

# PRAKTISCHES geleitet von Hermann Wenusch

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

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Ersatzvornahme: Abnahme oder Abbestellung

<https://doi.org/10.33196/zrb202001000I01>

In der Baubranche wird von Bauherrn – vor allem wenn es um nicht allzu große Bauvorhaben geht – gerne mit Ersatzvornahmen gedroht, wenn Unzufriedenheit mit der Leistung des Bauunternehmers besteht.

Zum Thema „Ersatzvornahme“ ist einleitend zu sagen, dass diese nur als „letzter Ausweg“ gewählt werden sollte. Dies, weil eine Mehrheit von Unternehmern, die am selben Gewerk Leistungen erbringen, zu Schwierigkeiten bei der Beweisführung führen kann, wenn schließlich Mängel auftreten: *„Bei zwei getrennten Leistungen und Vertragsverhältnissen dasselbe (Bau-)Werk betreffend hat der Kläger zu beweisen, aus welcher der beiden ein später aufgetretener Mangel des (Bau-)Werks resultiert“*<sup>1</sup>.

Aus diesem Grund ist es theoretisch für einen Bauherrn fast immer günstiger, den säumigen oder mangelhaft leistenden Unternehmer zur Fertigstellung oder Mängelbehebung zu zwingen – nämlich durch eine entsprechende Klage. Die nahezu unendliche Dauer von Gerichtsverfahren und die Schwierigkeiten bei der Vollstreckung (im Exekutionsverfahren werden Bauleistungen als „vertretbare Handlungen“ gesehen, womit keine „Beugestrafen“ verhängt werden und wiederum bloß eine Ersatzvornahme bleibt) schließen diese Alternative aber zumeist praktisch aus, womit eben nur die Ersatzvornahme bleibt, wenn das Werk in naher Zukunft fertiggestellt bzw. die Mängel behoben werden sollen.

Ein betroffener Bauherr hat prinzipiell zwei Alternativen: Er kann das unfertige (ein noch mangelhaftes Werk

ist ebenfalls „unfertig“) Werk abnehmen<sup>2</sup> oder unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurück treten. Häufig entscheiden sich Bauherrn in der Praxis aber statt eine Nachfrist zu setzen, den Bauunternehmer der Baustelle zu verweisen, weil sie jedes Vertrauen in ihn verloren haben, ihm die Fertigstellung bzw. Mängelbehebung nicht mehr zutrauen und außerdem unter Zeitdruck stehen. Diese Maßnahme bedeutet eine „Abbestellung“. Die Judikatur räumt dem Bauherrn tatsächlich ein solches Abbestellungsrecht ein, wenn sich das Interesse des Bauunternehmers auf das Entgelt beschränkt, weil dieser kein besonderes Interesse an dem Werk „an sich“ hat;<sup>3</sup> damit wird der allgemeine Grundsatz „pacta sunt servanda“ („Verträge sind einzuhalten“) durchbrochen. Gemäß § 1168 ABGB behält der Bauunternehmer in diesem Fall aber grundsätzlich den Anspruch auf das Entgelt, das er ohne die Abbestellung erhalten hätte – er hat sich ja auf die Produktion eingestellt, entsprechende Produktionsmittel reserviert bzw. angeschafft. Von diesem Entgelt ist allerdings abzuziehen, was sich der Bauunternehmer durch die Abbestellung tatsächlich erspart hat (und auch das, was er stattdessen anderswo erwirtschaften konnte). Beweisen muss die Ersparnis (ebenso wie den alternativen Erwerb) der Bauherr, der die Leistung abbestellt hat.<sup>4</sup> Bei der Ersparnis geht es um die tatsächliche Ersparnis und nicht um das, was kalkulatorisch auf den abbestellten Leistungsteil entfallen ist. Dies gilt auch dann, wenn das abbestellte Bauwerk für den Bauunternehmer insgesamt eine Verlustkalkulation gewesen wäre.<sup>5</sup> MaW: Kann der Bauunternehmer die durch die Abbestellung

1 OGH 4 Ob 234/10f.

2 Die Worte „abnehmen“ und „übernehmen“ sind in diesem Zusammenhang Synonyme.

3 Vgl. OGH 04.06.2014, 7 Ob 43/14w: *„Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Ausführung oder Vollendung des Werks. Der Besteller kann vielmehr nach seinem Belieben die Inangriffnahme oder die Fortsetzung und die Vollendung des Werks hindern, weil es unbillig und unzweckmäßig wäre, ihn zu zwingen, das Werk auch dann herstellen zu lassen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht“*.

