

DISSERTATION

Das neue österreichische Gewährleistungsrecht - seine Auswirkungen auf Bauleistungen im internationalen Vergleich

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der technischen Wissenschaften

unter der Leitung von

O. Univ. Prof. i.R. Dipl.-Ing. Dr. techn.

Wolfgang J. OBERNDORFER

Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

TU-Wien

Univ. Prof. Dr. iur.

Manfred P. STRAUBE

Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Universität Wien

eingereicht an der Technischen Universität Wien

Fakultät für Bauingenieurwesen

von

Dipl.-Ing. Natascha **WEHSINGER**

A-1100 Wien, Van der Nüllgasse 48/20

Wien, im Dezember 2005

Kurzfassung

Die Umsetzung der EU-RL für den Gebrauchsgüterkauf und deren beinahe wörtliche Übernahme in das österreichische ABGB und in der Folge in die ÖNorm B 2110 Ausgabe 2002 begründete zahlreiche neue Begriffe und Änderungen im Gewährleistungsrecht.

Für Bauwerkverträge, bei denen die ÖNorm B 2110 vereinbart ist, ergeben sich daraus folgende inhaltlich relevante Änderungen:

- Die Gewährleistungsfristen wurden um ein Jahr verlängert.
- Die an die Gewährleistungsfrist anschließende Klagsfrist ist entfallen, somit hat eine etwaige gerichtliche Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erfolgen. Werden die Ansprüche nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend gemacht, sind sie verjährt.
- Die Dauer der Beweislastumkehr für die Tatsache, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war, wurde von zwei Jahren auf ein halbes Jahr verkürzt.
- Der Haftrücklass wurde von drei auf zwei Prozent reduziert.
- Das Recht des „Besonderen Rückgriffs“ wurde neu eingeführt.
- Die Ausgabe 2000 der ÖNorm legte bereits den Vorrang der Verbesserung vor den anderen Gewährleistungsbehelfen fest. War allerdings die Mangelbehebung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll bzw. war der AN mit der Verbesserung in Verzug, so konnte der AG auf die Preisminderung, teilweise auch auf die Wandlung zurückgreifen. Die Neufassung der ÖNorm Ausgabe 2002 legt nun zusätzlich fest, dass der AG auch dann dem AN nicht vorrangig die Mangelbeseitigungschance einräumen muss, wenn die Mangelbeseitigung mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den AG verbunden wäre oder die weitere Zusammenarbeit zwischen AN und AG wegen in der Person des AN liegender Gründe unzumutbar ist oder sich der AN weigert, die Mangelbehebung durchzuführen.
- Ob der AG das Recht auf Wandlung hat, entschied sich vor der Reform des Gewährleistungsrechts dadurch, ob der Mangel ein wesentlicher war. Nunmehr verwehrt das Vorliegen eines geringfügigen Mangels dem AG das Recht auf Wandlung.

Die neu eingeführten Begriffe definieren jedoch Gesetz und ÖNorm nur unzureichend.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, in wie weit eine Auslegung der neuen Begriffe für Kaufverträge und für Werkverträge, die nicht Bauleistungen betreffen, auch auf Bauwerkverträge anwendbar sind, wie weit Regelungen in den Standardvertragswerken VOB/B, SIA 118 und FIDIC auf die ÖNorm B 2110 übertragen werden können und liefert auf Besonderheiten der Bauwirtschaft Rücksicht nehmende Interpretationen unter zu Hilfenahme vieler Beispiele aus der Praxis.

Abstract

Due to legislation of the European Union the Austrian law concerning defects liability claims was modified. This new law was becoming effective by the beginning of 2002. With the new law the Austrian Standard ÖNorm B 2110 "General Conditions for Construction Contracts" had to be adapted as well. This adaptation became valid on 1st of March 2002. It caused several changes to the defects liability regulations and introduced a number of new terms to the standard conditions for construction contracts.

The most important changes are as follows:

- The defects notification periods were extended by one year.
- In the superseded regulations there was a one year period after the defects notification period in which the client was able to go to court with his rights resulting from the defects liability regulations. This has been changed: now the plaintiff has to go court within the defects notification period. If he does not, he loses his rights.
- The duration of shifting of the burden of proof for the presumption that the defect was existent at the time of the taking-over was reduced from two years to half a year.
- The liability bond was reduced from three to two percent.
- The right of the "Special Recourse" was newly introduced.
- The previous version of the ÖNorm B 2110 already maintained the priority of remedying the defect by the contractor himself instead of allowing the client to reduce the contract price or terminate the contract. The employer was not bound to this priority of remedying by the contractor if the defect could not be remedied for technical reasons or high costs or the contractor failed to remedy the defect within a reasonable time. The current version of the ÖNorm B 2110 adds to these already existing possibilities that the client does not have to accept remediation if it would lead to unbearable circumstances for the client or for serious reasons in the person of the contractor or the contractor refuses to remedy the defect.
- The definition of defects which allow the employer to terminate the contract was modified.

The new law and ÖNorm B 2110 do not define very clearly these new expressions and terms that were introduced newly.

This theses deals with the questions if definitions of these new terms created by lawyers for purchase or service contracts, that are not especially for construction, can be used or can be applied for construction contracts. Moreover it compares regulations concerning defects liability regulations of the German standard conditions for construction contracts according to VOB/B, the Swiss SIA 118 and the internationally used FIDIC contracts. It finally gives an interpretation of all the newly introduced terms in the Austrian ÖNorm B 2110 considering the specifics of construction contracts and provides many practical examples.

Inhalt

1	Einleitung	1
1.1	Allgemeines	1
1.2	Österreich	2
1.2.1	ABGB	2
1.2.2	ÖNorm B 2110 - Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen.....	4
1.2.3	Handelsgesetzbuch.....	5
1.3	Deutschland	5
1.4	Schweiz.....	6
1.5	FIDIC	6
2	Leistungsstörungen	8
2.1	Schuldverhältnisse	8
2.2	Leistungsstörungen.....	11
2.2.1	Unmöglichwerden der Leistung	13
2.2.2	Verzug	14
2.2.3	Positive Vertragsverletzung.....	15
2.2.4	mangelhafte Leistung (Gewährleistung)	15
2.3	Abgrenzung der Gewährleistung zu anderen Rechtsbehelfen	16
2.3.1	Produkthaftung.....	16
2.3.2	Garantie	17
2.3.3	Schadenersatz	17
3	Gewährleistung - Österreich	22
3.1	Der Mangel	22
3.1.1	Mangelhaftigkeit der Leistung.....	22
3.1.2	Mangelbegriffe	26
3.2	Einschränkungen	32
3.3	Fristen.....	37
3.4	Geltendmachung + Beweislast	54
3.5	Zurückbehaltung des Werklohnes: Haftungsrücklass / Einrede	67
3.6	Besonderer Rückgriff.....	71
3.7	Rechte aus der Gewährleistung	73
3.7.1	ABGB § 932 aF (alle Vertragstypen)	74
3.7.2	ABGB § 1167 aF (Werkverträge)	76
3.7.3	ÖNorm idF 2000.....	78
3.7.4	ABGB nF / ÖNorm idF 2002.....	81
3.7.5	Wandlung.....	84
3.7.6	Verbesserung/Nachtrag/Austausch	88
3.7.7	Preisminderung	91
3.8	Zusammenfassung der Änderungen in Österreich durch das GewRÄG	94
	Mangelbegriff	94
	Einschränkungen	94
	Fristen	94
	Geltendmachung und Beweislast	94
	Rückbehalt des Werklohns.....	94
	Besonderer Rückgriff.....	94

Rechte aus der Gewährleistung	95
4 Internationaler Vergleich	97
4.1 Mangel	97
4.2 Einschränkungen	98
4.3 Fristen und Geltendmachung	99
4.3.1 bei Übergabe	99
4.3.2 nach der Übergabe	100
4.3.3 Beweislast.....	101
4.4 Recht auf Rückbehalt des Werklohnes.....	102
4.5 Besonderer Rückgriff.....	102
4.6 Mängelrechte	103
5 Analyse der Gewährleistung aus bauwirtschaftlicher und juristischer Sicht.....	105
5.1 Etymologie	106
5.2 Unerheblichkeit	108
5.2.1 Literatur und Judikatur.....	109
5.2.2 Bauwirtschaftliche Auslegung.....	111
5.3 Behebbarkeit + Randbedingungen / Behebbarkeit im weiteren Sinn	116
5.3.1 Möglichkeit der Verbesserung oder des Austausches	118
5.3.2 Aufwand von Verbesserung/Austausch für den AN	120
5.3.3 Weigerung durch den AN von Verbesserung/Austausch.....	136
5.3.4 Fristüberschreitung	143
5.3.5 Beurteilung der Erheblichkeit von Unannehmlichkeiten für Verbesserung und Austausch für den AG	147
5.3.6 Beurteilung der Zumutbarkeit in Hinblick auf die Person des AN.....	149
5.4 Voraussetzungen für die Wandlung.....	154
5.5 Wahl zwischen Austausch und Verbesserung.....	161
5.6 Vornahme der Mangelbehebung	162
5.6.1 Angemessenheit einer Frist.....	163
5.6.2 Möglichst geringe Unannehmlichkeiten für den AG	171
6 Zusammenfassung.....	173
7 Verzeichnisse.....	182
7.1 Literaturverzeichnis	182
7.2 Abkürzungsverzeichnis	186
7.3 Abbildungsverzeichnis.....	188
7.4 Tabellenverzeichnis.....	190
A Gewährleistung - Deutschland.....	191
A.1 Der Mangel	191
A.1.1 Mangelhaftigkeit der Leistung.....	191
A.1.2 Mangelbegriffe	192
A.2 Einschränkungen	192
A.3 Fristen.....	195
A.4 Geltendmachung + Beweislast.....	200
A.5 Zurückbehaltung des Werklohnes	202
A.6 Besonderer Rückgriff.....	204
A.7 Rechte aus der Gewährleistung	204
A.8 Schadenersatz	210

B	Gewährleistung - Schweiz	213
B.1	Der Mangel	213
B.1.1	Mangelhaftigkeit der Leistung.....	213
B.1.2	Mangelbegriffe nach Schweizer Recht	213
B.2	Einschränkungen	216
B.3	Fristen	218
B.4	Geltendmachung + Beweislast.....	223
B.5	Recht auf Zurückbehalt des Werklohnes	228
B.6	Besonderer Rückgriff.....	230
B.7	Rechte aus der Gewährleistung	232
B.8	Schadenersatz	239
C	Gewährleistung - FIDIC	242
C.1	Der Mangel	242
C.1.1	Mangelhaftigkeit der Leistung.....	242
C.1.2	Mangelbegriffe	243
C.2	Einschränkungen	244
C.3	Fristen	245
C.4	Geltendmachung + Beweislast	249
C.5	Recht auf Zurückbehalt des Werklohnes	251
C.6	Besonderer Rückgriff.....	253
C.7	Rechte aus der Gewährleistung	254
C.8	Schadenersatz	257

1 Einleitung

1.1 Allgemeines

In Österreich sind die grundlegenden Rechte aus der Gewährleistung für alle Vertragsarten im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) verankert. Für Bauleistungen spezifiziert die ÖNorm B 2110 die Regelung des ABGB für mangelhaft erbrachte Leistung. Die zum Großteil aus dem Jahre 1812 stammenden Regelungen des ABGB galten beinahe unverändert bis Ende 2001. Einschneidende Änderungen entstanden durch den Erlaß der „Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Rates vom 25.Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ (im folgenden EU-Richtlinie, EU-RL, RL), die die österreichische Gesetzgebung zu Veränderungen zwang. Die EU-Richtlinie wurde im Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz (GewRÄG) BGBl I 2001/48 in nationales Gesetz umgesetzt. Die neuen Regelungen sind auf nach dem 31.12.2001 geschlossene Verträge anzuwenden.

Die Reform des Gewährleistungsrechts brachte die Einführung neuer gewährleistungsrechtlicher Begriffe mit sich, die weder das Gesetz noch die ÖNorm B 2110 ausreichend definiert. Diese Begriffe wurden bislang beinahe ausschließlich von Juristen kommentiert, nicht immer sind diese meist auf Kaufverträge bzw Werkverträge, die nicht Bauleistungen betreffen, zugeschnittenen Interpretationen ohne weiteres auf Bauwerkverträge anwendbar. Die vorliegende Arbeit sucht auf Basis eines logisch-deduktiven Forschungsansatzes nach einer auf die Besonderheiten der Bauwirtschaft Rücksicht nehmenden Auslegung der neuen Begriffe. Hierfür ist es erforderlich, sich nicht nur auf die speziellen gewährleistungsrechtlichen Regelungen der ÖNorm B 2110 zu konzentrieren, sondern sich auch mit dem gesetzlichen Rahmen, nämlich mit dem subsidiär geltenden ABGB, detailliert auseinanderzusetzen. Ein bei wissenschaftlichen Arbeiten üblicher „State of the Art Report“ ist einerseits in der Ausarbeitung der sich durch die Reform für das österreichische Gewährleistungsrecht ergebende Unterschiede in Kapitel 3 enthalten, andererseits wird in der Analyse der Gewährleistung aus bauwirtschaftlicher und juristischer Sicht in Kapitel 5 auf bereits hinsichtlich einzelner Begriffe Publiziertes eingegangen.

Bei internationalen Bauvorhaben kommt zumeist nicht das österreichische Recht zur Anwendung, sondern das am jeweiligen Ausführungsort geltende oder speziell vereinbarte Regelungen. Ein Vergleich des österreichischen Gewährleistungsrechts für Bauleistungen mit den in Deutschland (VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) und der Schweiz (SIA 118) geltenden Standardvertragsbedingungen sowie mit den international gebräuchlichen FIDIC-Verträgen erlaubt, die Unterschiede und Besonderheiten der verschiedenen Standardvertragswerke zu beleuchten und die Möglichkeit der Übertragung von Definitionen und Regelungen dieser Standardvertragswerke auf die neuen Begriffe der ÖNorm B 2110 zu untersuchen.

Die Ergebnisse, nämlich eine auf die Besonderheiten der Bauwirtschaft Rücksicht nehmende Auslegung der neu ins österreichische Recht eingeführten Begriffe, werden mit Praxisbeispielen unterlegt und plausibel gemacht.

1.2 Österreich

1.2.1 ABGB

Das ABGB legt im 17. Hauptstück (§§ 859-937) Regeln für Verträge und Rechtsgeschäfte fest. Diese allgemein gültigen Regeln des 17. Hauptstückes sind auf alle Vertragstypen anzuwenden, sofern in den nachfolgenden Hauptstücken, in denen speziell auf die einzelnen Vertragsarten eingegangen wird, nichts anderes bestimmt ist. Sonderbestimmungen, die ausschließlich für Dienst- und Werkverträge gelten, finden sich im 26. Hauptstück (§§ 1151 - 1174).

Die allgemein gültigen Gewährleistungsbestimmungen sind in den §§ 922 bis 933 geregelt. Für Werkverträge gelten die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ff nur so weit, als § 1167 nichts Abweichendes bestimmt.

Bauwirtschaftlich nicht relevant sind die §§ 925 bis 927, sowie § 932a, da diese die Gewährleistung bei der Übergabe von Vieh regeln.

Aufbauend auf dem Westgalizischen Gesetzbuch, ein Entwurf für die Kodifikation des gesamten Privatrechts, erstellt von der von Leopold II. eingesetzten Hofkommission in Gesetzessachen unter der Leitung des Wiener Naturrechtsprofessors Karl Anton Martini, erstellte dessen Nachfolger Franz Zeiller eine erste Fassung für das ABGB. Diese wurde am 01.06.1811 mit Wirksamkeit vom 01.01.1812 veröffentlicht und zirka hundert Jahre später in drei Teilnovellen der Jahre 1914 bis 1916 reformiert.¹ Im Zuge dieser Reformen wurden auch Änderungen am Gewährleistungsrecht vorgenommen.

Seit Anfang der Neunzigerjahre stand außer Streit, dass das österreichische Gewährleistungsrecht reformbedürftig war. Es schien, dass die in wesentlichen Teilen aus dem Jahr 1811 stammenden Regeln den Anforderungen des modernen Rechts- und Wirtschaftslebens nicht mehr ganz gerecht wurden. Das Gewährleistungsrecht des ABGB war in erster Linie auf den Kauf von Ross und Wagen, von Haus und Hof zugeschnitten und nicht auf Massenprodukte.² Daher beschäftigten sich bereits zu Beginn der 90er Jahre namhafte Juristen in Österreich mit einer Reform des Gewährleistungsrechts. 1994 und 1995 wurden erste Ministerialentwürfe vom BMJ zur allgemeinen Begutachtung versendet. Massive Widerstände waren die Folge.

In der Folge konzentrierten sich die Reformbestrebungen in Richtung EU bei der Mitarbeit an einem von der Europäischen Kommission 1996 vorgelegten Richtlinienentwurf. Dieser wurde dann am 25.05.1999 als Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates „zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“ (ABl. Nr. L 171 vom 07.07.1999, S 12) veröffentlicht und musste von den Mitgliedstaaten bis am 01.01.2002 in nationales Recht umgesetzt werden.

Ziel der RL war es, grenzüberschreitende Verkäufe von Verbrauchern zu fördern, einheitliche Mindestvorschriften zu schaffen und dadurch Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen. Sie

¹ Vgl Hoke, S 273f.

² Koziol/Welser II¹², S 63.

beschränkt die neuen Regelungen aber auf Kauf- und Werklieferungsverträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern über bewegliche körperliche Sachen. Verträge zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen zwei Unternehmern sind von der RL nicht erfasst.

Ihr wesentlicher Inhalt ist der Vorrang der Verbesserung (Nachbesserung) bzw des Austausches (Ersatzlieferung) vor Preisminderung und Wandlung, eine Mindestdauer der Gewährleistungsfrist von 2 Jahren ab Lieferung, die Festlegung der (widerlegbaren) Vermutung der Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung bei Hervortreten eines Mangels innerhalb von 6 Monaten ab Lieferung (keine Rügepflicht, allerdings Option offen gelassen), ein Gebot der Transparenz der Garantiezusagen und ein Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gegen seine Vormänner (nicht zwingend vorgesehen).

Zur Erreichung eines höheren Schutzniveaus für Verbraucher obliegt den einzelnen Mitgliedsstaaten, strengere Bestimmungen zu vereinbaren.

Erst als die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf die Mitgliedstaaten der EU verpflichtete, weite Bereiche ihres Gewährleistungsrechts den europäischen Vorgaben anzupassen, trat die Reform des österreichischen Gewährleistungsrechts in ein neues Stadium.³

Auf Basis eines von *Welser* und *B. Jud* verfassten Gutachtens und zahlreicher Diskussionen (ua am 14. Österreichischen Juristentag im Mai 2000) bildete ein von *Welser* im Zusammenwirken mit dem BM für Justiz verfasster Gesetzesvorschlag die Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem die RL im ABGB und im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) umgesetzt und das österreichische Gewährleistungsrecht geändert wurde.⁴

Obwohl sich die Definition des Verbrauchers und des Verkäufers (Unternehmers) in der RL nicht ganz mit den Begriffen des österreichischen KSchG deckt, wäre eine Umsetzung der RL ausschließlich im KSchG (unter Zugrundelegung des österreichischen Verbraucherbegriffes) zulässig gewesen. In Österreich wurde die RL jedoch zum Anlass genommen, das gesamte Gewährleistungsrecht zu reformieren, ergänzt durch damit eng zusammenhängende Bestimmungen des Schadenersatzrechts. Das übrige Leistungsstörungenrecht blieb unverändert.⁵

Ein wichtiges Ziel dieser Gesamtreform war die Vereinheitlichung der bislang unterschiedlichen Bestimmungen des allgemeinen Gewährleistungsrechts, des Verbraucherschutzrechts und des Werkvertragsrechts. Daher wurden die Kernpunkte der RL im ABGB (Mangelbegriff (Art 2 der RL), die Gewährleistungsbehelfe (Art 3 der RL), die Gewährleistungsfrist (Art 5 der RL) und für die Vermutung, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war (Art 5 Abs 3 der RL)) und gewisse Bestimmungen der RL, bei denen der Verbraucherschutzgedanke im Vordergrund steht, im KSchG umgesetzt (Regeln über die freiwillige Garantie (Art 6 der RL), über die Gewährleistung von Montagefehler und fehlerhafter Montageanleitungen (Art 2 Abs 5 der RL) und die

³ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 63.

⁴ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 63 f.

⁵ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 64.

Verbandsklage (Art 10 der RL)). Die Sonderbestimmungen für das Werkvertragsrecht sind entfallen, in § 1167 ABGB wird lediglich auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 922 - 933 verwiesen.⁶

Am 08.05.2001 wurde das BGBL I 2001/48 (GewRÄG) veröffentlicht, es trat mit 01.01.2002 in Kraft und ist auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31.12.2001 geschlossen werden.

In Tabelle 1 ist die geschichtliche Entwicklung der einzelnen für die Bauwirtschaft relevanten und in der vorliegenden Arbeit behandelten Paragraphen dargestellt. Die Paragraphen §§ 923, 929 und 930 sind in ihrer ursprünglichen Fassung aus dem Jahre 1811 bis heute unverändert geblieben. Die Paragraphen § 928, sowie §§ 931 bis 933 und § 1167 wurden im Zuge der Kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle des ABGB geändert, § 924 wurde aufgehoben. Mit dem GewRÄG wurden die §§ 922, 932, 933 und 1167 geändert, § 924 wiedereingeführt und die §§ 933 a und b erstmals eingeführt.

ABGB	Entwicklung			Behandelte Fassungen (Inkrafttreatedatum)	
	Inkrafttreatedatum	Teilnovelle 1916	Novelle 2001	gültig bis 01.01.2002	gültig ab 01.01.2002
922	01.01.1812		Änderung	01.01.1812	01.01.2002
923	01.01.1812			01.01.1812	01.01.1812
924	01.01.1812	Aufhebung	Wiedereinführung		01.01.2002
928	01.01.1812	Änderung		01.01.1917	01.01.1917
929	01.01.1812			01.01.1812	01.01.1812
930	01.01.1812			01.01.1812	01.01.1812
931	01.01.1812	Änderung		01.01.1917	01.01.1917
932	01.01.1812	Änderung	Änderung	01.01.1917	01.01.2002
933	01.01.1812	Änderung	Änderung	01.01.1917	01.01.2002
933 a			Einführung		01.01.2002
933 b			Einführung		01.01.2002
1167	01.01.1812	Änderung	Änderung	01.01.1917	01.01.2002

Tabelle 1: Entwicklung der für die Gewährleistung in der Bauwirtschaft relevanten Paragraphen des ABGB

1.2.2 ÖNorm B 2110 - Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen

Die ÖNorm B 2110 ist eine Vertragsnorm. Sie enthält standardisierte Vertragsbedingungen für Bauleistungen und muss, um im Vertrag Gültigkeit zu erlangen, von den Vertragspartnern vereinbart werden.

Die erste dieser Standardvertragsbedingungen für Bauleistungen erschien in Österreich 1926 als ÖNorm B 2002 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“. Seither wurde sie mehrmals überarbeitet und unter neuem Namen als B 2110 neu aufgelegt.⁷ Die letzten Auflagen stammen vom 01.03.1995, 01.03.2000 und 01.03.2002.

⁶ Vgl. *Koziol/Welser II*¹², S 64 f.

⁷ Vgl. *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 1 f.

Der Bauvertrag ist nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung ein Werkvertrag, damit ist subsidiär zur ÖNorm B 2110 das ABGB, im Besonderen das Werkvertragsrecht anzuwenden.⁸

Die Gewährleistungsbestimmungen sind in der ÖNorm B 2110 dF 2000 unter Punkt 5.44 geregelt, in der B 2110 dF 2002 unter Punkt 5.45. Änderte die Fassung 2000 die Bestimmungen des ABGB noch teilweise ab und passte sie an die Besonderheiten des Bauwerkvertrages an, so orientiert sich die Fassung 2002 - im Sinne der Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts - sehr stark an den neuen Bestimmungen des ABGB. Bei der Überarbeitung der ÖNorm wurden viele Passagen des ABGB wortgleich bzw ohne inhaltliche Änderung übernommen.

Ist im Folgenden nur mehr von der ÖNorm, ohne weitere Bezeichnung, die Rede, ist in jedem Fall die ÖNorm B 2110 gemeint.

1.2.3 Handelsgesetzbuch

Das Handelsrecht ist Sonderrecht für Kaufleute bzw wirtschaftliche Unternehmen. Bestehende Zivilrechtsvorschriften werden durch das Handelsgesetzbuch (HGB) im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des kaufmännischen Rechtsverkehrs ergänzt und geändert. Es beruht auf den Prinzipien einer interessengerechten Abwicklung des Geschäftsverkehrs, nämlich Bewegungsfreiheit, einfache und rasche Abwicklung, Vertrauensschutz, Entgeltlichkeit, Privatautonomie und verschärfte Haftung.⁹ Die Bestimmungen des HGB finden nur auf Kaufleute Anwendung. Den Kaufmannsbegriff definiert das HGB im ersten Abschnitt (§§ 1 - 7).

Ist das HGB anzuwenden, so legt § 377 bei Vorliegen von Handelsgeschäften besondere Bedingungen für die Übergabe von Gütern beim Kaufvertrag fest.

1.3 Deutschland

Die DIN 1961 idF 12/2002 „VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ (VOB/B, VOB) ist das deutsche Pendant zur ÖNorm B 2110. In § 13 sind Ansprüche aus mangelhafter Leistung geregelt.

Auch in Deutschland erfolgte - veranlasst durch den Erlass der EU-RL - eine Änderung des Schuldrechts. Diese wurde im sog Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) umgesetzt und die VOB an die Änderungen mit der Fassung 2002 angepasst. Die VOB/B wurde am 29.10.2002 im Bundesanzeiger Nr 202a/2002 veröffentlicht und ist für alle ab diesem Datum geschlossene Bauverträge anwendbar, wenn die Geltung der VOB/B vereinbart wurde.¹⁰ Wie bei ÖNorm-Verträgen subsidiär das ABGB anzuwenden ist, hat auch bei Verträgen, bei denen die VOB vereinbart wurde, das BGB subsidiäre Gültigkeit.

⁸ Vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 2.

⁹ Vgl *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, S 1 ff.

¹⁰ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 889.

Bei der Vereinbarung der VOB ist darauf zu achten, dass das Standardvertragswerk möglichst gesamt vereinbart wird, da die Rechtsprechung die VOB nur insgesamt als ausgewogen erachtet. Kombinationen aus dem BGB-Werkvertragsrecht und VOB/B-Bedingungen können überraschend, benachteiligend und damit unwirksam sein. Es gilt dann nur noch das BGB.¹¹

1.4 Schweiz

Analog zur österreichischen ÖNorm B 2110 und zur deutschen VOB/B wird vom Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein ein Standardbauvertragswerk, die SIA 118 „Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“, herausgegeben. Die derzeit gültige Fassung ist die Ausgabe 1991.

Sie gilt - ebenso wie die ÖNorm und die VOB - nur dann, wenn ihre Gültigkeit vertraglich vereinbart wurde, und ist für alle Bauarbeiten anwendbar. Punkt 6 (Artikel 157 - 182) der SIA 118 beinhaltet die Bestimmungen über die Abnahme des Werkes und die Haftung für Mängel.

Subsidiär gilt das Schweizer Obligationenrecht, auf das in einzelnen Bestimmungen der SIA-Norm hingewiesen wird. Regeln, die schon von Gesetzes wegen gelten, sind in der Norm durch Hinweise auf die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen gekennzeichnet.¹²

1.5 FIDIC

Die bisher behandelten Standardvertragswerke (ÖNorm, VOB und SIA) sind alle auf nationaler Ebene erstellt und im Einsatz, vielfach erfordern aber internationale Bauprojekte wegen der komplexeren Anforderungen, die ein internationales (Groß-)Projekt birgt (Anzahl und Sitz der Beteiligten,...), spezielle Regelungen und Bedingungen.

Daher wurde 1913 die Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) als internationaler Zusammenschluss nationaler Ingenieursverbände in Belgien gegründet, der heute ca 70 Mitgliederverbände umfasst. In dieser Organisation wurden - ursprünglich basierend auf den englischen ICE-Conditions - zahlreiche Musterverträge (FIDIC-Verträge) entwickelt. Die letzte Auflage stammt aus 1999.

Es wurden folgende verschiedene, auf die Besonderheiten verschiedener Projektarten achtende FIDIC-Standardvertragsbedingungen veröffentlicht:

- "Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer" (Construction Contract, CONS, (New) Red Book¹³),
- "Conditions of Contract for Plant and Design-Build, for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor" (P&DB, Yellow Book),

¹¹ Vgl *Medek*, Querschnittsanalyse ausgewählter Bestimmungen von Standardbauverträgen, S 27 f.

¹² *SIA 118*, 1991, S 5.

¹³ Bezeichnung gem Einbandfarbe.

-
- "Conditions of Contract for EPC¹⁴/Turnkey Projects" (EPCT, Silver Book) und
 - "Short Form of Contract" (Green Book).

Die Anwendung der Bedingungen des *Construction Contracts* ist dann zielführend, wenn im Mittelpunkt der vertraglichen Leistungspflicht die Erstellung eines Bauwerkes steht, wobei das Werk nach der großteils vom *Employer* (AG) zur Verfügung gestellten Planungsleistung vom *Contractor* (AN) erstellt und die Herstellung vom *Engineer* (ÖBA, beratender Ingenieur) überwacht wird.

Der P&DB-Vertrag ist gedacht für die Erbringung von Leistungen, bei denen der *Contractor* die Planung und Ausführung übernimmt. Die Leistung selbst kann eine elektrische- oder mechanische Anlage oder auch eine Bauleistung sein.

Der EPC-Vertrag ist konzipiert für Projekte, in denen die gesamte Verantwortung für Planung und Ausführung, üblicherweise auch die Vergabe, in einer Hand liegt. Ziel ist die schlüsselfertige Errichtung einer funktionsbereiten Anlage.

Das *Green Book* wird für Leistungen mit relativ kleinem, finanziellen Umfang oder Projekte, die mehr oder weniger einfache bzw sich wiederholende Arbeiten ohne die Verwendung von spezialisierten Subunternehmern enthalten, empfohlen.

Im Folgenden wird die Mängelhaftung bei CONS-Verträgen und P&DB-Verträgen näher untersucht. In beiden Standardvertragswerken sind die Bestimmungen die Mängelhaftung betreffend in Klausel 11 „*Defects Liability*“ festgelegt.

Fachvokabular wird bei erster Verwendung zwar übersetzt, im Text werden jedoch die englischen Originalbezeichnungen weiter verwendet, da teilweise nur eine Umschreibung und keine eindeutige Übersetzung möglich ist und sich die englischen Begriffe uU nicht ganz mit der Bedeutung der deutschen Ausdrücke decken.

¹⁴ "engineer, procure, construct".

2 Leistungsstörungen

2.1 Schuldverhältnisse

Schuldverhältnisse gründen sich unmittelbar auf ein Gesetz oder ein Rechtsgeschäft. Auf Grund des Gesetzes, für diese Art von Schuldverhältnis ist das Abschließen eines Vertrags nicht erforderlich, entsteht eine Vielzahl von Schuldverhältnissen ua aus ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, erlittener Beschädigung, etc.¹⁵ Ursprung eines Schuldverhältnisses aus einem Rechtsgeschäft ist ein Vertrag. Der Beginn eines vertraglichen Schuldverhältnisses ist das gültige Zustandekommen des Vertrags.

Allerdings gibt es auch ein per Gesetz festgelegtes, vorvertragliches Schuldverhältnis („culpa in contrahendo“). *Geschäftspartner treten schon mit der Aufnahme eines Kontaktes zu geschäftlichen Zwecken von Gesetz wegen (§ 859) in ein beiderseitiges Schuldverhältnis, das sie zu gegenseitiger Rücksicht bei der Vorbereitung und Abschluß eines Vertrages verpflichtet, von dessen Zustandekommen es aber unabhängig ist.*¹⁶ Vor Vertragsabschluß bestehen lediglich Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die durch den Geschäftskontakt möglicherweise einer Gefährdung ausgesetzten Personen und Rechtsgüter des Partners gegen Verletzungen absichern, und die jenen nach Vertragsabschluß entsprechen.¹⁷

Ein Schuldverhältnis ist *die Gesamtheit aller zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden wechselseitigen Rechte und Pflichten*¹⁸. Zumeist entstehen bei beiden Vertragspartnern Hauptleistungspflichten, die erstens den Vertragstyp charakterisieren und jeden der beiden Partner zu Schuldner und Gläubiger zugleich macht. Beide Forderungen entstehen aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft, sie haben einen gemeinsamen Entstehungsgrund und Zweck, sowie ein weitgehend gemeinsames Schicksal. Solcherart begründete Verträge heißen „synallagmatische“ oder „gegenseitige“ Verträge (Synallagma = Austausch), charakterisiert durch ihre zweiseitige Verbindlichkeit und Entgeltlichkeit. Vertragstypen wie zB Kauf, Tausch, Miete, Pacht, Werkverträge und Dienstverträge zählen zu dieser Gruppe.¹⁹

Die Verknüpfung in Form eines Synallagmas hat folgende wichtige Konsequenzen:²⁰

1. Ist die Verpflichtung eines Vertragspartners ursprünglich gar nicht entstanden, so ist auch jene Verpflichtung des anderen Vertragspartners von vornherein ungültig.
2. Tritt während der Abwicklung des Geschäfts eine Leistungsstörung auf, so hat dies auch für die Verpflichtung des Vertragspartners Auswirkungen.

