

# PRAKTISCHES geleitet von Hermann Wenusch

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

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Die Übergabe des Bauwerks (Teil 1)

<https://doi.org/10.33196/zrb202201000I01>

Fragen, die sich in Zusammenhang mit der (angebotenen) Übergabe eines Bauwerks stellen können.

**Wann ist ein Bauwerk im gewährleistungsrechtlichen Sinn mangelhaft?**

Ein Werk ist dann mangelhaft, wenn es nicht dem Vertrag entspricht: „Die Mangelhaftigkeit eines Leistungsgegenstandes ist nicht abstrakt, sondern immer aufgrund des konkreten Veräußerungsvertrages zu beurteilen“<sup>1</sup>. Es ist also immer der konkrete Vertragsinhalt zu beachten: „Richtigerweise ist primär die Frage nach dem Vertragsinhalt zu beantworten“<sup>2</sup>.

Entspricht eine Leistung nicht einer dafür passenden ÖNORM (oder gleichwertigen Richtlinie), so ist zu fragen:

- Wurde diese ÖNORM gemäß § 9 NormG für verbindlich erklärt?  
Ist dies der Fall, so wird sie Teil des öffentlichen Rechts (Teil der Bauvorschriften). Das bedeutet aber nicht in jedem Fall, dass sie auch Vertragsinhalt und damit gewährleistungsrechtlich relevant ist, weil eventuell auch baurechtswidrige Verträge gültig sein können.<sup>3</sup>
- Gibt diese ÖNORM den Stand der Technik richtig wieder?  
Ist dies der Fall, so bedeutet ein Abweichen nicht unbedingt eine Mangelhaftigkeit, weil auch etwas vom Stand der Technik Abweichendes vereinbart werden kann. Gegebenenfalls stellt sich dann aber die Frage, ob der Bauunternehmer gewarnt hat.

- Wurde die Geltung dieser ÖNORM ausdrücklich vereinbart?

Ist dies nicht der Fall, so kann die Geltung natürlich auch schlüssig vereinbart werden.

Wurde die betreffende ÖNORM durch die Vereinbarung der ÖNORM B2110 „mitvereinbart“<sup>4</sup>, so ist zu berücksichtigen, dass die ÖNORM B2110 die „Normen technischen Inhaltes“ in der Reihung der Vertragsbestandteile bloß als Nummer 7 platziert, während zB „Pläne, Zeichnungen, Muster“ auf Platz 3 – also deutlich davor – rangieren. Entspricht das plankonform errichtete Bauwerk in diesem Fall nicht einer „mitvereinbarten“ ÖNORM, so ist es aufgrund der „Vorrangregel“ nicht mangelhaft. Ein allfälliger Mangel muss im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen. Ein Mangel muss von dessen Hervortreten unterschieden werden: Springt zB ein Fensterglas geraume Zeit nach dem Einbau, weil dieser unsachgemäß erfolgt ist, so ist der Einbau mangelhaft aber dieser Mangel tritt erst später hervor.

Die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels liegt beim Bauherrn:

- „Die Beweislast dafür, dass die übergebene Sache (beziehungsweise Leistung aus Werkvertrag) überhaupt mangelhaft ist, trägt [...] der Übernehmer der Sache (Leistung)“<sup>5</sup>.
- „Er hat darüber hinaus auch zu beweisen, dass die Mängel bereits zum Übergangszeitpunkt vorhanden waren“<sup>6</sup>, wenn die Mängel mehr als sechs Monate nach der Übergabe hervortreten.
- „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>7</sup>.

1 RIS-Justiz RS0107680; RS0018547 [T7]; OGH 26.06.2014, 8 Ob 57/14m.

2 Rummel, Glosse zu 3 Ob 2043/96d, JBl 1998, 182.

3 Vgl zB OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m: Besteht ein Bauherr trotz Warnung des Bauunternehmers auf eine Baurechtswidrigkeit, so „kann er sich nicht auf eine Vertragsverletzung des Werkunternehmers berufen, wenn ihm daraus nachteilige Folgen entstehen. Es fehlt am Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Verletzung der öffentlich-rechtlichen Norm und dem Schaden“.

4 ÖNORM B2110 Pkt 5.1 („Vertragsbestandteile“): „Mit Vereinbarung dieser ÖNORM gelten auch [...] alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes“.