OGH 14.12.2011, 3 Ob 126/11t: *„Es ist anerkannt, dass im Rahmen eines Werkvertrags kein Anspruch des Unternehmers auf Herstellung und Abnahme des Werks besteht, weshalb die Abbestellung (Stornierung) durch den Besteller, sofern – wie hier – keine*

*Abnahmeverpflichtung vereinbart wurde, nicht rechtswidrig ist; der Besteller hat allerdings die in § 1168 ABGB vorgesehenen Folgen zu tragen“*.

4 OGH 25.06.2018, 8 Ob 121/17b: *„Es ist aber Sache des Bestellers, konkrete Behauptungen darüber aufzustellen und zu beweisen, was sich der Unternehmer durch das Unterbleiben der Arbeit erspart hat“*.

5 OGH 25.06.2018, 8 Ob 121/17b: *„[B]ei Verlustgeschäften, also Geschäften, bei denen das vereinbarte Entgelt die Gesamtkosten des Unternehmers bei Auftrags Erfüllung nicht abdecken kann, [ist] nicht auszuschließen [...], dass dessen ungeachtet die Fixkosten zumindest zum Teil abgedeckt hätten werden können, wodurch das unternehmerische Gesamtergebnis verbessert worden wäre“*.

frei gewordenen Mitarbeiter, Geräte und Maschinen sowie die bereits erworbenen Baumaterialien nicht anderweitig einsetzen, so erspart er sich diesbezüglich nichts. Gibt es auch keine Materialien, die er noch stornieren kann, so erspart er sich insgesamt („unter dem Strich“) überhaupt nichts.

Der Bauherr kann das unfertige bzw mangelhafte Werk auch abnehmen,<sup>6</sup> sofern die Leistungsfrist abgelaufen ist oder wenn es der Bauunternehmer schon davor zur Abnahme anbietet. Damit tritt der Vertrag in die Gewährleistungsphase und er kann die entsprechenden Rechtsbehelfe nutzen (ein Zurück in die Leistungsphase – also zB ein Rücktritt wegen Verzugs – ist dann ausgeschlossen)<sup>7</sup>: Er kann Mängelbehebung oder Preisminderung verlangen oder den Vertrag „wandeln“ (wenn die Mängel unbehebbar oder nicht bloß geringfügig sind). Eine Wandlung ist bei Bauwerken allerdings riskant, weil zwar der Vertrag wegfällt und grundsätzlich alles, was empfangen wurde, zurückzustellen ist, nur lassen sich Bauleistungen – so die Judikatur – nicht zurückstellen, weshalb ein Wertersatz nach bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat.<sup>8</sup> Das kann bedeuten, dass ein Bauherr auf einem ungewollten Bauwerk „sitzen“ bleibt und dafür noch dazu einen „objektiven Wert“ zahlen muss.

Auch die Preisminderung ist unpraktisch, weil sich diese nicht an den Verbesserungskosten orientiert, sondern im Verhältnis des „Wahren Werts“ der mangelhaften Sache zu jenem der mangelfreien Sache<sup>9</sup> erfolgt (so nebenbei: Ein Vabanquespiel, weil sich kaum voraussehen lässt, was ein vom Gericht bestellter Sachverständiger als jeweiligen „Wahren Wert“ ermittelt).

