

## Zurückbehaltung des Werkentgelts wegen bestehender Mängel nicht sittenwidrig

1. Dem Werkbesteller steht bis zur völligen Erfüllung der Verbindlichkeit des Werkunternehmers, also bis zur Verbesserung bestehender Mängel, das auf der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (§ 1052 ABGB) beruhende Leistungsverweigerungsrecht zu. Dadurch soll der Werkbesteller die Möglichkeit haben, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern, weil Verbesserungsansprüche mangels Gleichartigkeit mit Werklohnforderungen nicht kompensiert werden können.
2. Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Besteller grundsätzlich auch bei Vorliegen geringfügiger Mängel zu, es sei denn, die Ausübung dieses Rechts artet zur Schikane aus.
3. Auf das Verhältnis des Verbesserungsaufwands zum gesamten Werklohn kommt es nicht an.
4. Bei der Beurteilung, ob Schikane vorliegt, wird nicht allein auf einen fixen Prozentsatz abgestellt, sondern es sind ganz allgemein die Interessen der Streitparteien gegenüberzustellen, um zu prüfen, ob ein Missverhältnis im geforderten Ausmaß vorliegt.

<https://doi.org/10.33196/zrb202102007201>

OGH 30.11.2020, 5 Ob 191/20d

**Deskriptoren:** Werkvertrag, Erfüllung, Leistungsverweigerungsrecht, Zurückbehaltungsrecht, Sittenwidrigkeit; § 1052 ABGB.

### Sachverhalt

Der Kläger begehrt den restlichen Werklohn laut Rechnungen vom 10.4.2018 über 15.134,80 und vom 21.6.2018 über 3.240,- für Sanierungsarbeiten in einem Wettlokal der Beklagten mit der Begründung, sämtliche von der Beklagten gerügten Mängel habe er behoben; soweit Mängel vorliegen sollten, stünden die mit den Teilrechnungen vom 10.4.2018 und 21.6.2018 fällig gestellten Beträge außer Verhältnis zum Behebungsaufwand.

Die Beklagte wendete – soweit relevant – ein, der Kläger habe Leistungen erbracht und mit Teilrechnungen abgerechnet, auf die sie insgesamt 138.233,60 bezahlt habe. Arbeiten seien jedoch nicht vollständig oder mangelhaft erbracht worden, weswegen der mit den streitgegenständlichen Teilrechnungen verrechnete (restliche) Werklohn von gesamt 18.374,80 noch nicht fällig sei.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es ging davon aus, dass der Kläger mangelhaft geleistet habe, weswegen die Beklagte zur Zurückbehaltung des restlichen Werklohns berechtigt sei. Jedenfalls bei der Verkabelung, der Tischmontage, der Holztrennwand in der Herrentoilette, der Brandschutztüre und bei einem Wandspiegel in der Her-

rentoilette seien Mängel vorhanden, deren Behebung insgesamt brutto 2.320,80 erfordere. Der Verbesserungsaufwand betrage damit mehr als 5 % des restlichen Werklohns, sodass keine Schikane vorliege.

Das Berufungsgericht bestätigte das die Klage abweisende Urteil des Erstgerichts. Die Revision erklärte das Berufungsgericht über Antrag des Klägers gemäß § 508 Abs 1 ZPO für zulässig, weil der Oberste Gerichtshof das volle Leistungsverweigerungsrecht des Werkbestellers verneint habe, wenn das hergestellte Werk in Gebrauch genommen worden sei und die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien erfordere und daher ohne Schwierigkeiten von einem beliebigen dritten Unternehmer vorgenommen werden könnte.

### Aus den Entscheidungsgründen

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts (§ 508a Abs 1 ZPO) nicht zulässig – sie wird zurückgewiesen.

1. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO ist dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie nicht überprüft werden kann (RIS-Justiz RS0007484). Einen solchen Mangel des Berufungsurteils und damit den Revisionsgrund des § 503 Z 1 ZPO spricht der Kläger nicht an, wenn er meint, die Vorinstanzen hätten sich mit wesentlichen Beweisergebnissen nicht auseinandergesetzt. Soweit er sich in diesem Zusammenhang gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichts wendet, übersieht er, dass der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz ist (RS0042903 [T10]; RS0069246).

