

PRAKTISCHES

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

Geleitet von Hermann Wenusch

WISSENSWERTES UND AKTUELLES

Der nach der ÖNORM B 2110 erforderliche „Vorbehalt“

Allgemeine Vorbemerkung

Pkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) lautet unter der Überschrift „Annahme der Zahlung, Vorbehalt“:

Die Annahme der Schlusszahlung auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen 3 Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen.

Weicht die Schlusszahlung vom Rechnungsbetrag ab, beginnt die Frist von 3 Monaten frühestens mit schriftlicher Bekanntgabe der nachvollziehbaren Herleitung des Differenzbetrages durch den AG.¹

Der Wortlaut der Ausgabe 2011 stimmt mit jenem der Ausgabe 2009, 2002 und 1995 (mit Ausnahme der abschließenden Wendung „durch den AG“, der bis zur Ausgabe 2002 fehlt) überein. Bis zur Ausgabe 1995 war die Regelung in der ÖNORM A 2060 enthalten und lautete (ohne Erwähnung eines Erfordernisses, den Abstrich zu begründen) bloß:

Die Annahme der Schlusszahlung auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgli-

che Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen sechs Wochen nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen.

Seit sich der OGH im Jahr 1995 zwei Mal mit ihr beschäftigt hat (diese Entscheidungen fielen unterschiedlich aus!), scheint diese Regelung jene der ÖNORM B 2110 zu sein, die, bis ins Jahr 2011 (zB OGH 28.09.2011, 7 Ob 174/11f sowie OGH 30.11.2011, 7 Ob 209/11b), am häufigsten zu Entscheidungen des OGH führt.

Zunächst herrschte hinsichtlich dessen, was den Kern der Bestimmung betrifft, offensichtlich Unklarheit, was zu divergierenden Entscheidungen in ein und demselben Jahr geführt hat. Einerseits: „Die Bestimmung [...] ist somit als eine Einschränkung der Frist zur allfälligen Geltendmachung eines Irrtums hinsichtlich der Vollständigkeit einer Schluß- oder Teilschlußrechnung zu verstehen, wodurch eine nachträgliche Rechnungslegung ausgeschlossen wird, nicht aber als Einschränkung der allgemeinen Verjährung für die Geltendmachung von in der Schluß- bzw Teilschlußrechnung enthaltenden jedoch noch nicht (gänzlich) abgedeckten Rechnungsposten“ (OGH in 5 Ob 516/95 vom 7.06.1995). Und andererseits wenig später (am 22.08.1995): „alles was über diese Summe hinausgeht und noch ‚nachgefordert‘ werden soll, muß rechtzeitig ‚vorbehalten‘ werden, ohne daß es darauf ankommt, ob die entsprechende Forderung bereits verrechnet wurde oder nicht. Die Bestimmung gilt daher auch für den Fall, daß der Auftraggeber vom Schlußrechnungsbetrag Ab-

¹ Einer weit verbreiteten Falschbezeichnung folgend, nennt die ÖNORM den Werkunternehmer (WU) juristisch unrichtig Auftragnehmer (AN) und den Werkbesteller (WB) entsprechend Auftraggeber (AG). Im Folgenden werden die juristisch zutreffenden Bezeichnungen verwendet, außer die Falschbezeichnung findet sich in wörtlichen Zitaten.

striche vorgenommen und entsprechend weniger bezahlt, der Auftragnehmer aber auch diese geringere Schlusszahlung angenommen hat“ (OGH 6 Ob 566/95).

Mit seiner Entscheidung vom 26.3.1998 (OGH 7 Ob 68/98w) hat der OGH zu dieser Judikaturdifferenz ausführlich Stellung genommen und sich im Sinn der zweitgenannten Entscheidung festgelegt. Seitdem legt der OGH die Regelung zumeist streng zu Lasten der WU aus, was bei diesen zu teilweise äußerst empfindlichen Einbußen führt – Beträge über 1.000.000,- gingen so im konkreten Fall für WU verloren. Begründet wird dies stereotyp damit, *„dass die Rechtslage bei Bauvorhaben mit hoher Auftragssumme möglichst innerhalb kürzester Zeit geklärt werden soll und zu diesem Zweck die gesetzlichen Verjährungsfristen abzukürzen sind, sodass der Auftraggeber zu einem möglichst frühen Zeitpunkt das gesamte Ausmaß seiner Verpflichtung überblicken und erfahren kann“* (OGH seit 7 Ob 68/98).