¹⁵ Vgl. Koziol/Welser II¹², S. 11; vgl. § 859 ABGB.

¹⁶ Koziol/Welser II¹², S. 15.

¹⁷ Vgl. Koziol/Welser II¹², S. 15.

¹⁸ Koziol/Welser II¹², S. 3.

¹⁹ Vgl. Koziol/Welser II¹², S. 3.

²⁰ Vgl. Koziol/Welser II¹², S. 4.

Der Schuldinhalt besteht im Regelfall aus **Art der Leistung**, der **Leistungszeit** und dem **Erfüllungsort**.

Die Art der Leistung kann ein Tun oder ein Unterlassen sein. Die Leistung selbst ist *das vom Schuldner auf Grund des Schuldverhältnisses zu setzende Verhalten, das der Befriedigung eines Interesses des Gläubigers dient*²¹, wobei darunter entweder nur die Leistungshandlung zu verstehen ist oder - im Falle eines Werkvertrags - auch einen Leistungserfolg bedeutet. Dementsprechend wird im Handwörterbuch der Bauwirtschaft die Leistung in der Betriebswirtschaft als *das gelungene Ergebnis eines betrieblichen Erzeugungsprozesses von Gütern und/oder Dienstleistungen*²² definiert.

Die Leistungszeit oder Fälligkeit (jener *Zeitpunkt, in dem der Schuldner die Leistung bewirken und der Gläubiger sie annehmen soll*²³) kann von den Vertragsparteien vereinbart werden oder gesetzlich vorgegeben sein. Ist sie auf diese Weise nicht bestimmt, so richtet sie sich nach Natur und Zweck der Leistung. Entsprechend § 1413 ABGB können die Parteien die Fälligkeit nachträglich nicht einseitig, sondern nur einvernehmlich ändern.²⁴

Erfüllungsort ist jener, *an dem die Leistung erbracht und entgegengenommen werden soll*²⁵.

Das Entstehen für die Schuld ist die Haftung. Wird die Schuld nicht erfüllt, so kann sie der Gläubiger durchsetzen und dabei auf das Vermögen des Schuldners greifen. Im Schadenersatzrecht bedeutet „Haftung“ die Verantwortung für einen Schaden und ist somit eine Ersatzpflicht.²⁶

Eine Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses führt nur zu Schadenersatzansprüchen, wobei der verursachte Schaden zu ersetzen ist - soweit es sich um Vermögensschäden handelt - der Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse). Vor dem Vertragsabschluß besteht keine Erfüllungspflicht, weshalb auch kein positives Vertragsinteresse (Erfüllungsinteresse) verletzt sein kann. Es besteht die Pflicht zur Aufklärung sowie zur Unterlassung irreführenden Verhaltens.²⁷

Je nach vereinbarten Rechten und Pflichten ergeben sich verschiedene Vertragstypen, wobei auch Mischformen möglich sind:²⁸

- Veräußerungsverträge (Kauf, Tausch, Schenkung)
- Gebrauchsüberlassungsverträge (Nutzung wird auf Zeit überlassen): Miete, Pacht, Leihe
- Arbeitsverträge (Tätigkeit wird geschuldet)

²¹ Koziol/Welser II¹², S 22.

²² Jodl/Oberndorfer, Handwörterbuch, S 95.

²³ Koziol/Welser II¹², S 34.

²⁴ Vgl Koziol/Welser II¹², S 34.

²⁵ Koziol/Welser II¹², S 36.

²⁶ Vgl Koziol/Welser II¹², S 9.

²⁷ Vgl Koziol/Welser II¹², S 18.

²⁸ Koziol/Welser II¹², S 142.

- Arbeitsvertrag (abhängige Stellung des Dienstnehmers)
- Werkvertrag (Pflicht zur Erbringung einer erfolgreichen Leistung)
- freier Dienstvertrag: Tätigkeit geschuldet, Dienstnehmer nicht weisungsgebunden
- Verwahrungsvertrag (Überlassung von Raum für eine Sache, Obhutspflichten)
- Auftrag (rechtsgeschäftliche Tätigkeit)
- Gesellschaftsverträge
- Glücksverträge

Für die Erstellung einer Bauleistung wird idR ein Werkvertrag geschlossen. Allerdings kommen selbstverständlich auch andere Vertragstypen zur Anwendung, zB der Kaufvertrag bei Materialbeschaffung, Arbeitsverträge bei der Beschäftigung von Mitarbeitern, etc.

Werkvertrag

Der Bauvertrag stellt einen typischen Werkvertrag dar (§§ 1165 - 1174 ABGB). Unter einem Werkvertrag wird eine Vereinbarung verstanden, durch die sich der eine Vertragsteil (Werkunternehmer, Auftragnehmer (AN)) gegen Entgelt, in nicht abhängiger Arbeit gegenüber dem anderen Vertragsteil (Werkbesteller, Auftraggeber (AG)) zur Herstellung eines den Wünschen des AG entsprechenden Werkes verpflichtet, das er entweder persönlich ausführt oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen lässt. Der AN schuldet den Erfolg, nicht aber die Arbeit, das Bemühen, den Dienst. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um die Herstellung einer neuen Sache oder um die Veränderung einer bestehenden Sache handelt.²⁹

Kaufvertrag

Bei einem Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer zur Übergabe und Überbringung einer Sache und der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises (§§ 1053, 1061 f).³⁰

Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag kann schwierig sein, da in beiden Fällen die „Lieferung einer Sache“ Vertragsgegenstand ist. Im Zweifelsfall nimmt § 1166 ABGB die Abgrenzung vor: Hat der AN neben der Werkerstellung auch noch den Stoff zu liefern, liegt ein Kaufvertrag vor, liefert der AG den Stoff, so ist der Vertrag im Zweifelsfall als Werkvertrag zu betrachten.³¹

Werklieferungsvertrag

Der Begriff des Werklieferungsvertrag stammt aus dem deutschen Recht, dem dRdGBI aus dem Jahre 1897, dem heutigen BGB, das im Zuge des Anschlusses an Deutschland in Österreich 1939 Gültigkeit erlangte. Nach dem deutschen BGB (§ 651) wird darunter ein

²⁹ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 13.

³⁰ Koziol/Welser II¹², S 154.

³¹ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 14.

Vertrag verstanden, der die Herstellung einer unvertretbaren³² Sache aus einem vom Unternehmer beizustellenden Stoff zum Inhalt hat.³³

Exkurs

Das deutsche BGB kennt anstelle von Kauf und Werkvertrag vier Vertragstypen.³⁴

- Kaufvertrag (Übergabe und Eigentumsübertragung an einer (vorhandenen) Sache),
- Lieferungskauf (Herstellung einer vertretbaren, beweglichen Sache aus einem vom AN zu beschaffenden Stoff),
- Werklieferungsvertrag (Herstellung einer unvertretbaren, beweglichen Sache aus einem vom AN zu beschaffenden Stoff)³⁵ und
- Werkvertrag (Rest, dh wenn entweder der Stoff des AG verarbeitet wird oder ein unbewegliches Werk herzustellen ist).

Ende Exkurs

Dem österreichischen Recht ist der Begriff des Werklieferungsvertrags fremd, das dem deutschen BGB zugrunde liegende österreichische HGB spricht in der Anmerkung zu § 381 Abs 2 dennoch von einem Werklieferungsvertrag, *wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist*³⁶. Die Definition des österreichischen HGB entspricht der deutschen Definition, wobei in Österreich - im Gegensatz zu Deutschland - nur unter Anwendung des HGB von einem Werklieferungsvertrag gesprochen wird, dh nur wenn beide Vertragsparteien Kaufleute sind.³⁷

Nach herrschender deutscher Ansicht³⁸ fallen aber Bauleistungen nicht in die Kategorie des Werklieferungsvertrags, weil der Bauunternehmer zwar die Materialien selbst beschafft, diese aber durch den Einbau Bestandteil des Grundstücks werden, das einen vom AG beigestellten Stoff darstellt, und Vertragsinhalt die Herstellung einer unbeweglichen Sache ist. Wird ein unbewegliches Werk hergestellt, so handelt es sich immer um einen Werkvertrag (siehe obige Definition der Vertragstypen).

2.2 Leistungsstörungen

Nicht immer wird die Leistung wie vereinbart erbracht. Mögliche Leistungsstörungen, dh *Störungen bei der Erfüllung (Abwicklung, Durchführung) des Schuldverhältnisses*³⁹, sind das

³² Unvertretbar sind Sachen, die im Verkehr nach individuellen Merkmalen bestimmt werden, zB Kunstwerke, Maßanzüge, etc, während vertretbare Sachen nicht nach individuellen Merkmalen bestimmt werden, sondern nach Maß, Zahl und Gewicht. (Vgl *Koziol/Welser I*¹², S 84 f).

³³ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 243.

³⁴ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 149 f.

³⁵ Vgl auch *Kölber*, Juristisches Wörterbuch, S 480.

³⁶ HGB § 381 Abs 2.

³⁷ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1143; vgl auch *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 149 f.

³⁸ siehe dazu auch *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1143.

³⁹ *Koziol/Welser II*¹², S 42.

Unmöglichwerden, der Verzug, die mangelhafte Leistung und die positive Vertragsverletzung.

Um das durch diese Leistungsstörungen verursachte Ungleichgewicht im ursprünglichen Vertragsverhältnis (Preis:Leistung) auszugleichen, sehen Gesetz und Normen bestimmte Regeln abhängig von Art, Ursache, Verschulden und Zeitpunkt der Leistungsstörung vor.

Vor der Übergabe kommen die Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung (siehe Kap 2.2.1), nach der Übergabe bei mangelhafter Leistung die Gewährleistungsregeln (siehe Kap 2.2.2). Der Schadenersatz, als Folge der positiven Vertragsverletzung, hingegen ist von der Übergabe nicht abhängig (siehe Kap 2.2.3). Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln sind der Gewährleistung sehr ähnlich: Ist der AN in Verzug, so hat er nicht auf die bedungene Weise geleistet. Übernimmt der AG jedoch die mangelhafte Leistung, so stellt dies auch einen Gewährleistungsfall dar. Ebenso wird die teilweise Unmöglichkeit nach der Übergabe zu einem unbehebaren Mangel, wenn der AG die Leistung übernimmt. Ist eine Leistung nicht vertragsgemäß, kann der AG sie unter bestimmten Voraussetzungen zurückweisen und Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen, er kann die mangelhafte Leistung aber auch annehmen und seine Rechte aus der Gewährleistung geltend machen. *Nichterfüllungsansprüche und Gewährleistungsbehelfe sind sich auch inhaltlich ähnlich: dem Rücktritt entspricht die Wandlung, dem Teilrücktritt die Preisminderung, dem Erfüllungsanspruch das Recht auf Verbesserung.*⁴⁰

Bis zur Übernahme hat der AG einen Erfüllungsanspruch, dh *das Recht, die bestellte Leistung auch so zu erhalten, wie er sie bestellt hat*⁴¹ (bzw einen Nichterfüllungsanspruch, dh Ansprüche als Ersatz wegen der Nichterfüllung). Nach der Übernahme hat der AG Gewährleistungsansprüche, dh der AN muß auch nach der Übernahme für die vereinbarte Leistung einstehen, allerdings nur für Mängel, die bei Übernahme - zumindest verborgen - vorhanden waren oder auf einen, zu dieser Zeit latent vorgelegenen Fehler zurückgeführt werden können. Eine Haftung für einen später entstehenden Mangel ist weder im Gesetz noch in der ÖNorm vorgesehen, nur über vertraglich vereinbarte Garantie möglich.⁴²

⁴⁰ Koziol/Welser II¹², S 62.

⁴¹ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 256.

⁴² Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 256.

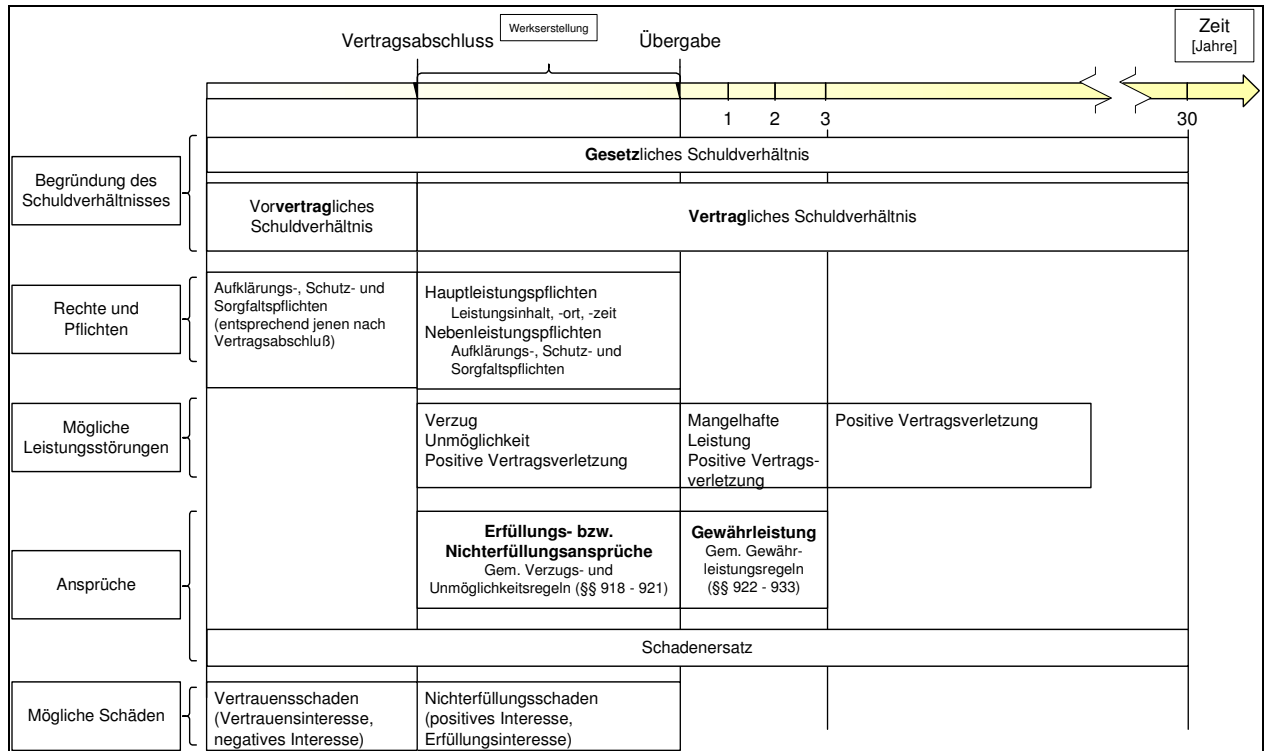


Abbildung 1: Leistungsstörungen

2.2.1 Unmöglichwerden der Leistung

Steht der Leistung ein dauerndes Hindernis entgegen, ist die Leistungserfüllung unmöglich. Dieses Hindernis kann entweder bereits zu Vertragsabschluß bestehen (ursprüngliche Unmöglichkeit) oder erst danach auftreten (nachträgliche Unmöglichkeit). Die Folgen - dargestellt in Abbildung 2 - hängen davon ab, ob die Unmöglichkeit von Gläubiger oder Schuldner verursacht wurde oder zufällig eingetreten ist.⁴³

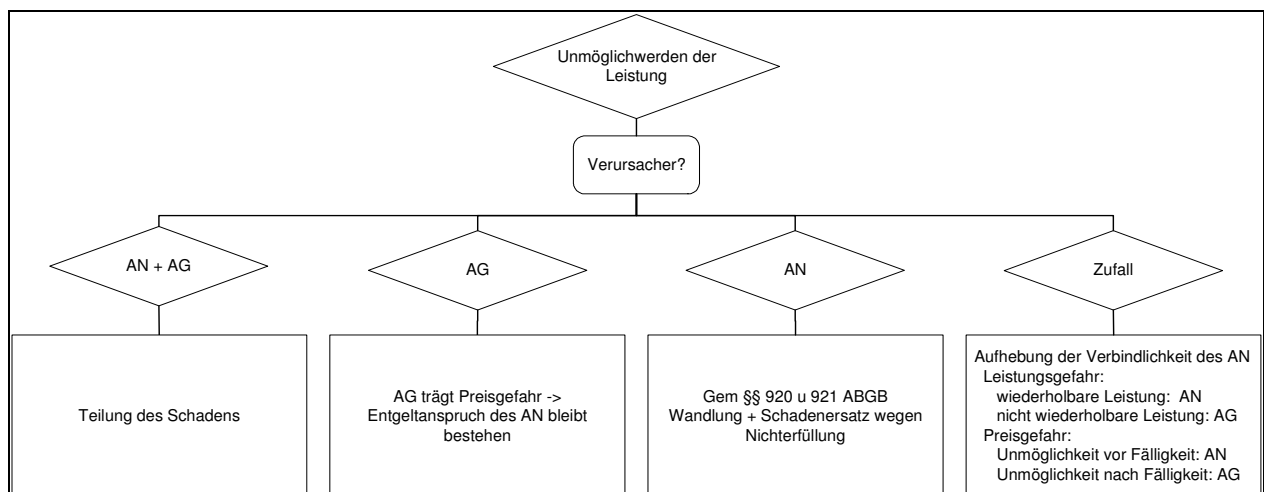


Abbildung 2: Folgen des Unmöglichwerdens einer Leistung

⁴³ Vgl. Koziol/Welser II¹², S 42 ff.

Hat der AN die Unmöglichkeit verschuldet, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt, oder muß er sie sonst vertreten, dh zufälliger Untergang der Leistung während eines vom AN verschuldeten Verzugs oder Verschulden des Untergangs durch einen Gehilfen des AN, so haftet der AN gemäß §§ 920 und 921 ABGB, wonach der AG Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten kann. Ebenso haftet der AN, wenn er keine geeigneten Maßnahmen zur Verhinderung des Untergangs setzt.⁴⁴

Zufälliges Zugrundegehen der Leistung hebt die Verbindlichkeit des AN auf. Es stellt sich jedoch die Frage nach der Leistungs- und der Preisgefahr. Ist die durch Zufall untergegangene Leistung nicht wiederholbar, so trägt der AG die Leistungsgefahr, ist jedoch die Leistung sehr wohl weiterhin möglich, muß sie auch erbracht werden, so dass der AN die Leistungsgefahr trägt. Bei der Preisgefahr ist zu hinterfragen, wie sich das zufällige Unmöglichwerden auf die Gegenleistung auswirkt. Wird die Leistung vor Fälligkeit unmöglich, so zerfällt der Vertrag, der Entgeltanspruch entfällt dadurch, der AN trägt die Preisgefahr, weil er mit der Sache auch den Anspruch auf die Gegenleistung verloren hat. Mit der Fälligkeit geht die Preisgefahr auf den AG über. Wird die Leistung nach Fälligkeit unmöglich, so befreit dies den AG nicht von seiner Gegenleistung, er trägt die Preisgefahr und muß daher diese Gegenleistung erbringen, obwohl er keine Leistung erhält. Die Preisgefahr geht nicht über, solange der AN in Verzug ist.⁴⁵

Hat der AG das Unmöglichwerden zu vertreten, dh befindet er sich in Annahmeverzug, führt er den Erfolg selbst herbei oder wird die Erfüllung der Leistung durch das Verhalten des AG unmöglich, so trägt er die Preisgefahr und muß das vereinbarte Entgelt entrichten.⁴⁶

Haben sowohl AG wie AN die Unmöglichkeit zu vertreten, ist der Schaden zu teilen.⁴⁷

2.2.2 Verzug

Beim Leistungsverzug erfüllt der AN den Vertrag nicht zur gehörigen Zeit, nicht am gehörigen Ort oder nicht auf die bedungene Weise (§ 918 Abs 1 ABGB). Hat der AN den Verzug nicht verschuldet, so hat der AG gemäß § 918 ein Wahlrecht zwischen Bestehen auf Erfüllung, dh er kann seinen Vertragsanspruch geltend machen, und dem Zurücktreten vom Vertrag unter Setzung einer angemessenen Nachfrist. Hat der AN den Verzug auch verschuldet, so hat der AG zusätzlich das Recht auf Schadenersatz. Gleiches sieht auch die ÖNorm B 2110 vor. Liefert der AN ein Aliud (etwas anderes als vereinbart), so wird er betrachtet, als hätte er gar nicht geleistet und ist somit ebenso in Verzug.

Ebenso kann der AG in Verzug geraten, nimmt er die vom AN vertragskonform erstellte und mangelfrei angebotene Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Schuld nicht an oder unterläßt er eine zur Vertragserfüllung erforderliche Mitwirkung. Allerdings ist der AG zur Annahme nicht verpflichtet und somit löst sein Verzug auch nicht die Folgen des §§ 918 ff aus, jedoch geht die Preisgefahr auf ihn über. Dh geht das Werk während des Gläubigerverzugs zufällig zugrunde, ist der AN von seiner Leistungspflicht frei, behält aber

⁴⁴ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 44.

⁴⁵ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 45 f.

⁴⁶ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 47.

⁴⁷ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 47.

den Anspruch auf Gegenleistung. Ebenso wird die Sorgfaltspflicht des AN ab Eintritt des Annahmeverzugs gemindert, so daß er nur mehr für grobe Fahrlässigkeit haftet. Da es sich beim Annahmeverzug nicht um einen Pflichtverstoß handelt, hat der AG keine Schadenersatzpflicht gegenüber dem AN. Dieser kann lediglich die Aufwendungen, die er für die Sache getätigt hat, nach den Regeln der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ zur Vergütung fordern.⁴⁸

2.2.3 Positive Vertragsverletzung

Beschädigt der AN im Zuge der Leistungserbringung Güter des AG, liegt eine „positive Vertragsverletzung“ (positive Forderungsverletzung) vor, unabhängig davon, ob die Leistung selbst mangelfrei oder mangelbehaftet erbracht wird. Wird ein Schaden durch eine mangelhafte Leistung verursacht, handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden. Wird die Hauptleistung ordnungsgemäß und mangelfrei erstellt und der Schaden durch eine reine Schutzpflichtverletzung herbeigeführt, handelt es sich um einen Begleitschaden.

Die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung führt gem § 1295 ABGB - Verschulden vorausgesetzt - zu Schadenersatzansprüchen aus Vertrag.⁴⁹ Sie ist von der Übergabe der Leistung unabhängig.

2.2.4 mangelhafte Leistung (Gewährleistung)

Hat der Schuldner mangelhaft geleistet und der Gläubiger die Leistung trotzdem übernommen oder kommt ein zum Zeitpunkt der Übergabe verborgener Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist hervor, so bleiben dem Gläubiger als Ausgleich für das nun entstandene Ungleichgewicht zwischen vereinbartem Preis und vereinbarter Leistung die Rechte aus der Gewährleistung.

Das Wort „gewähren“ bedeutet „zugestehen, bewilligen, erlauben“ und hat wahrscheinlich indogermanische Wurzeln. Davon abgeleitet entstand aus dem mittelhochdeutschen Wort „gewer“ und dem althochdeutschen Wort „gaweri“ die „Gewähr“ mit der Bedeutung „Sicherstellung, Bürgschaft“. Ursprünglich als Rechtsausdruck war die Gewähr besonders häufig in der Verbindung „für etwas Gewähr leisten“ in Verwendung, woraus durch Zusammenrückung **gewährleisten** entstand.⁵⁰ Die Gewährleistung - einst von der römischen Ädilen auf dem Vieh- und Sklavenmarkt „erfunden“ - ist auch noch nach zweitausend Jahren ein unentbehrlicher Rechtsbehelf.⁵¹

Welser definiert die Gewährleistung als *die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Mängel (Sach- und Rechtsmängel), welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist.*⁵² Für die Bauwirtschaft spezifizieren *Jodl/Oberndorfer* entsprechend der ÖNorm B 2110 dF 2000 den Begriff der Gewährleistung für Bauleistungen als *Zusage des Auftragnehmers, dass seine Leistungen die im Vertrag ausdrücklich*

⁴⁸ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 56 ff.

⁴⁹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 85.

⁵⁰ Duden - Herkunftswörterbuch, S 239.

⁵¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 3.

⁵² *Koziol/Welser II*¹¹; fast wortgleich auch *Russwurm/Schöllner*, Österreichisches Rechtswörterbuch, S 86.

*bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben und den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen.*⁵³ Gölles beschreibt die Gewährleistung des Bauunternehmers als *verschuldensunabhängige Verpflichtung, das Bauwerk in tadellosem Zustand zu liefern, also eine Erfolgsverbindlichkeit.*⁵⁴ Ohne Bedeutungsunterschied wird nach deutschem Recht die Gewährleistung als das *Einstehen für Mängel der Sache beim Kauf- und Werkvertrag*⁵⁵ bzw als *die gesetzliche Verpflichtung des Schuldners, eine Sache oder ein Werk in mangelfreiem Zustand abzuliefern*⁵⁶ definiert.

Stellt der AN den bedungenen Erfolg nicht rechtzeitig her, so haftet er, egal, wen das Verschulden trifft. Die Gewährleistung ist also eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung, mit dem Ziel *Störungen der subjektiven Äquivalenz* auszugleichen. Jede Partei kalkuliert bei Vertragsabschluss den Wert der Leistung für die andere Seite. *Entspricht die Gegenleistung nicht der Vereinbarung, so kommt das vorgestellte Verhältnis aus dem Gleichgewicht.* Gewährleistungsrechte sollen dieses Gleichgewicht wieder herstellen und die Störung rückgängig machen. *Da es nur um das Gleichgewicht geht, ist es unerheblich, ob der Mangel vom Schuldner verursacht und verschuldet wurde.*⁵⁷

Dem AG stehen abhängig von der Art des vereinbarten Vertrages folgende, zum Teil von der Art und Schwere des Mangels abhängige Konsequenzen zur Verfügung: Wandlung, sprich Rückgängigmachung des Vertrags, Verbesserung, als Folge des Erfüllungsanspruches, dh der AG erhält schließlich seine Sache wie bestellt, und Preisminderung, als Ersatz für einen nicht nachgekommenen Erfüllungsanspruch, aber doch einem Ausgleich der Äquivalenz entsprechend.

Die Gewährleistung ist - im Gegensatz zur Garantie - vom Gesetz angeordnet und zugunsten von Verbrauchern zwingend. Voraussetzung ist ein entgeltliches Geschäft, bei Schenkungen gibt es keine Gewährleistung.⁵⁸

2.3 Abgrenzung der Gewährleistung zu anderen Rechtsbehelfen

2.3.1 Produkthaftung

Die Produkthaftung ist die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit des Herstellers für sein Erzeugnis. Sie ist keine Haftung für die Mangelhaftigkeit einer geschuldeten Leistung, sondern eine Haftung für die Gefährlichkeit einer erzeugten Sache für an sich bereits deliktisch geschützte Güter wie Leben, Gesundheit und Eigentum. Es handelt sich bei der Schadenersatzpflicht nach dem Produkthaftungsgesetz (PHG) um eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung, die nicht nur der Abnehmer, sondern auch Dritte in Anspruch nehmen können. Ersetzt werden Personen- und Sachschäden, die durch Fehler verursacht werden, die das Produkt bei Inverkehrbringen durch den Haftpflichtigen

⁵³ Jodl/Oberndorfer, Handwörterbuch, S 76.

⁵⁴ Gölles, Haftung des Bauunternehmers, S 20.

⁵⁵ Gabler, Wirtschaftslexikon.

⁵⁶ ARD Ratgeber Recht.

⁵⁷ Vgl Koziol/Welser II¹², S 60 f.

⁵⁸ Vgl Koziol/Welser II¹², S 60.

hatte. Schadenersatz hat der Produzent des Produktes aber auch der Importeur in den EWR zu leisten.⁵⁹

Da die Produkthaftung nur entfernt mit der Gewährleistung in Zusammenhang steht, wird auf das PHG im Folgenden nicht eingegangen.

2.3.2 Garantie

Unter einer Garantie wird die Zusicherung bestimmter Eigenschaften einer Leistung oder der Mangelfreiheit während des Garantiezeitraumes verstanden. Art, Inhalt und Dauer der Garantie richten sich nach Vereinbarung. Diese kann sich auf die Verlängerung der gesetzlichen Fristen beschränken oder auch inhaltlich über die Gewährleistung hinausgehende Pflichten beinhalten.⁶⁰

Neben anderen Unterschieden zwischen Gewährleistung und Garantie kann ein Gewährleistungsanspruch nur durch Klage oder Einrede im Prozess geltend gemacht werden, ein Garantieanspruch kann bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung auch außergerichtlich geltend gemacht werden.⁶¹

2.3.3 Schadenersatz

Mit gewissen Einschränkungen ist jeder berechtigt, einen ihm zugefügten Schaden vom Schädiger zu fordern, wenn dieser den Schaden verschuldet hat (§ 1295 Abs 1 ABGB). Ein Schaden ist jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.

Der Schadenersatz⁶² steht dem Geschädigten unabhängig von der Gewährleistung (eingeschränkt) schon vor Vertragsabschluss bis 30 Jahre nach der Erfüllung als Ausgleich erlittener Beschädigung zur Verfügung und ist nicht wie die Gewährleistung an einen Zeitpunkt wie die Übernahme gebunden.

Ist ein Schaden dadurch entstanden, dass eine Partei auf den zunächst sehr wahrscheinlich scheinenden, zukünftigen Abschluß eines Vertrages vertraut hat und das Zustandekommen des Vertrags schlussendlich doch scheiterte, so ist dies ein Vertrauensschaden (aus dem Vertrauen auf einen Vertragsabschluß begründet). Muss jemand einem anderen dieses sog „negative Interesse“ ersetzen, so muss er ihn so stellen, wie er ohne das Vertrauen (ohne Irrtum) stünde.⁶³ ZB können dies nutzlose Aufwendungen für die Vorbereitung eines Vertrags, wie Kosten für Verhandlungen oder Spesen sein.

Ist nach Vertragsabschluß nicht das, was vertraglich vereinbart wurde, erfüllt worden und dadurch ein Schaden entstanden, so ist dies ein Nichterfüllungsschaden. Die Folgen dieses sog „positiven Interesses“ des Geschädigten sind folgende: *Wer wegen Nichterfüllung einer Leistungsverpflichtung Ersatz zu leisten hat, muß den Zustand herstellen, der im Vermögen des Gläubigers bei gehöriger Erfüllung bestünde. Zu ersetzen ist also der nach dem Wert der*

⁵⁹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 352 ff.

⁶⁰ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1175; vgl ebenso *Koziol/Welser II*¹², S 91 f.

⁶¹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1175.

⁶² Der Schadenersatz ist im 30. Hauptstück des ABGB (§§1293 bis 1341) verankert.

⁶³ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 289 f.

ausgebliebenen Leistung zu berechnende Nichterfüllungsschaden. Hinzukommen kann ein entgangener Gewinn.⁶⁴

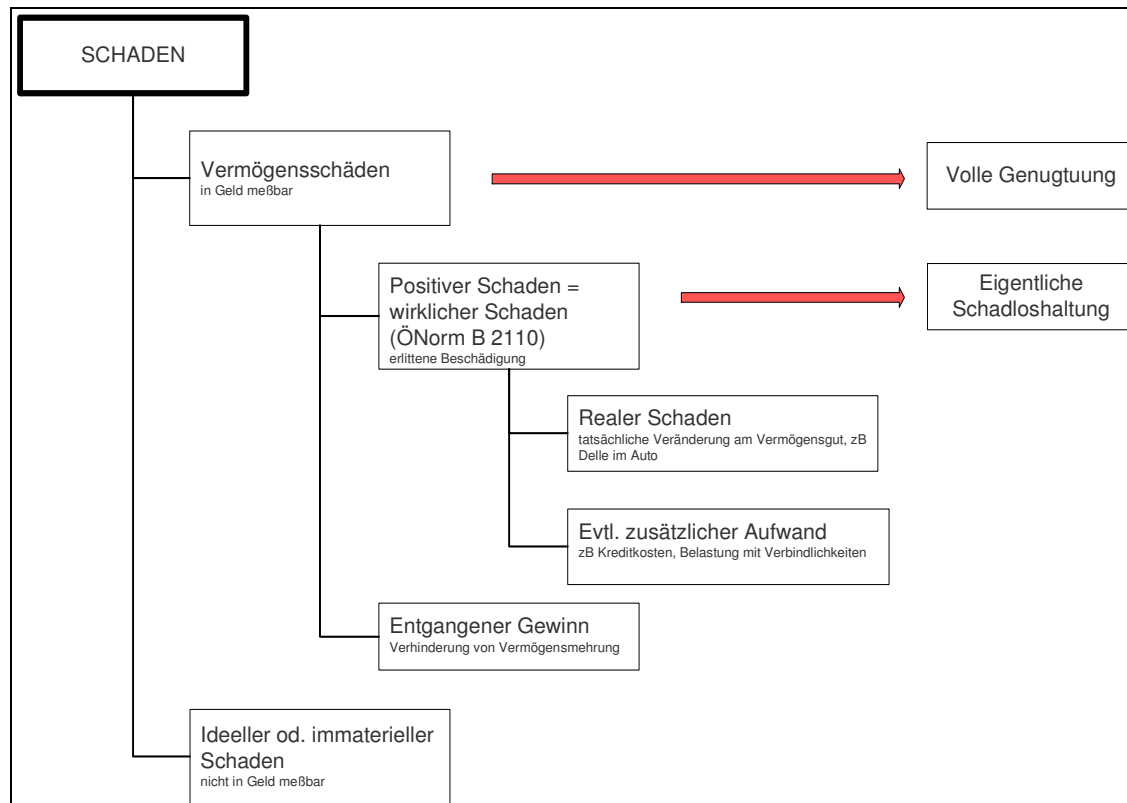


Abbildung 3: Einteilung der Schäden

Abhängig davon, ob ein Schaden in Geld messbar ist oder nicht, wird in Vermögensschäden und immaterielle bzw. ideelle Schäden unterschieden. Ideelle Schäden haben keine messbare Vermögensminderung zur Folge („Gefühlsschäden“ wie Schmerzensgeld, Entschädigung für Freiheitsentzug, Liebhaberwert).

