

# AUFSATZ

## Erfüllung, Ablieferung, Übergabe, Abnahme, Annahme, Übernahme und Gläubigerverzug? Überlegungen zum Erlöschen einer Schuld und zum Annahmeverzug

Die im Titel genannten Bezeichnungen gehören zu den Grundlagen der Rechtsgeschäftslehre. Die damit angesprochenen Begriffe sind aber teilweise unklar, was uU vielleicht auch daran liegt, dass die Bezeichnungen einerseits synonym, andererseits für unterschiedliche Begriffe gleichermaßen verwendet werden. Unter „Übernahme“ wird zB einerseits die Entgegennahme (entweder physisch oder durch Erklärung) einer Sache durch den Gläubiger, andererseits der Moment, in dem Rechtsfolgen eintreten, bezeichnet. Trotz – oder vielleicht wegen – der grundlegenden Bedeutung werden verschiedene Lehrmeinungen seit jeher tradiert, ohne sie zu hinterfragen. Eine Systematik zum Ende der vertraglichen Pflichten ist kaum auszumachen.

**Deskriptoren:** Erfüllung, Ablieferung, Übergabe, Abnahme, Annahme, Übernahme, Gewährleistung, Gläubigerverzug, Quittung; §§ 922 ff, 1411 ff, 1426 ff ABGB.

Von Hermann Wenusch

### 1. Einleitung

#### 1.1. Die Bedeutung von Übergabe und Übernahme

Die Bedeutung von Übergabe und Übernahme<sup>1</sup> ist groß:

- ZB für das Werkvertragsrecht: Ist keine Abrechnung zur Ermittlung des Werklohns erforderlich, tritt „Fälligkeit mit Vollendung des Werks ein“<sup>2</sup> – „Vollendet ist das Werk, wenn es vertragsmäßig fertiggestellt und übergeben bzw abgenommen wurde“<sup>3</sup>.
- Wird die Leistung vom Gläubiger genehmigt (angenommen), so kann ab diesem Zeitpunkt kein Verspätungsschaden geltend gemacht werden<sup>4</sup>.

- Allgemein: „Nach einem allgemeinen Prinzip des Schuldrechts findet der Gefahrenübergang mit der Übergabe statt (vgl §§ 1051, 1064, 1168a S 1)“<sup>5</sup>. Für das Werkvertragsrecht: „Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen“<sup>6</sup>.
- „Grundsätzlich beginnt die Gewährleistungsfrist [...] mit der körperlichen Übergabe zu laufen“<sup>7</sup>; in der Gewährleistungsphase (dh nach der „Übernahme“) kann es eine Rolle spielen, ob die Mängelbehebung (Herstellung des ursprünglich geschuldeten Zustandes) „mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre“<sup>8</sup> – davor spielt dies keine Rolle und der Gläubiger kann – abgesehen von Schikane – jedenfalls die akkurate Erfüllung verlangen („Gegen seinen Willen kann weder der Gläubiger gezwungen werden, etwas anderes anzunehmen, als er zu fordern hat, noch der Schuldner, etwas anders zu leisten, als er zu leisten verbunden ist“<sup>9</sup>).

1 Hier im Sinne von „Eintritt von Rechtsfolgen“ (vgl zB OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95: „Übernommen ist das Werk, wenn es in die Verfügungsmacht des Bestellers gekommen ist“).

2 OGH 20.01.2015, 4 Ob 262/14d.

3 OGH 13.12.2018, 5 Ob 184/18x.

4 Vgl OGH 18.10.2000, 7 Ob 37/00t: „Das Pönale wegen Verspätung bei der Vertragserfüllung ist regelmäßig eine den Verspätungsschaden abgeltende Konventionalstrafe [...], sofern ein pauschalierter Schadenersatz [...], dafür. Von einer Verspätung der Vertragserfüllung kann aber hier im Hinblick auf die festgestellte Annahme des Werkes durch den Beklagten nicht ausgegangen werden“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

5 Bollenberger/P. Bydlinski in ABGB Kurzkommentar<sup>7</sup> § 905 Rz 6 – „Übergabe“ (§§ 1051, 1064 ABGB) und „Übernahme“ (§ 1168a ABGB) werden hier gleichgesetzt. Vgl auch Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1419 ABGB Rz 77 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

6 § 1168a ABGB.

7 OGH 24.06.2003, 3 Ob 150/02h unter Verweis auf die Entscheidung des verstärkten Senats 07.03.1990, 1 Ob 536/90 (veröffentlicht: SZ 63/37).

8 § 932 (2) ABGB.

9 § 1413 ABGB.

- „Mit der [...] 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>10</sup>.

Im Wesentlichen geht es dabei um zwei Fragenkomplexe: Erstens um die Frage der Gefahrtragung und zweitens um Fragen, die in Zusammenhang mit der Erfüllung iWSt stehen. Es ist nun durchaus möglich, dass „Übernahme“ in Zusammenhang mit der Gefahrtragung etwas anderes bedeutet als in Zusammenhang mit der Erfüllung. Obwohl – soweit ersichtlich – bislang kein Unterschied gemacht wurde (sondern „Übergabe“ iZm Gefahrtragung und Erfüllung sogar explizit gleichgesetzt werden<sup>11</sup>), werden die beiden Komplexe hier getrennt betrachtet (siehe unten).

## 1.2. Der Zeitpunkt von Übergabe bzw Übernahme

Die geschuldete Leistung kann vom Schuldner dem Gläubiger zunächst „bloß“ zur Erfüllung angeboten („angedient“) werden – akzeptiert der Gläubiger diese Leistung, dann ist die Schuld erfüllt. Tatsächlich ist ein solches vorheriges Angebot („Andienen“) wohl nur bei bereits bestehenden körperlichen Sachen denkbar (um Verwechslungen mit der Willenserklärung „Angebot“ zu verwechseln, wird weiterhin vom „Andienen“ gesprochen). Es ist aber auch möglich, dass der Schuldner die geschuldete Leistung ohne vorherige Akzeptanz des Gläubigers erbringt (erbringen muss). Dies ist tatsächlich auch sehr häufig der Fall: Die Beaufsichtigung von Bauarbeiten, die Kontrolle von Rechnungen, die Bewachung eines Objekts, dessen Zerstörung oder die temporäre Beleuchtung eines Veranstaltungsgeländes können nicht im Voraus akzeptiert werden. Physisch können solche Leistungen weder „übergeben“ noch „übernommen“ werden. Man kann nun natürlich sagen: „Unkörperliche Werke (zB Vortrag, Gesangsdarbietung) werden gleichzeitig mit ihrem Entstehen ‚übergeben‘“<sup>12</sup>. Dies scheidet aber wohl zB bei einer vereinbarten Unterlassung: Wann soll eine Unterlassung „entstehen“ – wie soll sie „übergeben“ werden?

Obwohl in den soeben genannten Fällen ein physischer Transfer im eigentlichen Sinn des Wortes komplett ausscheidet, ist es aber sehr wohl denkbar, dass auch solche Leistungen zurückgewiesen werden: Entweder schon (vor einer allfälligen „Fertigmeldung“) im Zuge der Erbringung („Sofort aufhören, das ist ja schrecklich!“) oder danach („Das war gar nix, wir haben was anderes vereinbart!“). Im Ergebnis macht es nun keinen Unterschied, ob eine bloß angediente Leistung zurückgewiesen wird oder eine bereits erbrachte – durch eine Zurückweisung wird die Genehmigung verweigert.

## 1.3. Verzug bei der Übernahme und Unmöglichkeit

In der Diskussion über einen Verzug bei der Übernahme wird fast immer – wenn auch nicht explizit – unterstellt, dass die Leistung nicht gleichsam „untrennbar“ an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden ist und daher noch nachgeholt werden kann. Dies zeigt sich vor allem durch die Kontroverse darüber, ob die Sorgfaltspflicht des Schuldners hinsichtlich der geschuldeten Leistung bei einem Gläubigerverzug gemindert wird<sup>13</sup>: Eine Sorgfalt hinsichtlich einer noch nicht erbrachten Leistung ist wohl nur denkbar, wenn diese Leistung nach wie vor erbracht (noch „nachgeholt“) werden kann (zu denken ist hier vor allem an die Lieferung bereits bestehender körperlicher Sachen).