Zweck der Bestimmung ist dem OGH zufolge aber nicht nur eine Verkürzung der Verjährungsfrist, sondern auch die Bewirkung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit: *„Dass die Regelung ausdrücklich die schriftliche Begründung des Vorbehalts verlangt, trägt daher einem mit diesem Normzweck verbundenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung“* (OGH 9 Ob 111/06y).

Das *„ebenso schutzwürdige Interesse“* des WU, das ihm vertragsgemäß gebührende Äquivalent für die erbrachten Leistungen zur Gänze zu erhalten, wird zwar erwähnt, nur grundsätzlich alleine als nicht ausreichend angesehen, um dem WU seinen Anspruch bei einem unterlassenen Vorbehalt zu erhalten. Einzelnen findet sich dann zunächst – im Zusammenhang mit der Judikaturlinie bis dahin wohl überraschend – eine Entscheidung, die zwar nicht die Bestimmung an sich, aber im Einzelfall eine Berufung darauf als sittenwidrig erklärt: In OGH 1 Ob 144/04i ging es darum, dass auf Vorschlag des WB vom WU eine wesentliche Position aus einer Teilrechnung wieder herausgenommen wurde und dann bei der Schlussrechnung vergessen wurde. Erst jüngst wird die gesamte Bestimmung aber wegen der weitgehenden Divergenz zum dispositiven Recht auch als bereits im Grundsatz nicht unproblematisch bezeichnet: *„Berücksichtigt man nun, dass die dargestellte Rechtsfolge eines Versäumens der dreimonatigen Frist für den ‚Vorbehalt‘ in Anbetracht ihrer Abweichung vom dispositiven Recht und der damit verbundenen erheblichen Verschlechterung der Rechtsposition des Werkunternehmers – allein aus dem (im Einzelfall gar nicht zu prüfenden) Klarstellungsinteresse des Werkbestellers – schon in ihrem Kernbereich nicht ganz unproblematisch ist [...]“* (OGH 1 Ob 247/08t)

„Nachträgliche“ Forderung

Die Regelung spricht wörtlich von „nachträglichen Forderungen“, die ausgeschlossen werden sollen. Es fragt sich, was damit genau gemeint ist.

In anderem Zusammenhang hat der OGH (zB 3 Ob 211/07m) erkannt, dass die ÖNORM B 2110 objektiv auszulegen ist – der äußerste Wortsinn begrenzt die mögliche Auslegung. Nach objektiver Auslegung sind „nachträgliche“ Forderungen wohl nur solche, die zunächst nicht in Rechnung gestellt wurden, sei dies schuldhaft oder irrtümlich. Demgegenüber sind Forderungen, die in die Schlussrechnung aufgenommen, aber dann – wegen eines „Abstrichs“ – nicht bezahlt werden, nicht „nachträgliche“, sondern eben ursprüngliche Forderungen, die ja bereits einmal („zuvor“) erhoben wurden.

Obwohl die ÖNORM B 2110 nun wie gesagt von „nachträglichen Forderungen“ spricht, ist der OGH diesbezüglich davon abgerückt, dass ÖNORMen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen sind, und hat entschieden, dass zwei verschiedene Tatbestände von der Regelung erfasst werden: *„1. den Fall, dass der Auftragnehmer – bewusst oder unbewusst – in der Schlussrechnung nicht alle Forderungen geltend gemacht hat, wobei der Vorbehalt dann schon in die Schlussrechnung aufgenommen werden muss, und 2. jenen Fall, dass der Auftraggeber vom Schlussrechnungsbetrag Abzüge vornimmt und entsprechend weniger bezahlt“* (zB OGH 8 Ob 141/07d).