5 RIS-Justiz RS0018553 T5; OGH 13.11.2008, 8 Ob 124/08f.

6 RIS-Justiz RS0018553 T1; OGH 09.10.1991, 1 Ob 577/91.

7 RIS-Justiz RS0018553 [T8]; OGH 12.04.2011, 4 Ob 234/10f.

## Welche Bedeutung kommt der Übernahme zu?

Mit der Übernahme ergeben sich zwei praktisch bedeutende Konsequenzen: Die Ansprüche des Bauherrn wandeln sich von Erfüllungs- in Gewährleistungsansprüche und während der Bauunternehmer bis zur Übernahme beweisen muss, dass er ordnungsgemäß erfüllt hat, muss danach der Bauherr die Mangelhaftigkeit beweisen.

### Gewährleistungs- statt Erfüllungsansprüche

„Gewährleistungsrecht greift ein, wenn der Vertrag in das Erfüllungsstadium getreten ist“.<sup>8</sup> „Nach Übergabe und erfolgter Annahme der Leistung können keine Ansprüche nach § 918 ABGB geltend gemacht werden“.<sup>9</sup> „Dieser Grundsatz gilt auch bei teilbaren Leistungen gemäß § 918 Abs 2 ABGB“.<sup>10</sup>

Von Bedeutung ist dies vor allem aus dem Grund, dass Gewährleistungsansprüche des Bauherrn weniger einschneidend sind als Erfüllungsansprüche: In der Erfüllungsphase kann der Bauherr auf die mangelfreie Erfüllung bestehen. In der Gewährleistungsphase kann er eine Behebung von Mängeln aber nicht verlangen, wenn dies für den Bauunternehmer mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.

### Beweislast

„Mit der vorbehaltlosen Übernahme der Leistung (des Werkes), die den Anschein der Erfüllung für sich hat, wandelt sich die Beweislast des Schuldners (Unternehmers), erfüllt zu haben, in eine Beweislast der Mangelhaftigkeit (der nicht vollständigen Erfüllung) des Gläubigers um“.<sup>11</sup> „Die Beweislast für eine mangelhafte Erfüllung nach Übergabe der Sache trifft grundsätzlich den Erwerber“.<sup>12</sup> „Nach allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts muss der Übernehmer die Mangelhaftigkeit der Sache beweisen. Er hat zu behaupten, dass und aus welchen Gründen die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht wurde bzw welche konkreten Fehler sie aufweist. Der Übergeber hat die Freiheit von Qualitätsmängeln somit nur bei Vorliegen eines entsprechend substantiierten Bestreitungsbringens zu beweisen“.<sup>13</sup>

## Muss der Bauunternehmer die Überprüfung der Leistung durch den Bauherrn dulden?

„Der Werkunternehmer hat – insbesondere bei technisch komplizierten Werken – dem Besteller stets Gelegenheit zur Überprüfung des Werks zu gewähren, und der Werklohn ist erst nach Prüfung des vollendeten Werks, demgemäß mit Abnahme durch den Besteller, zur Zahlung fällig“.<sup>14</sup>

### Wann beginnt die Gewährleistungsfrist?

Die Gewährleistungsfrist beginnt grundsätzlich mit der physischen Übergabe.<sup>15</sup>

Ob Sachmängel dabei erkennbar sind oder nicht, ist unerheblich: „Nach ständiger Rechtsprechung ist [...] die Erkennbarkeit des Mangels keine Voraussetzung für den Beginn des auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellenden Fristenlaufs“.<sup>16</sup>

Wird eine Haltbarkeit oder Lebensdauer zugesagt, beginnt die Gewährleistungsfrist erst dann zu laufen, wenn mit Sicherheit erkennbar ist, dass diese nicht erreicht wird. Wohl unscharf spricht die Judikatur von „nicht sofort feststellbaren Eigenschaften“: „Bei Zusicherung einer nicht sofort feststellbaren Eigenschaft beginnt die Gewährleistungsfrist in dem Zeitpunkt zu laufen, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet“.<sup>17</sup> Gemeint sein dürfte nicht jede „nicht sofort feststellbare Eigenschaft“, sondern nur die Lebensdauer oder Haltbarkeit.