Zu bedenken ist aber, dass es durchaus möglich ist, dass ein „Zögern bei der Annahme“ sehr wohl zur Unmöglichkeit der Leistung führen kann<sup>14</sup>: Dies ist dann der Fall, wenn der Zeitpunkt (allenfalls ein bestimmter Zeitraum) der Leistungserbringung „fix“ vereinbart worden ist. Eine „Leistung um 10:00“ ist etwas anderes, als eine „Leistung um 12:00“ – nach 10:00 kann die „Leistung um 10:00“ einfach nicht mehr erbracht werden, weil es eben schon zu spät ist.

Kann die Leistung nicht mehr erbracht werden, gelten die Regeln für vom Gläubiger zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit<sup>15</sup>.

Die Vereinbarung einer „fixen Terminierung“<sup>16</sup> muss nicht ausdrücklich erfolgen, sie kann sich auch aus der Natur des Geschäfts ergeben<sup>17</sup>.

10 RIS-Justiz RS0018687 (OGH 09.10.1991, 1 Ob 577/91); die Wendung, dass nach der Übergabe die Beweislast „der nicht vollständigen Erfüllung“ beim Gläubiger liegt, ist wohl etwas unglücklich: Es wurde erfüllt, bloß mangelhaft – es bestehen keine Erfüllungsansprüche mehr.

11 So zB OGH 12.06.2012, 4 Ob 64/12h: „Gewährleistungsansprüche und auf Gewährleistung gegründete Einwendungen [können] erst nach Übergabe des Kaufobjekts oder dann erhoben werden[...], wenn der Käufer in Annahmeverzug geraten, wenn die Gefahr auf ihn übergegangen ist“.

12 M. Bydlinski in ABGB Kurzkommentar<sup>7</sup> § 1168a Rz 4.

13 Einzelheiten dazu siehe zB Stabentheiner/Kolbüttsch-Franz in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1419 Rz 8 (Stand 1.1.2023, rdb.at).

14 Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> S 182: Es handelt „sich eigentlich weniger um ein Verzugsproblem, sondern um ein Problem der Unmöglichkeit“.

15 Grundsätzlich dazu zB Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup>.

16 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1419 Rz 31 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

17 Vgl zB Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 919 (Stand 1.8.2019, rdb.at): „Der Fixgeschäftcharakter kann sich auch konkludent aus dem aus den Umständen erkennbaren Parteiwillen ergeben“.

## 2. Übergabe bzw Übernahme und Erfüllung

### 2.1. Grundlagen

Eine vertragliche „*Verbindlichkeit wird vorzüglich durch [...] die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst*“<sup>18</sup>. Das bedeutet nicht, dass damit für den leistenden Schuldner alles endgültig erledigt ist, weil er vielleicht für die Verletzung von vertraglichen Sorgfaltspflichten (zB Warnpflicht) weiterhin haftet, doch soll davon hier nicht die Rede sein – es geht hier nur um den eigentlichen Leistungsaustausch.

Interessant an dieser Bestimmung ist das Wort „*vorzüglich*“, das hier wohl in der Bedeutung „*hauptsächlich*“ zu verstehen ist. Eine Verbindlichkeit kann also auch anders als durch „*die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist*“ erlöschen. Angesprochen ist hier nicht der gänzliche Verzicht des Gläubigers oder die sonstigen Endigungsgründe des dritten Hauptstücks im dritten Teil des ABGB, sondern zunächst einmal die Entlassung des Schuldners aus seiner Erfüllungspflicht dadurch, dass der Gläubiger die Erfüllung bestätigt, selbst wenn die erbrachte (oder bloß angediente) Leistung nicht vertragskonform ist.

Die Bestätigung der Leistung kann also erfolgen, sobald sie der Schuldner andient. Sie kann aber auch erst nach der bereits vollständig erbrachten Leistung erfolgen. Tatsächlich sind die Fälle, in denen die Bestätigung des Gläubigers erst nach der bereits erbrachten Leistung erfolgt (weil sie davor gar nicht erfolgen kann), gar nicht selten – es sei an die oben genannten Beispiele erinnert. Bestätigt der Gläubiger also die vom Schuldner angeordnete oder bereits erbrachte Leistung als „Erfüllung“ der vertraglichen Pflichten, so erlischt entsprechend der Erfüllungsanspruch, selbst wenn die Leistung tatsächlich nicht genau dem ursprünglich Geschuldeten entspricht, also gewährleistungsrechtlich mangelhaft ist<sup>19</sup>. Es bestehen dann allenfalls Gewährleistungsansprüche, nur sind diese eben von den ursprünglichen Erfüllungsansprüchen zu unterscheiden<sup>20</sup> – auch wenn die Unterscheidung mitunter schwer fällt<sup>21</sup>.

Diese Bestätigung der Erfüllung erfolgt durch Erklärung des Gläubigers, die – wie auch sonst (fast) immer – ausdrücklich oder schlüssig erfolgen kann<sup>22</sup>.

### 2.2. Die ausdrückliche Bestätigung der Erfüllung bzw deren Verweigerung

#### 2.2.1. Ausdrückliche Erklärung der Erfüllung

Unproblematisch sind die Fälle, in denen der Gläubiger ausdrücklich erklärt, dass mit der vom Schuldner angeordneten, allenfalls sogar auch schon erbrachten Leistung der Vertrag erfüllt sei: Weicht die Leistung tatsächlich vom Geschuldeten ab, wird der Schuldner gewährleistungspflichtig, sofern in der Erklärung nicht ein Verzicht auf die Behebung zu sehen ist<sup>23</sup>.

An dieser Stelle ist bereits darauf hinzuweisen, dass der Schuldner eine ausdrückliche Bestätigung der Leistung („Quittung“) gemäß § 1426 ABGB verlangen kann, wobei dieses Verlangen auch klageweise geltend gemacht werden kann<sup>24</sup>.

Spannend sind natürlich nicht die Fälle, in denen der Gläubiger die Erfüllung ausdrücklich bestätigt, sondern alle anderen: Die, in denen der Gläubiger erklärt, die (eventuell bloß erst angediente) Leistung zurückzuweisen (nicht als Vertragserfüllung entgegenzunehmen) und die, in denen er gar nichts ausdrücklich erklärt – dazu sogleich.

#### 2.2.2. Ausdrückliche Zurückweisung durch den Gläubiger

Erklärt der Gläubiger, die vom Schuldner entweder zunächst nur angediente oder tatsächlich bereits erbrachte Leistung nicht als Vertragserfüllung zu akzeptieren und entspricht die Leistung tatsächlich nicht dem Geschuldeten, so hat der Schuldner nicht erfüllt – an den (ursprünglichen) Rechten und Pflichten der Vertragsparteien ändert sich nichts<sup>25</sup> – gegebenenfalls gerät der Schuldner in Verzug.

Erklärt der Gläubiger, die Leistung nicht als Vertragserfüllung anzunehmen, obwohl sie dem Geschuldeten

18 § 1412 ABGB.

19 Vgl OGH 26.06.2014, 8 Ob 57/14m: „Eine Mangelhaftigkeit [...] besteht in einer qualitativen oder quantitativen Abweichung der Leistung vom vertraglich Geschuldeten“.

20 AA Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> Vor §§ 918 ff Rz 4 (Stand 1.5.2018, rdb.at): „Auch die **Schlechtleistung** (die mangelhafte Leistung) ist Nichterfüllung“ (Hervorhebung im Original). Vgl dazu auch OGH 27.09.2016, 1 Ob 107/16s: „[D]ie nach Gewährleistungsrecht primär zustehenden Ansprüche auf Verbesserung und Austausch [sind] erhalten gebliebene Erfüllungsansprüche. In ihnen wirkt der Erfüllungsanspruch fort“.

21 Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,04</sup> § 1167 Rz 3 (Stand 1.8.2020, rdb.at): „[D]er Übergang vom Nichterfüllungs- zum Schlechterfüllungsrecht [ist] mitunter schwerer zu erkennen“.