Trotzdem macht es einen Unterschied, ob es sich um tatsächlich „neue“ (dh bis dahin noch nicht erhobene) Forderungen handelt oder um das Beharren auf der Bezahlung von Abstrichen:

Forderungen, die bereits gestellt werden können, müssen bereits in der Schlussrechnung vorbehalten werden – die dreimonatige Frist gilt hier nicht. In dem Fall, der der Entscheidung OGH 7 Ob 174/11f zu Grunde gelegen ist, hatte der WU ganz bewusst nicht alle Forderungen in die Schlussrechnung aufgenommen, um die Auszahlung (des unstrittigen Betrages) nicht durch Diskussionen darüber zu verzögern – durch diese „Stimmungsmache“ können diese Forderungen aber später nicht mehr gestellt werden, wenn kein entsprechender Vorbehalt erfolgt. Es macht aber keinen Unterschied, wenn der WU – ohne Vorbehalt – bloß irrtümlich Forderungen nicht in die Schlussrechnung aufnimmt, weil die Regelung auch einen Ausschluss irrtumsrechtlicher Ansprüche bedeutet: *„Mit der von ihr formulierten Klausel: ‚Nachforderungen jeglicher Art sind ausgeschlossen.‘ brachte d[er WB] unmissverständlich zum Ausdruck, dass es den klagenden Parteien ohne jede Ausnahme nicht mehr möglich sein sollte, Forderungen geltend zu machen, die in der Schlussrechnung keine Deckung finden, wovon auch nachträgliche Forderun-*

gen auf irrtumsrechtlicher Grundlage erfasst sind“ (OGH 1 Ob 144/04i). Ein solcher Vorausverzicht auf die Geltendmachung von Irrtum ist nur bei dessen grob fahrlässiger Veranlassung unwirksam, was in der Praxis wohl kaum von Bedeutung sein dürfte.

Nur für den „Fall, dass die geleistete Zahlung durch den Auftraggeber von dem Rechnungsbetrag abweicht“ (OGH 8 Ob 84/05v) bleibt dem WU die Vorbehaltsfrist, wobei zu beachten ist, dass es sich dabei um eine Frist des materiellen Rechts handelt und dass der Vorbehalt daher in dieser Frist dem WB zugegangen sein muss (allein die Absendung in der Frist reicht also nicht; siehe dazu unten).

Besteht aber kein schutzwürdiges Interesse des WB, nach Beendigung des Bauvorhabens möglichst bald Klarheit darüber zu erlangen, mit welchen Werklohnverbindlichkeiten zu rechnen ist, so handelt es sich bei den davon betroffenen Forderungen zwar auch um „nachträgliche Forderungen“ iSd ÖNORM B 2110, doch ist eine Berufung auf die Verfallsklausel dann sittenwidrig. Dies ist etwa der Fall, wenn der WU nur wegen eines Versäumnisses bei Erstellung der förmlichen Schlussrechnung berechtigter und allenfalls sogar unstrittiger Ansprüche verlustig ginge: „Im vorliegenden Fall haben die klagenden Parteien ihr Verlangen, dass ihnen die fraglichen – unstrittigermassen erbrachten und bereits im Leistungsverzeichnis enthaltenen – Zementlieferungen mit dem vereinbarten Preis abgegolten werden, durch Aufnahme einer entsprechenden Position in die zweite Teilrechnung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Dass diese Position in der Schlussrechnung fehlte, war deshalb für die mit der Rechnungsprüfung befassten Mitarbeiter der beklagten Partei ohne Weiteres als bloßes Versehen zu erkennen, zumal deren Herausstreichung aus der zweiten Teilrechnung anlässlich der Rechnungsprüfung nicht etwa auf der mangelnden Berechtigung dieser Teilforderung beruhte. Für die beklagte Partei bestand kein Anlass zur Annahme, die klagenden Parteien wollten von ihrer bisherigen Auffassung abrücken und auf die nunmehr geltend gemachte Teilforderung verzichten. Für solche Fälle erscheint die Vertragsklausel über den Nachforderungsausschluss somit unzweifelhaft überschießend und trägt den schutzwürdigen Interessen der klagenden Parteien an der Ausfolgung der ihnen zustehenden Gegenleistung nicht hinreichend Rechnung. [D]ie Klausel [...] ist jedenfalls insoweit im Sinne des § 879 Abs 3 (auch Abs 1) ABGB wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, als sie den Ausschluss auch solcher ‚Nachforderungen‘ – mit einem ins Gewicht fallenden Absolutbetrag – erfassen soll, die für den Schuldner erkennbar in die Schlussrechnung nur irrtümlich nicht aufgenommen wurden“ (OGH 1 Ob 144/04i).