Die Mängelbehebung durch den Bauunternehmer ist aber – wie gesagt – genau das, was der Bauherr oft nicht wünscht. Seit einiger Zeit wird – in Ablehnung der frü-

heren Rechtsprechung<sup>10</sup> – nun judiziert, dass der Bauherr Mängel selbst beheben darf, ohne zuvor dem Bauunternehmer eine Möglichkeit („*Chance der zweiten Andienung*“) dafür einzuräumen.<sup>11</sup> Er darf dafür aber nicht einfach die Behebungskosten vom Bauunternehmer fordern, sondern bloß das, was sich der Unternehmer dadurch erspart hat, dass er die Mängelbehebung nicht durchgeführt hat. Die Beweislast liegt hier aber nicht zur Gänze beim Bauherrn: Er muss zwar – der allgemeinen Regel entsprechend, wonach jeder die für ihn günstigen Behauptungen beweisen muss – beweisen, welche Kosten aufgelaufen sind und dass diese auch tatsächlich notwendig waren. Der Bauunternehmer muss aber beweisen, dass ihm selbst nur geringere Kosten aufgelaufen wären.<sup>12</sup>

Ein weiteres Risiko birgt die Alternative einer Abnahme mit nachfolgender Selbstbehebung mit sich: Wenn die Mängelbehebung für den Bauunternehmer „*mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre*“ kann der Bauherr gemäß § 932 Abs 2 ABGB gar keine Mängelbehebung, sondern bloß Preisminderung begehren.

Wie gesagt, kommt eine Abnahme während der Leistungsfrist nur in Frage kommt, wenn der Bauunternehmer das Werk schon anbietet, weil es sich ansonsten um eine Abbestellung handelt. Mit Ablauf der Leistungsfrist kann der Bauherr das Bauwerk jederzeit abnehmen – er muss keine Nachfrist für die Fertigstellung setzen. Praktisch problematisch ist dabei natürlich, wenn keine konkrete Frist vereinbart ist und damit eine „angemessene Frist“ gilt. Heikel kann dies auch bei einem zunächst festgesetzten Endtermin sein, wenn Änderungen erfolgt sind, weil sich dadurch die Leistungsfrist verlängern kann.<sup>13</sup>

Hermann Wenusch

6 OGH 06.04.1955, 7 Ob 128/55: „Der Käufer einer Sache kann diese rechtswirksam als Erfüllung auch dann annehmen, wenn er sich dessen bewusst ist, dass die Sache mangelhaft ist und noch einer Verbesserung oder einer Nachlieferung von Bestandteilen bedarf“.

7 OGH 27.04.1999, 1 Ob 60/99a: „Nach Übergabe und erfolgter Annahme der Leistung können keine Ansprüche nach § 918 ABGB geltend gemacht werden“.

8 In OGH 20.05.2015, 3 Ob 70/15p wurde nach der Wandlung ein Wertersatz für eine Rampe zugesprochen, die zwar nicht – wie dies vereinbart worden war – mit einem PKW der Mittelklasse, jedoch mit dem PKW des Bauherrn befahrbar war.

9 „Relative Berechnungsmethode“.

10 So noch OGH 03.11.2005, 6 Ob 85/05a, SZ 2005/157: „Wenn primär Verbesserung zu gewähren und dem Übergeber damit eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einzuräumen ist, darf es nicht im Belieben des Übernehmers liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ad absurdum“ zu führen“.

11 OGH 16.06.2008, 8 Ob 14/08d, SZ 2008/87: „Der Übernehmer kann auch dann, wenn er dem Veräußerer keine Verbesserungsmöglichkeit eröffnet, sondern vielmehr die Sache selbst oder (im Regelfall) durch einen Dritten verbessern lässt, jedenfalls jene Kosten begehren, die der Veräußerer hätte aufwenden müssen, wenn ihm die im Gesetz grundsätzlich vorgesehene „Chance zur zweiten Andienung“ eingeräumt worden wäre“.

12 OGH 28.01.2009, 1 Ob 15/09a: „Sofern im Einzelfall dem Verkäufer aus besonderen Gründen geringere Kosten auslaufen, ist er gehalten, dies zu behaupten und unter Beweis zu stellen“.

13 OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, SZ 72/25: „Überschaubare kurzfristige Verzögerungen, die der Sphäre des Werkbesteller zuzurechnen sind, gleichviel ob sie von ihm angeordneten Leistungsänderungen oder der zögerlichen Erfüllung von dessen Mitwirkungspflichten entspringen, verlängern die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend“.