22 Vgl zB OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a: Es bedarf „einer ausdrücklichen oder schlüssigen Erklärung des Werkbestellers, die Erfüllung des Werk[ver]trags zur Kenntnis zu nehmen“.

23 OGH 02.07.1987, 6 Ob 623/87: „Unterlässt der Werkbesteller anlässlich einer vertraglich bedungenen Abnahme des Werkes die Rüge von Mängeln, die in die Augen fallen, liegt darin ein schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung solcher Mängel“.

24 OGH 28.02.1968, 5 Ob 262/67: „Das Recht des Zahlers auf Ausstellung einer Quittung kann mit Klage geltend gemacht werden (Klagebegehren auf Ausstellung der Quittung oder Feststellungsklage, daß die Schuld erloschen ist)“.

25 RIS-Justiz RS0018234 [T11] (OGH 05.05.1988, 6 Ob 526/88): „Erklärt ein Vertragsteil [...] nicht zu übernehmen kommen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur Nichterfüllungsansprüche, nicht aber Gewährleistungsansprüche in Betracht“.

entspricht, so hat der Schuldner trotz der Zurückweisung erfüllt – es kommt nämlich nicht „auf den Willen des Gläubigers an, das Geleistete als Erfüllung anzunehmen“<sup>26</sup> – der Gläubiger befindet sich im Annahmeverzug<sup>27</sup>. Der Judikatur („Der Schuldner ist [...] auch zur Verwahrung des Leistungsgegenstandes verpflichtet“<sup>28</sup>) folgend, geht die hL zumindest dann, wenn die Leistung bloß angedient wurde, davon aus, dass der Schuldner weiter zur Leistung verpflichtet ist. Wurde die Leistung vom Schuldner bereits erbracht, kann eine nochmalige Leistung natürlich nicht verlangt werden. Nämliches gilt, wenn die geschuldete Leistung gar nicht mehr erbracht werden kann: Eine andere als die geschuldete Leistung ist jedenfalls nicht zu erbringen.

### 2.3. Schlüssige Akzeptanz

Erfolgt keine ausdrückliche Erklärung der Vertragserfüllung, ist zu untersuchen, ob vielleicht eine schlüssige Erklärung vorliegt. Praktisch die häufigsten Fälle dürften jene sein, in denen der Gläubiger die Leistung rügelos entgegennimmt, die Gegenleistung (Bezahlung) erbringt oder diese zusagt, bzw jene, in denen der Gläubiger die vom Schuldner erbrachte Leistung nutzt.

Nimmt der Gläubiger die ihm vom Schuldner angediente Leistung ohne irgendeine Unmutsäußerung (oder sogar mit Begeisterung) physisch entgegen, so wird damit wohl die Erfüllung bestätigt. Betrachtet man die „Übernahme“ als die Tatsache der Entgegennahme („Transfer“; entweder tatsächlich physisch oder durch Zeichen) der vom Schuldner angedienten Leistung, so ist sie bloß eine der (mehreren) Formen, in denen die Erfüllung bestätigt werden kann.

Bezahlt der Gläubiger die vom Schuldner erbrachte Leistung oder sagt er die Bezahlung der (allenfalls erst angedienten) Leistung zu, so wird das von der Judikatur mitunter als schlüssige Erklärung der Vertragserfüllung durch den Schuldner gesehen: „Als schlüssige Kenntnisnahme der Erfüllung kommt aber neben der Bezahlung des Werklohns [auch die] Zusage einer solchen Bezahlung [...] in Betracht“<sup>29</sup>. Dies darf aber nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden, weil der Gläubi-

ger die Bezahlung bzw deren Zusage auch ohne jede Kenntnis des Leistungsstandes tätigen kann – etwa wenn er auf die bloße Mitteilung des Schuldners („ich bin fertig“) aus der Ferne das vereinbarte Entgelt überweist. Ohne Wahrnehmung der Leistung ist eine schlüssige Erklärung des Gläubigers der Vertragserfüllung durch den Schuldner wohl kaum denkbar. Es ist aber wohl möglich, dass der Gläubiger bereits vorab – allenfalls bedingt – die Leistung akzeptiert (bzw auf die Akzeptanz verzichtet); dies ist zB dann der Fall, wenn der Gläubiger der Leistung offensichtlich nicht „beiwohnen“ will („Stellen Sie’s vor die Türe“).

Nutzt der Gläubiger die ihm vom Schuldner erbrachte Leistung, so ist zu unterscheiden, ob er dies freiwillig oder gleichsam „unter Zwang“ tut. „Unter Zwang“ erfolgt eine Nutzung dann, wenn der Gläubiger durch eine Nichtnutzung einen Nachteil erleiden würde. Der Nutzung kommt daher dann kein Erklärungswert zu<sup>30</sup>. Nutzt der Gläubiger die ihm vom Schuldner erbrachte Leistung, ohne dass ihm durch die Nichtnutzung ein Nachteil entstehen würde, so ist dies wohl als Erklärung zu sehen, dass der Schuldner erfüllt hat: „Als schlüssige Kenntnisnahme der Vollendung und damit als Ablieferung komm[t] das bestimmungsgemäße Benutzen über eine erforderliche Erprobung hinaus in Betracht [...]. Übernimmt der Besteller ohne zeitgerechte Beanstandung, so tritt Ablieferung ein, und zwar auch insoweit, als es um nicht erkannte Mängel, und wohl auch um nicht erkennbare Mängel geht“<sup>31</sup>.

### 2.4. Die Notwendigkeit der Bemängelung (Rügepflicht)

Schwierig sind die Fälle, in denen die Leistung des Schuldners dem Gläubiger unmittelbar nützt – oben bereits angesprochen wurde zB die Beaufsichtigung von Bauarbeiten, die Bewachung eines Gebäudes, dessen Zerstörung, die temporäre Beleuchtung einer Baustelle oder eine Unterlassung.

Es macht dabei wohl einen Unterschied, ob der Gläubiger erstens die Leistung des Schuldners bei deren Erbringung wahrnimmt oder nicht, und zweitens ob für ihn allfällige Mängel auch als solche offensichtlich sind.

26 OGH 27.01.2011, 2 Ob 12/10v (veröffentl: SZ 2011/9).

27 Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1167 Rz 7 (Stand 1.8.2020, rdb.at): „Lehnt der Besteller die Übernahme unberechtigt ab, gerät er in Annahmeverzug“.

28 OGH 11.06.1981, 7 Ob 639/80 (veröffentl: SZ 54/90).

29 OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a, wobei der Ausdruck „Kenntnisnahme“ wohl nicht zutreffend ist, weil es nicht auf die Kenntnis, sondern eine Erklärung ankommt.

30 Vgl zB OGH 16.06.1999, 9 Ob 98/99y: „Besteht [...] das herzustellende Werk nur in der Herstellung von unselbständigen Teilen wie Außenanlagen und Asphaltierungsarbeiten, die für die Benut-

zung von Gebäuden, in denen sich der Firmensitz [...] befand, nicht von ausschlaggebender Bedeutung waren, so daß die Benützung der Gebäude nicht auf das von der Klägerin herzustellende Werk aufbaute und nicht unabdingbare Voraussetzung war [...], dann reicht das Vorbringen der bestimmungsgemäßen Benützung der Außenanlagen nicht aus, um darin für diesen Fall in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise (§ 863 ABGB) die Erklärung zu erblicken, diese Außenanlagen ungeachtet grösster Mängel übernehmen zu wollen“.

31 OGH 24.11.1998, 7 Ob 288/98y – statt „schlüssige Kenntnisnahme“ wäre wohl „schlüssige Bestätigung“ oä passender.

Nimmt der Gläubiger die ihm unmittelbar nützliche Leistung des Schuldners wahr und bemängelt diese nicht, so ist dies wohl (fast immer) als Genehmigung der Erfüllung anzusehen, sofern allfällige Mängel auch so gleich als solche offensichtlich sind.