2.1 Dem Werkbesteller steht bis zur völligen Erfüllung der Verbindlichkeit des Werkunternehmers, also bis zur Verbesserung bestehender Mängel, das auf der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (§ 1052 ABGB) beruhende Leistungsverweigerungsrecht zu. Dadurch soll der Werkbesteller die Möglichkeit haben, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern, weil Verbesserungsansprüche mangels Gleichartigkeit mit Werklohnforderungen nicht kompensiert werden können (1 Ob 93/11z mwN).

2.2 Dem Besteller eines Werks ist es daher zum Schutz seines Gewährleistungsanspruchs (§§ 932, 1167 ABGB) gestattet, den Vollzug der Gegenleistung solange hinauszuschieben, bis der andere Teil seinen Verpflichtungen voll entsprochen hat (RS0019891). Dabei kann er nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich den gesamten offenen Werklohn zurückbehalten und nicht nur einen Teil in der Höhe des (im Vorhinein auch nur schwer abschätzbaren) auf die Behebung des Mangels entfallenden Deckungskapitals (RS0018507; RS0021872 ua; vgl auch *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>6</sup> § 1170 ABGB Rz 3).

2.3 Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Besteller grundsätzlich auch bei Vorliegen geringfügiger Mängel zu, es sei denn, die Ausübung dieses Rechts artet zur Schikane aus (RS0020161). Das ist der Fall, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RS0026265 ua). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist jeweils aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (RS0110900). Im Regelfall begründet es daher keine erhebliche Rechtsfrage, ob im Einzelfall bestimmte, näher festgestellte Mängel den Werkbesteller berechtigen, einen offenen Teil des Werklohns bis zur Mängelbehebung zurückzubehalten.

3.1 Die vom Berufungsgericht als erwiesen angenommenen Mängel erfordern nach den Feststellungen einen Behebungsaufwand von 2.320,80. Dem steht ein restlicher Werklohn von 18.374,80 gegenüber, sodass der Verbesserungsaufwand mehr als 12 % des einbehaltenen Entgelts beträgt. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Zurückbehaltung des gesamten (restlichen) Werklohns nicht rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Verbesserungsaufwand davon mehr als 5 % ausmacht (4 Ob 501/93). Zu 4 Ob 44/14w erachtete er die Ansicht des Berufungsgerichts, ein Verbesserungsaufwand von 8,8 % des (restlichen) Werklohns rechtfertige dessen Zurückbehaltung, für vertretbar. Auf das Verhältnis des Verbesserungsaufwands zum gesamten Werklohn kommt es entgegen der Ansicht des Klägers nicht an (vgl nur 6 Ob 80/05s mwN), sodass er mit seinem Hinweis, die Behebungskosten betragen etwa 1,5 % der Auftragssumme, eine unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht nicht aufzeigen kann.

3.2 Zwar trifft es zu, dass bei der Beurteilung, ob Schikane vorliegt, nicht allein auf einen fixen Prozentsatz abgestellt wird (RS0026265 [T6]), sondern ganz allgemein die Interessen der Streitparteien gegenüberzustellen sind, um zu prüfen, ob ein Missverhältnis im geforderten Ausmaß vorliegt (siehe nur RS0026265). Als Ergebnis einer solchen Interessenabwägung im Einzelfall bejahte der Oberste Gerichtshof in der vom Kläger zitierten und vom Berufungsgericht zur Begründung der Revisionszulässigkeit herangezogenen Entscheidung zu 6 Ob 80/05s den Rechtsmissbrauch, weil das hergestellte Werk vom Besteller in Gebrauch genommen worden war, die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse erforderte und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zur Voraussetzung hatte. Dieser Interessenabwägung lag auch zugrunde, dass der Verbesserungsaufwand weniger als 5 % vom einbehaltenen (restlichen) Werklohn betrug, sodass dieses Ergebnis schon deshalb nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden kann. Darüber hinaus trifft die Beweispflicht dafür, dass ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen vorliegt, stets denjenigen, der sich darauf beruft (RS0026265 [T2; T5]). Dass die in der Entscheidung zu 6 Ob 80/05s der Interessenabwägung zugrunde gelegten Kriterien auch im vorliegenden Fall zum Tragen kämen, hat der Kläger aber weder im Verfahren erster Instanz noch in seiner Berufung geltend gemacht. Damit ist es im Einzelfall aber insgesamt nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zum Ergebnis gelangte, dass ein Missverhältnis zwischen den von der gewährleistungsberechtigten Beklagten verfolgten Interessen an der Leistungsverweigerung und dem Interesse des Klägers an der Bezahlung des Werklohns für den mängelfreien Teil des Werkes nicht erkennbar sei. Soweit dem der Kläger entgegenhält, dass es an einem ernstlichen Verbesserungsbegehren der Beklagten fehle, entfernt er sich vom festgestellten Sachverhalt: Ein vertretungsbefugter Mitarbeiter der Beklagten hat die genannten Mängel ausdrücklich gerügt und damit deren Verbesserung eingefordert. Dass die Beklagte ihr Wettbüro in Betrieb genommen hat, bevor der Kläger die Mängel behoben hat, kann ihr in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht angelastet werden, weil ihr die Hinnahme von Umsatzeinbußen wegen des Streits über die Mängel nicht zugemutet werden kann.