Bemerkenswert an dieser Stelle ist, „dass Gegenforderungen des Auftraggebers, die er aus Anlass der Prü-

fung einer Schlussrechnung gegen den Auftragnehmer erhebt, keine Rechnungskorrektur darstellen, der der Auftragnehmer [...] fristgerecht widersprechen musste, um seine in der Schlussrechnung enthaltenen Werklohnforderungen zu behalten“ (OGH 5 Ob 69/05s). Es macht danach also einen Unterschied, ob der Zahlung einerseits ein Schadenersatzanspruch entgegen gehalten wird, oder andererseits ein Preisminderungsanspruch oder die Behauptung der „Überverrechnung“ – in ersterem Fall ist kein Vorbehalt notwendig, in den letzteren beiden schon. Auch gegen einen seiner Meinung nach ungerechtfertigten Skontoabzug muss der WU fristgemäß einen schriftlich begründeten Vorbehalt erheben: „Eine Skontovereinbarung ist Teil der Entgeltvereinbarung, ein Skontoabzug bewirkt ein Zurückbleiben der Zahlung vom verrechneten Gesamtentgelt“ (OGH 8 Ob 164/08p).

Festzuhalten ist jedenfalls, dass aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Regelung, dies ausschließlich für „Schlusszahlungen auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung“ gilt. Für Abschlagsrechnungen gilt die Regelungen jedenfalls nicht, weil verfristete – wie verjährte – Forderungen auf Abschlagszahlung mit der Schlussrechnung nachgeholt werden können.

Schlusszahlung

Nur ein Zahlungsvorgang ist als Schlusszahlung anzusehen. Die Erklärung, keinerlei Zahlungen mehr leisten zu wollen, ist dementsprechend nicht mit einer Schlusszahlung gleichzusetzen, „weil Schweigen allein nicht im Sinn der ÖNORM-Klausel als Zustimmung verstanden werden kann“ (OGH 7 Ob 208/07z; siehe dazu auch noch weiter unten).

Als Schlusszahlung ist wohl jene Zahlung zu betrachten, mit der der WB den Leistungsaustausch abschließen will. Um als Schlusszahlung angesehen zu werden, ist es prinzipiell wohl nicht notwendig, dass auch eine Schlussrechnung (oder eine Teilschlussrechnung) gelegt wurde. Eine solche ist aber – nach dem klaren Wortlaut der Regelung – Voraussetzung, dass der WU einen Vorbehalt machen muss.

Folgen einer Schlusszahlung weitere Zahlungen, so ändert dies wohl nichts daran, dass die ursprüngliche Zahlung als Schlusszahlung anzusehen ist – die folgenden Zahlungen sind wohl „Nachzahlungen“, nicht neuerliche Schlusszahlungen, die erneut den Fristenlauf beginnen lassen, weil dies den Zweck der Bestimmung, möglichst bald über die Höhe der Verbindlichkeit Bescheid zu wissen, vereiteln würde. Beachtlich ist aber wohl in diesem Zusammenhang, dass laufende Verhandlungen den Fristablauf hemmen können. Es darf dabei – wenn man den Zweck der Regelung so sieht wie der OGH dies tut – keinen Unterschied machen, ob

die Nachzahlungen etwa aufgrund von Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien erfolgen oder ob der Besteller weitere Zahlungen ankündigt – etwa nach der Erledigung von Restarbeiten oder als Freigabe von Rücklässen (zB am Ende der Gewährleistungsfrist).

Wurde einmal zeitgerecht ein Vorbehalt gegen eine Minderzahlung erhoben, so lösen weitere Zahlungen (durch welche aber der Betrag der Schlussrechnung noch immer nicht erreicht wird) nicht erneut das Erfordernis eines Vorbehalts aus: es erscheint „*keineswegs sachgerecht, den Werkunternehmer, der bereits eindeutig und unmissverständlich die gesamte Rechnungsforderung durch einen entsprechenden ‚Vorbehalt‘ aufrecht erhalten hat, nur deshalb bei sonstigem Anspruchsverlust zu neuerlichen (gleichlautenden) Erklärungen zu ‚zwingen‘, weil der Werkbesteller in der Folge weitere als ‚Schlusszahlung‘ bezeichnete (unvollständige) Zahlungen leistet. Mit dem ersten ‚Vorbehalt‘ hat der Werkunternehmer klargestellt, dass er die (hier: alle) ‚Rechnungskorrekturen‘ bzw ‚Rechnungsabzüge‘ nicht akzeptiert und seine durch die aufgeschlüsselte Schlussrechnung dokumentierte Forderung (vollinhaltlich) aufrecht erhält. Damit ist für den Werkbesteller in ausreichender Weise klargestellt, dass er sich darauf einstellen muss, dass der Werkunternehmer in Zukunft den Differenzbetrag geltend machen wird*“ (OGH 1 Ob 247/08t). Es besteht also keine Verpflichtung des WU zu andauernd erneuten Vorbehalten.