Eine Bemängelung muss nun aber nicht unbedingt eine Zurückweisung sein – eine solche kann nämlich durchaus auch die Bestätigung einer – wenn auch mangelhaften – Erfüllung sein: „*Ob ein Beanstanden des Werks dessen Zurückweisen bedeutet oder bloß das Aufzeigen eines Mangels, ist durch Auslegung zu klären*“<sup>32</sup>.

### 3. Übergabe bzw Übernahme und Gefahrtragung<sup>33</sup>

In Zusammenhang mit der Gefahrtragung wird sowohl von „Übergabe“ (so in § 1048 ABGB) als auch von „Übernahme“ (so in § 1168a ABGB) gesprochen. Allgemein herrscht die Auffassung, dass es sich bei diesen Begriffen um Synonyme handelt<sup>34</sup>. Dies ist aber zu hinterfragen. „Geben“ ist schließlich etwas anderes als „Nehmen“, was schon daraus ersichtlich ist, dass nach dem Volksmund ersteres seliger ist als zweiteres. Dass in Zusammenhang mit dem Gefahrenübergang in § 1048 ABGB von „Übergabe“ und in § 1168a ABGB von „Übernahme“ die Rede ist, taugt jedenfalls nicht als Begründung: In § 1048 ABGB geht es um den (zukünftigen) Zeitpunkt, für den die Leistung versprochen wurde, in § 1168a ABGB jedoch (mehr oder weniger) um den Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Leistung tatsächlich erhalten hat. In der Tat spricht das Gesetz mit „übergeben“ wohl eine Entäußerung an (vgl zB §§ 427, 1086 und 1368 ABGB), mit „übernehmen“ dagegen eine (mehr oder weniger aktive) Entgegennahme<sup>35</sup>. Freilich kann beides zusammenfallen.

Überhaupt: „*Verwendet der Gesetzgeber in einer gesetzlichen Bestimmung einen Ausdruck zweimal, so wird man im Zweifel davon ausgehen müssen, daß dieser Ausdruck jeweils dasselbe bedeutet*“<sup>36</sup> – auch daraus kann e contrario wohl geschlossen werden, dass mit der Wahl unterschiedlicher Ausdrücke auch Unterschiedliches gemeint sein soll<sup>37</sup>.

Übergabe und Übernahme sind beim Handkauf<sup>38</sup> problemlos: Der Gläubiger erhält die Ware in die Hand, wird deren Eigentümer und trägt von da an die Gefahr. In den Fällen, in denen ein physischer Transfer nicht möglich ist, scheidet ein „Übergang der Gefahr“ aus: Welche Gefahr soll zB „der Rechnungsprüfung“, „dem Gesang“ oder „der Zerstörung“ denn nach der Erbringung drohen? Nach der Leistung – die bei solchen Geschäften zugleich als Übergabe angesehen werden soll – ist wohl kaum eine Gefahr denkbar.

Problematisch können jedenfalls Leistungen sein, denen nach der Erbringung zwar Gefahr drohen kann, die aber nicht „von Hand zu Hand“ übergeben werden können. Paradebeispiel ist die Errichtung eines Bauwerks. Zwar regelt § 1168a ABGB die Gefahrtragung in Abhängigkeit von der Übernahme, nur ist daraus nichts zu gewinnen, wann und wie diese stattfindet.

Es drängt sich diesbezüglich wohl eine Anlehnung an die allgemeine Gefahrtragungsregel iZm dem Sachenrecht auf: Grundsätzlich trägt der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs – mit dem Eigentum wird auch die Gefahr übertragen. Bei einem Bauwerk fallen aber der Übergang des Eigentums und der Übergang der Gefahr auseinander: Das Eigentum am Bauwerk folgt dem Eigentum am Grundstück („*superficies solo cedit*“), während der Übergang der Gefahr eben eine „Übernahme“ voraussetzt. Es ist daher überlegenswert, bei einem Bauwerk die sachenrechtlichen Übertragungsarten (nur) für den Gefahrenübergang heranzuziehen. Genau genommen geht es um die Übergabe kurzer Hand, die erfolgt, „*wenn eine besondere körperlich[e] Übergabe wegen bereits bestehender Gewahrsame des Übernehmers nicht mehr denkbar ist*“<sup>39</sup>. Für den Fall des Gefahrenüberganges hinsichtlich eines Bauwerks ist also zunächst zu prüfen, ob es in der Gewahrsame des Bauherrn ist. Ist dies der Fall, so gilt: „*Wann die Sache im Einzelfall als übergeben gilt, bestimmen die Parteien*“<sup>40</sup>. Die „*Verfügungsmacht*“ alleine genügt also nicht. In der Tat verlangt die Judikatur, dass „*der Besteller das Werk in seine Verfügungsmacht übernommen hat*“<sup>41</sup>, was dessen aktive Rolle betont.

32 OGH 24.11.1998, 7 Ob 288/98y.

33 Vgl zB Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 426 Rz 4 (Stand 1.3.2019, rdb.at): „*Die genaue Bestimmung des Übergabezeitpunktes ist außer für die sachenrechtliche Wirkung nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts idR auch für den Übergang der Gefahr des zufälligen Unterganges oder Verlustes der Sache von Bedeutung*“.

34 So zB Krejci/Böhler in Rummel et al, ABGB<sup>4</sup> § 1168a Rz 10 (Stand 1.8.2022, rdb.at): „*Zwischen Übernahme und Übergabe besteht jedoch kein sachlicher Unterschied*“ (Hervorhebung im Original).

35 OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a: „*[Es] kann [...] nicht zweifelhaft sein, daß mit dem Hinweis auf die ‚Übernahme‘ die Notwendigkeit der in der Abnahme gelegenen Mitwirkung durch den Besteller herausgestrichen werden soll*“.

36 RIS-Justiz RS0008797.

37 Dagegen wohl eher OGH 25.10.2017, 6 Ob 183/17f: „*Für die Annahme einer ‚Einheit der Rechtssprache‘ in dem Sinn, dass jede Formulierung in jedem Gesetz unabhängig von dessen Kontext und Zweck stets dieselbe Bedeutung hätte, besteht keine Grundlage*“ mit Verweis auf Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 62.

38 Zum Begriff zB Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1334 (Stand 1.1.2004, rdb.at): „*Beim Handkauf hat der Leistungsaustausch unmittelbar nach Abschluß Zug um Zug zu erfolgen*“.

39 Holzner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 428 Rz 5 (Stand 1.7.2016, rdb.at).

40 Holzner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 428 Rz 1 (Stand 1.7.2016, rdb.at), Hervorhebung im Original.

41 ZB OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95.

Der Gläubiger kann – in welcher Form auch immer – erklären, das Bauwerk zu übernehmen, womit die Gefahr auf ihn übergeht. Erklärt er jedoch nichts oder weist er die Übernahme sogar zurück, so gerät er eventuell in Gläubigerverzug (dazu auch noch weiter unten), womit die Gefahr erst recht wieder auf ihn übergeht ...

Zu Erklärungen der Übernahme siehe oben.

#### 4. Annahme- bzw Gläubigerverzug

Zur Klarstellung sei einleitend angemerkt, dass es hier nicht darum geht, dass der Gläubiger die Leistung endgültig vereitelt: Das Objekt, das bewacht, zerstört oder beleuchtet werden soll, wird vom Gläubiger selbst vernichtet, bevor der Schuldner seine Leistung erbracht hat. In diesen Fällen handelt es sich um eine Unmöglichkeit und ein Annahmeverzug scheidet aus<sup>42</sup>. Oben wurde bereits ausgeführt, dass Unmöglichkeit auch dadurch eintreten kann, dass der Gläubiger die angediente Leistung nicht (rechtzeitig!) „konsumiert“: Bei richtiger Betrachtung ist im Falle eines Gläubigerverzugs nicht das Interesse des Gläubigers, sondern das Interesse des Schuldners ausschlaggebend, wenn die Folgen ermittelt werden sollen<sup>43</sup>: Wird zB eine Behandlung für einen ganz genauen Zeitpunkt vereinbart und erscheint der zu Behandelnde (Gläubiger) nicht, so ist der Behandelnde (Schuldner) wohl nicht verpflichtet, die Behandlung weiterhin „bereit zu halten“ – „das Fixgeschäft fällt automatisch weg“<sup>44</sup>, sofern der Schuldner (sic!) nicht durch ein „Erfüllungsverlangen nach Fristablauf“<sup>45</sup> das Geschäft rettet (insofern richtig spricht der Gesetzeswortlaut nicht von Gläubiger und Schuldner, sondern vom „Rücktrittsberechtigten“, wobei dies allerdings trotzdem unrichtig ist, weil eben gar kein Rücktritt er-

forderlich ist<sup>46</sup> – es sollte wohl lauten „derjenige, der keine Verspätung zu vertreten hat“).