Eine solche „Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist bis zur Erkennbarkeit des Mangels kommt dann nicht in Betracht, wenn ausdrücklich eine bestimmte andere Gewährleistungsfrist vereinbart wurde“.<sup>18</sup>

„Wenn der Unternehmer nach der Ablieferung des Werks und der Feststellung der Mängel durch den Besteller diesem Zusagen macht, die Mängel zu beheben, dann läuft die Gewährleistungsfrist erst ab Vollendung der Verbesserung“<sup>19</sup> (dies gilt natürlich auch, wenn ohne ausdrückliche Zusagen Behebungsversuche unternommen werden)<sup>20</sup>.

Wohl missverständlich ist die Rechtsprechung, wonach dann, wenn „nach der ursprünglichen Lieferung ein Mangel verbessert [wird,] die Rechtslage in das Stadium vor der Ablieferung zurück[tritt]“<sup>21</sup>: Die Übernahme des Gesamt-

8 RIS-Justiz RS0018234 [T15]; OGH 03.08.2005, 9 Ob 81/04h (SZ 2005/109).

9 RIS-Justiz RS0018234 [T14]; OGH 27.04.1999, 1 Ob 60/99a.

10 RIS-Justiz RS0018234 [T6]; OGH 28.04.1971, 5 Ob 97/71.

11 RIS-Justiz RS0018687; OGH 09.10.1991, 1 Ob 577/91.

12 RIS-Justiz RS0018687; OGH 12.05.2009, 10 Ob 21/08y.

13 RIS-Justiz RS0018687 [T1]; OGH 31.01.2006, 1 Ob 224/05f.

14 OGH 22.03.2002, 1 Ob 47/02x.

15 RIS-Justiz RS0018408 [T1]; OGH 31.08.2010, 5 Ob 69/10y: „Für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist für das Recht auf Ge-

währleistung ist nach einhelliger Ansicht bei Liegenschaften nicht der Zeitpunkt der bücherlichen Umschreibung, sondern jener der körperlichen Übergabe maßgebend“.

16 OGH 17.05.2017, 7 Ob 12/17s.

17 RIS-Justiz RS0018909 [T3]; OGH 11.11.2004, 8 Ob 33/04t.

18 RIS-Justiz RS0018909 [T5]; OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h.

19 OGH 28.03.2017, 8 Ob 124/16t.

20 Vgl OGH 03.11.1977, 7 Ob 627/77f.

21 RIS-Justiz RS0018921 [T9]; OGH 13.06.2006, 10 Ob 105/05x.

werks ist bereits erfolgt und daher nicht zu wiederholen. Zurückgewiesen werden kann also allenfalls nicht mehr das Gesamtwerk, sondern bloß die Mängelbehebung.<sup>22</sup>

### Was kann der Bauherr tun, wenn er beim Übergabetermin Mängel feststellt?

Der Besteller kann bei nicht gehörigem Erfüllungsanbot die Sache zurückweisen und auf ordnungsgemäße Leistung unter Nachfristsetzung bestehen<sup>23</sup>: „Der Gläubiger kann daher nach ständiger Rechtsprechung die Übernahme einer mangelhaften Sache verweigern, gleichgültig, ob es sich um Mängel handelt, welche ihn berechtigen würden, die Aufhebung des Vertrags zu begehren, oder um solche, die nach der Übernahme eine Verbesserung oder eine Preisminderung zur Folge hätten“. Damit stehen aber noch keine Gewährleistungsbehelfe zur Verfügung: „Erklärt ein Vertragsteil (hier: Kräne in vertragswidriger Ausführung) nicht zu übernehmen, kommen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Nichterfüllungsansprüche, nicht aber Gewährleistungsansprüche in Betracht“.<sup>24</sup>

Statt die Sache zurückzuweisen, kann sie der Besteller aber auch übernehmen und seine Gewährleistungsrechte ausüben<sup>25</sup>: „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. Hat er die noch fertigzustellende Sache als Erfüllung angenommen, verliert er das Recht, vom Vertrage gemäß § 918 ABGB zurückzutreten, unbeschadet seines Rechtes, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen“.<sup>26</sup>

Als primärer Gewährleistungsbehelf steht die Mängelbehebung zur Verfügung. Ist diese nicht möglich oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand zu erzielen, so stehen als sekundäre Gewährleistungsbehelfe die Preisminderung oder Wandlung zur Verfügung.