Eine tatsächliche Veränderung am Vermögensgut (Personen- oder Sachschaden, zB Delle am Auto) wird als „realer Schaden“ bezeichnet. Gemeinsam mit den eventuell erforderlichen zusätzlichen Aufwendungen (zB für Kreditkosten, Belastungen mit Verbindlichkeiten) ergibt sich der sog. „positive Schaden“, den die ÖNorm B 2110 missverständlich „wirklicher Schaden“ nennt⁶⁵, also die tatsächliche erlittene Beschädigung, eine Beeinträchtigung bestehender Vermögensgüter und Rechte. Zu den in Geld messbaren Vermögensschäden zählt nicht nur der „positive Schaden“, sondern auch der „entgangene Gewinn“, also die Verhinderung von Vermögensmehrung. Der entgangene Gewinn ist eine Beeinträchtigung künftiger Erwerbchancen (ein erhoffter Vorteil, eine abstakte Chance, eine künftige Ausweitung der Geschäfte, usw) und enthält auch vereitelte Vorteile, wie Folgeaufträge, Verbesserung der Marktposition, Werbeeffekte, Verbesserung der Auslastung, usw (zB Eröffnung eines Kaufhauses nach Weihnachten).⁶⁶

⁶⁴ Koziol/Welser II¹², S 289.

⁶⁵ Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 43.

⁶⁶ Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 286 f.

Frustrierte Aufwendungen sind solche, die wegen des Schadensereignisses nutz- und wertlos geworden sind, weil sie ihren Zweck verlieren, aber nicht durch das Schadensereignis verursacht sind (zB Steuer, Versicherung, Garagenmiete bei Funktionsuntüchtigkeit des Fahrzeugs). Nach dem OGH (SZ 59/8) sind auch die frustrierten Aufwendungen zu ersetzen.

Hinsichtlich der Ursache kann ein Schaden in Begleitschäden, Mangelfolgeschäden und Mangelschäden eingeteilt werden.⁶⁷ Begleitschäden entstehen aus Anlass der Leistungserbringung; ob die Leistung selbst mangelhaft oder mangelfrei ist, ist hierbei unerheblich. (zB Installateur wechselt zwar das gebrochene Heizungsrohr ordnungsgemäß aus, löst aber durch unsachgemäßes Hantieren mit der Lötlampe einen Brand des Parkettbodens aus. Der Dachdecker beseitigt die undichte Stelle im Dach, verletzt aber beim Umlegen der Leiter den AG.) Mangelfolgeschäden sind Personen- oder Sachschäden an Gütern oder der Person des AG verursacht durch die mangelhafte der Leistung selbst. (ZB: Durch das vom Installateur unsachgemäß reparierte Heizungsrohr tritt Wasser aus und überschwemmt die Wohnung. Durch eine undichte Stelle im Dach tritt Wasser ins Gebäude ein und beschädigt dort Fußboden und Malerei.) Der in der Mangelhaftigkeit der Leistung selbst liegende Schaden wird als Mangelschaden bezeichnet.

Das Vorhandensein eines **Schadens**, der Nachweis der **Kausalität**, das **rechtswidrige Handeln** sowie das **Verschulden** des Schädigers sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

Die Kausalität ist dann eindeutig nachgewiesen, wenn die Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie) erfüllt ist. Diese besagt, dass ein Verhalten dann ursächlich für einen Erfolg ist, wenn er ohne das Verhalten nicht eingetreten wäre, dh das Verhalten ist eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für den Schaden. Weiters gehen Lehre und Rsp konform, dass ein Schädiger nur für solche Schäden haftet, die er adäquat herbeigeführt hat, dh dass der Erfolg nicht Ursache einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen ist (Adäquanztheorie).⁶⁸ Ist der Verursacher nicht feststellbar, trägt der Auftraggeber den Schaden.⁶⁹

§ 1295 ABGB besagt, dass ein Verhalten (Handlung oder Unterlassung) dann rechtswidrig ist, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten verstößt. Im Falle der Haftung aus einem Vertrag gilt ein vertragswidriges Verhalten als rechtswidrig.⁷⁰

Verschulden ist die Vorwerfbarkeit rechtswidrigen Verhaltens. Schuldhaft handelt, wer ein Verhalten setzt, das er hätte vermeiden sollen oder auch hätte vermeiden können. Die Rechtswidrigkeit bezieht sich auf ein Verhalten, es ist ein Urteil über eine Tat, nicht über den Täter. Bei der Verschuldensprüfung ist zu fragen, ob dem Täter das verbotene Verhalten persönlich vorwerfbar ist. Hierbei gibt es verschiedene Abstufungen: Ist dem Täter die

⁶⁷ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 45.

⁶⁸ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 290 ff.

⁶⁹ *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 122.

⁷⁰ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 293.

Rechtswidrigkeit bewusst, sieht er den schädlichen Erfolg vorher und billigt seinen Eintritt, so handelt er mit Vorsatz, in der bösen Absicht. Lässt er die gehörige Sorgfalt außer Acht, so handelt er fahrlässig, aus Versehen. Bei grober Fahrlässigkeit ist die Sorgfaltswidrigkeit so schwer, dass sie einem ordentlichen Menschen in dieser Situation keinesfalls unterläuft, während bei leichter Fahrlässigkeit der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft.⁷¹

Liegt seitens des Schädigers grobes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz) vor, so hat der Geschädigte nicht nur Anspruch auf die „eigentliche Schadloshaltung“, also auf Ersatz des positiven Schadens, sondern es ist ihm zusätzlich noch der „entgangener Gewinn“, insgesamt das Interesse, zu ersetzen. Ein Ersatz des gesamten Vermögensschadens wird als „volle Genugtuung“ bezeichnet (§§ 1323, 1324 ABGB).

Grundsätzlich hat im Schadenersatzrecht der Geschädigte alle Voraussetzungen (Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden) für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches zu beweisen (§ 1296 ABGB). Fügt jedoch ein Schuldner seinem Gläubiger durch Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit (§ 859 ABGB) - also durch Verletzung bereits bestehender schuldrechtlicher Sonderbeziehungen - Schaden zu, so muss der Schädiger beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft (Beweislastumkehr § 1298 ABGB). Die Beweislastumkehr greift grundsätzlich nur für leichtes Verschulden, für grobes Verschulden nur dann, wenn die Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich ausgeschlossen wurde.⁷² Der Beweis der Kausalität, der Rechtswidrigkeit und des Schadens obliegt auch hier dem Geschädigten.

Das GewRÄG bewirkte mit der Einführung des neuen § 933 a ABGB eine Beschränkung der Beweislastumkehr für das Verschulden auf 10 Jahre.

Die ÖNorm B 2110 dF 2000 beschränkte mit P 5.46.1.2 bei leichter Fahrlässigkeit den Anspruch des Geschädigten auf Ersatz des positiven Schadens, bei Rücktritt nicht, in allen anderen Fällen bei einer Auftragssumme bis 200.000 € auf höchstens 10.000 € und bei einer Auftragssumme über 200.000 € auf 5 % der Auftragssumme, maximal jedoch 650.000 € (Wertsicherung der Beträge mit VPI).

Bei Schadenersatzansprüchen wegen eines bei der Übernahme vorhandenen Mangels der Leistung beschränkte P 5.46.3 die gesetzlich vorgesehene Beweislastumkehr für das Verschulden auf 3 Jahre ab Übernahme. P 5.46.4 legte den Vorrang der Mangelbehebung für Nachteile, die in der Mangelhaftigkeit der Sache selbst liegen, - soweit tunlich und wirtschaftlich zumutbar - fest.

Die ÖNorm B 2110 dF 2002 ändert die Schadenersatzbestimmungen ggü dF 2000 nur hinsichtlich der Dauer der Beweislastumkehr ab und passte sie mit der Verlängerung auf 10 Jahre ab Übergabe an die neuen Bestimmungen des § 933 a ABGB an.

Jahrzehntelang galt bis 1990 die Rechtsansicht, dass ein Geschädigter nur Ansprüche entweder aus der Gewährleistung oder dem Schadenersatz fordern konnte und vor allem

⁷¹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 299 ff.

⁷² Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933b Rz 45 u 46; vgl auch *Koziol/Welser II*¹², S 300 f.

galt, dass ein Anspruch aus einem Mangelschaden nur aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung und nicht aus dem Schadenersatz gefordert werden konnte. Der OGH entschied 1990, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nebeneinander bestehen können, ein AG kann also wählen, auf welchen Rechtsgrund er eine Klage stützt, oder er kann sie auch auf beide Rechtsgründe stützen, wobei sich in Summe keine Bereicherung ergeben darf. Mit dem GewRÄG wurde diese Konkurrenz von Schadenersatz und Gewährleistung auch im ABGB (§ 933a) verankert. In beiden Fällen kann der Geschädigte aber vorrangig nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Dies bewirkt insofern eine Änderung der Rechtslage, als sich der Ersatzanspruch nach § 1323 ABGB (auch nach alter Gesetzeslage) auf Naturalersatz und nur bei Untunlichkeit dieses auf Geldersatz richtet, der OGH dieses Kriterium der Tunlichkeit allerdings dadurch entwertete, indem er annahm, dass Untunlichkeit schon vorlag, wenn dem Geschädigten der Geldersatz lieber ist.⁷³

Da das Gewährleistungsrecht *die durch das „Defizit am geschuldeten Quantum und Quale“ verursachte und nicht beabsichtigte Inäquivalenz der Leistungen beseitigt*, kann es auf diffizile Tatbestandsvoraussetzungen im Gegensatz zum Schadenersatz verzichten⁷⁴, allerdings können Ansprüche aus der Gewährleistung nur innerhalb einer relativ kurzen Zeit (maximal 3 Jahre) geltend gemacht werden, während die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bis zu 30 Jahren nach der Übergabe und 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger möglich ist.

⁷³ Siehe dazu die E OGH 4 Ob 327/98m, ecolex 1999, 128.

⁷⁴ Vgl *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung, S 2.

3 Gewährleistung - Österreich

3.1 Der Mangel

3.1.1 Mangelhaftigkeit der Leistung

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44 Gewährleistung 5.44.1 Umfang (Teil1) Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen und die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Bei Leistungen nach Muster gelten die Eigenschaften des Musters als zugesichert.</p>	<p>5.45 Gewährleistung 5.45.1 Umfang Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden können.</p>	<p>§922. Wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Andern überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabey vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt, und verwendet werden könne. (JGS 946 vom 01.06.1811)</p>	<p>§ 922. (1) Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überläßt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.</p>
			<p>(2) Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann; das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten. (BGBl 48/2001)</p>
			<p>§923. Wer also der Sache Eigenschaften beylegt, die sie nicht hat, und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; wer ungewöhnliche Mängel, oder Lasten derselben verschweigt; wer eine nicht mehr vorhandene, oder eine fremde Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich; oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frey sey; der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften. (JGS 946 vom 01.06.1811)</p>

Abbildung 4: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Umfang

Als mangelhaft gilt eine Leistung dann, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, dem Vertragsinhalt, zurückbleibt.⁷⁵ *Der Kern des Mangelbegriffs ist die Abweichung der erhaltenen Leistung von der vereinbarten Leistung.*⁷⁶

Sowohl in der alten und neuen Fassung des § 922 ABGB wie auch der ÖNorm (dF 2000: P 5.44.1, dF 2002: P 5.45.1) haftet der AN nicht nur für die im Vertrag bedungenen, sondern auch für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften.

⁷⁵ Vgl Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 3.

⁷⁶ Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 95.

Im Vertrag bedungene Eigenschaften ergeben sich aus dem Vertrag, das sind die gesamten, dem Vertragsabschluss zu Grunde gelegten Unterlagen (schriftliche Vereinbarungen, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (Angebotsannahme, Auftragsschreiben, Bestellschein, etc), Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Pläne, Baubeschreibungen, technischer Bericht, usw). *Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung geben insbesondere die Inhalte der Positionsbeschreibungen sowie die entsprechenden Vorbemerkungen die im Vertrag (besonders) bedungenen Eigenschaften* in Form einer Beschreibung von Qualitätsanforderungen, Typen- und Markenspezifikationen wieder.

*Die alte Streitfrage, ob jede Positionsbeschreibung im Leistungsverzeichnis als zugesicherte Eigenschaft gilt, ist auf Grund der Novelle neu zu bewerten. Durch die Vermutung, dass die Leistung die bedungenen Eigenschaften aufweist, wird man im allgemeinen davon ausgehen müssen, dass in Positionsbeschreibungen beschriebene Qualitäten oder Typen- und Markenspezifikationen bedungene Eigenschaften sind.*⁷⁷

Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird oftmals nur die Gesamtleistung bzw das Werk allgemein beschrieben. Daher kommt in diesen Fällen den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eine hohe Bedeutung zu.⁷⁸ Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften bedürfen keiner besonderen vertraglichen Vereinbarung, werden als stillschweigend bedungen zugesagt angesehen und hängen von der Verkehrsauffassung ab. Ist eine Sache nach der Verkehrsauffassung mit bestimmten Mängeln behaftet, darf sie aber nach dem Vertragsinhalt mit diesen objektiven Mängeln behaftet geleistet werden, so ist sie im Sinne des Gewährleistungsrechts nicht mangelhaft, weil dem Vertragsinhalt entsprechend.⁷⁹ *Ob eine Beschaffenheit auch wirklich als Gewährleistungsmangel anzusehen ist, kann nur für einen bestimmten Fall (auf Grund eines bestimmten Vertrages) gesagt werden, weil die Mangelhaftigkeit immer von der konkreten Vereinbarung abhängt (konkreter Fehlerbegriff).*⁸⁰ Dh besondere Eigenschaften bedürfen besonderer Vereinbarung. Diese besondere Vereinbarung kann - wie jeder Vertragsabschluss - schriftlich (leichtere Beweisbarkeit) oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁸¹ Die Tauglichkeit der Leistung für einen bestimmten Zweck kann sich stillschweigend aus den Umständen ergeben. Allerdings nicht, wenn dem AN der vom AG gewünschte Verwendungszweck zwar bekannt ist, der AN aber nicht wusste, dass die Ware für diesen Zweck untauglich ist. Von einer solchen Zusage ist nur auszugehen, wenn der Verwendungszweck Vertragsinhalt ist, die Sache zu diesem Zweck vom AN angeboten wurde oder der AG wegen einer Zusage des AN von der Eigenschaft der Sache ausgehen konnte.⁸²

⁷⁷ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1268.

⁷⁸ Vgl Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 896.

⁷⁹ Vgl Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 3.

⁸⁰ Koziol/Welser II¹², S 68.

⁸¹ Vgl Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 16.

⁸² Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 255.

Die Höhe des vereinbarten Entgelts kann Aufschluss über die bedungene Qualität und Eigenschaften der vereinbarten Leistung geben.⁸³ Für vertraglich zugesagte Eigenschaften ist auch einzustehen, wenn sie vom Verkehr als unerheblich angesehen werden.⁸⁴ Unerheblich ist es auch, ob der AN das Fehlen einer zugesagten Eigenschaft leicht erkennen kann oder dies nur unter besonderem Aufwandseinsatz möglich ist.⁸⁵

Zugesagtes ist ohne Rücksicht darauf zu leisten, warum es Vertragsinhalt wurde, die Kausalität ist ohne Bedeutung. Die Kausalität einer Eigenschaft für den Vertragsabschluß ist nur für die Wandlung bzw für die Frage der Wesentlichkeit des Mangels von Bedeutung.⁸⁶

Lt *Reischauer* wurde mitunter in der Rsp die Mangelhaftigkeit der Hauptleistung mit der Nichterbringung von Nebenleistungspflichten verwechselt. Mangelhaftigkeit der Hauptleistung liegt nur vor, wenn es an geschuldeter Qualität, Quantität oder rechtlicher Eigenschaft des Leistungsgegenstandes mangelt. Eine Zusage, zB Materialzeugnisse eines unabhängigen Sachverständigen beizustellen, Einschulung oder Leistung einer Betriebsanleitung sind Nebenleistungen, deren Nichtleistung eine Nichterfüllung einer Nebenleistung bedeutet, nicht aber eine Mangelhaftigkeit der Hauptleistung. Die mangelnde Befähigung, eine einwandfreie Sache zu gebrauchen, macht diese nicht zu einer mangelhaften, sie kann auch keinen unwesentlichen Mangel darstellen. Gewährleistung sanktioniert die Mangelhaftigkeit des Geleisteten. Die Verletzung von Nebenpflichten und somit die Zulässigkeit von Teil- oder Gesamtrücktritt ist nach deren Kriterien zu beurteilen. Wandlung als Gewährleistungssanktion steht somit nicht zu.⁸⁷

Unabhängig von der Version des anzuwendenden Gesetzes oder der ÖNorm ist also für im Vertrag vereinbarte und für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften einzustehen. In den verschiedenen Textstellen wird dies noch genauer, jedoch unterschiedlich beschrieben:

In der bis zum 01.01.2002 gültigen Fassung des ABGB wurde, abgesehen von den Eigenschaften der Sache selbst, auch noch die Möglichkeit der Benützung und die Verwendbarkeit entsprechend der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung zur Grundlage für die Haftung. Dh es wurde festgehalten, dass ein AN nicht nur dazu angehalten ist, eine Sache derart abzuliefern, dass sie jene Eigenschaften aufweist, die der AG gewöhnlich erwarten kann, und ebenso jene Eigenschaften, die explizit vertraglich vereinbart wurden, sondern es gilt Gleiches auch für die Verwendbarkeit der Sache.

Die B 2110 dF 2000 erweiterte die Formulierung des ABGB der aufzuweisenden Eigenschaften derart, dass die Leistung auch den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen hat. Auf die Verwendbarkeit der Sache wird nicht verwiesen, sie ergibt sich aus dem der B 2110 zugrunde liegenden Erfolgshaftung des Werkvertrages.

In der Neufassung des ABGB werden in § 922 Abs 1 die aufzuweisenden Eigenschaften genauer und sehr ausführlich beschrieben und explizit auf das Einhalten vertraglicher

⁸³ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 16.

⁸⁴ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 16.

⁸⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 5.

⁸⁶ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 5.

⁸⁷ *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 11.

Bestimmungen hingewiesen (Sache muss dem Vertrag entsprechen): Die Sache muss einer Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen.

*Durch das Vorlegen einer Probe oder eines Musters (zB ein Putzmuster) wird eine Eigenschaft konkludent zugesichert, sodass der Auftragnehmer für die Eigenschaften der Probe oder des Musters gewährleistungsrechtlich haftet.*⁸⁸

§ 922 Abs 2 ABGB definiert - weitestgehend in Anlehnung an die EU-Richtlinie - genauer, was unter dem Begriff „dem Vertrag entsprechend“ zu verstehen ist und was der AG von einer Sache erwarten kann. Zu beachten sind hierbei auch gemachte öffentliche Äußerungen des AN oder des Herstellers oder desjenigen, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder seines Kennzeichens als Hersteller bezeichnet („*Anscheinhersteller*“⁸⁹), sowie des Importeurs in den EWR, vor allem in Werbung und der Sache beigefügten Angaben. Den Übergeber binden derartige öffentliche Äußerungen nur dann, wenn er sie kannte oder kennen konnte, nicht jedoch, wenn dies nicht der Fall ist oder die Äußerungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses berichtigt waren oder den Vertragsabschluss selbst gar nicht beeinflusst haben konnten.

Allgemein gehaltene Werbeaussagen, die nichts Spezifisches über die Eigenschaften einer Sache aussagen, sind gewährleistungsrechtlich ebenso wenig relevant wie offenkundig marktschreierische und nicht ernst gemeinte Angaben.⁹⁰ Öffentliche Äußerungen sind aus der Sicht eines verständigen Erwerbers zu beurteilen, nicht das Erwartete eines bestimmten Verbrauchers im Einzelfall, sondern „vernünftige“ Erwartungen eines durchschnittlichen, aufgeklärten, rationalen Verbrauchers.⁹¹ Eine genaue Abgrenzung ist schwierig.

Die ÖNorm dF 2002 übernimmt § 922 Abs 1 ABGB im Sinne der Vereinheitlichung des österreichischen Gewährleistungsrechts fast wörtlich. Dieser Vereinheitlichung fällt auch die explizite Erwähnung der „anerkannten Regeln der Technik“⁹² der ÖNorm dF 2000 zum Opfer, sie zählen aber einerseits zu den „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“, andererseits gehören sie gem P 5.20.1.1 ausdrücklich zur vertraglichen Leistungspflicht des AN.⁹³

Allerdings kann ein Mangel trotz Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik vorliegen und zwar dann, wenn besondere Eigenschaften vertraglich vereinbart wurden. Werden keine bestimmten technischen ÖNormen vereinbart, so ist der Stand der Technik zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich.⁹⁴

⁸⁸ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 255.

⁸⁹ Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹², Band II, S 67 f.

⁹⁰ Vgl Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 17.

⁹¹ Vgl Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, §§ 922, 923 Rz 15.

⁹² zum Begriff der „Regeln der Technik“ siehe Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 17 f; detaillierter dazu Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1122 - 1133.

⁹³ Göllles/Link, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 171; ebenso vgl Reckerzügl/Schwarz in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 333; ebenso Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 18.

⁹⁴ Vgl Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 895.

Auf die in § 922 Abs 2 ABGB detaillierte Erklärung „dem Vertrag entsprechend“, nämlich die erweiterte Definition der Haftung für Werbeaussagen und öffentliche Äußerungen wird in der ÖNorm zur Gänze verzichtet, da bei Bauleistungen Äußerungen in Werbung oder von Importeuren kaum eine Rolle spielen und daher nicht relevant sind (Ausnahme: verwendete Materialien oder Fertigteilbau⁹⁵ - hier gibt es evtl Prospekte).

Die Juristen⁹⁶, die bezüglich des Themas der Neuregelung der Gewährleistung bisher publiziert haben, sind sich einig, dass diese neue Beschreibung keine gravierende Änderung bewirkt. Auch bezüglich der Verwendung gibt es keinerlei Neuerungen.

§ 923 beschreibt nochmals den Begriff des Mangels. Im Zuge der Vorarbeiten zur Reform wurde überlegt, diesen Paragraphen zur Gänze zu streichen, da die zentrale Frage des Mangels bereits im § 922 geregelt ist. Im Sinne der Rechtskontinuität und der Möglichkeit des zukünftigen Zurückgreifens auf die Rechtsprechung des § 923 wurde von der Streichung Abstand genommen und § 923 nicht verändert.⁹⁷

3.1.2 Mangelbegriffe

Mängel lassen sich nach verschiedenen Gesichtspunkten einteilen. Zur Klärung werden hier verschiedene, kursierende Begriffe erläutert.

Sachmängel sind Mängel, die einer Sache körperlich anhaften⁹⁸ (zB ein Riss in der Wand, ein undichtes Dach, etc). Ein **Rechtsmangel** liegt hingegen vor, *wenn der Veräußerer dem Erwerber nicht die rechtliche Position verschafft, die er ihm nach dem Vertrag verschaffen muss*⁹⁹, hierzu zählen privat-rechtliche (Servitut, Pfandrecht, Urheberrecht) sowie öffentlich-rechtliche Fehler (Fehlen einer Baubewilligung oder Benützungsbewilligung, Fehlen der rechtlichen Eigenschaft „Baugrund“, etc).¹⁰⁰ Rechtsmängel spielen beim Werkvertrag praktisch eine untergeordnete Rolle, sie können jedoch auftreten, wenn der Unternehmer den Stoff eines Dritten verarbeitet.¹⁰¹ Grundsätzlich sind Rechtsmängel wie Sachmängel zu behandeln, Sonderregeln gilt es aber bei der Beweislast, der Streitverkündung, der Nebenintervention und der Fristen zu beachten.¹⁰²

Ein Sachmangel kann ein optischer oder ein technischer Mangel sein oder auch eine Maßabweichung.

⁹⁵ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 256.

⁹⁶ siehe Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, § 922, 923 Rz 8; Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 95; Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1248.

⁹⁷ Vgl Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, §§ 922, 923 Rz 1.

⁹⁸ Vgl Koziol/Welser II¹², S 66; Reischauer (in Rummel, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 3) ist diese Definition des Sachmangels zu eng, daher definiert er Sachmängel als Mängel, die der Sachsubstanz einer Sache iwS anhaften. Auch ein unkörperliches Werk kann mit Sachmängel behaftet sein. ZB Ist ein Personenbeförderungsvertrag nicht nur dann ordentlich erfüllt, wenn der Passagier am Zielort unbeschadet ankommt, sondern der Beförderungsvorgang muss auch die geschuldete Qualität aufweisen (zB kein Stehplatz im Flugzeug).

⁹⁹ Koziol/Welser II¹², S 69.

¹⁰⁰ Vgl Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 8.

¹⁰¹ Näheres dazu siehe Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 123 ff.

¹⁰² Näheres dazu siehe Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, §§ 922, 923 Rz 8.

Optische Mängel betreffen das optische Erscheinungsbild und haben keinen Einfluss auf die technische Funktion. Optische Mängel sind aus der Betrachtung der späteren Nutzung zu beurteilen, dh zB unter entsprechenden Lichtverhältnissen, sowie unter Beachtung der Bedeutung des optischen Erscheinungsbildes (zB Stall oder Eingangsbereich einer Bank).¹⁰³ Für eine Beurteilung optischer Mängel und deren Folgen entwickelten *Oswald/Abel*¹⁰⁴ eine Gewichtungsmatrix, in der das Gewicht des optischen Erscheinungsbildes dem Grad der optischen Beeinträchtigung gegenübergestellt wird und sich daraus die gewährleistungsrechtlichen Folgen ergeben.

Maßabweichungen sind Abweichungen in absoluten Abmessungen, im Winkel, in der Ebenheit. Die Zulässigkeit von Maßabweichungen legen die Normen ÖNorm DIN 18 202, ÖNorm B 3200 und B 3201, B 3206, B 3208 fest.¹⁰⁵

Technische Mängel entstehen meist durch Nichteinhaltung technischer Regeln, Normen und Verarbeitungsrichtlinien. *Ist ein Bauwerk unter Einhaltung der Regeln der Technik hergestellt worden, so gilt es grundsätzlich als mangelfrei. Charakteristisch für diese Regeln ist, dass sie auch bei ungünstiger Überlagerung der zu erwartenden Beanspruchung bei sachgemäßer Nutzung und Erhaltung (Wartung) die volle Funktionstüchtigkeit während der üblichen Nutzungszeit mit gewissen Sicherheitsreserven erwarten lassen.*¹⁰⁶ Ebenso wie für optische Mängel gibt es in *Oswald/Abel*¹⁰⁷ eine Graphik für die Beurteilung technischer Mängel, wobei der Grad der Beeinträchtigung der Funktion der Bedeutung des Merkmals für die Gebrauchstauglichkeit gegenübergestellt wird.

Je nachdem, wie leicht ein Mangel erkennbar ist oder wann er hervorkommt, gibt es folgende Begriffe:

Um Gewährleistung für einen Mangel zu fordern, muss der Mangel hervorkommen. Ist der Mangel bereits bei der Übergabe erkennbar, so spricht man von einem offenen Mangel, ist er zwar nicht erkennbar, jedoch latent bereits vorhanden, spricht man von einem versteckten Mangel. Zu den **offenen Mängeln** gehören alle Mängel, die entweder einer Untersuchung nicht bedurften oder bei einer Untersuchung, falls sie ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, hätten zutage gefördert werden können,¹⁰⁸ ebenso jene Mängel, die aus öffentlichen Büchern (Grundbücher, Landtafeln (Sondergrundbuch))¹⁰⁹ zu ersehen sind.

Ein **verborgener, geheimer, versteckter** oder **verdeckter Mangel** lässt sich selbst bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht feststellen und darf dem AG bei der Übernahme auch

¹⁰³ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 258.

¹⁰⁴ *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 13; vgl auch *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 259.

¹⁰⁵ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 260 ff.

¹⁰⁶ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 263.

¹⁰⁷ *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 41; vgl auch *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 264.

¹⁰⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1162.

¹⁰⁹ Darüber ob die „Wasserbücher“ zu den in § 928 erwähnten „öffentlichen Büchern“ zählen herrschen unterschiedliche Ansichten, siehe dazu *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 928 Rz 7; Der „Altlastenatlas“ fällt nicht unter § 928.

tatsächlich nicht bekannt geworden sein.¹¹⁰ Diese Mängel kommen erst nach der Übergabe, uU auch nie, hervor. Damit sie für die Gewährleistung relevant sind, müssen sie im Zeitpunkt der Übergabe zumindest „schlummernd“ existent gewesen sein.¹¹¹

Ist ein Mangel **augenfällig**, **offenkundig** oder **in die Augen fallend**, ist er bei durchschnittlicher Sorgfalt besonders leicht erkennbar. Nur der grob Sorgfaltswidrige erkennt den Mangel nicht. Der Mangel muss nicht sichtbar sein, nicht einmal unbedingt sinnfällig, so zB bei Rechtsmängeln.¹¹²

Für die Ermittlung, welche Rechte aus der Gewährleistung dem AG zustehen, teilt das Gesetz und die ÖNorm Mängel nach ihrer Schwere (Wesentlichkeit) und ihrer Behebbarkeit ein. Folgende Unterscheidungen sind im Gesetzestext bzw der ÖNorm zu finden: behebbar/unbehebbar, wesentlich/unwesentlich, unerheblich und geringfügig.

Vor der Reform des Gewährleistungsrechts wurde sowohl in der ÖNorm als auch im ABGB zwischen **behebbar**en und **unbehebbar**en, **wesentlichen** und **unwesentlichen** und **unerheblichen** Mängeln unterschieden. Seit der Reform des Gewährleistungsrechts existiert weder in der ÖNorm noch im ABGB eine Unterteilung der Mängel nach ihrer „Schwere“ (dh Wesentlichkeit), sondern es gibt nur noch die Unterscheidung zwischen **behebbar**em und **unbehebbar**em Mangel sowie den Begriff des **geringfügigen Mangels**.

Behebbarer/unbehebbarer Mangel (siehe dazu auch Kap 5.3)

Die Unbehebbarkeit ist ein technischer wie auch wirtschaftlicher Begriff. Ein Mangel ist unbehebbar, wenn die Beseitigung des Mangels „physisch“, dh aus tatsächlichen Gründen, **rein technisch** und auch durch Neuherstellung **nicht möglich** ist (technische Unbehebbarkeit). Dies entspricht der Bedeutung der Behebbarkeit nach dem allgemeinen Sprachgebrauch.¹¹³ Allerdings ist im Bauwesen kaum ein Mangel technisch nicht behebbar, vor allem wenn man auch die Möglichkeit einer Neuherstellung heranzieht.¹¹⁴ Weiters ist ein Mangel im juristischen Sinne unbehebbar, wenn seine Beseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet¹¹⁵, dh wenn er sich **nicht mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln beseitigen** lässt (wirtschaftliche Unbehebbarkeit).¹¹⁶ Hier geht es vor allem darum, das technisch Machbare vom rechtlich Notwendigen zu trennen.¹¹⁷ Der Begriff des „unverhältnismäßigen Aufwandes“ bzw der „wirtschaftlichen Unbehebbarkeit“ ist immer speziell auf den Vertrag zu betrachten und zu bestimmen. Nach *Kurschel* ist der Werklohn keine Grenze für die Unverhältnismäßigkeit, der doppelte Werklohn erscheint hingegen als „unverhältnismäßig“, wobei weitere zu beachtende Punkte die Leichtigkeit der Behebung

¹¹⁰ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1162.

¹¹¹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1268.

¹¹² Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 928 Rz 1.

¹¹³ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 44.

¹¹⁴ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 140.

¹¹⁵ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 44; siehe ÖNorm dF 2000 P 5.44.4.1.

¹¹⁶ Vgl *Koziol/Welser* II¹¹, S 66.