Hier geht es also nicht um Fälle der Unmöglichkeit, sondern nur um diese Fälle, in denen der Schuldner seine Leistung entweder erst andient oder bereits erbracht hat. Entspricht die vom Schuldner erbrachte Leistung dem Geschuldeten, so hat er den Vertrag erfüllt und seine Verbindlichkeit erlischt – dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 1412 ABGB. Ob der Gläubiger irgendetwas erklärt (zB durch Genehmigung oder Zurückweisung der angedienten Leistung), ist unerheblich (zu allfälligen nachvertraglichen Pflichten siehe unten). Soweit ersichtlich, dürfte einhellig die Meinung vertreten werden, dass ein Gläubiger nur in besonderen Konstellationen verpflichtet ist, die Leistung des Schuldners abzunehmen<sup>47</sup>. Unter „Abnahme“ kann dabei natürlich nur die „physische Mit- oder Wegnahme“ gemeint sein, weil der Gläubiger gemäß § 1426 ABGB sehr wohl verpflichtet ist, die Leistung des Schuldners zu quittieren. Diese Quittung kann nichts anderes sein als die Bestätigung der Erfüllung des Vertrages. Diese Bestätigung kann ggf auch eingeklagt werden<sup>48</sup> – es handelt sich also um eine „echte“ Rechtspflicht und nicht bloß um eine Obliegenheit. Eine allfällige Passivität des Gläubigers oder gar die Zurückweisung der Leistung durch diesen löst „Gläubigerverzug“<sup>49</sup> aus: „Nimmt der Gläubiger die ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht an, ist er im Gläubigerverzug (Annahmeverzug)“<sup>50</sup>. Die Judikatur scheint von einem Gläubigerverzug nur in den Fällen auszugehen, in denen der Schuldner die Leistung noch nicht erbracht, sondern bloß angedient hat<sup>51</sup>. Dies findet seinen Grund vielleicht im Wortlaut des § 1419 ABGB, wo die Rede davon ist, dass der Gläubiger zögert, die Leistung „anzunehmen“.

Problemlos ist ein solches Verständnis des Annahmeverzugs wohl hauptsächlich bei einer Holschuld bezüglich

42 Der dem zu Grunde liegende Wortlaut des § 1419 ABGB spricht davon, dass der Gläubiger „zögert“, die Leistung anzunehmen, wodurch klar wird, dass die Annahme nach wie vor möglich ist.

43 Beim „Fixgeschäft“ gemäß § 919 ABG wird zumeist von einem Schuldnerverzug ausgegangen und auf das Interesse des Gläubigers abgestellt – vgl zB Mayerhofer, Schuldrecht AT<sup>3</sup> S 383: „Will der Gläubiger nach Ablauf der Erfüllungszeit trotz eingetretenen Verzugs dennoch Vertragserfüllung, muss er dies ohne Verzug dem säumigen Schuldner mitteilen“ (Hervorhebungen im Original).

44 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 919 Rz 15 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

45 P. Bydlinski in ABGB Kurzkommentar<sup>7</sup> § 919 Rz 1.

46 Vgl zB Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 919 Rz 9 (Stand 1.8.2019, rdb.at): Der Vertrag „zerfällt“.

47 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1419 Rz 17 (Stand 1.10.2020, rdb.at): „Nach verbreiteter Ansicht ist Klagbarkeit [der Abnahme] erst gegeben, wenn es besondere Interessen des Schuldners verlangen [...]. Derartige Interessen sind insb dann anzunehmen, wenn er bei Abschluss des Vertrages ein erkennbares Interesse an der Wegschaffung des Leistungsgegenstandes hat“. Dies unter Verweis auf OGH 17.12.2001, 4 Ob 254/01h: „Die Nichtannahme der Ware durch den Käufer ist dann mehr als eine Obliegenheitsverletzung, wenn die Abnahme der Ware geschuldete Leistung

is einer synallagmatischen Hauptverpflichtung des Käufers ist. Solches ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Verkäufer ein konkretes, bei Abschluss des Kaufvertrages erkennbares Interesse an der Wegschaffung des Kaufgegenstandes hat. Dem Verkäufer wäre in diesen Fällen mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzuges nicht gedient, weil ihn die Nichtannahme schädigen könnte“.

48 Stabentheiner/Kolbitsch-Franz in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1426 Rz 7 (Stand 1.1.2023, rdb.at): „Der Schuldner hat [...] das Recht, klagsweise auf die Ausfolgung einer ordnungsgemäßen und vollständigen Quittung zu dringen“ (mwN; Hervorhebung im Original).

49 Vgl OGH 12.03.1996, 10 Ob 2035/96d (veröffentl: SZ 69/65): „Gläubigerverzug liegt vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner zur rechten Zeit [...], am gehörigen Ort [...] und auf die bedungene Weise [...] angebotene Leistung (vgl § 918 Abs 1 ABGB) nicht annimmt“.

50 Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> S 187.

51 Vgl zB OGH 12.03.1996, 10 Ob 2035/96d (veröffentl: SZ 69/65): „Gläubigerverzug setzt neben Fälligkeit der Schuld das Angebot der Leistung durch den Schuldner voraus“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

eines physischen Gegenstandes: Holt der Gläubiger die vom Schuldner bereitgestellte Sache nicht ab, so befindet er sich in Annahmeverzug. Schwieriger ist es zB, wenn eine Dienstleistung nicht „abgeholt“ wird (darauf, dass ein Verzug zur Unmöglichkeit führen kann, wurde bereits hingewiesen).

Bei Bringschulden kann zwischen solchen ieS und solchen iwS unterschieden werden: Bei ersteren ist irgendeine Mitwirkung des Gläubigers („Entgegennahme“) nötig, bei letzteren ist die Leistung vom Schuldner „irgendwo“ zu erbringen. Bei Bringschulden ieS ist ein Annahmeverzug – wie bei Holschulden – bei physischen Gegenständen denkbar, wenn nämlich der Gläubiger die Leistung zurückweist. Bei Bringschulden iwS scheidet eine Annahme (und damit auch ein Annahmeverzug) logisch aus: So zB wenn sich der Schuldner verpflichtet, eine Lieferung „vor der Türe“ abzustellen. Und wiederum gilt: Wenn die Leistung nicht aus der Lieferung eines physischen Gegenstandes besteht und der Zeitpunkt der Leistungserbringung bestimmender Vertragsinhalt ist, liegt allenfalls nachträgliche Unmöglichkeit vor.

Die Überlegungen zum Annahmeverzug fußen wohl auf Überlegungen zu physischen Lieferungen (sie sind allerdings nicht einmal dort überall anwendbar – siehe „Abstellen vor der Türe“). Es ist aber auch dann von einem Gläubigerverzug auszugehen, wenn sich der Gläubiger weigert zu bestätigen, dass durch die bereits erbrachte Leistung der Vertrag erfüllt wurde.

#### 4.1. Die Bedeutung des Gläubigerverzugs für den Gläubiger

Gemäß § 1419 ABGB fallen „die widrigen Folgen“ eines Annahmeverzugs auf den Gläubiger: Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs für den Gläubiger sollen offenbar dieselben sein, als wenn er übernommen hätte. Bei genauer Betrachtung kann eigentlich davon gesprochen werden, dass die Übernahme fingiert wird.