Ist der Bauherr nicht gewiss, welchen Gewährleistungsbehelf er heranziehen kann, ist eine Feststellungsklage denkbar: „Die Rechtsprechung lässt solche Klagen auch deshalb zu, weil der Gewährleistungsgläubiger aufgrund seiner mangelnden Kenntnis der Ursachen einer unzurei-

chenden Leistungsqualität und deren technischen beziehungsweise wirtschaftlichen Behebbarkeit nicht immer in der Lage ist, die daraus ableitbare Rechtsfolge (Wandlung, Preisminderung, Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden oder Ersatz des Mangelschadens) mittels Leistungsklage geltend zu machen. Soweit soll daher über das Vorliegen eines Gewährleistungstatbestands – unabhängig von der daraus durch Leistungsklage ableitbaren Rechtsfolge – rasch Klarheit geschaffen werden“.<sup>27</sup>

Bei der Wahl eines Gewährleistungsbehelfs ist Vorsicht geboten, weil die getroffene Wahl nicht beliebig revidiert werden kann:

- „Der Besteller, der von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht und die Verbesserung des Werkes begehrt hat, kann von diesem Wahlrecht nicht abgehen und nunmehr die Preisminderung verlangen, solange er die im Gesetz vorgesehene, dem Unternehmer zu setzende angemessene Frist mit der Erklärung nicht gesetzt hat, daß er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne“.<sup>28</sup>
- „Hat sich der Besteller dafür entschieden, Preisminderung zu verlangen, kann er wegen solcher Mängel nicht mehr Verbesserung fordern“.<sup>29</sup>
- Durch eine Wandlung wird der Vertrag einseitig aufgehoben.

### Was bedeutet eine Reklamation des Bauherrn bei der Übernahme?

„Ob ein Beanstanden des Werks dessen Zurückweisen bedeutet oder bloß das Aufzeigen eines Mangels, ist durch Auslegung zu klären“.<sup>30</sup>

Eine Teilübernahme ist wohl möglich, weil sich die Teilbarkeit einer Leistung grundsätzlich nach dem Willen des zu der Leistung Berechtigten (hier: Bauherr) richtet<sup>31</sup>. Übernimmt er bloß einen Teil, gibt er damit zu erkennen, dass die Leistung teilbar ist.

Auch eine bedingte Übernahme ist möglich: „Eine Übernahme unter Vorbehalt ist möglich, aber nur beschränkt wirksam. Der Vorbehalt der Verbesserung ist nur unter Hinweis auf konkrete Mängel zulässig“.<sup>32</sup>

(Fortsetzung in ZRB 2022, Heft 2)

Hermann Wenusch

22 Genau dies scheint ohnehin gemeint: „Dem Besteller stehen dann neuerlich die Gewährleistungsbehelfe zur Auswahl frei“ (OGH RS0018921 T7; OGH 14.03.2002, 6 Ob 126/01z).

23 OGH 21.11.2017, 6 Ob 181/17m.

24 RIS-Justiz RS0018234 [T11]; OGH 05.05.1988, 6 Ob 526/88.

25 Vgl OGH 19.02.2015, 6 Ob 24/15w.

26 RIS-Justiz RS0018234 [T3]; OGH 06.04.1955, 7 Ob 128/55.

27 RIS-Justiz RS0018668 [T4]; OGH 29.03.2006, 3 Ob 227/05m.

28 RIS-Justiz RS0021873 [T7]; OGH 10.09.1997, 9 Ob 204/97h. Beachte allerdings [T5] OGH 09.11.1988, 1 Ob 696/88, SZ 61/237: „Hat der Unternehmer mit der zugesagten Verbesserung noch

nicht begonnen, kann der Besteller, wenn aner kennenswerte Gründe die zunächst vereinbarte Verbesserung untunlich erscheinen lassen, an Stelle der Verbesserung immer noch Preisminderung begehren“.

29 RIS-Justiz RS0021708; OGH 16.02.1977, 8 Ob 559/76.

30 OGH 24.11.1998, 7 Ob 288/98y.

31 RIS-Justiz RS0017293 [T1]; OGH 25.01.2001, 8 Ob 157/00x: „Die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Erfüllung richtet sich nach dem [...] dem Gegner beim Vertragsabschluss bekannten oder erkennbaren Willen der anderen Partei“.

32 OGH 24.11.1998, 7 Ob 288/98y.