¹¹⁷ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 140.

sowie die Möglichkeit der Verbesserung durch andere als den Hersteller sind.¹¹⁸ Entscheidend ist nicht die absolute Höhe der Mangelbehebungskosten, sondern ausschließlich das Verhältnis zwischen dem Nutzen bzw Vorteil des Bestellers und dem Aufwand für die Mangelbehebung.¹¹⁹ Schließlich kann ein Mangel dann als unbehebbar bezeichnet werden, wenn er **nur durch Abgehen vom ursprünglichen Vertragsinhalt** „beseitigt“ werden kann.¹²⁰ (siehe dazu Kap 5.3.2)

Ein Mangel ist auch durch Neuherstellung der Leistung behebbar. Allerdings hat der Besteller nicht in allen Fällen ein Recht auf Neuherstellung, da es dem Unternehmer - wie auch bei der Vertragserfüllung - obliegt, den geeigneten Weg zur Mangelbehebung zu finden. Das heißt der Unternehmer ist in seiner Entscheidung frei, ob er sich für die Neuherstellung oder die Verbesserung entscheidet. Andererseits hat der Besteller ein Recht auf Verbesserung, wenn für ihn das Werk von besonderer Bedeutung ist, weil es zB schon verändert oder eingebaut wurde.¹²¹

Wesentlicher/unwesentlicher Mangel (siehe dazu Kap 5.4)

Die Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Mangel war nur vor der Reform des Gewährleistungsrechts relevant. Daher wird die Unterscheidung auch nur auf Basis der nun nicht mehr gültigen Gesetzestexte und Normen untersucht. Hierbei ist beim ABGB zwischen § 932 und dem für Werkverträge relevanten § 1167 zu differenzieren, da die Wesentlichkeit unterschiedlich interpretiert werden kann.

Im § 932 ABGB Abs 1 aF kommt der Begriff „wesentlicher Mangel“ nicht vor, allerdings wird die Eigenschaft der Wesentlichkeit mit **„den ordentlichen Gebrauch verhindernd“** umschrieben. Der Verfasser nimmt an, dass Rsp u/o Lehre im Laufe der Zeit die Begriffe „wesentlicher“ und „unwesentlicher Mangel“ daraus in Anlehnung an § 1167 ABGB gemacht haben.

Bei Werkverträgen (§ 1167 des ABGB aF) wird der Begriff des „wesentlichen Mangels“ eingeführt, diese Eigenschaft jedoch anders als in § 932 beschrieben *„Bei wesentlichen Mängeln, welche das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, kann der Besteller vom Vertrage abgehen...“*. *Kurschel*¹²² sieht hier drei Auslegungsmöglichkeiten:

1. „...wesentliche Mängel, **das sind solche**, die das Werk...“: Hiernach ist die Wesentlichkeit entweder bei Unbrauchbarkeit oder bei Verstoß gegen eine ausdrückliche Bedingung (Bedingungsverstoß) gegeben, dh nur eines von beiden muss zutreffen, damit Wesentlichkeit vorliegt.

¹¹⁸ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 38 ff; vgl auch *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 139.

¹¹⁹ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 140.

¹²⁰ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 44.

¹²¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 40 ff.

¹²² Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 26 f.

2. „...wesentliche Mängel, **die überdies** das Werk...“: Hier wird die Wesentlichkeit nicht näher definiert, die ist unabhängig von der Unbrauchbarkeit oder dem Bedingungsverstoß.
3. „...wesentliche Mängel, **das sind solche, die das Werk unbrauchbar machen, und bei Mängeln, die der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen...**“: Hier bedeutet die Wesentlichkeit die Unbrauchbarkeit. Der Bedingungsverstoß ist von Wesentlichkeit unabhängig und wird nur in Bezug auf die Rechtsfolgen gleich behandelt.

Die ÖNorm dF 2000 definiert wesentliche Mängel als *Mängel, die den vereinbarten Gebrauch der Leistung verhindern, sowie das Fehlen von ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften*.¹²³

Welche der drei oben genannten Auslegungsvarianten des § 1167 ABGB die richtige ist, kann nicht beurteilt werden. Die ältere Lehre bevorzugte die Variante 1, *Adler/Höller* plädierten für die Variante 2 und in der neueren Lehrbuch- und Kommentarliteratur finden sich keine Erörterungen der Umschreibung eines wesentlichen Mangels, jedoch kursieren unterschiedliche Betrachtungsweisen verschiedener Juristen.¹²⁴

Gem § 932 ABGB definieren auch *Koziol/Welser* einen Mangel als wesentlich, wenn er den ordentlichen Gebrauch verhindert. Die für den ordentlichen Gebrauch erforderlichen Eigenschaften ergeben sich aus dem Vertrag (Ausschreibung, Leistungsverzeichnis), aus dem Gesetz (Bauordnung, Elektronikgesetz) und aus der Verkehrsauffassung (ÖNormen, Regeln der Technik). Völlig unbrauchbare Bauwerke sind allerdings selten. Das Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften bedeutet nach hM nicht unbedingt einen wesentlichen Mangel, sondern nur das Fehlen jener ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften, die für den Vertragsabschluss maßgebend (kausal) waren. Der ordentliche Gebrauch ist nicht erst bei völliger Untauglichkeit der Sache, sondern bereits bei Fehlen der gewöhnlich vorausgesetzten Brauchbarkeit verhindert.¹²⁵

Allerdings ist der OGH der Auffassung, dass ein Werk, das mit geringem Aufwand fehlerlos gemacht werden kann und bei dem solche Verbesserungen üblich sind, nicht unbrauchbar ist. Die Unbrauchbarkeit bezieht sich auf den endgültigen Zustand des Werks und nicht auf eine vorübergehende Eigenschaft.¹²⁶

Kurschel definiert nach obigen Überlegungen ein Werk erst dann als wesentlich mangelhaft, wenn es entweder für den ordentlichen oder für den (aufgrund einer „ausdrücklichen Bedingung“) vertraglich ins Auge gefassten Gebrauch, wobei die Gebrauchsuntauglichkeit nicht bloß eine ganz leicht behebbare sein darf, untauglich ist.¹²⁷

¹²³ ÖNorm B 2110 idF 2000, P 5.44.4.

¹²⁴ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 27 ff.

¹²⁵ Vgl *Koziol/Welser II*¹¹, S 66; vgl auch *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 34 f; vgl ebenso *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 137.

¹²⁶ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 27 ff.

¹²⁷ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 32.

Alle anderen Mängel sind - mit Ausnahme der unerheblichen - unwesentlich, dh wenn durch sie das Werk nicht unbrauchbar ist und der Mangel keiner ausdrücklichen, für den Besteller entscheidenden Bedingung zuwiderläuft.

Unerhebliche Mängel (siehe dazu Kap 5.2)

Die Definition des unerheblichen Mangels wurde mit der Reform des Gewährleistungsrechts aus dem Gesetz gestrichen. In der Neufassung der ÖNorm und auch des ABGB gibt es diesen Begriff nicht mehr. *Welser/Jud* gehen jedoch davon aus, dass sich der alte § 932 Abs 2 von selbst versteht und daher nicht in die neue Fassung übernommen werden musste. Die Rechtslage sollte mit dem Entfall der Bestimmung aber nicht geändert werden.¹²⁸

§ 932 Abs 2 ABGB aF besagt, dass „eine **unerhebliche Minderung des Wertes** nicht in Betracht kommt“. Daraus entstand der Begriff des „unerheblichen Mangels“, der auch gem P 5.44.6 der ÖNorm den AG nicht zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen berechtigt.

Unerhebliche Mängel sind solche, die so bedeutungslos sind, dass sie im Geschäftsverkehr vernachlässigt werden. Kein „vernünftig denkender Mensch“ empfindet sie als Nachteil, ein „normaler“ Käufer oder Werkbesteller würde sie gar nicht geltend machen. Eine Erhebung des Gewährleistungsanspruches wegen eines geringfügigen Mangels käme einem Rechtsmissbrauch gleich. Schikanöse Mängeleinwendungen sollen verhindert werden.¹²⁹

Unerhebliche Maßabweichungen, wie sie die ÖNorm als Beispiel für unerhebliche Mängel anführt, sind teilweise durch Toleranzmaße in den verschiedenen technischen und Bauleistungs-ÖNormen abgedeckt.¹³⁰

Wann die Grenze der Schikane überschritten ist, ist nicht ganz ausgelotet.¹³¹

Geringfügiger Mangel (siehe dazu Kap 5.4)

Da der Begriff des geringfügigen Mangels erst mit der Reform des Gewährleistungsrechts im österreichischen Recht eingeführt wurde, ist noch nicht ausjudiziert und -diskutiert, was darunter genau zu verstehen ist. Sicher ist, dass der geringfügige Mangel nicht mit dem unerheblichen Mangel gleichzusetzen ist, da der unerhebliche Mangel keine Gewährleistungsfolgen auslöst, ein geringfügiger Mangel jedoch nur das Recht auf Wandlung ausschließt. Dieser Ausschluss der Wandlung wurde der RL entnommen, diese gibt allerdings auch keinen Aufschluss darüber, was unter einer „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ zu verstehen ist.¹³² Die RL wollte die Vertragsaufhebung nur in Ausnahmefällen ausschließen, also nicht immer nur dann, wenn nach alter Rechtslage die Wesentlichkeit verneint wurde, demnach ist ein geringfügiger Mangel auch nicht mit dem

¹²⁸ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 38; vgl auch *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 16.

¹²⁹ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 139; vgl ebenso *Koziol/Welser II*¹¹, S 66; und vgl ebenso *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 36 f.

¹³⁰ Vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetaf 01.03.1995, S 104.

¹³¹ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 139.

¹³² Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 37.

alten Begriff des unwesentlichen Mangels gleichzusetzen.¹³³ *Bei der Auslegung dieses Begriffes wird wohl darauf abzustellen sein, ob die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre.*¹³⁴ Nach Ansicht von *Kletečka* sollte es darauf ankommen, ob die Parteien auch bei Kenntnis des Mangels den Vertrag über die Sache, wenn auch unter veränderten Konditionen (zB geringerer Preis) abgeschlossen hätten. Der Mangel ist nur dann nicht geringfügig, wenn der Vertrag bei Kenntnis des Mangels nicht zustande gekommen wäre.¹³⁵ Als Positivdefinition ist ein Mangel also dann geringfügig, wenn die Vertragsparteien auch bei Kenntnis des Mangels (wenn auch zu anderen Bedingungen) kontrahiert hätten.

3.2 Einschränkungen

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.2 [idF 2002: P 5.45.2] Einschränkung 5.44.2.1 [idF 2002: P 5.45.2.1] Ist ein Mangel auf (1) eine besondere Weisung des AG, (2) die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen, (3) das vom AG beigestellte Material oder (4) Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels dann frei, wenn (a) er im Sinne von 5.8.3 und 5.19.2.1 [idF 2002: P 5.9] die vorgesehene schriftliche Mitteilung erstattet hat und der AG den vorgebrachten Bedenken nicht Rechnung getragen hat, oder (b) er diese Mängel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können.</p>		<p>§928. Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet außer dem Falle arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt (§ 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden. (RGBI 1916/69)</p>	
<p>5.44.1 (Teil 2) [idF 2002: P 5.45.2.2] Umfang Die Gewährleistung des AN wird durch das Bestehen einer Überwachung seitens des AG gemäß 5.20 [idF 2002: P 5.21] nicht eingeschränkt</p>		<p>§929. Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat eben so wenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat. (JGS 946 vom 01.06.1811) Anmerkung: Bei Verbrauchsgeschäften kein Gewährleistungsverzicht (Gewährleistungsausschluß) nach § 9 KSchG, BGBl. Nr. 140/1979.</p>	
		<p>§930. Werden Sachen in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht übergeben; so ist der Übergeber, außer dem Falle, daß eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich. (JGS 946 vom 01.06.1811)</p>	

Abbildung 5: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Einschränkungen

Stellt der AN das vertraglich Vereinbarte nicht her, so haftet er grundsätzlich dafür. Einschränkungen gibt es durch die §§ 928, 929 und 930 sowie P 5.44.2 dF 2000 bzw P 5.45.2 dF 2002 der ÖNorm, diese wurden durch die Reform des Gewährleistungsrechts nicht verändert. Zu hinterfragen ist, ob alle einschränkende Paragraphen des ABGB für Werkverträge anwendbar sind.

Keine Gewährleistung für offenkundige Mängel (beim Kaufvertrag)

Für offenkundige Mängel (siehe Kap 3.1.2) ist - außer bei arglistigem Verschweigen oder ausdrücklicher¹³⁶ Mangelfreiheitszusage - gem § 928 nicht Gewähr zu leisten, weil sie für gewöhnlich bei der Preisvereinbarung berücksichtigt werden. Maßgebend ist daher der

¹³³ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 52.

¹³⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1182; vgl auch *Kozioł/Welser* II¹², S 74.

¹³⁵ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 53.

¹³⁶ Ausdrückliche Zusage bedeutet hier nichts anderes als besondere Zusage, die aber auch stillschweigend erfolgen kann. (vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 928 Rz 5).

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Daraus folgt, dass § 928 nicht auf den Gattungskauf und sicher nicht auf den Werkvertrag anwendbar ist.¹³⁷ Beim Werkvertrag wird das Werk erst nach Vertragsabschluss hergestellt, weshalb ein künftiger, augenfälliger Mangel bei der Vertragsgestaltung noch nicht berücksichtigt werden kann.¹³⁸ Die Gewährleistung ist auch ausgeschlossen, wenn der Mangel zwar nicht in die Augen fällt, aber dem Erwerber zu Vertragsabschluss bekannt war.¹³⁹

Beim Werkvertrag könnte die Bestimmung des § 928 auf den Zeitpunkt der Übergabe anstatt auf den des Vertragsabschlusses angewendet werden. Allerdings könnte daraus geschlossen werden, dass augenfällige Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe gerügt werden müssen, um nicht gemäß § 928 Ansprüche aus der Gewährleistung zu verlieren. Eine derartige Rügepflicht ist jedoch ausdrücklich nur in § 377 HGB für den beiderseitigen Handelskauf und diesem gleichgestellte Geschäfte festgelegt, nie aber für Werkverträge nach dem ABGB. Es ist daher bedenklich, wenn der OGH diese Bedingung dadurch aushöhlt, indem er einen konkludenten Verzicht auf die Gewährleistung annimmt, wenn ein offenkundiger Mangel im Zeitpunkt der Übernahme nicht gerügt wird.¹⁴⁰

Das ABGB vermutet, dass der Erwerber zwar mit Servituten und fortlaufenden Lasten einverstanden ist, mit Schulden (Pfandrechte, Hypotheken) und rückständigen Leistungen (Vermögensübertragungsgebühren und sonstige Steuern, Zölle und Einzelleistungen aus Reallasten und öffentlich-rechtliche Lasten wie zB der Auftrag zur Sanierung einer Altlast) aber selbst dann nicht, wenn er sie kennt, weil der Veräußerer die Sache lastenfrei zu machen hat (Depurierungspflicht).¹⁴¹

Keine Gewährleistung bei wissentlichem Ansichbringen fremder Sachen

§ 929 1.Halbsatz beschreibt einen Fall eines Rechtsmangels. Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat keinen Anspruch auf die nach §§ 922 ff bzw § 1167 zustehenden Rechte. Praktisch relevant ist dies bei Verarbeitung eines fremden Stoffes. *So kommt zB keine Gewährleistung für Rechtsmängel in Betracht, wenn der Besteller schon beim Vertragsschluss um das mangelnde Eigentum des Unternehmers an dem in Aussicht genommenen Material weiß. Erfährt er hingegen erst nachträglich, dass der Unternehmer fremden Stoff verarbeitet hat, so ist das für die Gewährleistung bedeutungslos, auch wenn die Annahme als Erfüllung noch bevorsteht.*¹⁴²

¹³⁷ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹², Band II, S 80; ebenso *Welser, Jud*, Die neue Gewährleistung, § 928 Rz 1; ebenso vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1259.

¹³⁸ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 928 Rz 5.

¹³⁹ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹², Band II, S 81; ebenso *Welser, Jud*, Die neue Gewährleistung, § 928 Rz 4.

¹⁴⁰ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1259; vgl auch *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 119 f; vgl auch *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 928 Rz 2.

Ebenso sieht *Langer* (Die Bauvertragsnorm B 2110, S 106) einen schlüssigen Verzicht auf die Gewährleistung, wenn der Werkbesteller anlässlich einer vertraglich bedungenen Abnahme die Rügen augenfälligen Mängeln unterlässt.

¹⁴¹ Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹², Band II, S 81.

¹⁴² *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 125.

Verzicht auf die Gewährleistung

§ 929 2. Halbsatz schließt die Gewährleistung aus, wenn darauf verzichtet wurde.

Grundsätzlich ist der vollständige Verzicht auf die Gewährleistung nach § 929 ABGB - auch nachträglich - zulässig.¹⁴³ Einschränkungen ergeben sich jedoch aus dem § 879 ABGB (Sittenwidrigkeit) sowie aus dem § 9 KSchG. ZB wurde der Ausschluss jeglicher Gewährleistung in AGB von der Rechtsprechung für sittenwidrig erklärt, ebenso ein vollständiger Gewährleistungsverzicht bei fabrikneuen Waren. Bei Verbrauchergeschäften kann vor Kenntnis des Mangels nicht auf die Gewährleistung verzichtet werden bzw diese eingeschränkt werden.¹⁴⁴ Dasselbe muss auch gelten, wenn bei einem Werkvertrag, der auf die Herstellung einer neuen Sache gerichtet ist, formularmäßig auf sämtliche Gewährleistungsansprüche verzichtet wird.¹⁴⁵

Ebenso muss ein allgemeiner Verzicht bei Vertragsabschluß bei einer unbekanntem, insbesondere erst zu erstellenden Sache im Hinblick auf die künftigen Gefahren (zB Manipulationsmöglichkeit des Schuldners) nach § 937 ABGB¹⁴⁶ unzulässig erscheinen, weil der Übernehmer die Sache vor Vertragsabschluß weder besichtigen noch prüfen und somit sein Risiko, das er mit einem Gewährleistungsverzicht übernimmt, nicht konkret abschätzen kann. Die Bedingungen für § 937 sind erst zum Zeitpunkt der Übergabe gegeben und somit kann ein Gewährleistungsverzicht erst zu dieser Zeit wirksam erfolgen. Ein Verzicht auf einzelne Gewährleistungsbehelfe ist dagegen ohne Rücksicht auf obige Zeitpunkte prinzipiell möglich, wenn Mängel noch ausreichend sanktioniert bleiben.¹⁴⁷ Eine Einschränkung auf Verbesserung und somit Verzicht auf alle anderen Gewährleistungsbehelfe, gilt nicht bei verweigerter oder misslungener Verbesserung, ebenso wenig bei Verzug trotz angemessener Nachfrist oder Unmöglichkeit der Verbesserung.¹⁴⁸

Gewährleistungsrechte sind restriktiv auszulegen, so dass sie im Zweifel den Verzicht auf die Geltendmachung von Mangelfolgeschäden nicht umfassen. Ein allgemeiner Gewährleistungsverzicht ist nicht auf Ansprüche aus der ausdrücklichen Zusicherung bestimmter Eigenschaften zu beziehen. Auch völlige Unbrauchbarkeit ist in der Regel nicht erfasst.¹⁴⁹

Ein Problem ergibt sich, wenn die Parteien (gültig) einen Gewährleistungsverzicht vereinbaren, jedoch zugleich eine bestimmte Eigenschaft des herzustellenden Werkes ausbedingen. Die Rsp nimmt an, dass die besondere Zusage vom Verzicht nicht erfasst ist,

¹⁴³ Das Wort „ausdrücklich“ in § 929 bedeutet ebenso wie in § 928 nichts anderes, als dass ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht auf Verzicht zu schließen ist. Ausdrücklich heißt hier, wie auch an anderen Stellen des ABGB, nur „mit hinreichender Deutlichkeit“. Konkludenter wie stillschweigender Verzicht ist daher möglich ist. (Vgl *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 929Rz 4; vgl ebenso *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 121).

¹⁴⁴ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 82.

¹⁴⁵ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 121.

¹⁴⁶ § 937 ABGB: Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.

¹⁴⁷ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 929Rz 3.

¹⁴⁸ Vgl *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 929Rz 6.

¹⁴⁹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 82, ebenso vgl *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 929 Rz 2; ebenso vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 39.

sofern sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt. Dasselbe gilt, jedoch nicht automatisch, wenn - bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Gewährleistungsverzichts - ausdrücklich vollständige Mängelfreiheit der Ware zugesichert wurde (Vertragsauslegung).¹⁵⁰

Ein nachträglicher Verzicht kann sich uU aus der Weiterbenützung einer Sache ergeben, wenn die Benutzung trotz Kenntnis eines Wandlungsgrundes erfolgt.¹⁵¹ Die meisten Entscheidungen verneinen jedoch einen Gewährleistungsverzicht durch (evtl auch längerfristige) Benutzung. Auch geht durch eine Weiterveräußerung der Sache der Verbesserungsanspruch nicht unter, solange der Nachfolger des Gewährleistungsberechtigten eine Verbesserung gestattet und diese möglich ist.¹⁵²

Keine Gewährleistung bei Übergabe in „Pausch und Bogen“

Da bei Werkverträgen eine Übergabe in „Pausch und Bogen“ auszuschließen ist, hat § 930 für diese keine Relevanz.

Einschränkung der Gewährleistung bei „Mitwirkung“ des AG am Mangel

Einschränkungen der Gewährleistungsrechte für den AG ergeben sich auch durch „Mitwirkung“ des AG am vertragswidrigen Zustand. ZB sieht die RL vor, dass keine Gewähr zu leisten ist, wenn ein Mangel auf einen vom Verbraucher (AG) gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Im österreichischen ABGB wurde diese Bestimmung nicht umgesetzt, es entspricht jedoch der hA, dass der Besteller keinen Gewährleistungsanspruch hat, wenn der von ihm beigestellte Stoff oder die von ihm erteilte Anweisung ungeeignet war. Der „Haftungsausschluß“ gilt im ABGB jedoch nur dann, wenn der Werkunternehmer nicht schuldhaft seine Warnpflicht verletzt hat. Dies führt zu der Besonderheit, dass der Werkunternehmer bei Mängeln zufolge unrichtiger Anweisungen durch den AG oder von diesem zur Verfügung gestellten, untauglichen Stoff nur dann nach der - gewöhnlich verschuldensunabhängigen - Gewährleistung zu haften hat, wenn ihm eine schuldhafte Verletzung der Warnpflicht vorzuwerfen ist.¹⁵³

Ohne inhaltliche Änderung der gesetzlichen Regelung¹⁵⁴ geht die ÖNorm sehr wohl auf diesen Umstand explizit ein und zählt jene Fälle auf, bei welchen ein Mangel auf die Sphäre des AG zurückzuführen ist. Es sind dies besondere, unrichtige Weisungen des AG, vom AG beigestellte Ausführungsunterlagen, vom AG beigestelltes, untaugliches Material und Vorleistungen anderer AN. Selbst in diesen Fällen ist der AN nur dann von der Gewährleistung frei, wenn er den AG entsprechend gewarnt hat oder der AN den Mangel aus der Sphäre des AG trotz Beachtung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkannt hat oder hätte

¹⁵⁰ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 121 f.

¹⁵¹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 82.

¹⁵² Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, §§ 929Rz 5.

¹⁵³ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 928 Rz 6, ebenso *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 30.

¹⁵⁴ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 265.

erkennen können.¹⁵⁵ Trifft den AN dementsprechend keine Gewährleistungspflicht, kann er auch schadenersatzrechtlich nicht in Anspruch genommen werden.¹⁵⁶

Zu den Anweisungen des AG zählen auch Gutachten, Pläne und statische Berechnungen.¹⁵⁷ Der AG schuldet dem AN Anweisungen über die Herstellung des Werkes nur in dem Maß, das notwendig ist, um die geschuldete Leistung zu umschreiben. Der AG kann selbst entscheiden, inwieweit er mittels Anweisungen in das Entstehen der Leistung eingreift. Dementsprechend steigt oder sinkt auch die von ihm übernommene rechtliche Verantwortung für die Richtigkeit der erteilten Anweisung. Der AN ist zur Prüfung und gegebenenfalls zur Warnung verpflichtet, doch führt eine Warnpflichtverletzung nur zu einem Mitverschulden des AN, so dass zumindest ein Teil des Schadens vom AN zu tragen ist. Konnte der AN den Anweisungsfehler trotz Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkennen, trägt der AG das Risiko alleine. Der AN wird nicht einmal gewährleistungspflichtig.¹⁵⁸

Die Vornahme einer Überwachung durch den AG (oder dessen Erfüllungsgehilfen) entbindet den AN selbstverständlich nicht von seiner Verpflichtung zur Gewährleistung, ebenso wenig bedeutet sie eine Befreiung von der Prüf- und Warnpflicht. Der AN muss nur dann den AG nicht vor Mängeln in Anweisungen, Beistellungen oder Vorleistungen warnen, wenn diese dem AG ohnehin bekannt sind. Aus Beweisgründen ist eine Warnung dennoch zu empfehlen.¹⁵⁹

Hat der AN seiner Warnpflicht nicht entsprochen, entstehen uU deshalb keine Gewährleistungsansprüche, weil die Leistung entsprechend dem Vertrag erstellt wurde. Ist der Gebrauch trotz Vertragskonformität beeinträchtigt, kann der AG keine Gewährleistungsansprüche stellen, weil der AN nur zur Herstellung des vertraglich vereinbarten Zustands verpflichtet ist. Der AG kann wegen dieses Mangels Vertragsanpassung nach § 872 ABGB fordern, wenn der AN seine Warnpflicht verletzt hat.¹⁶⁰

¹⁵⁵ siehe bzgl Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers: ÖNorm B 2110 idF 2002, P 5.9.

¹⁵⁶ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 265.

¹⁵⁷ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 312; siehe hier auch weitere Erläuterungen und OGH-Entscheidungen zum Begriff der „Anweisung“; weiters dazu *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 21.

¹⁵⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 312.

¹⁵⁹ Vgl *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 172.

¹⁶⁰ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 265 f.

3.3 Fristen

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.3.3 [idF 2002: P 5.45.3.2] Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übernahme der Leistung (5.40) [idF 2002: P 5.41].</p>		<p>Erlösung des Rechtes der Gewährleistung §933. (1) Wer die Gewährleistung fordern will, muß sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen sechs Monaten [...] gerichtlich geltend machen, sonst ist die Klage erloschen. Die Frist beginnt von dem Tage der Ablieferung der Sache; [...] für die Gewährleistung wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches aber von dem Tage, an welchem dieser dem Erwerber bekannt wurde.</p>	
<p>5.44.3.4 [idF 2002: P 5.45.3.3] Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt sie 2 [idF 2002: 3] Jahre; für Leistungen der Haustechnik, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, 1 [idF 2002: 2] Jahre. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gelten mindestens die gesetzlichen Gewährleistungsfristen gemäß § 933 ABGB.</p>			
<p>5.44.3.6 [idF 2002: P 5.45.3.5] Für Bauwerke bzw. haustechnische Anlagen vorübergehenden Bestandes endet die Gewährleistungsfrist spätestens mit dem Abbruch bzw. deren Demontage.</p>		<p>Verjährung § 933. (1) Das Recht auf die Gewährleistung muss, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag der Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln aber erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung dieser Frist vereinbaren.</p>	
<p>ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gelten mindestens die gesetzlichen Gewährleistungsfristen gemäß § 933 ABGB.</p>			
<p>5.44.3.7 [idF 2002: P 5.45.4.5] [...] Durch die behelfsmäßige Behebung tritt eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist im Sinne von 5.44.8 (1) [idF 2002: P 5.45.5 (1)] ein.</p>			
<p>5.44.8 [idF 2002: P 5.45.5] Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß 5.44.3. für jene Teile der Leistung neu zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten. (2) Wird jedoch durch einen solchen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile oder der Gesamtleistung verhindert, verlängern sich die Fristen für diese Teile oder für die Gesamtleistung um die Zeit der Verhinderung. (3) [...]</p>			
<p>5.44.9 [idF 2002: P 5.45.7] Ende der Gewährleistung Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei.</p>			

Abbildung 6: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Fristen

Das ABGB regelt die Dauer der Gewährleistungsfristen in Abhängigkeit davon, ob es „eine bewegliche oder unbewegliche Sache betrifft“. Die Gewährleistungsfristen im ABGB für bewegliche Sachen wurden im Zuge der Reform des Gewährleistungsrechts von 6 Monaten auf 2 Jahre verlängert, die Frist für unbewegliche Sachen blieb unverändert und beträgt nach wie vor 3 Jahre. Das ABGB unterscheidet also nach wie vor zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

Im Zuge der Reform des Gewährleistungsrechts hätte auch die Gewährleistungsfrist für unbewegliche und bewegliche Sachen vereinheitlicht werden können, wie es manche Juristen, vor allem *Krejci*, in Österreich bereits vorgeschlagen hatten. Die RL nimmt unbewegliche Sachen von ihrem Anwendungsbereich aus, daher waren bei der Frist für unbewegliche Sachen keinerlei europäische Vorgaben zu beachten. Der österreichische Gesetzgeber behielt jedoch nach wie vor die Trennung in unbewegliche und bewegliche Sachen durch unterschiedliche Gewährleistungsfristen bei. Der Grund für die Differenzierung ist undeutlich, vermutlich beruht er auf der Auffassung, dass unbewegliche Sachen dauerhafter sein sollten als bewegliche. Heikle Abgrenzungsprobleme bestehen vor allem

dann, wenn es um den Einbau beweglicher in unbewegliche Sachen geht. Allerdings kann diesbezüglich auf umfangreiche Judikatur zurückgegriffen werden.¹⁶¹

Nach dem Sachenrecht ist eine Sache beweglich, wenn sie *ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden kann*¹⁶², sonst ist sie unbeweglich (zB Liegenschaften und Gebäude¹⁶³). Diese Einteilung deckt sich allerdings nicht genau mit jener des § 933 ABGB, sondern dient nur als Anhaltspunkt.¹⁶⁴

Ob der Diskussion unter Juristen bzgl langer oder kurzer Gewährleistungsfrist empfiehlt *Kurschel*, an die von *Welser* erarbeiteten und teilweise auch in der Judikatur zum Ausdruck gekommenen Grundsätze anzuknüpfen und die funktionelle Verbindung eines Werkes mit einer unbeweglichen Sache als entscheidend für die Anwendbarkeit der langen Frist anzunehmen. Dies ist vor allem beim Einbau beweglicher Sachen in unbewegliche zu berücksichtigen. Sind diese auch nach ihrer Entfernung von einer unbeweglichen Sache noch funktionstüchtig, so ist die kurze Gewährleistungsfrist anzuwenden. Die 3-jährige Frist gilt somit für Gartenzäune, Gartenmauern, Blitzableiter, Wandsafe, Sauna, Heizungsrohre, Ziegel, die aufgrund ihrer Art ihres Zweckes einer unbeweglichen Sache dienen.¹⁶⁵ Eine Sauna oder ein Swimmingpool sind zwar nicht für den Gebrauch der unbeweglichen Sache selbst bestimmt, können aber ohne feste Verbindung ihre Aufgabe nicht erfüllen und sind daher, in Bezug auf die Gewährleistung als unbeweglich zu behandeln.¹⁶⁶ Die Herstellung von Wasser- oder Stromanschluss für eine bewegliche Sache reicht nicht zur Anwendung der langen Frist, zumal er auch leicht wieder gelöst werden kann.¹⁶⁷ Für Geschirrspüler oder Videorecorder ist daher die kurze Gewährleistungsfrist anzuwenden, weil beide auch beweglich voll funktionstüchtig wären. Dh für die Anwendung der 3-jährigen Gewährleistungsfrist ist entscheidend, ob die in eine unbewegliche Sache eingebaute bewegliche Sache nach deren Entfernung noch funktionstüchtig ist.

Die lange Gewährleistungsfrist gilt auch dann, wenn eine unbewegliche Sache zu bearbeiten ist. Unter Bearbeiten ist auch zu verstehen, dass der AN eine bewegliche Sache einbaut und zu einem unselbständigen Bestandteil einer unbeweglichen Sache macht (zB Einbau eines Kachelofens, Aufzugs, einer Zentralheizung, Mauerer- oder Dachdeckerarbeiten, Verfließungen, Installationen).¹⁶⁸

Allerdings gilt es „eine bewegliche Sache betreffend“, wenn beim Kauf (zB von Baumaterialien) bewegliche Sachen dazu bestimmt sind, durch eine nicht dem Veräußerer

¹⁶¹ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 2 und 3.

¹⁶² § 293 ABGB.

¹⁶³ Eine Ausnahme bilden die Superädifikate (Bauwerke, die auf fremdem Grund und Boden errichtet wurden, aber nicht im Eigentum des Grundeigentümers stehen (Duden - Fremdwörterbuch)), die ebenfalls als unbeweglich gelten.

¹⁶⁴ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 33.

¹⁶⁵ Vgl *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 909.

¹⁶⁶ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 33.

¹⁶⁷ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 96 f.

¹⁶⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1166.

obliegende Tätigkeit Bestandteil einer unbeweglichen Sache zu werden (zB Ziegel).¹⁶⁹ Verpflichtet sich hingegen der Verkäufer (Werkunternehmer) zum Einbau der Sache, so gelten für die Länge der Frist die oben dargestellten Regeln.¹⁷⁰

Ist ein Dachdecker beauftragt, ein Dach zu decken und hierfür Dachziegel zu besorgen, so ist für den AG die Leistung des Dachdeckers eine unbewegliche Sache. Für den Dachdecker, der die Dachziegel käuflich erwirbt, sind diese allerdings beweglich.