Wesentlich sind in diesem Zusammenhang die Punkte:

- Fälligkeit der Gegenleistung
- Übergang der Gefahr
- Beginn der Gewährleistungsfrist
- Beweislast für Erfüllung bzw Mangelhaftigkeit

##### 4.1.1. Gläubigerverzug und Fälligkeit

Sowohl bei vereinbarter Leistung Zug um Zug als auch bei vereinbarter Vorleistung des Schuldners wird beim Gläubigerverzug die Gegenleistung fällig (bzw die Zahlungsfrist in Gang gesetzt)<sup>52</sup>. Dies gilt, wenn der Schuldner seine Leistung (gehörig<sup>53</sup>) anbietet und muss noch viel mehr gelten, wenn er die von ihm geschuldete Leistung schon (gehörig) erbracht hat.

Nur am Rande und der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Eintritt der Fälligkeit von weiteren Umständen abhängig sein kann: Eine Abrechnung<sup>54</sup> oder Überprüfungsmöglichkeit<sup>55</sup> können erforderlich sein. Fälligkeit<sup>56</sup> tritt außerdem dann nicht ein, wenn der Gläubiger zwar die Erfüllung bestätigt, sich aber danach gewährleistungsrechtliche Mängel zeigen<sup>57</sup>.

##### 4.1.2. Gläubigerverzug und Gefahrtragung

Für den Kaufvertrag: „Der Annahmeverzug [...] überwälzt die Gefahr einer zufälligen Beschädigung oder Vernichtung des Kaufgegenstandes auf den Käufer“<sup>58</sup>. Für den Werkvertrag: „Nimmt [der Besteller] das Werk nicht ab, [...] so hat es bei den Folgen des [...] Annahmeverzugs zu bleiben“<sup>59</sup>.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass in vielen Fällen der bereits erbrachten Leistung gar keine Gefahr mehr drohen kann.

##### 4.1.3. Gläubigerverzug und Gewährleistung

„[D]ie Frist des § 924 zweiter Satz ABGB [beginnt] zu laufen [...], wenn der Käufer oder Werkbesteller in An-

52 Vgl RIS-Justiz RS0018401: Bei „Annahmeverzug des Käufers [tritt] die Fälligkeit des Kaufpreises schon im Zeitpunkt des wirklichen Lieferungsanbotes ein[...]“.

53 Vgl OGH 22.03.2002, 1 Ob 47/02x: „Der Werkvertrag ist vor gehöriger Erfüllung der zugesagten Leistung noch nicht erfüllt, der Werklohnanspruch daher gemäß § 1170 ABGB in einem solchen Fall noch nicht fällig“.

54 OGH 25.11.2021, 2 Ob 170/21w: „Wurde der Werklohn nicht im Vorhinein fix vereinbart, so wird er nicht mit der Vollendung des Werkes, sondern erst mit der Übermittlung einer ordnungsgemäßen Rechnung fällig“.

55 OGH 22.03.2002, 1 Ob 47/02x: „Der Werkunternehmer hat [...] dem Besteller stets Gelegenheit zur Überprüfung des Werks zu gewähren, und der Werklohn ist erst nach Prüfung des vollendeten Werks [...] zur Zahlung fällig“.

56 Genau genommen geht es um die Zurückbehaltung einer „an sich“ bereits fälligen Forderung: Mit der Bestätigung der Erbringung der

Leistung kann kein (weiterer) Verspätungsschaden geltend gemacht werden (siehe oben Fn 4).

57 Siehe OGH 30.06.2022, 4 Ob 52/22h: „Die entsprechende Einrede der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags kann dabei auch noch nach Abnahme des Werks in Unkenntnis von Mängeln erhoben werden, solange dem Besteller Verbesserungsansprüche zustehen“.

58 OGH 20.05.1953, 3 Ob 312/53; ebenso 15.02.2011, 4 Ob 147/10m (veröffentl: SZ 2011/16) unter Berufung auf die „einbellige Meinung der Lehre“: „[I]m Falle eines Annahmeverzugs [ist] der Gefahrenübergang der die Frist des § 924 ABGB auslösende Zeitpunkt“ – bemerkenswert ist die Verquickung von Gewährleistung und Gefahrtragung.

59 OGH 01.02.1972, 5 Ob 9/72 (veröffentl SZ 45/11).

*nahmeverzug gerät; auf die (spätere) tatsächliche Übergabe kommt es in diesem Fall nicht an*<sup>60</sup>.

Interessant in diesem Zusammenhang ist wohl, dass in der Stamfassung des ABGB weder explizit geregelt war, wann ein Mangel vorliegen muss, noch wann die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt. Dass nicht besonders erwähnt wurde, dass ein Mangel „ursprünglich“ sein muss, darf nicht verwundern, weil es logisch ist, dass ein Schuldner nicht für Dinge haften soll, die erst nach der ordnungsgemäßen Leistung passieren<sup>61</sup>. Die Bestimmung, dass Mängel „bei der Übergabe vorhanden“ sein müssen, kam erst bei der Reform des Gewährleistungsrechts 2002 ins Gesetz – die RV hat dabei ausgeführt: Es „soll zunächst klargestellt werden, dass die Gewährleistung einen schon bei der Übergabe vorhandenen Fehler voraussetzt. Für Mängel, die erst während des Gebrauchs der Sache auftreten und nicht bereits bei der Übergabe vorhanden waren, haftet der Veräußerer nicht“<sup>62</sup>. Wie gesagt: Eine völlige Selbstverständlichkeit (die seit der Novelle 2022 in § 933 (1) ABGB sogar noch einmal wiederholt wird)! Durch die angestrebte „Klarstellung“ wird aber wohl eher das Gegenteil erreicht, weil gerätselt wird, was denn genau eine „Übergabe“ ist und ob ein Unterschied zu einer „Übernahme“ besteht. Man bedenke: „[Es kann] nicht zweifelhaft sein, daß mit dem Hinweis auf die ‚Übernahme‘ die Notwendigkeit der in der Abnahme gelegenen Mitwirkung durch den Besteller herausgestrichen werden soll“<sup>63</sup>. In der Tat: § 1168a ABGB spricht davon, dass die Gefahr mit der „Übernahme“ übergeht und nicht mit der „Übergabe“, doch handelt es sich dabei um eine Frage der Gefahrtragung (dazu siehe oben) und nicht eine Frage der des Gewährleistungsrechts.

Auf die Übergabe abzustellen, ist übrigens auch für den in § 923 ABGB genannten Gewährleistungsfall, dass „eine nicht mehr vorhandene“ Sache veräußert wird, problematisch: Eine nicht mehr vorhandene Sache kann nicht mehr (zumindest nicht physisch) übergeben werden. Näher sollen die Probleme, die § 923 ABGB grundsätzlich bereitet, hier nicht näher erörtert werden<sup>64</sup>.

Alles zusammen dürfte es logisch erschienen sein, dass die Gewährleistungsfrist mit „der Leistung“ zu laufen beginnt.

In Zusammenhang mit Gewährleistung ist bis dato grundsätzlich nur die Rede von „Übergabe“ (nur bei der Lieferung von Tieren war immer die Rede von „Übernahme“ – dies kann aber ev darauf zurückgeführt werden, dass § 926 ABGB den Übernehmer von Tieren mit Obliegenheiten belastet). Zumindest seit der dritten Teilnovelle 2016 bis zur Novelle 2022 war in § 933 (1) ABGB sogar die Rede davon, dass die Gewährleistungsfrist „mit dem Tag der Ablieferung der Sache“ (Hervorhebung durch den Verfasser) beginnt. Noch weniger als ein „Übergeben“ erfordert ein „Abliefern“ eine Mitwirkung („Annahme“) des Bestellers – man denke über die bereits dargestellten Leistungen hinaus etwa daran, dass ein Gegenstand vom Lieferanten „vor die Haustüre“ oder „in den Garten“ gestellt werden soll. Mit der Novelle 2022 wurde das Wort „Ablieferung“ mit einer etwas kuriosen Begründung durch „Übergabe“ ausgetauscht: Der in der „Richtlinie verwendete Begriff ‚Lieferung‘ [ist] mit der ‚Übergabe‘ nach österreichischem Begriffsverständnis gleichzusetzen“<sup>65</sup> – aus welchem Grund hat man sich dann nicht für die wohl näher liegende „Ablieferung“ entschieden und den Begriff „Übergabe“ dadurch ersetzt?