Zu berücksichtigen ist, dass nicht jeder Geldtransfer unmittelbar als Zahlung zu betrachten ist: Nach der – allerdings älteren – Judikatur ist eine Überweisung keine Barzahlung und wirkt nicht unmittelbar schuld-befreiend, wenn letztere vereinbart ist. Ähnliches gilt bei Überweisung auf ein anderes als das vereinbarte Konto.

Zurückweisung des Vorbehalts durch den WB

Weist der WB den begründeten Vorbehalt des WU zurück, so löst dies nicht erneut die 3-Monatsfrist und die Verpflichtung zur Abgabe eines Vorbehaltes hinsichtlich dieser ohnehin schon behandelten Streitigkeit aus (OGH 8 Ob 109/04v).

Annahme der Zahlung

„*Voraussetzung ist [...] ein wie auch immer gearteter Zahlungsakt seitens des Auftraggebers, der vom Auftragnehmer ‚angenommen‘ werden kann. Die bloße Nichtzahlung fällt grundsätzlich nicht darunter*“ (OGH 1 Ob 81/07d).

„*Auslegung ÖNorm B 2110 Punkt 5.30.2. [in der Fassung 1.3.2002]: Sowohl in der Überschrift als auch im Text wird ausdrücklich auf die ‚Annahme der Zahlung‘ abgestellt und nicht auf die Kürzung der Rechnung*

schlechthin. Die Ö-Norm misst die Bedeutung eines Rechtsverzichts nur der Annahme der Zahlung (bei fehlendem Vorbehalt) bei. Eine Gleichstellung einer geleisteten (Teil-)Schlusszahlung mit einer ‚endgültigen Ablehnung weiterer Zahlungen‘ geht über den engen Wortlaut der Ö-Norm-Bestimmung hinaus“ (OGH 7 Ob 208/07z).

Erfolgt also zB deshalb keine Zahlung des WB, weil sich – aus dessen Sicht – aus der Schlussabrechnung ein Guthaben (oder ein ausgeglichener Saldo) für ihn ergibt, so kann der WU keine Annahme einer Zahlung verweigern. Es macht keinen Unterschied, ob eine Zahlung unterbleibt, weil (und zwar nur nach der Meinung des WB!) überhaupt keine gegenseitige Forderungen bestehen oder sogar eine Rückforderung des WB besteht.

Seltsam mutet an, dass die Regelung von einer „Annahme der Schlusszahlung“ spricht, weil sich daraus eine durchaus komplizierte Situation ergeben kann: Grundsätzlich ist der WU verpflichtet, eine gebührende Zahlung anzunehmen. Tut er dies nicht, so kann er allerdings nicht darauf geklagt werden, weil es sich lediglich um eine Obliegenheitsverletzung handelt – aus diesem Grund entsteht auch kein Schadenersatzanspruch des die Zahlung zurückweisenden WU. Der WU befindet sich allerdings im Annahmeverzug, was gemäß § 1419 ABGB bedeutet, dass „*widrige Folgen*“ auf ihn fallen. Der zahlungswillige WB kann bei Annahmeverzug des WB das Entgelt gemäß § 1425 ABGB bei Gericht hinterlegen, was ihn zwar von seiner Schuld befreit, allerdings wohl nicht als Annahme durch den WU zu werten ist.

Gemäß § 1415 ABGB ist der WU berechtigt, Teilzahlungen zurückzuweisen – bezahlt der WB einen Betrag, der den Abrechnungsbetrag nicht erreicht, so kann der WU dies als Teilzahlung ansehen und die Annahme verweigern. Im Falle einer berechtigten Zurückweisung einer Teilzahlung bleibt die Gesamtforderung fällig und es sind sogar Verzugszinsen zu bezahlen. Allerdings ist eine solche Zurückweisung von Teilzahlungen nach der (jüngeren) Judikatur dann nicht gegeben, wenn „*mit deren Annahme [damit] weder nennenswerte Mühen noch besondere Aufwendungen verbunden sind*“ (OGH 3 Ob 58/06k). Diese Einschränkung kann gegenständlich natürlich nicht gelten, weil der WU durch die Annahme einer Teilzahlung empfindliche Folgen zu tragen hat: Er muss innerhalb der relativ kurzen Frist einen Vorbehalt abgeben, der noch dazu bestimmten Erfordernissen genügen muss.

