge Übernahme die Gewährleistungsphase begonnen hat, sollte so lang wie irgend möglich auf Verbesserung bestanden werden.

Hermann Wenusch