Der historische Gesetzgeber hat also möglicherweise ursprünglich – zumindest in Zusammenhang mit Gewährleistung – sehr wohl bedacht, dass es Leistungen gibt, die ohne Zutun des Gläubigers erbracht werden können, und daher den Begriff „Übernahme“ vermieden.

#### 4.1.4. Gläubigerverzug und Beweislast

Einleitend wurde bereits dargestellt, dass sich mit der „Übernahme der Leistung (des Werkes), die den Anschein der Erfüllung für sich hat, [...] die Beweislast des Schuldners (Unternehmers), erfüllt zu haben, in eine Beweislast der Mangelhaftigkeit (der nicht vollständigen Erfüllung) des Gläubigers um[wandelt]“<sup>66</sup>.

Zu untersuchen ist nun, ob eine der „widrigen Folgen“ des Gläubigerverzugs diejenige ist, dass sich die Beweislast des Schuldners, erfüllt zu haben, in eine Beweislast des Gläubigers, dass die Leistung mangelhaft ist, wandelt. Grundsätzlich muss der Schuldner, der seine Erfüllung behauptet, diese auch beweisen<sup>67</sup> – daran kann sich auch dann nichts ändern, wenn der Gläubiger die Leis-

60 OGH 15.02.2011, 4 Ob 147/10m (veröffentl: SZ 2011/16).

61 Vgl etwa im Jahr 1991: Gschnitzer Österreichisches Schuldrecht AT<sup>2kor</sup> 132: „Der Mangel muss bei Übergabe bestehen. Der Veräußerer haftet also [...] nicht mehr für [Mängel], die nach Übergabe entstehen“ (Hervorhebung im Original).

62 „Zu § 924 ABGB“.

63 OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a.

64 Siehe dazu zB: P. Bydlinski in ABGB Kurzkommentar<sup>7</sup> § 923 Rz 4; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 8 (Stand 1.1.2016, rdb.at); Mayrhofer, Schuldrecht AT<sup>3</sup> 415 VI.

65 („Zu Artikel 1 (Verbrauchergewährleistungsgesetz)“) „Zu § 10“.

66 RIS-Justiz RS0018687 (OGH 09.10.1991, 1 Ob 577/91); die Wendung, dass nach der Übergabe die Beweislast „der nicht vollständigen Erfüllung“ beim Gläubiger liegt, ist wohl etwas unglücklich: Es wurde erfüllt, bloß mangelhaft – es bestehen keine Erfüllungsansprüche mehr.

67 Vgl zB OGH 25.04.2018, 9 Ob 8/18v: „Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen“.



tung zurückweist oder gar nichts tut und sich überhaupt nicht äußert. Erfüllung ist aber erst dann gegeben, wenn die Leistung dem Vertrag entspricht (und zwar „voll und ganz“). Unter dieser Voraussetzung müsste der Schuldner also auch beweisen, dass seine Leistung mangelfrei war.

Der Gläubiger kann nun bestrebt sein, dies dadurch auszunützen, dass er die vom Schuldner angediente Leistung mit der Behauptung, diese sei nicht vertragskonform, zurückweist und nicht annimmt, was ja – sollte die Behauptung zutreffen – gemäß § 1413 ABGB sein gutes Recht wäre: „Gegen seinen Willen kann [...] der Gläubiger [nicht] gezwungen werden, etwas anderes anzunehmen, als er zu fordern hat“ (wobei der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass dieses „Zurückweisungsrecht“ natürlich dann nicht besteht, wenn seine Ausübung schikanös wäre).

Besonders riskant scheint ein solches „Manöver“ (die Verweigerung der Annahme) für den Gläubiger übrigens nicht: Schlimmsten Falls befindet er sich im Annahmeverzug, was aber für ihn kaum (wesentlich) schlechter sein kann, als wenn er die Leistung angenommen hätte – seine Position unterscheidet sich kaum von jener, in der er sich bei Annahme befunden hätte (abgesehen davon, dass er die Leistung vielleicht nicht „konsumieren“ kann).

Dies widerspricht natürlich dem „natürlichen Rechtsgrundsatz“, wonach „sich niemand durch eigenes unredliches Verhalten Rechtsvorteile verschaffen“<sup>68</sup> darf. In der Tat fordert die Judikatur vom Schuldner nicht den „strengen Beweis“ der mangelfreien Leistung: „Dabei ist es ausreichend, dass die nicht angenommene Leistung prima facie mangelfrei ist“<sup>69</sup>.

In der Praxis wird wohl häufig versucht, die „Übernahme“ nachzuweisen. Bei einer expliziten Zurückweisung der Leistung durch den Gläubiger kann sich möglicherweise ein Fall von „Protestatio facto contraria non valet“<sup>70</sup> ergeben, doch soll dies hier nicht weiter erörtert werden.

## 4.2. Die Bedeutung des Gläubigerverzugs für den Schuldner

### 4.2.1. Grundsätzliches

Nimmt der Gläubiger die ordnungsgemäße Leistung des Schuldners nicht an (oder weist er sie sogar zurück), so

gerät er zwar in Gläubigerverzug, doch soll das Schuldverhältnis damit für den Schuldner eben noch nicht „erledigt“ sein: „Der Annahmeverzug des Gläubigers befreit [...] den Schuldner nicht von seiner Leistungspflicht“<sup>71</sup>.

Dies kann zumindest dann nicht richtig sein, wenn der Schuldner bereits ordnungsgemäß geleistet hat, womit sich gemäß § 1412 ABGB seine Verbindlichkeit aufgelöst hat. Wäre es richtig, wenn der Schuldner die Leistung „bloß“ andient, so würde dies zu einem Wertungswiderspruch führen: Die „bloß“ angediente Leistung ist eigentlich nicht von der bereits tatsächlich erbrachten Leistung zu unterscheiden – der Schuldner hat in beiden Fällen die übernommenen Pflichten erfüllt. Es ist nicht einsichtig, weshalb er schlechter gestellt sein soll, wenn der Gläubiger mit der Annahme der bloß angedienten Leistung in Verzug gerät.

Überhaupt erscheint die Judikatur zu den Folgen eines Gläubigerverzuges tw nicht leicht verständlich: „Das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis wird durch den Annahmeverzug des Käufers nicht aufgehoben“<sup>72</sup>. Das wäre völlig selbstverständlich und überhaupt nicht erwähnenswert, weil ja zB die noch nicht entrichtete Gegenleistung (als ein Teil des Schuldverhältnisses) natürlich geschuldet bleibt. Gemeint ist aber ohnehin nicht „Das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis“, sondern „Die durch den Vertrag begründete Leistungspflicht des Schuldners“ – genau dies kann aber nicht richtig sein, wie oben gezeigt wurde.

Dass der Schuldner durch das Andienen der von ihm geschuldeten Leistung grundsätzlich von seiner Leistungspflicht befreit ist, muss noch nicht bedeuten, dass ihm das Schicksal der angedienten, aber nicht übernommenen Leistung einerlei sein darf („Der Schuldner ist [...] auch zur Verwahrung des Leistungsgegenstandes verpflichtet“<sup>73</sup>): Es handelt sich dabei aber gegebenenfalls nicht um eine „Suspension“ der Erfüllung (der Hauptleistung), sondern gleichsam nachvertragliche Pflichten<sup>74</sup>.

An dieser Stelle sei wiederholt, dass all dies natürlich voraussetzt, dass

- der Schuldner die Leistung bloß andient, aber noch nicht erbracht hat; wie bereits mehrfach ausgeführt, wird die geschuldete Leistung häufig vom Schuldner erbracht, ohne zuvor angedient worden zu sein – in diesen Fällen scheidet irgendeine weitere Leistungspflicht natürlich aus.
- der Annahmeverzug nicht zu einer Unmöglichkeit der Leistung führt.