Insbesondere wenn sich aufgrund der Schlussabrechnung nur eine geringe Schlusszahlung ergibt, kann es für den WU uU durchaus erstrebenswert sein, sich die Geltendmachung „nachträglicher Forderungen“ ohne begründeten – und damit aufwändigen – Vorbehalt zu sichern, indem er eine Zahlung, die hinter seiner Forderung zurück bleibt, als Teilzahlung nicht annimmt. Frag-

lich bleibt dabei freilich ua auch, wie lange der WU Zeit nach dem (vorläufigen) Zugang der Zahlung (diese geht ja auf seinem Bankkonto einmal ein, ohne dass er dies verhindern könnte) für solch eine Zurückweisung hat.

Alle diese Schwierigkeiten hätten vermieden werden können, wenn die Regelung nur auf die Zahlung des WB (allenfalls deren Eingang beim WU), statt auf deren Annahme abgestellt worden wäre. Andererseits erscheint es auch sachgerecht, dem WU eine Möglichkeit einzuräumen, durch ein – wenn auch mehr oder weniger einschneidendes – Verhalten, einen empfindlichen Rechtsverlust abzuwenden.

Dabei ist zu beachten, dass eine Zahlung nicht nur durch Bargeld oder Kontogutschrift, sondern auch durch Kompensation erfolgen kann. Beachtlich ist dies vor allem aus dem Grund, dass zwar eine Barzahlung oder Überweisung zurückgewiesen werden können, nicht jedoch eine Kompensation – diese tritt sogleich mit der Kompensationserklärung ein. In Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines Skontoabzugs bei Zahlung durch Kompensation hat der OGH entschieden, dass eine aufzurechnende Gegenforderung jedenfalls unbestritten sein muss, „um dem Wesen eines Skontos gerecht zu werden“ (OGH 1 Ob 58/98f). Das ist wohl auch hier zu fordern, wenn eine Zahlung bewirkt, dass das Versäumnis eines Vorbehalts zum Erlöschen einer Forderung führt.

So wie nicht jeder Geldtransfer als Zahlung anzusehen ist, ist auch nicht jede Rückführung eine Zurückweisung einer Zahlung. Eine Zurückweisung einer Zahlung liegt zB dann nicht vor, „wenn der Gläubiger den ihm bargeldlos überwiesenen Betrag nicht auf jenes Konto überweist, von dem es ihm der Schuldner angewiesen hat, sondern auf ein anderes Konto dieses Schuldners“ (OGH 5 Ob 184/74).

Bekanntgabe der Gründe für die Zahlungsdifferenz durch den WB

Ein allfälliger Verlust des Anspruchs auf Beträge, die der WB trotz ordnungsgemäßer Verrechnung nicht bezahlt, hängt davon ab, ob der WB die Zahlungsabweichung (den „Abstrich“) begründet: Die Frist, innerhalb derer ein Vorbehalt abgegeben werden muss, beginnt nämlich erst mit der Bekanntgabe der Gründe für die Zahlungsabweichung gemäß Pkt 8.4.1.5. der ÖNORM B 2110.

Die Bekanntgabe muss schriftlich erfolgen – beim Schriftlichkeitserfordernis handelt es sich nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift – es gilt dazu das, was hinsichtlich der Schriftlichkeit des Vorbehalts gilt (siehe unten).

Die Anforderungen an die Begründung für die Zahlungsdifferenz sind nach der Judikatur nicht allzu hoch: „Die Übergabe einer mit Korrekturen versehenen Rechnung wird hiebei für die Fristauslösung als ausreichend angesehen“ (OGH 7 Ob 208/07z).