3.3 Zusatzleistungen, die gesondert zu honorieren sind, aber auf Basis oder zumindest im Rahmen des ursprünglichen Werkvertrags erbracht werden, sind nicht selbstständige Teilleistungen, sondern Teil der ursprünglichen einheitlichen Gesamtleistung (RS0021979 [T4]). Dass einzelne Leistungen, die im Rahmen eines Werkvertrags erbracht wurden, getrennt bewertet werden können (wie hier durch einen Sachverständigen im Verfahren),

führt entgegen der Ansicht des Klägers ebenfalls nicht dazu, dass das Werk im Sinn des § 1170 Satz 2 ABGB in Teilen zu errichten war und der Besteller nicht den gesamten restlichen Werklohn bis zur Verbesserung zurückbehalten kann. Als Werkunternehmer war der Kläger vorleistungspflichtig und kann daher den Werklohn entgegen seinem Standpunkt auch nicht Zug um Zug

gegen Erbringung seiner Leistung fordern, und zwar auch dann nicht, wenn das Werk zwar übergeben wurde, vorhandene behebbare Mängel aber bei vom Besteller beehrter Verbesserung noch nicht behoben sind (RS0020933 [T2]).

4. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

---

### Anmerkung

#### Von Hermann Wenusch

Wieder einmal betont der OGH, dass es bei der Frage, ob die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sittenwidrig sei, keinen fixen Prozentsatz geben könne, weil es auf eine Interessenabwägung im Einzelfall ankomme: Es kommt ua darauf an, ob das Werk in Gebrauch genommen werden kann, ob die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse erfordert und ob ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Besteller und Werkunternehmer gegeben ist. Es darf aber bezweifelt werden, dass dies endlich in der Baupraxis „ankommt“ und nicht ausschließlich mit Prozentsätzen „herumgeworfen“ wird.

Da es sich nur um einen Zurückweisungsbeschluss handelt, wird die Frage von Zusatzleistungen nur am Rande behandelt. Tatsächlich ist die Frage nach der rechtlichen Natur von Zusatzleistungen eine interessante: Handelt es sich um separate Verträge oder nicht? Wenn es sich um separate Verträge handelt, dann ist das Zurückbehaltungsrecht aus einem Vertrag nicht

(ohne weiteres) auf einen anderen Vertrag erstreckt worden: „Das Recht zur Leistungsverweigerung gemäß § 1052 ABGB bezieht sich nur auf Pflichten, die zueinander im Austauschverhältnis stehen“ (OGH 27.02.2019, 6 Ob 161/18x). In OGH 20.12.2000, 3 Ob 283/00i wurde die Entscheidung der Vorinstanzen, wonach bei einem Bauvorhaben mehrere Verträge zwischen denselben Parteien abgeschlossen werden können, nicht bemängelt. Demgegenüber wurde in OGH 20.02.2018, 4 Ob 28/18y entschieden, dass auf einer Baustelle „erteilte Zusatzaufträge“ im Rahmen eines Einheitspreisvertrages keine gesonderten Verträge seien, sondern nur die Konkretisierung eines einheitlichen Vertrages.

Völlig unbehandelt bleibt schließlich die Frage, ob eine vereinbarte Akontozahlung (offenbar wurden gegenständlich Forderungen begehrt, die aufgrund von Teilrechnungen gefordert werden) Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts sein kann.