Kauft der AG die Dachziegel selbst ein und lässt das Dach im Pfusch decken, kann er nur innerhalb der für bewegliche Sachen geltenden Gewährleistungsfrist Rechte aus der Gewährleistung für bereits bei der Übergabe defekte Dachziegel fordern. Allerdings haftet auch der Pfuscher für die mangelfreie Leistung. Das gilt auch, wenn dem AG bekannt war, dass sein Vertragspartner über keine Gewerbeberechtigung verfügt.¹⁷¹ Schwierigkeiten werden sich unter Umständen bei der Durchsetzung solcher Forderungen ergeben.

Zubehör gilt - obwohl es an sich eine bewegliche Sache ist - als rechtlich unselbständig und daher unbeweglich. P 5.44.3.4 der ÖNorm stellt jedoch für die Geltung der einjährigen Frist darauf ab, dass Leistungen der Haustechnik tatsächlich bewegliche Sachen bleiben. Daher ist die kurze Gewährleistungsfrist der ÖNorm auch auf Zubehör anzuwenden.¹⁷² ME sagt dies die ÖNorm nicht aus, sie regelt lediglich, dass die kurze Gewährleistungsfrist anzuwenden ist, sofern Leistungen der Haustechnik bewegliche Sachen bleiben, auf „Zubehör“ geht die ÖNorm nicht ein.

In der ÖNorm wird nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden, sondern zwischen Leistungen der Haustechnik, die beweglich bleiben, und allen anderen Leistungen. Für bewegliche Haustechnikleistungen wurde die Gewährleistungsfrist von 1 (idF 2000) auf 2 Jahre (idF 2002) verlängert, ebenso wurde für alle anderen Leistungen die Frist von 2 (idF 2000) auf 3 (idF 2002) Jahre verlängert und somit an die 3-jährige Gewährleistungsfrist des ABGB für unbewegliche Sachen angepasst.

Die ÖNorm weist darauf hin, dass in einschlägigen Fachnormen auch andere Gewährleistungsfristen festgelegt sein können. Die Bauleistungsnormen B 22xx verweisen idR auf die B 2110, in Ausnahmefällen legen sie längere Fristen fest, nie kürzere.¹⁷³

Früher war die Gewährleistungsfrist der ÖNorm für Bauleistungen (Ausnahme: beweglich bleibende Haustechnikleistungen), die ja unbewegliche Sachen darstellen, um ein Jahr kürzer als im ABGB, zum Ausgleich für diese Verkürzung war eine im Gesetz nicht vorgesehene Klagsfrist für die gerichtliche Geltendmachung von Mängeln, die innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügt wurden, von 1 Jahr zur Verfügung, die aber idF 2002 aufgegeben wurde.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 78; ebenso vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S33 mwN.

¹⁷⁰ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S33.

¹⁷¹ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 257.

¹⁷² *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1170.

¹⁷³ Vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 102; ebenso *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 36 mwN.

¹⁷⁴ Vgl *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 173.

In einer Anmerkung ist in der ÖNorm - in der alten wie in der neuen Fassung unverändert - festgehalten, dass bei Verbrauchergeschäften mindestens die Gewährleistungsfristen gem § 933 ABGB gelten. Dies bedeutet mE nun keinen Unterschied mehr, weil für unbewegliche Sachen auch dort die 3-jährige Gewährleistungsfrist festgelegt ist und für bewegliche Sachen bzw Leistungen die 2-Jahresfrist, die ohnehin auch für beweglich bleibende Haustechnikleistungen gilt. Auf andere beweglich bleibende Leistungen wird in der ÖNorm nicht eingegangen. Sinnvoll war die Anmerkung wohl vor der Gewährleistungsreform, da hier in der ÖNorm kürzere Gewährleistungsfristen vorgesehen waren als im ABGB.

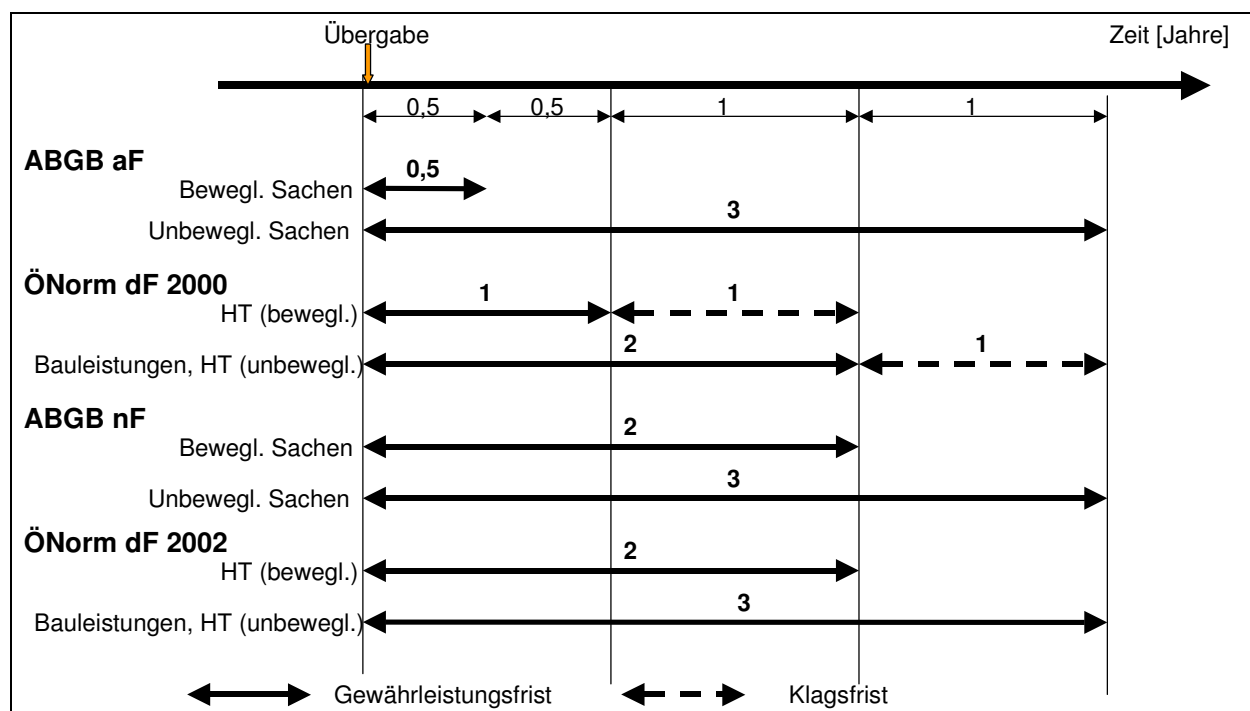


Abbildung 7: Vergleich Fristen ABGB - ÖNorm

Interessant ist die Diskussion unter Juristen bzgl der Art der Gewährleistungsfristen.

Bis zum Inkrafttreten des GewRÄG wurden die Gewährleistungsfristen als Präklusivfristen angesehen. Die Überschrift zu § 933 stellt aber klar, dass sie nun als Verjährungsfristen anzusehen sind. Eine Verjährung bedeutet den Rechtsverlust durch Nichtausübung während der vom Gesetz bestimmten Zeit und bringt somit ein an sich unbefristetes Recht zum Erlöschen. Durch die Verjährung endet nicht das Recht selbst, sondern nur seine Klagbarkeit. Die Forderung bleibt als Naturalobligation bestehen: sie ist nicht einklagbar, kann aber wirksam erfüllt werden. Leistet der Verpflichtete nach Eintritt der Verjährung, so hat er kein Rückforderungsrecht (§ 1432 ABGB). Die Verjährungsfristen sind im Prozess durch Einrede geltend zu machen und nicht von Amts wegen zu beachten (1501 ABGB).¹⁷⁵ Bei einer Präklusivfrist wird die "Lebensdauer" eines Rechts von vornherein begrenzt.¹⁷⁶ Daher besteht nach Ablauf einer Verjährungsfrist eine Naturalobligation weiter, nach Ablauf

¹⁷⁵ Vgl. *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 34; vgl. auch *Koziol/Welser II*¹², S 79.

¹⁷⁶ *Koziol/Welser II*¹², S 79.

einer Präklusivfrist hingegen nicht.¹⁷⁷ *Welser/Jud* zählen als weitere Differenzen auf, dass die Präklusivfristen von Amts wegen, die Verjährungsfrist aber nur auf Einwendung zu berücksichtigen sei, auf die Verjährung im Vorhinein nicht verzichtet werden kann und einer Verlängerung oder Verkürzung der Verjährungsfrist durch die Parteien nicht möglich ist. Allerdings wurde es mit diesen Unterschieden auch in der bisherigen Judikatur und Meinung nicht sehr genau genommen.¹⁷⁸ Somit hat auch die Transformation der Gewährleistungsfristen von Präklusiv- zu Verjährungsfristen keine substantiellen Änderungen des Gewährleistungsrechts zur Folge.¹⁷⁹ In vielen nationalen Rechten ist die Unterscheidung gar nicht geläufig.¹⁸⁰ Schon vor der Reform schrieb *Kurschel*: *Ob man die Gewährleistung dann als Verjährungs- oder Präklusivfristen, als gemischte Präklusivfristen oder als Fristen sui generis bezeichnet, ist von zweitrangiger Bedeutung. Festgehalten werden muss jedenfalls, dass nichts gegen ihre Unterbrechung und Hemmung spricht, dass sie verlängerbar sind und ihr Ablauf - weil eine Naturalobligation zurückbleibt - nur auf Einwendung zu berücksichtigen ist.*¹⁸¹ Durch die Transformation der Gewährleistungsfristen in Verjährungsfristen wird dies nun bestätigt. Der verjährte Gewährleistungsanspruch besteht als Naturalobligation weiter, was zur Folge hat, dass das nach Ablauf der Frist Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Das ABGB legt explizit fest, dass die Fristen durch vertragliche Vereinbarung verändert werden können. *Karasek* und *Kletečka* schreiben, dass hinkünftig der Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht mehr von Amts wegen wahrgenommen werden kann.¹⁸²

Vertragliche Abänderbarkeit der Fristen

Vor der Reform des Gewährleistungsrechts konnten die Gewährleistungsvorschriften - weil dispositives (nachgiebiges) Recht - durch Vereinbarung abgeändert werden. Seit dem 01.01.2002 sind die Gewährleistungsfristen laut ABGB Verjährungsfristen, für die § 1502¹⁸³ ABGB prinzipiell sowohl die Unzulässigkeit des Verzichts auf die Verjährung als auch die Unzulässigkeit der Verlängerung der Frist im Voraus festlegt. § 933 Abs 1 ABGB letzter Satz regelt jedoch als *lex specialis* explizit, dass Gewährleistungsfristen von den Parteien durch vertragliche Vereinbarung, dh im Voraus, verkürzt oder - im Gegensatz zu allen übrigen Verjährungsfristen - verlängert werden kann.

¹⁷⁷ Vgl. *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 12 und 18; vgl. ebenso *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 61, ebenso *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1264.

¹⁷⁸ Vgl. *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 12 und 18.

¹⁷⁹ Vgl. *Koziol/Welser II*¹², S 79; vgl. ebenso *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 10 und 11.

¹⁸⁰ Vgl. *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 10 und 11.

¹⁸¹ *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 105.

¹⁸² Vgl. *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 61; vgl. ebenso *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1264.

¹⁸³ **§ 1502.** Der Verjährung kann weder im Voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist, als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden.

Aufgrund des Konsumentenschutzgesetzes bestanden und bestehen auch weiter Einschränkungen für Verbrauchergeschäfte, hier können die Gewährleistungsvorschriften des ABGB zum Nachteil des Verbrauchers nicht geändert werden (§ 9 KSchG).¹⁸⁴

Außerhalb des Verbrauchergeschäftes können die Fristen innerhalb der Grenzen der §§ 864 a¹⁸⁵ und 879 („gute Sitten“-Paragraph) ABGB selbstverständlich auch verkürzt werden.¹⁸⁶

Auch die Fristen der ÖNorm B 2110 sind nach wie vor disponibel und durch vertragliche Vereinbarung oder durch speziellere Normen änderbar.¹⁸⁷ Im Gegensatz zum ABGB hat die ÖNorm die Abänderbarkeit schon vor der Reform explizit geregelt (siehe P 5.45.3.3 idF 2002 bzw P 5.44.3.4 idF 2000). Auch hier gilt, das KSchG zu beachten.

Hemmung/Unterbrechung der Gewährleistungsfristen

Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist kann unter anderem (zB durch vertragliche Vereinbarung) durch Hemmung oder Unterbrechung erfolgen. Hier ist zwischen diesen beiden Begriffen zu unterscheiden: Während Hemmung das Aussetzen des Fristlaufes also das Hinausschieben von Beginn oder Fortsetzung der Verjährung (§§ 1494 ff ABGB bzw ÖNorm idF 2002 P 5.45.5 (2), idF 2000 P 5.44.8(2)) ist, versteht man unter Unterbrechung den Neubeginn des Fristenlaufs (§ 1497 ABGB bzw ÖNorm idF 2002 P 5.45.5 (1), idF 2000 P 5.44.8(1)).

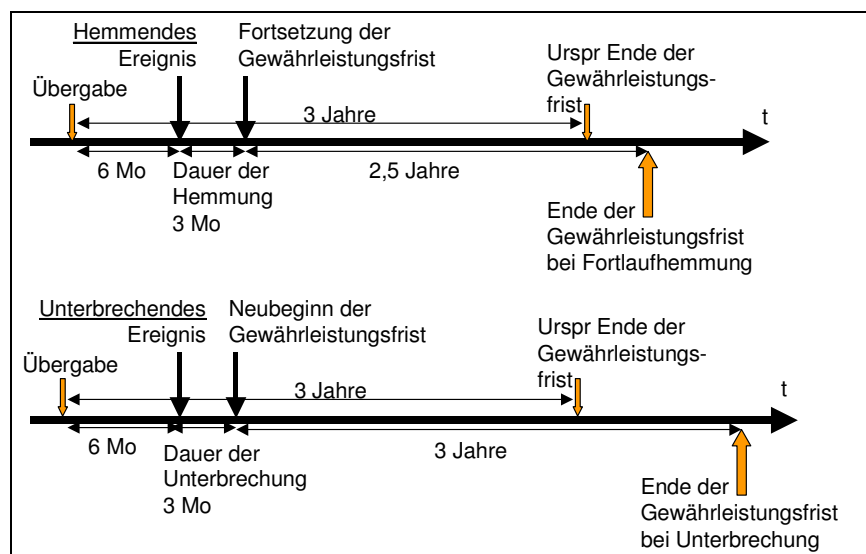


Abbildung 8: Fortlaufhemmung und Unterbrechung

¹⁸⁴ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 13; vgl auch *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 153; vgl ebenso *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1264.

¹⁸⁵ **§ 864a.** Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

¹⁸⁶ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 79, ebenso *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 15; vgl auch *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 61; vgl ebenso *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 34.

¹⁸⁷ Vgl *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 174.

In der ÖNorm wie im ABGB sind nun verschiedene Gründe geregelt, die die Gewährleistungsfrist entweder unterbrechen oder hemmen bzw die gehemmte/unterbrochene Frist durch Fortsetzung oder Neubeginn wieder auslösen.

Unterbrochen wird die Gewährleistungsfrist durch Anerkenntnis des Mangels (§ 1497 ABGB) oder durch Klage (§ 1497 ABGB). Beide Fälle sind ausschließlich im ABGB geregelt, die ÖNorm geht darauf nicht gesondert ein.

Gehemmt wird die Gewährleistungsfrist für die wegen eines Mangels am Gebrauch gehinderten Teile der Leistung oder die gehinderte Gesamtleistung (ÖNorm idF 2002: P.5.45.5, idF 2000: P 5.44.8), durch ernsthafte Vergleichsverhandlungen oder durch eine verzögerte Schlussfeststellung (ÖNorm idF 2002: P.5.46.1, idF 2000:P 5.45.1).

Die Gewährleistungsfrist wieder auslösende Ereignisse in Form einer Fortsetzung oder einem Neubeginn der Frist sind die Abnahme des behobenen (ÖNorm idF 2000 P 5.44.8 (1), ÖNorm idF 2002 P 5.45.5 (1)) oder behelfsmäßig behobenen (ÖNorm idF 2002 P 5.45.4.5, idF 2000 P 5.44.3.7) Mangels, das nachträgliche Herausstellen der Unmöglichkeit der Verbesserung, die Beendigung von Vergleichsverhandlungen.

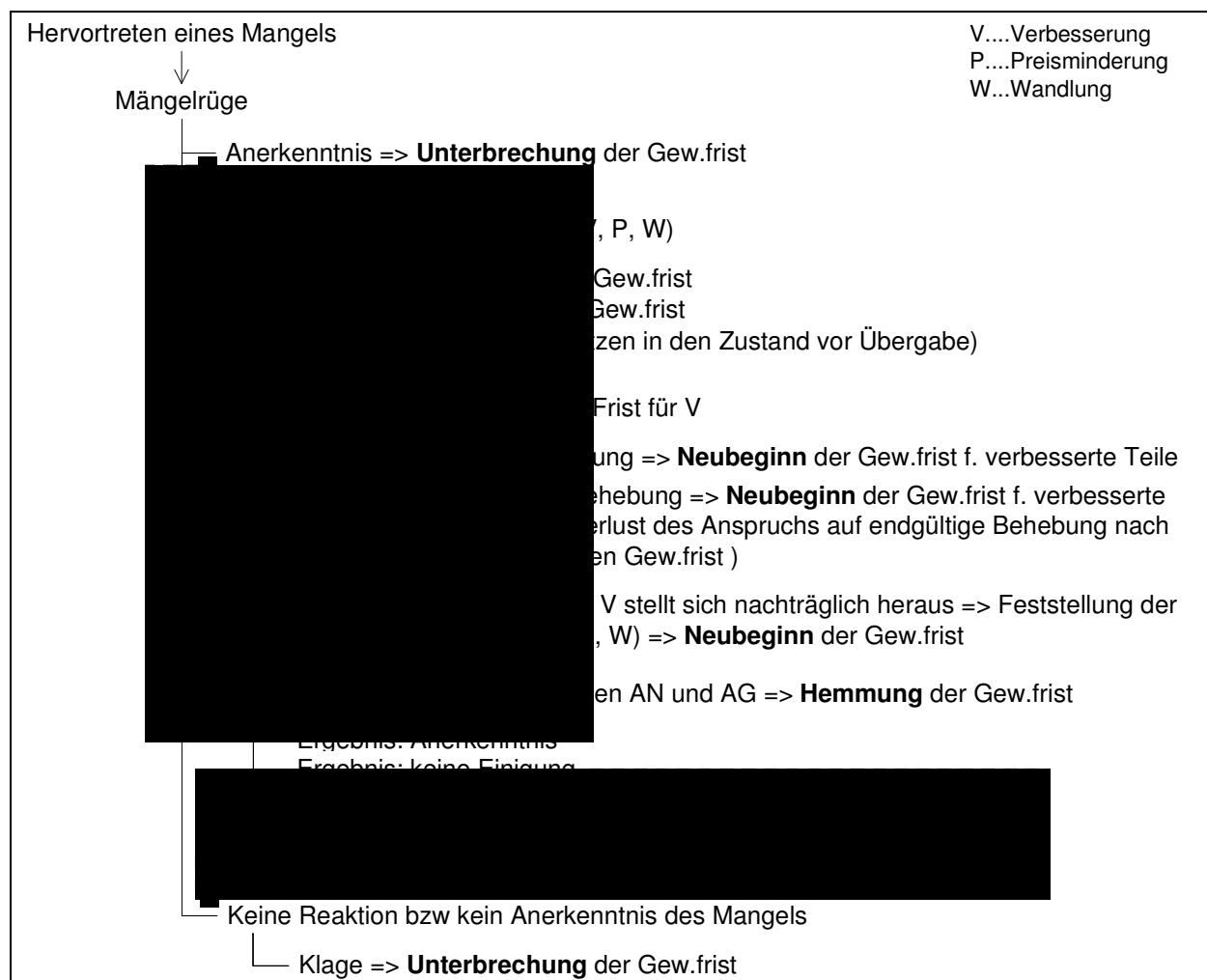


Abbildung 9: Hemmung/Unterbrechung/Fortsetzung/Neubeginn der Gewährleistungsfrist

Kommt ein Mangel während der Gewährleistungsfrist hervor, so wird der erste Schritt des AG sein, diesen Mangel beim AN zu rügen. Allein diese Mängelrüge bewirkt hinsichtlich der

Gewährleistungsfrist noch nichts. Ob eine Hemmung oder Unterbrechung der Gewährleistungsfrist eintritt, hängt von der Reaktion des AN ab:

Erkennt der AN den Mangel an, so unterbricht diese Anerkennung die Gewährleistungsfrist. Wann die Gewährleistungsfrist wieder neu zu laufen beginnt, ist abhängig von den dem AG zustehenden Rechten aus der Gewährleistung (siehe Kap 3.7). Hat der AG das Recht auf Wandlung und macht er von diesem Recht Gebrauch, wird der Vertrag und auch die Leistung rückgängig gemacht, somit kann auch die Gewährleistungsfrist nicht mehr beginnen. Hat der AG das Recht auf Preisminderung und einigen sich die beiden Vertragsparteien auf die Höhe der Minderung, ist das Ungleichgewicht, das der Mangel im Vertragsverhältnis verursacht hat, ausgeglichen. Für diesen Mangel hat der AG keine weiteren Rechte auf Gewährleistung mehr, weshalb auch in diesem Fall die Gewährleistungsfrist nicht wieder beginnt. Hat der AG das Recht auf Verbesserung, so muss der AG dem AN eine angemessene Frist zur Behebung setzen, innerhalb derer der AN die Verbesserung vornehmen muss. Mit Übernahme der verbesserten Leistung beginnt die Gewährleistung für die verbesserte Leistung neu zu laufen.

Beginnen AN und AG mit ernsthaften Vergleichsverhandlungen, so hemmt dies die Gewährleistungsfrist. Je nach Ergebnis der Vergleichsverhandlungen folgt den Verhandlungen die Unterbrechung der Frist bei Anerkennung bzw die Fortsetzung der Frist, kommt es zu keiner Einigung.

Lehnt der AN das Anerkenntnis des Mangels ab oder ignoriert er die Mängelrüge, so bleibt dem AG nur mehr die Klage innerhalb der Gewährleistungsfrist.

Eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist wird bewirkt durch :

- Anerkenntnis¹⁸⁸: Durch eine Verbesserungszusage oder einen Verbesserungsversuch erkennt der AN an, dass er mangelhaft geleistet hat, ebenso durch abgeschlossene Vergleichsverhandlungen soweit das Ergebnis dieser eine Anerkennung der Mangelhaftigkeit bedeuten. *Oberndorfer/Straube*¹⁸⁹ schreiben irrtümlich, dass eine Mängelrüge gem § 1497 ABGB die Gewährleistungsfrist hemmt, wenn sie vom AN anerkannt wird. Der erwähnte Paragraph im ABGB hat jedoch die Überschrift „Unterbrechung der Verjährung“ und nicht „Hemmung der Verjährung“. Gem *Reischauer*¹⁹⁰ löst ein Anerkenntnis des Mangels wieder den Neubeginn einer Frist aus, jedoch nicht die Gewährleistungsfrist, sondern durch die Aufforderung zur Verbesserung wird ein Zustand erzeugt, der ähnlich jenem ist, der vor der Abnahme herrschte, dh Vertragserfüllung, Herstellung der Bauleistung.

Nach einer Mangelbehebung (dh die Folge der Gewährleistungsbehelfe Verbesserung oder Austausch) und einer anschließenden vorbehaltlosen Übernahme durch den AG - auch stillschweigend oder durch konkludente Handlung möglich - beginnt für die verbesserte Leistung, dh für jene Teile der

¹⁸⁸ siehe auch *Koziol/Welser II*¹², S 79, ebenso *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 35.

¹⁸⁹ Vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 101.

¹⁹⁰ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 933 Rz 5.

Leistung, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten (ÖNorm dF 2000: P 5.44.8 (11), ÖNorm dF 2002: P 5.45.5 (1)), die Gewährleistungsfrist neu zu laufen.¹⁹¹ Der Neubeginn der Gewährleistungsfrist gilt jedoch nur für die direkt mangelhafte Leistung selbst. Hat diese mangelhafte Leistung jedoch Auswirkungen auf den vertragsgemäßen Gebrauch anderer Teile der Leistung oder auf das Gesamtwerk, so bewirkt dies lediglich eine Hemmung der Gewährleistungsfristen für die sonst noch betroffenen Teile der Leistung (siehe ÖNorm idF 2002 P 5.45.5 (2) bzw idF 2000 P 5.44.8 (2)).

Die ÖNorm erlaubt eine behelfsmäßige Behebung, wenn zum Zeitpunkt der Feststellung des Mangels eine endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar ist (ÖNorm idF 2002 P 5.45.4.5, idF 2000 P 5.44.3.7). Denkbar ist dies zB bei langen Lieferzeiten von Ersatzteilen aus technischen Gründen. Wann ein AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen kann oder mit dem Mangel weiterleben muss, ist im Einzelfall abzuwägen. Die Vorteile des AG bei rascher, aber nur vorläufiger Behebung müssen den zusätzlichen Aufwendungen des AN gegenübergestellt werden und abgewogen werden. Ab der erfolgreichen endgültigen Behebung beginnt die Gewährleistungsfrist für diesen Teil ab der Übernahme oder Benützung (konkludente Handlung) der nun mangelfreien Leistung neu zu laufen.¹⁹² Zu beachten ist jedoch, dass der Anspruch auf die endgültige Behebung mit Ablauf der nach der behelfsmäßigen Behebung neu begonnenen Gewährleistungsfrist verjährt. Dh dass der Berechtigte nach Ablauf Gewährleistungsfrist für jene Teile, die behelfsmäßig behoben wurden, den Anspruch auf die endgültige Behebung verliert. Diese Frist kann allerdings durch vertragliche Vereinbarung verlängert werden.¹⁹³

Ebenso beginnt die Gewährleistungsfrist ab dem Zeitpunkt neu zu laufen, an dem sich eine Unmöglichkeit der Verbesserung herausstellt. *Dahinter steckt der Gedanke, dass die Gewährleistungsfrist nicht neu laufen soll, solange der AG im Hinblick auf die Anerkennung des Mangels der Verbesserung vertraut. Nach der Rsp löst die Erklärung, die zugesagte Verbesserung sei unmöglich, die Gewährleistungsfrist wieder aus.*¹⁹⁴

- Klage: Eine Klage unterbricht die Gewährleistungsfrist gem § 1497 ABGB dann, wenn das dadurch eingeleitete Verfahren auch gehörig fortgesetzt wird. Dh der Berechtigte darf nicht längere Zeit im Prozess untätig sein. Ein übermäßig langes

¹⁹¹ Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 278; ebenso Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 931.

¹⁹² Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 277 f; ebenso Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 931.

¹⁹³ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1177.

¹⁹⁴ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 279; vgl hierzu auch Ausführungen von Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 113 ff.

Ruhen des Verfahrens kann zur Einrede der Verjährung wegen nicht gehöriger Fortsetzung führen (OGH SZ 43/29).¹⁹⁵

Hemmung durch:

- Verhinderung des Gebrauchs anderer Teile oder der Gesamtleistung durch einen Mangel: Wörtlich sieht die Norm einen Neubeginn (dh Unterbrechung) der Gewährleistungsfrist für jene Teile der Leistung vor, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten, aber nur eine Verlängerung (dh Hemmung) der Gewährleistungsfrist für andere Teile oder der Gesamtleistung, wenn der Mangel deren vertragsgemäßen Gebrauch verhindert. Ebenso interpretieren *Kropik* und *Schwarz*¹⁹⁶ diese Bestimmung in der ÖNorm. *Langer* meint hierzu: *Bei komplexen Werken ist dabei oft ein Funktionszusammenhang gegeben, so dass auch bisher schon davon ausgegangen wurde, dass für alle vom Mangel betroffenen Bereiche eine neue Gewährleistungsfrist läuft und nicht nur für ausgetauschte oder ausgebesserte Teile, die ihrerseits wieder zu Schäden an weiteren Teilen der Sache führen oder führen können. Die Norm orientiert sich daher an der Rechtsprechung.*¹⁹⁷ ME ist die *Langer'sche* Interpretation irreführend, weil er einerseits schreibt, dass für alle vom Mangel betroffenen Leistungsteile und nicht nur für die ausgetauschten oder verbesserten die Gewährleistungsfrist nach der Mangelbehebung neu zu laufen beginnt, und andererseits, dass sich die Norm daran orientiert, was gerade nicht der Fall ist.
- Ernsthafte Vergleichsverhandlungen hemmen den Fristenlauf für die Verjährung in Form einer Ablaufhemmung, dh die Gewährleistungsfrist kann während der Vergleichsverhandlungen nicht ablaufen.¹⁹⁸ Scheitern die Verhandlungen, muss eine Klage innerhalb angemessener Zeit nach Scheitern eingebracht werden. Eine Frist von 2 Monaten ist nicht unangemessen.¹⁹⁹ Abgeschlossene Vergleichsverhandlungen bewirken, sofern der AN den Gewährleistungsanspruch anerkennt, eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist (siehe oben)²⁰⁰. Bei Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs gilt die ursprüngliche Gewährleistungsfrist.²⁰¹ Die Judikatur zur Hemmung der Fristen durch Vergleichsverhandlungen kann auf die Gewährleistungsfristen übertragen werden.²⁰²

¹⁹⁵ Vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 101; ebenso *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 35; siehe auch *Koziol/Welser II*¹², S 79.

¹⁹⁶ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 279; ebenso *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 932.

¹⁹⁷ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 105.

¹⁹⁸ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 35 mwN, ebenso vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 153.

¹⁹⁹ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1161.

²⁰⁰ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 35 mwN, ebenso vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 153.

²⁰¹ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1161.

²⁰² *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 18.

Kurschel spricht hier von einer Fortlaufshemmung anstelle einer Ablaufshemmung, weil hierbei der Zeitraum, der dem Besteller zur Verfügung steht, um seinen Anspruch einzuklagen, exakt bestimmbar ist und zwar genau soviel Zeit, wie er bei der Aufnahme der Verhandlungen um die Gewährleistung noch hatte. Der Versuch einer außergerichtlichen Einigung wirkt sich also weder vorteilhaft noch nachteilig für den Besteller aus.²⁰³

- verzögerte Schlussfeststellung: Ist die Schlussfeststellung, sofern diese vereinbart ist (ÖNorm idF 2002: P.5.46.1, idF 2000: P 5.45.1), aus Gründen, die der AN zu vertreten hat, oder aufgrund besonderer Umstände aus der neutralen Sphäre (zB Schnee, Hochwasser, gesperrte Zufahrtsstrassen) nicht rechtzeitig möglich, so wird der Ablauf der Gewährleistungsfrist gehemmt.

Die Möglichkeit einer Schlussfeststellung ergibt sich aus der ÖNorm, vom Gesetz her ist eine Schlussfeststellung nicht vorgesehen. Ob eine Schlussfeststellung abzuhalten ist, ergibt sich aus dem Vertrag, der Ausschreibung oder daraus, ob eine Schlussfeststellung in der Sparte von Bauleistungen üblich ist.²⁰⁴ Sie dient grundsätzlich nur dazu, am Ende der Gewährleistungsfrist festzustellen, ob die Leistung selbst nunmehr mängelfrei ist, und ist von den Vertragspartnern gemeinsam innerhalb der Gewährleistungsfrist vorzunehmen.

Treten Mängel nach erfolgter Schlussfeststellung aber noch innerhalb der Gewährleistungsfrist auf, sind diese Mängel weiterhin gewährleistungspflichtig. Die erfolgte Schlussfeststellung bedeutet nicht das vorzeitige Ende der Gewährleistungsfrist. Werden Mängel kurz vor Ende der Gewährleistungsfrist erkannt, reicht die Mängelrüge alleine - nach den neuen Gewährleistungsregeln - nicht aus, um Ansprüche auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist geltend machen zu können. Erfolgt keine Anerkennung des Mangels und Zusicherung der Behebung vor Ablauf der Frist durch den AN, muss Klage erhoben werden.²⁰⁵ Nach den alten Gewährleistungsregeln reichte eine Mängelrüge vor Ende der Gewährleistungsfrist sehr wohl aus, da danach in der ÖNorm noch die einjährige Klagsfrist vorgesehen war.

Beginn der Gewährleistungsfristen / der Begriff der „Übernahme“

Im ABGB beginnt sowohl in der alten wie auch in der neuen Fassung des § 933 Abs 1 die Gewährleistung für Sachmängel mit der „**Ablieferung der Sache**“ zu laufen. Für Rechtsmängel beginnt die Gewährleistungsfrist - trotz geänderter Formulierung inhaltlich auch nach der Gewährleistungsreform unverändert - bei bekannt werden, genauer bei Erkennbarkeit des Rechtsmangel zu laufen.²⁰⁶

²⁰³ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 111.

²⁰⁴ siehe dazu *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 105 f.

²⁰⁵ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 283 f.

²⁰⁶ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 101; vgl ebenso *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 6.

In der ÖNorm werden Rechtsmängel nicht ausdrücklich behandelt, da diese in der Bauwirtschaft im Vergleich zu Sachmängeln eine untergeordnete Rolle spielen. Für Bauleistungen sieht die ÖNorm den Beginn der Gewährleistungsfrist mit der „**Übernahme der Leistung**“ vor (P 5.45.3.2 idF 2002, P 5.44.3.3 idF 2000).