Begründeter Vorbehalt des WU

Der Vorbehalt des WU, gegebenenfalls nachträgliche Forderungen geltend zu machen, muss in der entsprechenden Schluss- oder Teilschlussrechnung enthalten sein oder innerhalb von drei Monaten nach der Zahlung erhoben werden. Nach dem Wortlaut der Regelung sind alle Vorbehalte zu begründen – die Begründungspflicht betrifft also nicht nur Vorbehalte, die nach Erhalt einer – vom WU wohl als unzulänglich empfundenen – Zahlung erfolgen, sondern auch solche, die in der Abrechnung enthalten sind. Tatsächlich ist der Zweck der Begründungspflicht wohl auch in beiden Fällen ident: Der WB soll in die Lage versetzt werden, die Wahrscheinlichkeit von „nachträglichen Forderungen“ abschätzen zu können. Der lapidare Zusatz „weitere Forderungen vorbehalten“ in einer Rechnung reicht also nicht hin, um dem WU „nachträgliche Forderungen“ zu sichern. Die praktische Bedeutung dieser Tatsache dürfte allerdings relativ beschränkt sein, weil häufig eine Rechnungslegung ohne Vorbehalt als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart wird.

Die Judikatur sieht das Erfordernis einer Begründung durchaus wichtig: „Allein durch die [...] schriftlich abgegebene Erklärung der Klägerin, dass sie die Abstriche beanspruche und die Korrekturen falsch seien, wurde noch kein ‚begründeter‘ Vorbehalt abgegeben“ (OGH 8 Ob 109/04v).

Die Übersendung einer neuen Rechnung kann dabei als Vorbehalt gesehen werden, wenn diese jene Positionen detailliert ausweist, die vom WB in nach dem Abzug geführten Gesprächen bestritten und dementsprechend auch nicht bezahlt wurden: „Aus [einem zunächst noch] allgemeinen Vorbehalt und [ein]er detaillierten Verrechnung der strittigen Beträge musste aber de[m WB] durchaus klar sein, dass die Klägerin weiter auf der Zahlung dieser Beträge beharrte und woraus sich dies herleitete. Damit ist die Klägerin dem Erfordernis eines begründeten und schriftlichen Vorbehalts nachgekommen“ (OGH 8 Ob 109/04v). Eine nochmalige Vorlage der bereits einmal gelegten Rechnung alleine reicht als Vorbehalt nach einer Rechnungskorrektur nicht aus, womit der WU mehr belastet ist als der WB, der zur Herleitung des Differenzbetrags nur eine korrigierte Rechnung übersenden muss.

Wann ein Vorbehalt als „begründet“ zu gelten hat, lässt sich wohl nur in jedem Einzelfall ermitteln. Dabei ist aber jedenfalls zu berücksichtigen, dass nur dem Normzweck der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung getragen werden soll und dass die Anforderungen an den WU nicht durch unnötige Hürden überspannt werden dürfen: „Es reicht, wenn der Vorbehalt die vorbehaltenen Ansprüche in erkennbarer Weise individualisiert und – zumindest durch schlagwortartigen Hinweis – den Standpunkt des Werkunternehmers erken-

nen lässt. Eine Formulierung dieses Standpunktes gleichsam wie in einer Klage ist hingegen nicht erforderlich“ (OGH 9 Ob 111/06y).

Schriftform

Eine nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt nach der Judikatur der Schriftlichkeit des Vorbehaltes zu – die Judikatur sieht darin nicht bloß eine Ordnungsvorschrift: „Dass die Regelung ausdrücklich die schriftliche Begründung des Vorbehalts verlangt, trägt daher einem mit d[...]em Normzweck verbundenen Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung, sodass der Oberste Gerichtshof die Rechtsauffassung [...] teilt, wonach mündliche Erklärungen nicht als wirksamer Vorbehalt iSd [...] ÖNORM B 2110 zu werten sind“ (OGH 9 Ob 111/06y).

Aber die Anforderungen an die Schriftlichkeit sind nicht zu überspannen. „Daher kann auch im schriftlichen Vorbehalt auf frühere, dem Erklärungsempfänger bekannte schriftliche Unterlagen Bezug genommen werden; die Bezugnahme auf bloße (nicht wiedergegebene) mündliche Erklärungen oder Besprechungsergebnisse, die in keinem Protokoll festgehalten sind, ist hingegen nicht ausreichend, weil sonst das Erfordernis der schriftlichen Begründung des Vorbehalts umgangen werden könnte“ (OGH 9 Ob 111/06y).

Die Judikatur zum Erfordernis der Schriftlichkeit kann nicht erklären, was diese an sich zur Rechtsklarheit beiträgt: Wenn aus den Umständen sonnenklar ersichtlich ist, dass die Gegenseite die eingenommene Position auf keinen Fall hinzunehmen gewillt ist, so erscheint ein Beharren auf der Schriftlichkeit nicht sachgerecht.