68 OGH 27.06.2019, 8 Ob 62/19d.

69 OGH 15.02.2011, 4 Ob 147/10m (veröffentl: SZ 2011/16).

70 Siehe ua Wenusch, Protestatio facto contraria non valet? ZVR 2005, 112.

71 OGH 11.06.1981, 7 Ob 639/80 (veröffentl: SZ 54/90).

72 OGH 01.02.1972, 5 Ob 9/72 (veröffentl: SZ 45/1).

73 OGH 11.06.1981, 7 Ob 639/80 (veröffentl: SZ 54/90).

74 Vgl Schopper, Nachvertragliche Pflichten S 10: „Pflichten, die sich auf die Absicherung der bereits erbrachten Hauptleistung beziehen (nachvertragliche Leistungstreuepflichten)“.

#### 4.2.2. Unbedingte Leistung

Die Leistung des Schuldners ist nur dann auf die gehörige Art erbracht, wenn dies unbedingt geschieht – im „Fall der Behauptung und des Bestehens eines Rückforderungsanspruchs [ist] eine Zahlung in diesem Sinn bloß vorläufig geleistet und nicht als Erfüllung der Verbindlichkeit anzusehen“<sup>75</sup>.

#### 4.2.3. Rücktritt bzw Aufhebung des Vertrages

„Dem Verkäufer steht bei Annahmeverzug des Käufers grundsätzlich kein Rücktrittsrecht vom Vertrag zu“<sup>76</sup>. Dies ist wohl nicht zu beanstanden, weil alleine durch den Annahmeverzug kein Interesse des Schuldners an einem Rücktritt zu sehen ist – wenn als Annahmeverzug bloß die Weigerung der Bestätigung der Leistung gesehen wird. Schuldet der Gläubiger zugleich die physische Mit- oder Wegnahme („Beseitigung“) und nimmt er diese nicht vor, so kann der Schuldner (in seiner Rolle als Gläubiger der Forderung auf Wegnahme) wie üblich (nach Nachfristsetzung) vom Vertrag zurücktreten. Dies gilt ebenso, wenn der Gläubiger die Gegenleistung nicht erbringt, die ja auch im Annahmeverzug fällig wird. Beim Werkvertrag kann in einem Annahmeverzug uU auch eine nicht erfolgte „zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers“ gesehen werden, was den Werkunternehmer (nach Setzung einer angemessenen Nachfrist) zur Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB berechtigen würde.

#### 4.2.4. Hinterlegung

Für den Fall, dass der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, drängt sich zunächst der Gedanke an die Möglichkeit zur Hinterlegung gemäß § 1425 ABGB auf. Eine solche „befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit“.

In der Tat ist der leistungsbereite Schuldner nicht in jedem Fall des Annahmeverzuges zur Hinterlegung berechtigt. Er ist dies vor allem dann, wenn der Gläubiger die Leistung zurückweist oder der Annahmeverzug sonst „einen **wichtigen Grund** darstellt“<sup>77</sup> – beispielsweise „bilden rechtliche oder tatsächliche Unklarheiten keinen Hinterlegungsgrund“<sup>78</sup>.

Es ist an dieser Stelle nicht notwendig, auf die Einzelheiten einer Hinterlegung einzugehen – dies würde den Rahmen bei Weitem sprengen, wie ein Blick auf den Umfang der einschlägigen Kommentarliteratur zeigt.

Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass Hinterlegung und Verwahrung sehr häufig nicht möglich sind: Dienstleistungen oder Unterlassungen können logischer Weise nicht hinterlegt werden.

#### 4.2.5. Quittung

Gemäß § 1426 ABGB ist der leistende Schuldner („Zahler“) berechtigt, vom Gläubiger („dem Befriedigten“) eine Quittung zu verlangen.

Weigert sich der Gläubiger, eine Quittung auszustellen, so kann der Schuldner

- seine Leistung zurückhalten<sup>79</sup> (sofern dies überhaupt noch möglich ist),
- auf Ausstellung einer Quittung klagen<sup>80</sup>.

Die Quittung wird von der hL (bloß) als Wissenserklärung angesehen. Dies ist aber wohl verfehlt: Zunächst ist ganz allgemein zu bemerken, dass es immer vom Einzelfall abhängt, ob eine Erklärung eine Willens- oder Wissenserklärung ist<sup>81</sup>. Konkret ist eine Quittung die Erklärung des Gläubigers, dass der Schuldner die geschuldete Leistung erbracht hat – dies wurde oben ausführlich erörtert. Damit tritt der Vertrag von der Ausführungs- in die Gewährleistungsphase. Dies ist eindeutig eine Rechtsfolge und Erklärungen mit Rechtsfolge-willen sind eben Willenserklärungen<sup>82</sup>.

75 OGH 30.11.2021, 5 Ob 90/21b.

76 OGH 29.04.2004, 6 Ob 89/04p.

77 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1425 Rz 43 (Stand 1.10.2020, rdb.at) mit Verweis auf OGH 25.03.2009, 3 Ob 255/08h (Hervorhebung im Original).

78 Stabentheiner/Kolbitsch-Franz in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 1425 Rz 18 (Stand 1.1.2023, rdb.at).

79 OGH 15.06.1989, 7 Ob 1516/89.

80 RIS-Justiz RS0033785.

81 Vgl dazu OGH 15.12.1997, 1 Ob 378/97p: „Immer ist die Auslegung einer Erklärung dafür maßgeblich, ob eine Willens- oder Wissenserklärung vorliegt“.

82 Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> S 51.

## Ergebnis

Welche Schlüsse sind aus diesen Überlegungen zu ziehen?

Wenn das Gesetz von Übergabe und Übernahme spricht, muss dies nicht unbedingt dasselbe bedeuten. Mit „Übergabe“ wird wohl grundsätzlich die Erbringung der Leistung durch den Schuldner angesprochen, mit „Übernahme“ deren Entgegennahme bzw. Genehmigung durch den Gläubiger.

Eine „Übergabe“ iZm Gefahrtragung muss nicht zugleich auch „Übergabe“ im gewährleistungsrechtlichen Sinn sein – und umgekehrt.

Mit der Übernahme kann ein Faktum (physischer Transfer), eine Erklärung oder eine Rechtsfolge gemeint sein kann. Das Faktum kann uU zugleich auch als Erklärung gesehen werden und zur Rechtsfolge führen, muss dies aber nicht unbedingt.

Die (ursprüngliche) Leistungspflicht des Schuldners wird durch dessen Leistung oder die Erklärung des Gläubigers, der Schuldner habe erfüllt („Übernahme“), beendet. Diese Erklärung bedeutet nicht, dass der Schuldner mangelfrei geleistet hat, weil allenfalls Gewährleistungs- oder Schadenersatzrechte bestehen bleiben.

Die Aussage „Der Gläubiger ist nicht zu Übernahme verpflichtet“ ist zu relativieren: Versteht man als Übernahme das Faktum der

Entgegen- oder Wegnahme, so ist sie nur dann richtig, wenn sich aus dem Vertrag keine entsprechende Pflicht ergibt. Versteht man darunter die Erklärung der Vertragserfüllung, so ist sie schlicht und einfach unrichtig, weil der Gläubiger zur Quittierung verpflichtet ist, was eben die Erklärung der Vertragserfüllung ist.

Nimmt der Gläubiger die ihm vom Schuldner ordnungsgemäß angediente Leistung nicht (sogleich!) entgegen, kann dies zur Unmöglichkeit führen – eine Verpflichtung zu weiterem Bereithalten der Leistung scheidet dann aus. Tatsächlich ist ein weiteres Bereithalten der geschuldeten Leistung nur bei bereits bestehenden physischen Sachen denkbar.

Das Konzept des Gläubigerverzugs ist zu überdenken: Leistet der Schuldner ordnungsgemäß und „übernimmt“ der Gläubiger nicht, so treten genau die Rechtsfolgen ein, die auch eingetreten wären, wenn er „übernommen“ hätte – die „eigentliche“ Schuld des Schuldners ist erloschen. Allfällige Bereithaltungs- und Verwahrungspflichten des Schuldners sind als nachvertragliche Pflichten zu klassifizieren.

### Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, Rechtsanwalt, kanzlei@ra-w.at.