Der Begriff der Übernahme ist im ABGB nicht näher definiert, lediglich an zwei Stellen wird darauf hingewiesen: § 1168a ABGB legt fest, dass der AN keinen Entgeltanspruch hat, wenn das Werk vor der Übernahme durch bloßen Zufall zugrunde geht, und in § 932 Abs 1 ABGB findet sich der Begriff des „Übergebers“ im Zusammenhang mit der Gewährleistung.²⁰⁷ Unter diesen Paragraphen werden im ABGB keine besonderen Förmlichkeiten für die Übernahme festgelegt. Allerdings geht aus einer OGH-Entscheidung²⁰⁸ deutlich hervor, was bei einer Übernahme geschehen muss: Der AN muss ausdrücklich oder konkludent (schlüssig) erklären, dass das Werk beendet ist, und der AG muss ausdrücklich oder schlüssig erklären, dass er die Erfüllung des Werkauftrages zur Kenntnis nimmt. Die Erfüllung des Werkauftrages gilt auch als zur Kenntnis genommen, wenn der AG das Bauwerk bestimmungsgemäß benützt, selbst wenn im Vertrag Förmlichkeiten für die Übernahme vereinbart sind.²⁰⁹ Der AG ist bei einem ABGB-Vertrag aber solange nicht zur Übernahme verpflichtet, wie der AN die Leistung nicht gehörig erfüllt. Dh der AG kann die Leistung zurückweisen und auf gehörige Erfüllung bestehen. Es kommt dabei - zum Unterschied zum ÖNorm-Vertrag - nicht auf die Schwere des Mangels an. Die einzige Grenze bildet die Schikane.

Die ÖNorm widmet der Übernahme ein ganzes Kapitel, um die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien festzulegen. Sie ist in der ÖNorm unter P 5.40 (idF 2000) bzw P 5.41 (idF 2002) geregelt. *Die Übernahme eines Bauwerkes ist der Vorgang, mit dem das Bauwerk aus dem Gewahrsam des Auftragnehmers in den Gewahrsam des Auftraggebers zur Nutzung durch diesen übergeht. Mit der Übernahme durch den Auftraggeber gilt die Leistung als erbracht. Die Übernahme kann dabei unter Einhaltung einer bestimmten Form (förmliche Übernahme) oder ohne besondere Förmlichkeiten (formlose Übernahme) erfolgen.*²¹⁰

Ist eine förmliche Übernahme vereinbart, so muss der AN den AG über die Fertigstellung der Leistung informieren und ihn zur Übernahme auffordern. Der AG muss innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt der Aufforderung zur Übernahme die Leistung übernehmen. Bei dieser förmlichen Übernahme ist in einer von beiden Vertragspartnern zu unterfertigenden Niederschrift die Übernahme der Leistung zu erklären, die Einhaltung oder Überschreitung vertraglich vereinbarter Leistungstermine sowie die Fälligkeit von Vertragsstrafen sind festzuhalten. Weist die Leistung auffällige (idaF: in die Augen fallende) Mängel auf, sind diese inklusive einer Fristsetzung für deren Behebung ebenfalls in der Niederschrift zu vermerken. Wurde das Werk - mangelfrei oder mit Mängeln behaftet - übernommen, so beginnt die Gewährleistungsfrist genau mit dem Vorgang der förmlichen Übernahme.

²⁰⁷ Vgl Gölles in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.8, S 7.

²⁰⁸ OGH in RdW 449/1997.

²⁰⁹ Vgl Gölles in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.8, S 7.

²¹⁰ Jodl/Oberndorfer, Handwörterbuch.

Die ÖNorm legt explizit fest, dass der AG die Leistung innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt der Aufforderung zur Übernahme übernehmen muss. Kommt der AG dieser Aufforderung ohne Angabe von Gründen nicht nach, so gilt die Übernahme nach Ablauf dieser 30-tägigen Frist als erfolgt und somit beginnt die Gewährleistung nach Ablauf dieser Frist.²¹¹

Ist die Leistung mit Mängeln behaftet, so kann unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung zurückgewiesen werden, der AN muss den Mangel beheben und neuerlich eine Übernahme vereinbaren.

P 5.40.8 aF (P 5.41.8 nF) regelt jene Fälle, bei denen der AN die Übernahme verweigern kann, nämlich bei Vorliegen von wesentlichen (aF) Mängeln (nF: bei Mängeln, die den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen) oder bei Fehlen von Unterlagen, die zu diesem Zeitpunkt nach vertraglicher Vereinbarung oder üblicherweise bereits dem AG übergeben sein müssten. (Diese Bedingung gilt gem Anmerkung in der ÖNorm nicht für Verbraucher, wenn dies den Verbraucher „übergebühlich“ an den Vertrag iS des § 6 Abs 1 Z 1 KSchG bindet.²¹²) Wurde die Übergabe aufgrund wesentlicher Mängel verweigert, so muss der AN diese beheben und nach Behebung den AG wieder zur Übernahme auffordern. Dann gelten wieder die gleichen Regeln wie zuvor (30-tägige Übernahmefrist, etc). Wurde die Übernahme aufgrund fehlender Unterlagen verweigert, so beginnt die Gewährleistungsfrist zu dem Zeitpunkt, zu dem die fehlenden Unterlagen nachgereicht werden.

Hätte der AG die Leistung übernehmen müssen, dh hat er sie ungerechtfertigter Weise zurückgewiesen, beginnt die Gewährleistungsfrist zum Zeitpunkt der vereinbarten Übernahme.²¹³

Verzögert sich die Übernahme aus Gründen, die der AN zu vertreten hat, *so läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe*²¹⁴.

Ist keine förmliche Übernahme vereinbart und eine solche auch nicht üblich, so gilt die Übernahme als erfolgt, wenn „der AG die Leistung in seine Verfügungsmacht übernommen hat oder die Übernahme ohne Angabe von Gründen gem 5.40.8 (idF 2002 P 5.41.8) verweigert hat“²¹⁵. Nach der Rsp muss der AG ausdrücklich oder schlüssig die Erfüllung seines Auftrages zur Kenntnis nehmen.²¹⁶

Sonderregelungen für die Übernahme bzw den Beginn der Gewährleistungsfrist bestanden in der ÖNorm idF 2000 (P 5.32.2) für Haustechnikleistungen, falls Teile davon bereits fertiggestellt und funktionstüchtig waren und sie auch in Betrieb genommen werden sollten. Die Gewährleistungsfrist begann für die in Betrieb genommenen Teile zum einvernehmlich zwischen den Vertragspartnern festgestellten Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme. Dieser Punkt der ÖNorm fand nicht nur bei Inbetriebnahme von Teilen, sondern in der Praxis fallweise

²¹¹ Vgl auch *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 99.

²¹² Dies bedeutet, dass im Zweifelsfall die Regeln des ABGB zur Anwendung kommen, nach welchen der AG eine mangelhafte Leistung immer zurückweisen kann und nicht zur Übernahme verpflichtet ist.

²¹³ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1156.

²¹⁴ *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 34.

²¹⁵ ÖNorm B 2110, Ausgabe 2002-03-01, P 5.41.7; ÖNorm B 2110, Ausgabe 2000-03-01, P 5.40.7.

²¹⁶ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1155.

entgegen dem Wortlaut auch bei Inbetriebnahme der gesamten Anlage durch den AN auf Wunsch des AG Anwendung. Umfang und Funktionsfähigkeit sowie Zeitpunkt der Inbetriebnahme war von den Vertragspartnern gemeinsam festzustellen und festzuhalten.²¹⁷

Mit diesem Zeitpunkt galt die Übernahme als gesonderte Vereinbarung als „vorverlegt“ und somit begann die Gewährleistungsfrist zu laufen.²¹⁸ Die gemeinsame Feststellung des Umfangs und der Funktionsfähigkeit war jedoch eine reine Ordnungsvorschrift: wurde sie nicht eingehalten, begann die Gewährleistung trotzdem mit dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu laufen.²¹⁹

Die Sonderbestimmungen für Leistungen der Haustechnik wurden im Zuge der Reform des Gewährleistungsrechts **auf alle Bauleistungen ausgedehnt** (P 5.33 der ÖNorm idF 2002) und redaktionell überarbeitet.²²⁰

Wesentlich für die Vorverlegung des Beginns der Gewährleistungsfrist ist die bestimmungsgemäße Benützung durch den AG für den ins Auge gefassten Zweck (zB als Wohnung oder als Geschäftslokal). *Wird ein fertiggestelltes Gewerk oder Teilgewerk nachfolgenden Gewerken zur Benützung (Bearbeitung) zur Verfügung gestellt, liegt keine bestimmungsgemäße Benützung vor.*²²¹

Die Vertragspartner haben den Umfang und die Funktionsfähigkeit der Teile der Leistung durch eine Funktionsprüfung und einen Probetrieb - auch wenn diese Maßnahmen nicht vertraglich vereinbart sind - festzustellen und festzuhalten (zweckmäßigerweise gemeinsames Protokoll, Eintragung in Bautagesbericht oder Bautagebuch).²²²

Werden Teile der Leistung zwar durch den AG benutzt, sind sie aber noch nicht vollständig fertiggestellt, so beginnt die Gewährleistungsfrist nicht mit der Inbetriebnahme durch den AG zu laufen (P 5.33.3 idF 2002).

Ist die Vertragserfüllung in Teilleistungen vereinbart und erfolgt für die Teilleistungen eine Übernahme, so beginnt die Gewährleistungsfrist für die bereits übernommene Teilleistung mit deren Übergabe. Für das Gesamtwerk ergeben sich dann verschiedene Gewährleistungsfristen.²²³

Bezüglich des Beginns der Gewährleistungsfrist bei versteckten Mängeln, dh die zum Ablieferungszeitpunkt schon ihrer Natur nach nicht erkennbar sind und daher zu diesem Zeitpunkt von niemandem feststellbar sind, waren auch bisher die Juristen geteilter Meinung, ob der Fristbeginn zum Zeitpunkt der Übernahme sein soll oder zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels. Letzteres wird dogmatisch mit einer stillschweigenden

²¹⁷ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 796.

²¹⁸ Vgl Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 37.

²¹⁹ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 796.

²²⁰ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 799.

²²¹ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 800.

²²² Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 801.

²²³ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1157.

Verlängerung der Frist begründet. Manche Juristen *stellen unabhängig von einer stillschweigend vertraglichen Vereinbarung allgemein auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Sachmangels ab. Diese Auffassung stand schon zum bisherigen Gesetzestext in offenem Widerspruch. Der Beginn der Gewährleistungsfrist war dadurch nicht klar feststellbar, sondern hing von einer subjektiven Einschätzung und subjektiven Gegebenheiten ab.* Die Rsp ist dieser Auffassung zurecht nicht gefolgt. § 933 Abs 1 ABGB unterscheidet nicht zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln. Im Vorfeld des GewRÄG wurde erwogen, nicht auf die Ablieferung einer Sache, sondern auf die Erkennbarkeit des Mangels abzustellen. Obwohl ebenso richtlinienkonform entschied man sich gegen eine Änderung. Das Festhalten an einer objektiven Anknüpfung an der Übergabe ist daher nach *Welser/Jud* zu begrüßen.²²⁴ Dh nach wie vor beginnt die Gewährleistungsfrist auch für verborgene Mängel mit dem Zeitpunkt der Übergabe zu laufen, auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels kommt es nicht an.²²⁵

Allerdings kann sich das Hinausschieben des Gewährleistungsfristenlaufes - auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung im Vertrag - aus einer ergänzenden Vertragsauslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen ergeben, nämlich dann, wenn die Verschiebung des Beginns von redlichen und vernünftigen Parteien, denen die Frage bewusst war, vereinbart worden wäre. *Das kann bei ausdrücklicher Eigenschaftszusicherung, bei bestimmten Mängeln, die allgemein erst später erkennbar sind, aber auch bei bestimmten Sachen oder Werken, zB bei Blumensamen, Heizmaterial, Schleppliftanlagen oder Rennschlitten, die im Sommer übergeben werden, der Fall sein.*²²⁶

Verspricht der AN das Eintreten eines bestimmten Erfolges binnen eines bestimmten Zeitraumes unter der Bedingung der Mitwirkung des AG, so beginnt die Gewährleistungsfrist erst am Ende dieses Zeitraumes zu laufen. Das Angebot eines Baumeisters, der die Sanierung eines Bauwerkes als GU übernahm, enthielt folgende Passage: „Gewährleistung: (...) Wenn die begleitenden Maßnahmen laut Beilagenblatt beachtet werden, garantieren wir, dass innerhalb von 5 Jahren die trockengelegten Mauern bis zur Mauerausgleichsfeuchtigkeit austrocknen“. Die Gewährleistung des Unternehmers ist damit mit der Erfüllung der Mitwirkungspflichten durch den Besteller beschränkt. Den Besteller trifft die Behauptungs- und Beweislast sowohl für das Vorliegen eines Mangels, als auch dafür, dass er seine Mitwirkungspflichten erfüllt hat oder deren Verletzung für die Mangelhaftigkeit des Werkes nicht kausal war (OGH vom 20.12.2000, 3 Ob 82/99a; ecolex 2001, 666).²²⁷ Unabhängig von einer Mitwirkung des AG hat der OGH am 24.06.2003 (3 Ob 150/02 h) klargestellt, dass die Gewährleistungsfrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem der Eintritt des Erfolges zugesagt wird. In diesem Fall war eine Mitwirkung des AG nicht möglich.²²⁸

²²⁴ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 5.

²²⁵ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1264.

²²⁶ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 101; vgl auch *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1162.

²²⁷ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 269.

²²⁸ Vgl *Längle* in *Karasek/Längle*, Oberstgerichtliche Entscheidungen aus dem Bau-, Liegenschafts- und Vergaberecht, ÖGEBAU Journal, 1/2003, S 63.

Mit der Übergabe erfolgt auch der Gefahrenübergang (siehe ÖNorm idF 2000 P5.40.10; idF 2002 P 5.41.10). Der Zeitpunkt des Gefahrenüberganges muss aber nicht immer mit dem der Übergabe ident sein. Vor dem GewRÄG hätte man sich die Frage stellen können, ob mit der Ablieferung die tatsächliche Übergabe oder der Zeitpunkt des Gefahrenüberganges gemeint ist. Für Letzteres hätte ins Treffen geführt werden können, dass der Unternehmer nicht durch seinen Annahmeverzug eine Fristverlängerung bewirken können soll. Dennoch entsprach es schon der hA zur alten Rechtslage, dass grundsätzlich auf die physische Ablieferung abzustellen ist. Nach Inkrafttreten der Novelle kann diese Meinung auch auf eine richtlinienkonforme Interpretation gestützt werden, weil sich aus den Erwägungsgründen der RL (Erwägungsgrund 17 iVm Erwägungsgrund 14) zu ergeben scheint, dass es auf die tatsächliche Lieferung und nicht auf den Gefahrenübergang ankommen soll. Nach Ansicht von *Kletečka* könnte allerdings zumindest für den Fall des vorwerfbaren Gläubigerverzugs eine Ausnahme erwogen werden.²²⁹

Vertraglich kann auch ein anderer Zeitpunkt als Beginn der Gewährleistungsfrist vereinbart werden (*OGH in SZ 50/5*)²³⁰. Wesentlich ist, dass der Fristenlauf bestimmt ist und nicht von einem Dritten abhängt. *Die in Subunternehmerverträgen und Bauträgerverträgen enthaltene Bestimmung „Die Gewährleistungspflicht beginnt mit der Übernahme der Gesamtleistung durch den Bauherrn“ könnte sittenwidrig sein, da der Subunternehmer auf den Übernahmezeitpunkt keinen Einfluss hat.*²³¹ *Karasek* sieht dies anders: *Die in Subunternehmeraufträgen mitunter anzutreffende Vereinbarung, dass die Gewährleistungsfrist für die Leistungen des Subunternehmers erst mit dem Zeitpunkt der Übernahme des Generalunternehmergewerkes durch den Bauherrn zu laufen beginnt, stellt eine zulässige vertragliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist dar.*²³²

Benötigt der AN mehrere Verbesserungsversuche, so kann ihm dies grundsätzlich zugestanden werden. Nach dem letzten Versuch ist wieder eine schlüssige Übernahme erforderlich, die den Beginn der Gewährleistungsfrist bedeutet. Stellt sich die Unbehebbarkeit des Mangels heraus, so kann schon vor der Übernahme auf die Rechte aus der Gewährleistung zurückgegriffen werden, also auf Wandlung oder Preisminderung, weil ein Zuwarten sinnlos wäre. Am Beginn der Gewährleistungsfrist ändert dies aber nichts, dh diese beginnt nach wie vor zum Zeitpunkt der Übernahme und nicht bereits vorher.²³³

Werden weitere Verbesserungsversuche abgelehnt, so beginnt die Frist mit diesem Zeitpunkt. Solange allerdings die Aussichtslosigkeit eines neuerlichen

²²⁹ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 60.

²³⁰ Vgl ebenso *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 34.

²³¹ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 269; vgl auch *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetaq 01.03.2002, Rz 906.

²³² *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1167. Verborgen bleibt, ob ihm Extremfälle aus der Praxis geläufig waren.

²³³ Vgl dazu *Längle* in *Karasek/Längle*, Oberstgerichtliche Entscheidungen aus dem Bau-, Liegenschafts- und Vergaberecht, ÖGEBAU Journal, 1/2003, S 63; vgl auch *Koziol/Welser II*¹², S 76.

Verbesserungsversuches nicht feststeht, oder solange der AG im Einvernehmen mit dem AN nach Wegen sucht, den Mangel irgendwie auszugleichen, wird der Fristbeginn der Verjährung schlüssig auf den Zeitpunkt verschoben, in dem feststeht, dass entweder das eine oder das andere nicht möglich ist. Die Werkvertragsparteien können vereinbaren, die nötige Verbesserung durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Misslingt in der Folge die Verbesserung, beginnt die Verjährung zu laufen, wenn für den AG feststeht, dass die Verbesserung durch den Dritten misslungen ist.²³⁴

Ende der Gewährleistungsfristen

Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist oder mit dem Abbruch bzw mit der Demontage von Bauwerken oder haustechnischen Anlagen vorübergehenden Bestands wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei, dh danach kann der AG nicht mehr auf die Rechtsbehelfe der Gewährleistung zurückgreifen. Kommen Mängel erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist hervor bzw hat sich der Gewährleistungsberechtigte nicht schon während der Gewährleistungsfrist um die Geltendmachung seiner Rechte gekümmert, so hat er keinen Anspruch auf die Gewährleistung mehr und kann nur noch auf den Schadenersatz zurückgreifen. Ausnahmen sind erstens durch das seit der Reform des Gewährleistungsrechts gültige besondere Rückgriffsrecht des § 933b ABGB bzw den entsprechenden Abschnitt in der ÖNorm dF 2002 P 5.45.6 gegeben und zweitens durch Veränderung der Frist durch Hemmung oder Unterbrechung (siehe Kap 3.3), die auch in den alten Fassungen des ABGB und der ÖNorm schon vorhanden waren.²³⁵

Leistungen vorübergehenden Bestands sind Hilfskonstruktionen (zB Hilfsbrücken, Steinschüttungen, Baustraßen), die nur für die Bauzeit für befristete Zwecke errichtet werden und generell vor Übernahme der Gesamtleistung wieder abgebaut werden.²³⁶ *Ob ein Bauwerk oder eine HT-Anlage vorübergehenden Bestandes ist, ist erst im Nachhinein zu beurteilen. Dem AN muss weder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch zum Zeitpunkt der Übernahme bekannt sein, dass der AG beabsichtigt, das Bauwerk oder die HT-Anlage abzubauen oder zu demontieren.*²³⁷

Für die Leistungen vorübergehenden Bestandes bedeutet dies, dass der Gewährleistungsanspruch mit deren Abbruch oder der Demontage erloschen ist, dh danach kann keine Klage vor Gericht mehr eingebracht werden, um die Rechte aus der Gewährleistung zu wahren. Dadurch kann es zu einer Verkürzung der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist kommen.²³⁸

IdF 2000 der ÖNorm war in einer Anmerkung für Verbrauchergeschäfte noch die Gültigkeit mindestens der gesetzlichen Gewährleistungsfristen gem § 933 ABGB festgelegt. In der derzeit gültigen Fassung ist die Anmerkung für Verbrauchergeschäfte zwar nicht mehr zu

²³⁴ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1159.

²³⁵ Vgl auch Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 910; vgl auch Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 281.

²³⁶ Vgl Gölles/Link, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 175.

²³⁷ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1176.

²³⁸ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1176.

finden, jedoch erscheint *Langer*²³⁹ dieser Normabschnitt zumindest Verbrauchern gegenüber trotzdem unwirksam, *weil darin ein ihnen gegenüber unzulässiger Verzicht auf Gewährleistungsansprüche liegt*. Es sei zwar selbstverständlich, dass nach Abbruch oder Demontage keine Verbesserung für diese Leistung mehr gefordert werden kann, die Geltendmachung von Preisminderungsansprüchen wegen mangelhafter Leistung oder Wandlung sei aber durchaus denkbar. Jedenfalls besteht die Möglichkeit, Schadenersatz für eine mangelhafte Leistung vorübergehenden Bestands zu fordern, wesentlich hierbei ist die rechtzeitige, allenfalls gerichtliche Beweissicherung.

Generell ist die rechtzeitige Beweissicherung für Leistungen vorübergehenden Bestandes von Bedeutung, da diese nach Abbruch oder Demontage der Leistung naturgemäß schwerfällt.

3.4 Geltendmachung + Beweislast

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.3 [idF 2002: P 5.45.3] Geltendmachung von Mängeln 5.44.3.1 [idF 2002: P 5.45.3.1] Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme beanstandet wurden, ehestens nach dem Bekanntwerden, längstens jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist schriftlich bekannt zu geben (Mängelrüge). ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften ist die ehestmögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche.</p>		<p>Erlöschung des Rechtes der Gewährleistung §933. (1) Wer die Gewährleistung fordern will, muß sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen sechs Monaten [...] gerichtlich geltend machen, sonst ist die Klage erloschen. Die Frist beginnt von dem Tage der Ablieferung der Sache; [...] für die Gewährleistung wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches aber von dem Tage, an welchem dieser dem Erwerber bekannt wurde.</p>	
<p>5.44.3.2 Die gemäß 5.44.3.1 gerügten Mängel können auch noch innerhalb eines Jahres nach Ablauf der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht werden.</p>		<p>Verjährung § 933. (1) Das Recht auf die Gewährleistung muss, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag der Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln aber erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung dieser Frist vereinbaren.</p>	
		<p>Bedingungen der Gewährleistung §931. Wenn der Übernehmer wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will, so muß er seinem Vormann den Streit verkündigen. Unterläßt er dies, so verliert er zwar noch nicht das Recht der Schadloshaltung, aber sein Vormann kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden. (RGBl 1916/69)</p>	

Abbildung 10: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Geltendmachung

Die Gewährleistungsfrist ist eine Geltendmachungsfrist. Dh die Rechtsfolgen der Gewährleistung treten nicht automatisch bei Vorhandensein eines Mangels ein, sondern der Gewährleistungsberechtigte muss seine Rechte aus der Gewährleistung geltend machen. Diese Geltendmachung wird zunächst in der Kontaktaufnahme des AG zum AN stattfinden, um diesem den Mangel mitzuteilen (außergerichtliche Anzeige). Erkennt der AN den Mangel als solchen an und folgt der Anerkennung eine vertragliche Einigung über die weitere Vorgehensweise, dann braucht der AG keine weiteren Schritte zu setzen. Kommt es zu

²³⁹ Vgl *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 100.

keiner außergerichtlichen Einigung, muss der AG sein Recht durch Klage vor Gericht (Leistungsklage) geltend machen.²⁴⁰

Leistungsklagen im engeren Sinn sind auf die Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung (zu einem positiven Tun), zu einer Duldung (Unterlassung der Gegenwehr gegen bestimmte Handlungen des Klägers) oder auf Unterlassung eines bestimmten Verhaltens gerichtet. Mit diesem Klagstyp sollen bereits bestehende und vom Gegner verweigerte oder zumindest unmittelbar bedrohte Rechte durchgesetzt und geschützt werden. Die Leistungsklage enthält zwei Elemente, nämlich das Begehren auf Feststellung des zustehenden Leistungsanspruches und das eigentliche Leistungsbegehren, nämlich einen Leistungsbefehl an den Beklagten zu erlassen.²⁴¹ Hat der AG bereits Zahlungen geleistet und liegen die Voraussetzungen für die Wandlung vor, ist eine Leistungsklage auf Rückzahlung des Werklohnes einzubringen, liegen die Voraussetzungen für die Preisminderung vor, ist eine Leistungsklage auf teilweise Rückzahlung des Werklohnes einzubringen, wünscht der AG eine Verbesserung, so ist die Leistungsklage auf die Verbesserung zu richten. Lehnt der AN die Verbesserung ab, kann die Klage auf Ersatz der Verbesserungskosten, also auf Schadenersatz gestützt werden.²⁴²

Da die Gewährleistungsfrist - rechtlich gesehen - eine materiellrechtliche Frist ist, muss eine Klage am letzten Tag der Frist bei Gericht eingelangt sein, der Poststempel innerhalb der Frist ist nicht ausreichend.²⁴³

Sind für den Gewährleistungsberechtigten die aus einem Mangel abzuleitenden Rechtsfolgen (Wandlung, Preisminderung, Verbesserung, etc) noch nicht verlässlich beurteilbar (zB Beschaffenheit oder Ursache des Mangels noch nicht genau bekannt, Möglichkeiten der Mangelbehebung (technisch, wirtschaftlich) noch nicht abschätzbar), so kann vor Gericht eine Feststellungsklage eingebracht werden.²⁴⁴ *Feststellungsklagen sind auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde gerichtet (§ 288 ZPO).*²⁴⁵ In Bezug auf die Gewährleistung dient sie der Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten sowie der Klarstellung der Haftungsfragen dem Grunde nach, wenn ein eingetretener Schaden noch nicht bezifferbar ist. Ebenso verhindert sie die Verfristung der Gewährleistung, allerdings nur hinsichtlich der festgestellten Mängel.²⁴⁶ Dh durch eine innerhalb der Gewährleistungsfrist vor Gericht eingebrachte Feststellungsklage wird nicht die Gewährleistungsfrist der gesamten Leistung verlängert, sondern der Gewährleistungsberechtigte hat lediglich auch nach der richterlichen Beurteilung der Feststellungsklage noch die Möglichkeit, eine

²⁴⁰ Vgl auch *Koziol/Welser II*¹², S 77; ebenso vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 116; ebenso vgl *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 174; ebenso vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 266.

²⁴¹ Vgl *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Rz 398.

²⁴² Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1149.

²⁴³ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1148.

²⁴⁴ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 32.

²⁴⁵ *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Rz 410.

²⁴⁶ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1150; vgl ebenso *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 32.

Leistungsklage hinsichtlich der in der Feststellungsklage behandelten Mängel vor Gericht einzubringen.

Ein Feststellungsbegehren ist jedoch nur dann zulässig, wenn nicht bereits ein Leistungsbegehren möglich ist. Sind Art, Umfang und Ursache des Mangels grundsätzlich bekannt und ist es dem Berechtigten lediglich nicht möglich, die Kosten der Mangelbehebung abzuschätzen, berechtigt ihn dies nicht zu einer Feststellungsklage, da ihm auch der Feststellungsprozess diese Kenntnis nicht vermitteln kann und eine spätere Leistungsklage nicht erleichtert.²⁴⁷

Allerdings ist es nicht unbedingt notwendig, eine Feststellungsklage bei Gericht einzubringen, da der Gewährleistungsberechtigte - selbst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist - einen rechtzeitig geltend gemachten Gewährleistungsanspruch durch einen anderen ersetzen kann, sofern die Leistungsklage fristgerecht (dh innerhalb der Gewährleistungsfrist) und auf den Mangel gestützt eingebracht wurde.²⁴⁸

Geltendmachung zum Zeitpunkt der Übernahme

Ob zum Zeitpunkt der Übernahme erkennbare Mängel sofort gerügt werden müssen oder nicht und welche Folgen damit verbunden sind, hängt vom Vertrag und den Vertragspartnern ab.

Im ABGB findet sich kein Hinweis auf eine unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht bei Übernahme. Daher trifft beim ABGB-Werkvertrag den AG bei Übernahme der Leistung nach hL keine Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge aller offenkundigen Mängel.²⁴⁹ Dh es besteht bei der Übernahme keine Untersuchungs- und Rügepflicht, die mit einem sofortigen Verlust der Gewährleistungsbeihilfe verbunden wäre. Ebenso schreibt *Welser*, dass die Übernahme eines mit augenfälligen Mängeln behafteten Werkes nicht ohne weiteres als schlüssiger Verzicht auf die Gewährleistung zu werten ist.²⁵⁰ *Kurbos* stützt diese Aussage mit der Erklärung, dass die besonderen Regeln nach § 377 HGB (siehe unten) sonst nicht erforderlich wären.²⁵¹ *Karasek* weist jedoch auf die Rechtsprechung hin, die unzutreffend einen schlüssigen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche des AG annimmt, wenn der AG bei Übernahme in die Augen fallende Mängel nicht rügt.²⁵²

Die ÖNorm idF 2002 regelt hingegen unter P 5.41.5, dass bei einer förmlichen Übernahme in der Niederschrift jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel zu erfolgen hat. In der Fassung der ÖNorm 2000 ist dies anders formuliert und trifft - geregelt unter P 5.40.5 - auf in die Augen fallende Mängel zu. Auf die Formulierung möglicher Konsequenzen bei Nichtbeachtung verzichtet die ÖNorm. Ob dies nun unmittelbar als schlüssiger Verzicht auf Gewährleistungsansprüche interpretiert werden kann und zu einem Verlust der Gewährleistungsansprüche führt, ist so nicht eindeutig in der ÖNorm festgehalten. *Langer*

²⁴⁷ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1150.

²⁴⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1150.

²⁴⁹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1142; vgl auch *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 94.

²⁵⁰ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 39.

²⁵¹ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 134.

²⁵² Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1142.

bejaht dies: *Unterlässt der Werkbesteller²⁵³ anlässlich einer vertraglich bedungenen Abnahme des Werkes die Rüge von Mängeln, die in die Augen fallen, so liegt darin ein schlüssiger Verzicht auf die Geltendmachung solcher Mängel.²⁵⁴ Kropik warnt aufgrund der unklaren Situation: Werden in die Augen fallende Mängel nicht bei der Übernahme gerügt, so kann das in manchen Fällen (nämlich dort, wo der Leistungsumfang nicht eindeutig geregelt ist zB Schlussarbeiten, Reinigung, usw.) zu einer Anerkenntnis der mangelhaften Leistung durch den AG führen.²⁵⁵*

Dh diesbezüglich herrscht sowohl nach ABGB wie auch nach der ÖNorm Unklarheit und Unsicherheit.

Eindeutig verhält sich die Sache beim beiderseitigen Handelskauf, bei dem das HGB (§§ 377 f HGB) anzuwenden ist. Hier sind besondere Untersuchungs- und Rügepflichten vorgeschrieben: Der Käufer muss die Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen (zumutbare, branchenübliche Eingangsqualitätskontrollen), dabei festgestellte Mängel müssen dem Verkäufer unverzüglich angezeigt werden. Unterlässt der Käufer diese Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, sofern es sich nicht um bei der Untersuchung nicht erkennbare Mängel handelt. Eine Verletzung dieser Prüf- und Rügepflicht führt zum Verlust aller Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche.²⁵⁶ Eine Änderung dieser Vorschriften durch vertragliche Vereinbarung ist lt *Kurbos* möglich.²⁵⁷

Diese besonderen Untersuchungs- und Rügepflichten sind demnach für den beiderseitigen Handelskauf anzuwenden, ebenso wie für den Werklieferungsvertrag (österreichische Bedeutung) und nach hA auch auf Verträge über bewegliche Sachen, die zum festen Einbau in unbewegliche Sachen bestimmt sind. Dies gilt auch, wenn die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind, sondern von einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist. Umfasst ein Vertrag sowohl die Lieferung beweglicher als auch die Lieferung unbeweglicher Sachen, ist darauf abzustellen, ob in der Gesamtheit die unbeweglichen oder die beweglichen Sachen überwiegen und dadurch den Charakter des Vertrages bestimmen. Dh die besonderen Untersuchungs- und Rügepflichten sind beim Kauf von Baumaterial von Relevanz, für den Bauwerkvertrag jedoch nicht, weil das HGB bewegliche Sachen voraussetzt und nicht analog auf unbewegliche Sachen anzuwenden ist.²⁵⁸ Daraus kann geschlossen werden, dass im *Übrigen nach dem österreichischen Recht keine Untersuchungs- und Rügepflicht*, die den Verlust der Gewährleistungsrechte bedeutet, besteht.²⁵⁹

²⁵³ Anmerkung: Langer schreibt hier vom „Werkhersteller“. ME ist hier ein Fehler unterlaufen und es ist der „Werkbesteller“ gemeint.

²⁵⁴ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 107.

²⁵⁵ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 267.

²⁵⁶ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 136; ebenso *Koziol/Welser* II¹², S 79 f; ebenso *Schwarz/Straube*, ÖN B 2110, Rz 901.