Tatsächlich hat der OGH jüngst (8 Ob 164/08p) erkannt, dass die Forderung nach Schriftlichkeit sittenwidrig sein kann: Die durch die dreimonatige Verfallsfrist bewirkte erhebliche Verschlechterung der Rechtsposition des WU führt demnach dazu, dass eine fehlende schriftliche Begründung des Vorbehalts dann keine Verfristung des Werklohnanspruchs bewirkt, wenn dem WB klar ist, dass und warum der WU auf seiner Restforderung besteht – dies, „um ein iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligendes Auslegungsergebnis zu vermeiden“.

Zu ergänzen ist in diesem Zusammenhang, dass mit dem Schriftlichkeitserfordernis hier wohl nicht das zivilrechtliche Formgebot der Unterschriftlichkeit gemeint ist, weil der Zweck bloß die Dokumentation und Beweissicherung ist. Ein Vorbehalt kann also sicher auch mit Telefax oder elektronisch übertragen werden, auch wenn diese Übersendungsarten sonst – also zB für Bürgschaftserklärungen – nicht der Schriftform genügt. Fraglich ist, ob eine Unterschrift übertragen werden muss, wie dies teilweise von der Judikatur in anderem Zusammenhang gefordert wird: „Für die [...] geforder-

te schriftliche Anzeige ist die Mitteilungsform durch Telefax ausreichend, um der drohenden Präklusion des Anspruchs zu begegnen, wenn das Faxschreiben die eigenhändige, ebenfalls fernkopierte Unterschrift [...] trägt“ (OGH 5 Ob 207/02f).

Zeitpunkt und Frist

„Bereits vor Legung der Schlussrechnung bzw vor Annahme der davon abweichenden Schlusszahlung abgegebene Erklärungen können nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung nicht ausreichend sein“ (OGH 1 Ob 67/08x). Begründet wird dies damit, dass die Bestimmung ihre Zielsetzung nicht erreichen könnte, wenn jeder irgendwann im Zuge des Bauvorhabens erklärte Vorbehalt geprüft werden müsste.

Zunächst wurde judiziert, dass Vergleichsverhandlungen auch eine Verlängerung von Präklusivfristen bewirken und dass sich dementsprechend ein WB dann nicht auf die Bestimmung berufen darf, wenn er nach Bezahlung der reduzierten Schlussrechnung weiter mit dem WU ohne Hinweis auf sonstige Präklusion verhandelt – damit würde nämlich der Eindruck erweckt, eine weitere Prüfung der Rechnungen und endgültige Beurteilung der Sachlage stehe noch aus (OGH 3 Ob 232/96v). Später erwähnt der OGH (4 Ob 186/99b) noch, dass im dann zu entscheidenden Fall nicht vorgebracht wurde, dass Vergleichsverhandlungen geführt wurden, woraus sich schließen lässt, dass diesem Umstand Bedeutung zugekommen wäre. Der ins Treffen geführte Zweck der geforderten Schriftform – „Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ (OGH 9 Ob 111/06y) lässt aber das Gewicht von andauernden Gesprächen zweifelhaft erscheinen – reine Aufklärungsgespräche, in denen lediglich der eigene Standpunkt erörtert und bekräftigt wird, sind sicher nicht geeignet, den Ablauf der Frist zu hemmen. Selbst wenn Vergleichsverhandlungen geführt werden und dadurch der Ablauf der Vorbehaltsfrist gehemmt wird, bleibt die heikle Frage, ab wann die Verhandlungen als gescheitert zu betrachten sind und wie viel Zeit dem WU danach für eine Klage bleibt.

Eine Verkürzung der Vorbehaltsfrist auf 14 Tage nach Ausgang eines vom WB zu versendenden Schlussabrechnungsblatts wurde unter ausdrücklichem Verweis auf die dreimonatige Frist der ÖNORM B 2110 als sittenwidrig erachtet (OGH 8 Ob 164/08p).

Bei der Ausschlussfrist der ÖNORM B 2110 handelt es sich um eine solche des materiellen Rechts. Die Fristen des materiellen Rechts sind Zeiträume, an deren Beachtung das Gesetz bestimmte materielle Rechtsfolgen knüpft. „Dient eine schriftliche Verfahrenshandlung der Wahrung einer solchen Frist, muss sie spätestens am letzten Tag dieser Frist zugegangen sein“ (OGH 1 Ob 45/04f).