²⁵⁷ *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 136 f.

²⁵⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1144 mwN; vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 13.

²⁵⁹ *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 13.

Geltendmachung innerhalb der Gewährleistungsfrist / eheste Mängelrüge

Wurde bei einem ABGB-Vertrag ein mit Mängeln behaftetes Werk übernommen, so müssen diese Mängel und auch jene, die erst nach der Übergabe innerhalb der Gewährleistungsfrist hervorkommen, dann, wenn sie vom AN nicht anerkannt werden, innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht werden, dh es muss vor Ablauf der Gewährleistungsfrist bei Gericht eine Klage eingebracht werden, um der Rechte aus der Gewährleistung nicht verlustig zu werden. Wird diese Frist versäumt, so kann sich der AG nicht mehr auf seine Rechte aus der Gewährleistung berufen, sondern er kann lediglich auf den Schadenersatz zurückgreifen. Das ABGB schreibt keine Mängelrüge vor, dh theoretisch muss der Gewährleistungsberechtigte dem AN nicht einmal mitteilen, dass er für einen Mangel die ihm zustehenden Rechte aus der Gewährleistung fordern will. Praktisch wird dies aber selten vorkommen, weil Vertragspartner normalerweise eine außergerichtliche Einigung über Mangelbehebung, Preisminderung, etc herbeiführen wollen. Kommt diese Einigung aber nicht zustande, muss der Berechtigte unbedingt vor Ablauf der Frist klagen, dh nach der bis zum 01.01.2002 gültigen Gesetzeslage des ABGB bei beweglichen Sachen innerhalb von 6 Monaten, bei der nun gültigen Version innerhalb von 2 Jahren und bei unbeweglichen Sachen nach wie vor innerhalb von 3 Jahren ab Übergabe.

Dies bewirkt, dass die Gewährleistungsfrist nie zur Gänze ausgenützt werden kann. Kommt ein Mangel einen Tag vor Ablauf der Gewährleistungsfrist hervor, wird dem Berechtigten keine Zeit zur Klage mehr bleiben.

§ 928 ABGB sagt zwar aus, dass, wenn die Mängel einer Sache in die Augen fallen und nicht ehestens gerügt werden, keine Gewährleistung stattfindet. Die Offenkundigkeit eines Mangels und damit für den Gewährleistungsausschluss maßgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwecks Minderung des Verkaufspreises. Dies ist bei Werkverträgen nicht anwendbar, weil das Werk zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht vorhanden ist.²⁶⁰ (siehe Kap 3.2)

Auch wenn vom ABGB nicht vorgeschrieben, kann eine außergerichtliche Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist sinnvoll sein, und zwar dann, wenn ein Mangel vorliegt, der AG Wandlung oder Preisminderung begehrt und noch nicht (vollständig) geleistet hat, dh den Lohn noch nicht oder nicht zur Gänze bezahlt hat, und der AN den AG auf Zahlung des Werklohnes klagt. Erfolgte nämlich eine außergerichtliche Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist, so kann der AG *der auf Zahlung gerichteten Klage des AN die dauernde Einrede der Mangelhaftigkeit nach § 933 Abs 2 ABGB entgegensetzen*.²⁶¹ (siehe Kap 3.5)

Bei einem ÖNorm-Vertrag muss - vor wie nach der Gewährleistungsreform - der AG dem AN den Mangel ehestens²⁶² nach dessen Bekanntwerden schriftlich mitteilen, dh er muss den

²⁶⁰ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 266.

²⁶¹ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1149.

²⁶² „ehestens“ bedeutet: sobald es der Geschäftsgang erlaubt; siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1145.

Mangel schriftlich rügen.²⁶³ Diese außergerichtliche, eheste Mängelrüge hat folgende Zwecke: Sie soll eine außergerichtliche Lösung preferieren und gibt dem AN die Möglichkeit, den Mangel anzuerkennen und eine Einigung herbeizuführen, ohne Gerichtskosten zu verursachen. Folgt außergerichtlich keine zufriedenstellende Einigung (zB Mangelbehebung durch den AN, Übereinkommen über Preisminderung, etc), muss der AG - wie beim ABGB-Vertrag - rechtzeitig Klage gegen den AN beim zuständigen Gericht einbringen. Weiters soll eine eheste Mängelrüge die Ausweitung des Mangels oder Mangelfolgeschäden vermeiden. Vergrößert sich ein Mangelschaden oder ein Mangelfolgeschaden durch verspätete Mängelrüge, so gehen die nachteiligen Folgen auf den AG über. Unabhängig ob Verbraucher- oder Unternehmergegeschäft gilt Schadensminderungspflicht. Vergrößert sich der Mangel oder der daraus entstandene Schaden, so hat der AN für dieses Mehr nicht mehr einzustehen. Zum Beispiel kann durch eine verspätete Mängelrüge dem AN ein gewährleistungsrechtlicher Zugriff auf einen Vorlieferanten nicht mehr möglich sein. Verletzt der AG gegenüber dem AN die vertragliche Pflicht zur ehestens Mängelrüge, so kann er gegenüber dem AN schadenersatzpflichtig werden (zB Ersatz des erhöhten Mängelbehebungsaufwandes).²⁶⁴

Wurde und wird bei einem Verbrauchergeschäft die ÖNorm vereinbart, so muss ein Mangel nur innerhalb der Gewährleistungsfrist schriftlich gerügt werden, nicht aber ehestens nach Bekanntwerden des Mangels.

Ob durch eine Verletzung der Pflicht zur ehesten Mängelrüge ein Verlust der Gewährleistungsansprüche eintritt, ist in der ÖNorm nicht klar festgelegt. *Kropik* meint, dass die Anmerkung für Verbraucher in diesem Zusammenhang auf einen Verlust schließen lassen könnte. Er kann einer Interpretation in diesem Sinne aber keine Zustimmung erteilen, weil ein Verlust der Gewährleistungsansprüche in der ÖNorm wesentlich deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müsste.²⁶⁵ Ebenso meinen *Schwarz/Straube*, dass ein Verlust der Gewährleistungsansprüche nicht eintritt²⁶⁶, gleichfalls *Langer*. *Im Gegensatz zum Handelskauf ist weder nach dem ABGB, noch nach der B 2110 eine sofortige Rüge nach Erkennbarkeit des Mangels notwendig, um den Gewährleistungsanspruch zu wahren.*²⁶⁷ Die gleiche Meinung tut auch *Karasek* kund, sich stützend auf den von der ÖNorm angesprochenen Adressatenkreis der Techniker, von denen die Anwendung des selbst unter Juristen umstrittenen Instruments des Umkehrschlusses²⁶⁸ nicht zugesonnen werden kann. Hätte die ÖNorm den Verlust von Gewährleistungsansprüchen bei Verletzung der Pflicht zur ehesten Mängelrüge gewollt, wäre dies ausdrücklich so geregelt worden.²⁶⁹

²⁶³ Laut OGH gilt auch ein Fax als schriftliche Geltendmachung unabhängig davon, ob der Empfänger rechtzeitig reagiert hat oder können hätte. Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 268.

²⁶⁴ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 267.

²⁶⁵ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 266.

²⁶⁶ Vgl *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 900.

²⁶⁷ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 94.

²⁶⁸ Aus der Anmerkung für Verbrauchergeschäfte könnte e contrario geschlossen werden, dass bei einem Unternehmergegeschäft daher eine Mängelrüge Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche ist.

²⁶⁹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1145.

In der Praxis wird eine zwar in diesem Sinn verspätete, aber innerhalb der Gewährleistungsfrist erfolgte Rüge kaum zur Abweisung der Klage des AG führen, weil der Zeitpunkt des Bekanntwerdens meist schwer nachweisbar ist. Hinzu kommt noch, dass in solchen Fällen eingewandt wird, man habe ohnedies versucht, mündlich eine Mangelbehebung zu erreichen. Ein Einwand des AN wegen nicht ehester Mängelrüge führt daher in der Praxis nur zu einer Verlängerung des Prozesses, aber nicht zur erfolgreichen Abwehr eines Gewährleistungsanspruches.²⁷⁰ Theoretisch kann aber eine innerhalb der Gewährleistungsfrist erfolgte Mängelrüge bereits verfristet sein, wenn auffällige Mängel nicht bereits bei der Übergabe beanstandet wurden oder die Rüge nicht ehestens eingebracht wurde.²⁷¹

Dh bei einem ABGB-Vertrag muss innerhalb der Gewährleistungsfrist geklagt werden, eine Mängelrüge ist nicht erforderlich. Bei Vereinbarung der ÖNorm ist eine schriftliche Mängelrüge ehestens nach Bekanntwerden des Mangels erforderlich (ausgenommen bei Verbrauchergeschäften) und eine Klage, falls keine außergerichtliche Einigung erfolgt. Bei der ÖNorm dF 2000 konnte die Klage - zum Unterschied vom ABGB - nicht nur während der Gewährleistungsfrist eingebracht werden, sondern dies war auch noch innerhalb der an die Gewährleistungsfrist angehängte einjährige Klagsfrist möglich (siehe unten).

Geltendmachung innerhalb der Klagsfrist

Die Klagsfrist von einem Jahr wurde in der A 2060/B 2110 idF 1983 eingeführt und bis zur Fassung 2000 der ÖNorm B 2110 beibehalten. Hierbei war an die Gewährleistungsfristen jeweils eine einjährige Klagsfrist angehängt, in der innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügte Mängel gerichtlich eingeklagt werden konnten. Bei Vereinbarung der ÖNorm konnte daher die volle Gewährleistungsfrist ausgenützt werden, um einen Mangel beim AN schriftlich zu rügen. War der AN offensichtlich nicht bereit, einen in der Gewährleistungsfrist gerügten Mangel zu beheben, bzw konnte innerhalb der Gewährleistungsfrist keine Einigung über die Mangelbeseitigung erzielt werden, konnte der AG danach innerhalb der Klagsfrist noch immer den Rechtsweg bestreiten und eine Klage vor Gericht einbringen, um seine Rechte geltend zu machen. Dh das Einbringen einer Klage war auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist möglich.

Bei beweglich bleibenden Haustechnikleistungen bedeutete dies einen Vorteil gegenüber einem ABGB-Vertrag, denn erstens betrug die Dauer der Gewährleistungsfrist in der ÖNorm für diese Leistungen ein Jahr, dh um ein halbes Jahr länger als die Frist für bewegliche Sachen gemäß ABGB, das ja nur eine Frist von 6 Monaten vorschrieb, und zweitens konnten während dieser einjährigen Gewährleistungsfrist gerügte Mängel auch noch 1 Jahr nach Ablauf der Frist eingeklagt werden, was bei einem ABGB-Vertrag nur innerhalb der Gewährleistungsfrist möglich war.

Für (unbewegliche) Bauleistungen bedeutete die Vereinbarung der ÖNorm für den AG nicht unbedingt einen Vorteil: Die Gewährleistungsfrist war mit einer Dauer von 2 Jahren um 1

²⁷⁰ Vgl Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 98.

²⁷¹ Vgl Göllles/Link, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 174.

Jahr gegenüber den Regeln für unbewegliche Sachen im ABGB verkürzt. Dh für Mängel, die im dritten Jahr nach Übernahme hervortraten, konnten bei einem ÖNorm-Vertrag keine Rechte aus der Gewährleistung mehr geltend gemacht werden. Als Ausgleich für diesen Nachteil diente die Klagsfrist. Somit war es möglich, die volle Dauer der Gewährleistungsfrist für eine außergerichtliche Einigung zu verwenden und - falls dies nicht möglich war - trotzdem danach noch zu klagen.

Mit der Reform des Gewährleistungsrechts wurde die Klagsfrist der ÖNorm gestrichen und die Gewährleistungsfristen zwischen ABGB und ÖNorm harmonisiert.

Dh seit dem 01.01.2002 ist für die Möglichkeit der Klage irrelevant, ob ein ÖNorm-Vertrag oder ein ABGB-Vertrag vorliegt. Mängel müssen innerhalb der Gewährleistungsfrist geklagt werden und danach ist dies nicht mehr möglich. Die sich daraus ergebende, theoretische Verkürzung der Gewährleistungsfrist wurde bei der Reform bewusst in Kauf genommen.²⁷²

Traten bei ÖNorm-Verträgen vor dem 01.01.2002 Mängel im 2. (bewegliche HT-Leistungen) bzw 3. Jahr nach Übergabe hervor und konnten diese aufgrund des Hervortretens nach der Gewährleistungsfrist nicht mehr innerhalb dieser gerügt werden, konnte der AG nicht mehr auf die Rechte aus der Gewährleistung, sondern nur mehr auf den Schadenersatz zurückgreifen. Im Zuge der Gewährleistungsreform wurde zwar die Klagsfrist gestrichen, aber die Gewährleistungsfrist um dieses eine Jahr jeweils verlängert, dh treten nun im 2. bzw 3. Jahr nach Übergabe Mängel hervor, kann der AG für diese sehr wohl noch die Rechte aus der Gewährleistung fordern und muss nicht auf das schwierigere Instrumentarium des Schadenersatzes ausweichen.

Wurden Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist weder gerügt bzw Klage erhoben, kann der AG nicht mehr auf die Gewährleistungsbehelfe zurückgreifen.

§ 931 ABGB verpflichtet den Übernehmer zur Streitverkündung, wenn er vom Übergeber wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches, also wegen eines Rechtsmangels, Gewährleistung fordern will. § 931 wurde im Zuge des GewRÄG nicht geändert und bezieht sich - wie gesagt - nur auf Rechtsmängel, weshalb hier nicht näher darauf eingegangen wird.

²⁷² Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 14.

Beweislast

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
5.44.3.5 Werden Mängel innerhalb von 2 Jahren, ausgenommen bewegliche Sachen bei Leistungen der Haustechnik, gerügt, so wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren.	5.45.3.4 Werden Mängel innerhalb von 6 Monaten gerügt, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften entfällt diese Rügepflicht.		Vermutung der Mangelhaftigkeit § 924. Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. (BGBl 48/2001)

Abbildung 11: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Beweislast

Grundsätzlich trägt jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm.²⁷³

Um Rechte aus Schuldverhältnissen (Gewährleistung, Schadenersatz) geltend machen zu können, ist demnach vom Begünstigten der Rechtsnorm (AG) dem Vertragspartner (AN) das Vorhandensein des Schadens bzw des Mangels, die Kausalität (Ursache des Schadens oder Mangels ist der AN), die Rechts- bzw Vertragswidrigkeit (dh der AN hat nicht das geleistet, was vertraglich vereinbart wurde) und die Schuld (Vorwerfbarkeit) des AN zu beweisen.

Nachdem die Gewährleistung ein verschuldensunabhängiges Entstehen für zum Zeitpunkt der Übergabe vorhandene Mängel ist, entfällt bei Geltendmachung von Rechten aus der Gewährleistung der Nachweis der Schuld. Es wird bei der Gewährleistung auch nur für Mängel eingestanden, die bei der Übergabe bereits vorhanden waren. Diese Tatsache ist grundsätzlich ebenso vom AG zu beweisen, allerdings gibt es diesbezüglich Ausnahmen („Beweislastumkehr“).

Stellt ein AG nun an einem bereits übernommenen Werk innerhalb der Gewährleistungsfrist einen Mangel fest, muss er, um seine Rechte aus der Gewährleistung fordern zu können, Folgendes nachweisen:

1. den Mangel an sich. *Dass das Bauwerk nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, muss der Werkbesteller beweisen.²⁷⁴*
2. den AN als Verursacher dieses Mangels. *Bei Leistungen mehrerer Auftragnehmer, die alle in einem Vertragsverhältnis zum AG stehen, muss der AG die Kausalität beweisen, also welcher AN den Schaden herbeigeführt hat.²⁷⁵*
3. den nicht erfüllten Vertragsinhalt, dh die sich aus der Abweichung vom Vertrag ergebende Mangelhaftigkeit (Vertragswidrigkeit). *Dies schließt den Beweis des Vertragsinhaltes ein, weil sich die Mangelhaftigkeit aus der Abweichung vom Vertrag ergibt.²⁷⁶*

²⁷³ Creifelds, Rechtswörterbuch¹⁷, Stichwort: Beweislast; sehr ähnlich: Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Rz 585.

²⁷⁴ Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 19.

²⁷⁵ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1173.

²⁷⁶ Koziol/Welser II¹², S 68.

4. die Tatsache, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhanden war.

Wie oben bereits erwähnt kann der AG von der Beweislast des Punkt 4 unter bestimmten Voraussetzungen durch die Beweislastumkehr entbunden werden. Diese stellen sich in den verschiedenen Gesetzes- und Normenformulierungen unterschiedlich dar:

Wurde bei einem vor dem 01.01.2002 geschlossenen ABGB-Vertrag nach der Übergabe ein Mangel am Bauwerk entdeckt, so traf nach oben erwähnten Grundsätzen des Beweisrechts die **Beweislast**, dass das Werk zum Zeitpunkt der Übernahme bereits mangelhaft war, den **AG**, soweit der Mangel nicht bereits bei der Übergabe beanstandet wurde. Dies ist ein oft schwieriger Beweis unter anderem auch deshalb, weil sich der AN meist besser mit dem Werk auskennt und ihm daher ein Gegenbeweis leichter fällt als dem unkundigen AG.

Wurden im Gegensatz dazu bei einem Vertrag, bei dem die ÖNorm dF 2000 vereinbart wurde, Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist - dh innerhalb von **2 Jahren** nach der Übergabe - gerügt, so wurde angenommen, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme bereits vorhanden waren (P 5.44.3.5 idF 2000) (**Beweislastumkehr**). Ausgenommen von dieser Regelung waren bewegliche HT-Leistungen. Für diese galt weiterhin die Regelung des ABGB, nämlich dass der AG ab der Übergabe den Beweis antreten musste, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war.²⁷⁷ Für den AG bestand in der ÖNorm somit bzgl der Beweislast eine Erleichterung im Vergleich zum ABGB, weil für ihn ein Beweis entfiel. Der Mangel selbst war von der Beweislastumkehr nicht berührt, dh das Vorliegen des Mangels musste wie auch beim ABGB vom AG bewiesen werden mit dem Ziel, dass der AG Mängel rasch dem AN bekannt gibt.²⁷⁸

Die Mangelhaftigkeitsvermutung war in der ÖNorm **mit der Mängelrüge gekoppelt**, dh nur für innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügte Mängel wurde die Vermutung angenommen. Wurde der Mangel nicht innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügt, wurde das Vorhandensein der Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Übergabe nicht vermutet.

Im Zuge des Inkrafttretens des GewRÄG wurde auch diese, bei der ÖNorm bereits übliche Beweislastumkehr mit Modifikationen im ABGB eingeführt. Sie ist im ABGB unter § 924 unter „Vermutung der Mangelhaftigkeit“ geregelt. Dieser Wortlaut wird von *Welser/Jud* als nicht ganz korrekt angesehen, da es nicht um die Vermutung der Mangelhaftigkeit geht, *sondern um die Vermutung, dass ein aufgetretener Mangel bei der Übergabe schon vorlag, also um eine Vermutung für den Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit. Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit selbst gibt es auch im neuen Gewährleistungsrecht keine gesetzliche Vermutung; der Übernehmer muss nach allgemeinen Grundsätzen das Vorliegen des Mangels beweisen.*²⁷⁹

Hintergrund ist die Erleichterung der Beweislast für Übernehmer, vor allem bei technischen Geräten ist der Beweis der Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Übergabe sehr schwierig. Auch deshalb weil sich der Übergeber meist mit dem technischen Gerät auskennt bzw besser auskennt (dh für ihn ist der Beweis einfacher) als für einen Verbraucher, der von der

²⁷⁷ Vgl auch *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1174.

²⁷⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1268.

²⁷⁹ *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 924 Rz 2.

Sache an sich nichts versteht und nur Anwender ist.²⁸⁰ Dies entspricht auch der RL, in der die Vermutung greift, wenn der Mangel innerhalb der ersten 6 Monate „offenbar“ wird. Die Umkehr der Beweislast beruht darauf, dass Mängel, die sich knapp nach der Übergabe zeigen, oft auf Mängel zurückzuführen sind, die schon bei der Übergabe vorhanden waren. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch vom Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels unabhängig.²⁸¹

Zweck der Vermutungsregel ist es vor allem auch, auf den AG einen gewissen Druck auszuüben, die Leistung möglichst rasch auf etwaige Mängel hin zu überprüfen und sich zu melden.²⁸²

Im § 924 ABGB nF ist die **Beweislastumkehr** nicht - wie in der Fassung 2000 der ÖNorm - für die gesamte Gewährleistungsfrist vorgesehen, sondern lediglich innerhalb der ersten **6 Monate** ab der Übergabe. Die Beweislastumkehr ist auch **nicht** wie in der ÖNorm (sowohl in der Fassung 2000 wie auch in der Fassung 2002) **an die Mängelrüge gebunden**. Dh bei einem ABGB-Vertrag ist es irrelevant, ob ein Mangel dem AN innerhalb der ersten 6 Monate außergerichtlich angezeigt wird oder nicht. Kommt der Mangel innerhalb dieser Zeit hervor, wird angenommen, dass er bereits bei der Übergabe vorhanden war. Erfolgt eine Rüge innerhalb der ersten 6 Monate ab Übergabe, ist ein Beweis des Hervorkommens innerhalb dieser Zeit hinfällig. Verabsäumt der AG die Anzeige des Mangels innerhalb der Vermutungsfrist, obliegt ihm der Beweis dafür, dass der Mangel tatsächlich in diesem Zeitraum hervorgekommen ist. Es wird daher im Sinne des AG sein, den Mangel ehestens dem AN anzuzeigen, da dies für ihn eine Beweiserleichterung schafft. Dh beim ABGB kommt es nicht auf die zeitgerechte Mängelrüge an, sondern nur auf den Umstand, ob der Mangel innerhalb dieser Zeit sichtbar wurde. *Wann dann schlussendlich gerügt wurde, ist nebensächlich, solange es innerhalb der Gewährleistungsfrist ist.*²⁸³ Ebenso ist nach Ansicht *Kletečkas* nicht entscheidend, ob der Mangel innerhalb der 6 Monate bemerkt wurde oder auch nur erkennbar war. Gelingt dem Übernehmer der Nachweis, dass die Sache schon vor Ablauf der Frist nicht dem Vertrag entsprochen hat, ist die Basis für die Vermutung der Mangelhaftigkeit gegeben - auch wenn der Mangel innerhalb der Frist für die Beweislastumkehr nicht erkennbar war. *Kletečka* stützt seine Ansicht auf die Formulierung, dass der Mangel innerhalb der Frist „hervorgekommen“ sein muss, es also unwichtig ist, wer den Mangel gekannt hat (AG, AN oder Dritter) oder es auch ausreichend ist, dass der Mangel nachweisbar innerhalb der Frist aufgetreten ist - auch ohne dass jemand den Mangel bemerkt hätte.²⁸⁴

Erfolgt eine Mängelrüge, ist dem AG zu raten, den Mangel möglichst genau zu beschreiben, weil ihm sonst der Übergeber unter Umständen entgegenhält, dass sich die Anzeige nicht

²⁸⁰ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 924 Rz 6.

²⁸¹ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 924 Rz 7.

²⁸² Vgl *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 904.

²⁸³ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 270.

²⁸⁴ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 35.

auf den nun strittigen Mangel bezogen habe und dieser nicht vor Ablauf der 6-monatigen Frist hervorgekommen sei.²⁸⁵

Ausgenommen von der Vermutungsregel sind Fälle, bei denen eine Mangelhaftigkeitsvermutung mit der Art der Sache oder mit der Art des Mangels nicht vereinbar sind. Mit § 924 Satz 3 sind Fehler gemeint, bei denen typisch anzunehmen ist, dass sie nicht bereits bei der Übergabe vorhanden waren, wie offenbare Gebrauchs- oder Abnützungserscheinungen.²⁸⁶ (Beispiele²⁸⁷: Abnutzung von Bremsbelägen eines intensiv benützten Autos oder Verkalkung eines Dampfbügeleisen). Die Vermutungsregel ist auch nicht anzuwenden, wenn das Produkt Spuren einer offenkundigen Fehlbehandlung aufweist.²⁸⁸ Allerdings gilt sie prinzipiell auch für gebrauchte Güter. Ebenso greift die Vermutung, wenn sich bei leicht verderblichen Lebensmitteln nach Ablauf der gewöhnlichen Haltbarkeitsdauer, aber innerhalb von 6 Monaten nach Übergabe herausstellt, dass sie in einem nicht tolerierbaren Ausmaß mit Pestiziden verunreinigt sind.²⁸⁹

IdF 2002 der ÖNorm (P 5.45.3.5) wurde der Zeitraum für die Mangelhaftigkeitsvermutung nun an die ins ABGB neu aufgenommene Regelung angepasst und auf **6 Monate** verkürzt - ausgenommen auch hier bei Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels oder der Sache. Die Unvereinbarkeitsregel ist in der ÖNorm neu. Allerdings wird abweichend zum ABGB - wie auch schon in der Fassung 2000 der ÖNorm - die **Mängelrüge** innerhalb dieser 6 Monate **verlangt**. Für Verbraucher ist eine derartige Einschränkung entsprechend § 9 KSchG unzulässig und kann auch nicht wirksam vereinbart werden²⁹⁰, weshalb die Anmerkung, dass für Verbrauchergeschäfte diese Rügepflicht entfällt, eingefügt wurde.

Benützt allerdings der AG noch nicht vollständig fertiggestellte Teile der Leistung (P 5.33.3 dF 2002), so trägt er die Folgen der Abnutzung. *Karasek* schließt daraus, dass der AG im Zweifelsfall entgegen der gesetzlichen Regelung bereits vor der Übernahme beweisen muss, dass nicht die vorzeitige Inbetriebnahme kausal für den Mangel ist, sondern dieser einen Gewährleistungsfall darstellt und somit eine von § 924 Satz 2 ABGB und P 5.45.3.5 abweichende Beweislastregel vorliegt.²⁹¹

Ist die Mangelhaftigkeit nach § 924 ABGB nF oder der ÖNorm zu vermuten, so obliegt es dem AN, den Gegenbeweis anzutreten. Er muss also beweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übernahme noch nicht vorhanden war und beispielsweise durch unsachgemäßen Gebrauch eingetreten ist.²⁹² Nach *Langer* kommt es bei Bauwerken kaum je auf die rechtliche Vermutung der Mangelhaftigkeit an, weil *der Nachweis des anfänglichen Vorliegens des Mangels so gut wie immer durch Sachverständigengutachten erfolgt*.²⁹³

²⁸⁵ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 34 f.

²⁸⁶ *Koziol/Welser II*¹², S 75.

²⁸⁷ *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, §§ 924 Rz 9.

²⁸⁸ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, §§ 924 Rz 9; ebenso *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1168.

²⁸⁹ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 36 f.

²⁹⁰ Vgl auch *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 174.

²⁹¹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 802.

²⁹² Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 270.

²⁹³ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 100.

Der Beginn der Vermutungsfrist ist normalerweise der Zeitpunkt der Übergabe. Fällt die Übergabe nicht mit dem Gefahrenübergang (Preisgefahr) zusammen, so beginnt die Vermutungsfrist - anders als bei der Verjährungsfrist - mit dem Gefahrenübergang, da sonst der AG den Beginn der Vermutungsfrist durch Annahmeverzug mutwillig verlängern könnte. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtslage der ÖNorm.²⁹⁴

In Bezug auf die Beweislast gibt es also nach wie vor dem GewRÄG Unterschiede zwischen ABGB und ÖNorm. Nach dem ABGB aF gab es keine Beweislastumkehr, alle Beweise oblagen dem Käufer oder AG. In der ÖNorm dF 2000 wurde dem AG mit der 2-jährigen Mangelhaftigkeitsvermutung mit Ausnahme der beweglich bleibenden HT-Leistungen eine Beweislast erleichtert, jedoch war die Vermutung an eine Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungsfrist gebunden. Seit dem GewRÄG gibt es die Mangelhaftigkeitsvermutung sowohl im ABGB wie auch in der ÖNorm 6 Monate nach Übergabe, mit dem Unterschied, dass bei ÖNorm-Verträgen - Verbraucher ausgenommen - weiter eine Bindung an die Mängelrüge besteht.

Für ABGB-Verträge bedeutet die Einführung der Vermutungsregel für den AG eine Verbesserung im Vergleich zur bis zum 31.12.2001 gültigen Regelung, für ÖNorm-Verträge ergibt die Neuregelung aufgrund der Verkürzung der Vermutungsfrist von 2 Jahren auf 6 Monate eher eine Verschlechterung.

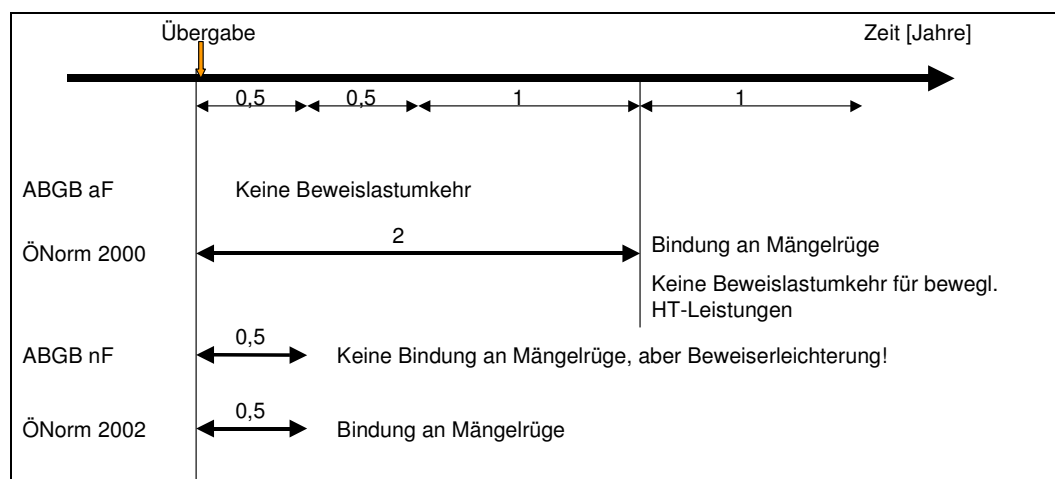


Abbildung 12: Vergleich der Beweislastumkehr

²⁹⁴ Vgl. *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 924 Rz 5; vgl. auch *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 33 und 38; vgl. ebenso *Kozioł/Welser II*¹², S 75 f.

3.5 Zurückbehaltung des Werklohnes: Haftungsrücklass / Einrede

ÖNorm		ABGB	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.8 [idF 2002: P 5.45.5] Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) [...] (2) [...] (3) Insoweit entsprechend (1) oder (2) jedoch über das Ende der ursprünglichen Gewährleistungsfrist hinaus zu gewährleisten ist, kann ab diesem Zeitpunkt nur mehr ein Haftungsrücklass in der Höhe von 10 % der Leistung, die an Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, einbehalten werden. Dies gilt auch für andere Teile der Leistung, deren vertragsmäßiger Gebrauch durch den behobenen Mangel behindert war. Der AN hat hiezu dem AG eine prüfbare Bezifferung des Wertes dieser Leistung bzw. dieser Teile der Leistung vorzulegen. Das Höchstmaß dieses Haftungsrücklasses beträgt weiterhin 3 % [idF 2002: 2 %] der Schluss- bzw. Teilschluss-Rechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich USt.). ANMERKUNG: Gilt nicht für Verbrauchergeschäfte.</p>		<p>§933. (2) Die Geltendmachung durch Einrede bleibt dem Erwerber vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel angezeigt hat. (RGBl 1916/69)</p>	
<p>5.47.3 [idF 2002: P 5.48.3.1] Haftungsrücklass 5.47.3.1 [idF 2002: P 5.48.3.1] Von der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer) ist ein Haftungsrücklass in der Höhe von 3 % [idF 2002: 2 %] einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.47.4 (2) oder (3) abgelöst ist. 5.47.3.4 Der Haftungsrücklass ist, soweit er nicht gemäß 5.47.3.3 [idF 2002: P 5.48.3.3] in Anspruch genommen wurde, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist freizugeben (5.47.6 [idF 2002: P 5.48.6]). Sind jedoch Mängel zu beheben, gilt 5.40.8, zweiter Absatz [idF 2002: P 5.45.5 (3)] sinngemäß.</p>		<p>§ 933. (3) In jedem Fall bleibt dem Übernehmer die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel anzeigt. (BGBl 48/2001)</p>	
<p>5.40.8 [idF 2002: P 5.41.8] [...] Wird die Leistung mit verbesserbaren Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass gemäß 5.47.3 [idF 2002: P 5.48.3] das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gilt diese Beschränkung nicht. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.47.4 [idF 2002: P 5.48.4] abzulösen.</p>			

Abbildung 13: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Rückbehalt des Werklohnes

Das Recht auf Zurückbehaltung des Werklohnes hat den Zweck, dem Berechtigten eine Sicherheit zu geben, dass der AN einen Mangel in seiner Leistung umgehend behebt, falls der AG dies aus seinen Gewährleistungsrechten fordert, sowie *den Leistungsberechtigten aus der undankbaren Aufgabe zu entheben, die Beseitigung des Mangels durch einen Dritten zu erreichen*²⁹⁵. Das ABGB löst dies mit dem Instrument der Einrede, die ÖNorm regelt dies mit dem Haftungsrücklass.

Die Einrede²⁹⁶ ist ein Recht, das die Durchsetzung des subjektiven Rechts eines anderen verhindert, also ein Gegenrecht. Durch dieses negative Recht wird das subjektive nicht vernichtet (anders bei Einwendung), sondern nur in seiner Verwirklichung beeinträchtigt. Die Durchsetzung des subjektiven Rechts äußert sich in Anspruch. Einrede ist das Recht, die Erfüllung dieses Anspruchs ganz oder teilweise zu verweigern. Es gibt zwei Arten, nämlich

²⁹⁵ Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 85.

²⁹⁶ Def nach Creifelds, Rechtswörterbuch¹⁷.

die aufschiebende Einrede (zB Zurückbehaltungsrecht, nicht erfüllter Vertrag, Stundung,...) und die dauernde Einrede (zB Verjährung). Im ABGB ist die Einrede in § 1052 geregelt.²⁹⁷

§ 933 Abs 2 ABGB sieht - trotz Änderung des Wortlautes im Zuge des GewRÄG unverändert - die Möglichkeit der Einrede für innerhalb der Gewährleistungsfrist dem Übergeber angezeigte Mängel vor.

Für ABGB-Verträge ergibt sich aus dem Zug-um-Zug-Prinzip Folgendes: Solange ein Vertragspartner seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat und nicht anbietet, kann der andere seine Leistung ebenfalls zurückbehalten. Gleiches gilt wenn die angebotene Leistung in Qualität oder Quantität nicht dem Vertrag entspricht²⁹⁸ und auch dann, wenn *der Gewährleistungsberechtigte nach Ablieferung einer mangelhaften Sache oder eines mangelhaften Werkes die Verbesserung fordert*²⁹⁹ und er innerhalb der Gewährleistungsfrist dem AN den Mangel angezeigt hat (außergerichtliche Anzeige des Mangels).³⁰⁰ Solange der AN also seine Leistung nicht vertragsgemäß erfüllt, kann der AG den Werklohn zurückbehalten. Die außergerichtliche Anzeige ist rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Gewährleistungsfrist dem AN zugeht.³⁰¹

Uneins sind sich Juristen und Rsp allerdings darüber, ob der AG bis zur Erfüllung des Vertrages den gesamten Werklohn zurückbehalten darf oder nur einen dem Mangel entsprechenden Teil.³⁰² *Der OGH sieht eine Grenze des Zurückbehaltungsrechtes nur in der schikanösen Rechtsausübung, die er bejaht, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Werkbestellers und denen des Werkunternehmers besteht; maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles.*³⁰³ Daher kann für die gerechtfertigte Höhe des zurückbehaltenen Werklohnes auch kein fester Prozentsatz - als Verhältnis des zurückbehaltenen Werklohnes zum Verbesserungsaufwand - angegeben werden. *Der OGH hielt die Zurückbehaltung des Werklohnes in der Höhe von ATS 100.000,- bei Mangelbehebungskosten von ATS 500,- (0,5 %) für Rechtsmissbrauch, die Zurückbehaltung des Werklohnes von ATS 1,9 Mio. bei Mangelbehebungskosten von 47.000,- (2,4 %) hingegen nicht.* Erkennt der AN den Mangel nicht an, so hat der AG lt *Koziol*³⁰⁴ das Recht, *als Faustregel das Zwei- bis Dreifache des Wertes der noch ausständigen Leistung zurückbehalten.*³⁰⁵

²⁹⁷ Die Einrede ist zwar im ABGB in § 1052 im 23. Hauptstück „Von dem Tauschvertrage“ geregelt, durch § 933, der für alle Verträge gilt, sind die Bestimmungen der Einrede auch auf Kauf- und Werkverträge, sowie andere Vertragsarten anzuwenden.

²⁹⁸ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 38.

²⁹⁹ *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 83 f: Fordert der AG nicht Verbesserung, sondern Preisminderung oder Wandlung, ist der AN nicht zur Handlung verpflichtet, dh die Einrede des nicht erfüllten Vertrages steht nicht zu. *Dann kann aber die Einrede der Gewährleistung (§ 933 Abs 2) erhoben werden und der infolge der Wandlung oder Minderung zustehende Betrag gegen den Werklohnanspruch aufgerechnet werden.*

³⁰⁰ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 70 f.

³⁰¹ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 32.

³⁰² Ausführlich dazu *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 83 ff.

³⁰³ *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap.6, S 31.

³⁰⁴ Siehe *Koziol*, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechtes bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737 ff.

³⁰⁵ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S30 f.

Mit Ausnahme des Verbrauchergeschäfts (§ 6 Abs 1 Z 6 und 7 KSchG) können die Parteien das Zurückbehaltungsrecht auf einen bestimmten Betrag beschränken.³⁰⁶

Der Erwerber oder AG kann durch die Einrede die Klage des AN auf Werklohn oder Kaufpreis *bis zur Beseitigung des Mangels abwenden oder durch das Preisminderungs- oder Wandlungsbegehren eine Herabsetzung oder Aufhebung der noch nicht erfüllten Zahlungspflicht erreichen.*³⁰⁷ Die Einrede muss den behaupteten Mangel konkret anführen.³⁰⁸ § 933 Abs 3 bietet jedoch nur dann Abhilfe, wenn der Übernehmer den Kaufpreis oder Werklohn noch nicht (vollständig) geleistet hat. Der Übernehmer erhält durch Erhebung der Einrede nicht das Recht, nach Ablauf der Gewährleistungsfrist den bereits geleisteten Werklohn zur Gänze oder teilweise zurückzuverlangen. Dadurch würde das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung unterlaufen.³⁰⁹ Allerdings muss auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist der seit dem 01.01.2002 gesetzlich angeordnete Vorrang der Verbesserung oder des Austausches (§ 932 Abs 2) beachtet werden. *Dies bedeutet, dass der Übernehmer, der während der Frist den Mangel außergerichtlich angezeigt hat, nach Ablauf der Frist nicht einredeweise sofort Preisminderung oder Wandlung begehren kann.* Etwas anderes gilt, wenn der Übernehmer mit der außergerichtlichen Mangelanzeige den Übergeber zur Verbesserung oder Austausch aufgefordert hat und der Übernehmer der Aufforderung nicht in angemessener Frist nachgekommen ist.³¹⁰

In zeitlicher Hinsicht kann der AG dem auf den Werklohn klagenden AN immer (ohne zeitliche Beschränkung) die Einrede der Mangelhaftigkeit entgegenhalten, die nicht mehr der Frist des § 933 Abs 1 unterliegt.³¹¹ Der AG kann damit auch nach Ablauf dieser Frist bis zur Beseitigung des Mangels die Verpflichtung zur Leistung des Werklohnes abwenden oder durch das Preisminderungs- oder Wandlungsbegehren eine Herabsetzung oder Aufhebung der noch nicht erfüllten Zahlungsverpflichtung erreichen (Perpetuierung der Einrede).³¹²

Allerdings können nur jene Mängel, die innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügt wurden, dem Werklohn entgegengehalten werden, später entdeckte und gerügte Mängel können nur mehr durch den Schadenersatz ausgeglichen werden.³¹³

Liegen also Mängel vor, so ist die erste Konsequenz, dass der Werklohn nicht (zur Gänze?) fällig ist. Der AG kann das mangelhafte Werk übernehmen und benutzen und dennoch Verbesserung verlangen. Das gesamte Entgelt ist erst nach der letzten Verbesserung fällig. Ebenso ist es fällig, wenn sich die Unbehebbarkeit des Mangels herausstellt (verminderter Werklohn) oder der AG Verbesserungen nicht zulässt.³¹⁴

³⁰⁶ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 31.

³⁰⁷ *Koziol/Welser II*¹², S 80.

³⁰⁸ Vgl *Welser in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 32.

³⁰⁹ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 17.

³¹⁰ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 933 Rz 16.

³¹¹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 80.

³¹² Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 80; vgl ebenso *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, §§ 933 Rz 16 f.

³¹³ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 141.

³¹⁴ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 141 f.

Die ÖNorm regelt das Rückbehaltungsrecht des Werklohnes mit dem Haftungsrücklass. Gem *Jodl/Oberndorfer* ist dies eine *Sicherstellung für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung obliegenden Pflichten nicht erfüllt*.³¹⁵

Vom AG ist gemäß P 5.47.3 der ÖNorm idF 2000 ein Haftungsrücklass in der Höhe von 3 % der Schluss- bzw Teilschlussrechnung (Gesamtpreis zuzüglich USt) einzubehalten, soweit nicht durch eine unbare Sicherstellung abgelöst. Dieser Betrag ist jedoch spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist vom AG freizugeben. Insofern hat sich auch durch die Reform des Gewährleistungsrechts nichts geändert, lediglich beträgt der Haftungsrücklass nach der ÖNorm idF 2002 (P 5.48.3.1) nicht mehr 3 %, sondern nur mehr 2 % der Schluss- bzw Teilschlussrechnung.

Bei Übernahme des Werkes mit behebbaren Mängeln, *hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass gemäß 5.48.3 [idF 2000 P 5.47.3] das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten*.³¹⁶

Dh der AG kann zusätzlich zum 3- bzw 2-prozentigen Haftungsrücklass noch das Entgelt in der dreifachen Höhe der Kosten der Mängelbehebung einbehalten. Diese Beschränkung gilt lt Anmerkung sowohl in der alten Fassung wie auch in der neuen Fassung der ÖNorm nicht für Verbrauchergeschäfte, da bei Verbrauchergeschäften Vereinbarungen, die den Haftungsrücklass nach Ablauf der Gewährleistungsfrist weiter beschränken, unzulässig sind.

Auch dieser Einbehalt durch den AG kann durch eine andere Sicherstellung (zB Bankgarantie) abgelöst werden.

Die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts gilt auch bei einer Erfüllung in Teilleistungen (ÖNorm idF 2000: P 5.40.11, idF 2002: P 5.41.11).³¹⁷

Wird für Teile der Leistung die Gewährleistungsfrist unterbrochen oder gehemmt, regelt P 5.45.5 (3) der ÖNorm idF 2002 bzw. P 5.44.8 (3) idF 2000 das weitere Verfahren mit dem Haftungsrücklass. Ist über die ursprüngliche Gewährleistungsfrist hinaus Gewähr zu leisten, kann vom AG als Haftungsrücklass nur mehr 10 % des Wertes der Leistung, die an die Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, und ebenso für jene Teile der Leistung, deren vertragsgemäßer Gebrauch durch den nun behobenen Mangel behindert war, einbehalten werden. Um diesen Wert festzustellen, muss der AN dem AG einen prüfbaren, plausiblen Nachweis des Wertes des behobenen Mangels (oder der anderen vom Gebrauch durch den Mangel beeinträchtigten Teile) vorlegen. Das Höchstausmaß, dh die Obergrenze des Haftungsrücklasses beträgt auch nach Ende der Gewährleistungsfrist 2 % (bzw idF 2000: 3 %) der Schluss- bzw. Teilschlussrechnung (Gesamtpreis zuzüglich USt).³¹⁸ Für die Herleitung des Wertes der Leistung für die verlängerte Gewährleistung ist grundsätzlich eine

³¹⁵ *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch.

³¹⁶ ÖNorm B 2110 idF 2002 P 5.41.8; idF 2000 P 5.40.8.

³¹⁷ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 31.

³¹⁸ Vgl ebenso *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 279.

Orientierung an ursprünglichen Preisen möglich, es ist aber nicht Bedingung, sich an den Preisen des Leistungsverzeichnisses zu orientieren.³¹⁹

Nur bei Hemmung oder Unterbrechung der Gewährleistung steht dem AG ein Haftungsrücklass über die ursprüngliche Gewährleistungsfrist hinaus zu. Besteht nur noch die theoretische Möglichkeit eines Rückgriffs nach Abschnitt 5.45.6 (ÖNorm dF2002), so kann nach den Vertragsbestimmungen der ÖNorm kein Haftungsrücklass einbehalten werden.³²⁰

Auch die Einschränkung des Haftungsrücklasses gemäß P 5.44.8 (3) idF 2000 bzw P 5.45.5 (3) gilt nicht für Verbrauchergeschäfte. Dies bedeutet, dass bei Verbrauchergeschäften der volle Haftungsrücklass bis zum Ablauf der letzten „Teilgewährleistungsfrist“ in voller Höhe aufrecht bleibt und nicht nach Ablauf der ursprünglichen Gewährleistungsfrist reduziert wird. *Dieser besondere Hinweis ist durch eine Regelung im KSchG nicht gerechtfertigt. Der Haftungsrücklass ist im ABGB geregelt und eine mögliche Einschränkung daher auch kein Verstoß gegen das KSchG.*³²¹

Die sich durch das GewRÄG ergebenden Änderungen im Hinblick auf das Recht des Rückbehalts des Werklohnes betreffen nur das Ausmaß des Haftungsrücklasses, nämlich die Reduktion von 3 auf 2 %.

3.6 Besonderer Rückgriff

Ö N o r m		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
	<p>5.45.6 Besonderer Rückgriff Ist der AG Unternehmer und hat er einem Verbraucher Gewähr geleistet, findet auf einen allfälligen Rückgriff gegen den AN die Regelung des § 933 b ABGB Anwendung.</p>		<p>Besonderer Rückgriff § 933b. (1) Hat ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann, wenn auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 die Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Der Anspruch ist mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt. (2) Ansprüche nach Abs. 1 sind innerhalb von zwei Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend zu machen. Die Haftung eines Rückgriffspflichtigen verjährt jedenfalls in fünf Jahren nach Erbringung seiner Leistung. Die Frist wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreits gehemmt. (BGBl 48/2001)</p>

Abbildung 14: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Besonderer Rückgriff

³¹⁹ Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 279; vgl ebenso Schwarz/Straube in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabebetag 01.03.2002, Rz 933.

³²⁰ Vgl Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 281.

³²¹ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 279.

Der besondere Rückgriff wurde erst mit der Reform des Gewährleistungsrechtes eingeführt. Die ÖNorm legt keine eigenen Bestimmungen fest, sondern verweist auf das ABGB.

Die Regelungen für den besonderen Rückgriff legen fest, dass Unternehmer auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist Gewährleistung von ihren Vormännern, so sie auch Unternehmer sind, fordern können, wenn der letzte in der Reihe ein Verbraucher ist. Wurde eine Sache in einer Kette von Unternehmern und zum Schluss an einen Verbraucher (Konsument im Sinne des KSchG) veräußert bzw geleistet, so können sich die „Zwischenunternehmer“ im Sinne der Gewährleistung schadlos halten, wobei der jeweilige Anspruch mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt ist, also keine Bereicherung der „Zwischenunternehmer“ möglich ist.

Mit dieser Regelung soll vermieden werden, dass der letzte Unternehmer zwar seinem Kunden, dem Verbraucher, Gewähr zu leisten hat, sich aber an seinem Vormann wegen bereits abgelaufener Gewährleistungsfrist nicht mehr regressieren kann. Es soll derjenige zur Verantwortung für den Mangel gezogen werden können, der ihn verursacht hat.

§ 933 b modifiziert die bisherige Rechtslage nur geringfügig. Das Besondere am Rückgriff ist, dass nicht nur innerhalb der Gewährleistungsfrist, sondern auch bis zu 5 Jahre nach der eigenen Leistung auf die Rechte der Gewährleistung zurückgegriffen werden kann. Für jedes Glied in der Kette gilt eine absolute Verjährungsfrist von 5 Jahren ab Erbringung der eigenen Leistung. Die Frist wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreites gehemmt. Für die Gewährleistungsrechte im Falle des Rückgriffs gelten die gleichen Regeln wie sonst auch, dh bei Geltendmachung innerhalb der Gewährleistungsfrist. Auch hier ist nur für Mängel, die bereits bei der Übergabe bestanden, Gewähr zu leisten. Für den beiderseitigen Handelskauf gilt das HGB und die dort angeführten Voraussetzungen der Mängelrüge. Da die Fristen für die Beweislastumkehr im Regressfall bereits abgelaufen sind, hat der Unternehmer jegliche Beweislast. Voraussetzung für den besonderen Rückgriff ist die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche innerhalb von 2 Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht.³²² *Maßgeblich für den Fristbeginn ist somit nicht die Inanspruchnahme des Schädigers durch den Geschädigten, sondern der Zeitpunkt der tatsächlichen Erbringung der Gewährleistungsverpflichtung.*³²³

Der Rückgriff ist nicht zwingend, sondern kann vertraglich verändert und auch ausgeschlossen werden.³²⁴

Für Bauleistung ist der besondere Rückgriff insofern relevant, als für Konsumenten Bauleistungen erstellt werden. Der vom Konsumenten (AG) beauftragte Unternehmer (AN) kann sich, sollte der AG Gewährleistung fordern, auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist an seinen Subunternehmern und Lieferanten regressieren.³²⁵

³²² Vgl. *Koziol/Welser II*¹², S 82 f.

³²³ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 281.

³²⁴ Vgl. *Koziol/Welser II*¹², S 83.

³²⁵ Vgl. *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 281.

3.7 Rechte aus der Gewährleistung

Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.4 Wesentliche Mängel Wesentliche Mängel sind Mängel, die den vereinbarten Gebrauch der Leistung verhindern, sowie das Fehlen von ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften.</p> <p>5.44.4.1 Wesentliche, unbehebbarer Mängel Tritt ein wesentlicher, unbehebbarer Mangel auf, so ist der AG berechtigt, die gänzliche Aufhebung des Vertrages (Wandlung) zu fordern. In diesem Falle ist alles in der vorigen Stand zu setzen. Ist jedoch die Wiederherstellung des vorigen Standes technisch nicht möglich oder wirtschaftlich zumutbar, kann der AG nur eine Minderung des Entgeltes, jedoch nicht unter den Wert, den die Leistung für ihn hat, verlangen. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften besteht ferner Anspruch des AG auf Wandlung (siehe § 9 KSchG). Als unbehebbar gilt auch ein Mangel, dessen Behebung nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist.</p> <p>5.44.4.2 Wesentliche, behebbare Mängel Tritt ein wesentlicher, behebbare Mangel auf, ist der AN verpflichtet, diesen auf seine Kosten innerhalb einer vom AG gesetzten angemessenen Frist zu beheben. Nach Ablauf der gesetzten Frist kann der AG den Mangel auf Kosten des AN selbst beheben oder durch Dritte beheben lassen. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften bleibt ferner bei erfolglosem Behebungsversuch der Anspruch auf Wandlung aufrecht. Ist die Behebung eines Mangels für den AG zur Abwendung eines gewichtigen Nachteils dringend notwendig und ist eine sofortige Behebung durch den AN nicht möglich, hat der AG das Recht, den Mangel sofort selbst zu beheben oder durch Dritte beheben zu lassen. Der AN ist hierüber unverzüglich schriftlich zu verständigen. Der AN hat in diesem Falle die für die Behebung des Mangels notwendigen Kosten zu ersetzen.</p> <p>5.44.5 Unwesentliche Mängel 5.44.5.1 Unwesentliche, unbehebbarer Mängel Tritt ein unwesentlicher, unbehebbarer Mangel auf, so kann der AG eine angemessene Minderung des Entgeltes verlangen. Hinsichtlich der Qualifikation der Unbehebbarkeit siehe 5.44.4.1. 5.44.5.2 Unwesentliche, behebbare Mängel Bei Auftreten eines unwesentlichen, behebbaren Mangels sind die Bestimmungen gemäß 5.44.4.2, erster Absatz anzuwenden.</p> <p>5.44.6 Unerhebliche Mängel Unerhebliche Mängel (z.B. unerhebliche Maßabweichungen) berechtigen den AG nicht zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen.</p> <p>5.44.3.7 [idF 2002: P 5.45.4.5] Wenn zum Zeitpunkt der Feststellung des Mangels eine endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar ist, kann der AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen, der zum geeigneten Zeitpunkt die endgültige folgen muss. In diesem Fall trägt der AN auch die Kosten der vorläufigen Behebung. [...]</p> <p>5.44.7 [idF 2002: P 5.45.3.6] Ermöglichung der Mängelbehebung Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen.</p>	<p>5.45.4 Rechte aus der Gewährleistung 5.45.4.1 Der AG kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgeltes (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) fordern.</p> <p>5.45.4.2 Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten.</p> <p>5.45.4.3 Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.</p> <p>5.45.4.4 Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.</p>	<p>Wirkung §932. (1) Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht behoben werden kann und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, so kann der Übernehmer die gänzliche Aufhebung des Vertrages, wenn hingegen der Mangel den ordentlichen Gebrauch nicht verhindert oder wenn er behoben werden kann, entweder eine angemessene Minderung des Entgeltes oder die Verbesserung oder den Nachtrag des Fehlenden fordern. In allen Fällen haftet der Übergeber für den verschuldeten Schaden. (2) Eine unerhebliche Minderung des Wertes kommt nicht in Betracht. (RGBI 1916/69)</p>	<p>§ 932. (1) Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgeltes (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern. (2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten. (3) Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind. (4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. (BGBl 48/2001)</p> <p>Gewährleistung für Mängel §1167. Bei wesentlichen Mängeln, welche das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, kann der Besteller vom Verträge abgehen. Will er das nicht oder sind die Mängel weder wesentlich noch gegen die ausdrückliche Bedingung, so kann er die Verbesserung, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, oder eine angemessene Minderung des Entgeltes fordern. Zur Verbesserung muß er dem Unternehmer eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne. Im übrigen kommen die für die Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen überhaupt gegebenen Vorschriften zur Anwendung. (RGBI 1916/69)</p> <p>Gewährleistung §1167. Bei Mängeln des Werkes kommen die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933b) zur Anwendung. (BGBl 48/2001)</p>

Abbildung 15: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Rechte aus der Gewährleistung

Hat der AG grundsätzlich das Recht auf Gewährleistung, dh sind alle Voraussetzungen hierfür gegeben, dann stehen ihm folgende drei Rechte zu, um die „Störung der subjektiven Äquivalenz“ auszugleichen: Verbesserung (Nachbesserung, Austausch, Nachtrag), Preisminderung, Wandlung. Er kann zwischen diesen „Gewährleistungsbehelfen“ jedoch nicht frei wählen, sondern ist in seiner Wahl je nach Schwere des Mangels sowie nach Möglichkeit, Aufwand und Zumutbarkeit dessen Behebung eingeschränkt - auch abhängig von Vertragsart und Vereinbarung der ÖNorm.

Der Vergleich der einzelnen Varianten der Gewährleistung (§ 932 ABGB aF, § 1167 ABGB aF, ÖNorm dF 2000, neues Gewährleistungsrecht) erfolgt mittels einer Graphik, die diesen Vergleich in übersichtlicher Form ermöglicht und auf alle „Versionen“ des Gewährleistungsrechts anwendbar ist.

3.7.1 ABGB § 932 aF (alle Vertragstypen)

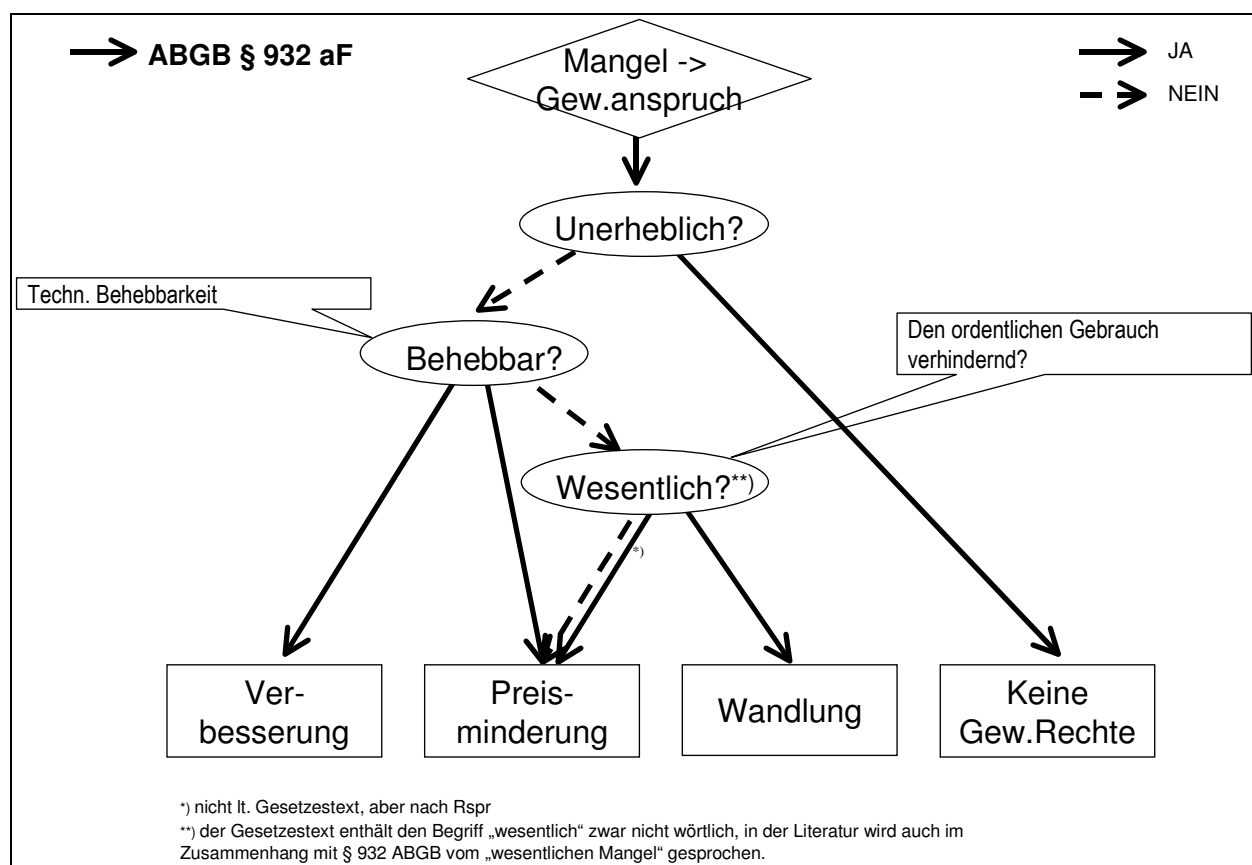


Abbildung 16: Rechte aus der Gewährleistung § 932 ABGB aF

Das Gewährleistungsrecht nach § 932 Abs 1 ABGB aF unterscheidet hinsichtlich der dem AG zustehenden Rechte zwischen unbehebbar „...von der Art, dass er nicht behoben werden kann...“ und wesentlichen „...den ordentlichen Gebrauch der Sache verhandelnd...“ Mängeln. Trifft beides zu, also ist der Mangel unbehebbar und wesentlich, so hat der AG das Recht auf „gänzliche Aufhebung des Vertrags“, also Wandlung. Trifft auf den Mangel eine der beiden oben genannten Eigenschaften nicht zu, dh ist er entweder nicht wesentlich oder behebbar, dann hat der AG freie Wahl zwischen „angemessener Minderung des Entgelts“, „Verbesserung“ und „Nachtrag des Fehlenden“. Der Nachtrag des Fehlenden entspricht im

Prinzip einer Mangelbehebung, weshalb sowohl die Verbesserung als auch der Nachtrag des Fehlenden unter dem Begriff Verbesserung subsummiert wird.

§ 932 Abs 2 ABGB aF legt weiters fest: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes kommt nicht in Betracht“.

Demnach sind nach § 932 ABGB aF Mängel hinsichtlich dreier Gesichtspunkte zu untersuchen, um die dem AG zustehenden Rechte zu beurteilen: die Unerheblichkeit, die Behebbarkeit und die Wesentlichkeit.

Die Behebbarkeit ist an dieser Stelle im ABGB nicht näher definiert, demnach ist eigentlich nur die technische Möglichkeit, also die technische Behebbarkeit nach der Natur der Sache oder des Mangels für die Entscheidung, ob ein Mangel behebbar oder unbehebbar ist, heranzuziehen. Den Begriff der Wesentlichkeit kennt § 932 ABGB aF wörtlich nicht, sondern Mängel werden nur dahingehend differenziert, ob sie den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindern oder nicht. Wann ein Mangel als unerheblich gilt, wird nicht definiert.

Die Rechte des AG nach § 932 ABGB aF sind also folgende:

Ist ein Mangel unerheblich, so hat der AG überhaupt kein Recht auf Gewährleistung.

Ist ein Mangel behebbar, kann der AG zwischen Preisminderung und Verbesserung frei wählen. Das Recht auf Wandlung hat der AG nicht.

Ist der Mangel nicht behebbar, so ist weiter zu hinterfragen, ob er dem Kriterium der Wesentlichkeit entspricht. Verhindert er den ordentlichen Gebrauch der Sache, ist er also wesentlich, dann hat der AG das Recht auf Wandlung. Obwohl so nicht im Gesetzestext enthalten, räumt die Rsp in diesem Fall dem AG das Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung ein.³²⁶ Ist der Mangel nicht als wesentlich einzustufen, so hat der AG ausschließlich das Recht auf Preisminderung.

Nach früherer Auffassung konnte der Erwerber nicht statt Wandlung eine Preisminderung begehren. Die neuere Lehre und Judikatur lassen jedoch Preisminderung zu, wenn die Sache für den Erwerber noch brauchbar ist und somit für ihn noch einen entsprechenden Wert hat, vor allem wenn die Sache zwar nicht die zugesicherten, aber die allgemein im Verkehr vorausgesetzten Eigenschaften hat. Hat die Leistung für den AG keinerlei Wert, besteht kein Wahlrecht: Er kann nur Wandlung verlangen.³²⁷

Übersichtlich sind die Rechte des AG in folgender Tabelle dargestellt:

³²⁶ Vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1180.

³²⁷ Vgl Koziol/Welser II¹¹, S 67 f; und vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1215.

ABGB § 932 aF	
unerheblich	-
behebbar wesentlich	Verbesserung Preisminderung
behebbar unwesentlich	Verbesserung Preisminderung
unbehebbar wesentlich	Preisminderung ¹⁾ Wandlung
unbehebbar unwesentlich	Preisminderung

¹⁾ nicht lt Gesetzestext, aber nach Rsp

Tabelle 2: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel § 932 ABGB aF

3.7.2 ABGB § 1167 aF (Werkverträge)

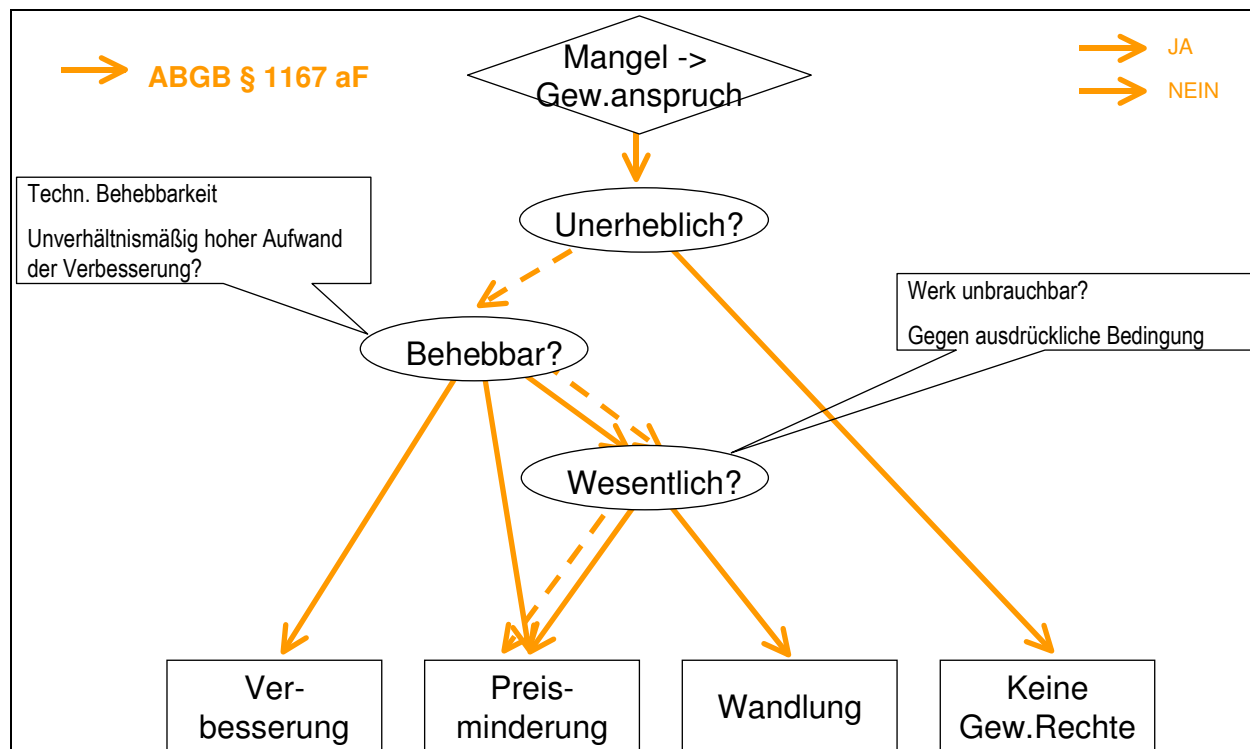


Abbildung 17: Rechte aus der Gewährleistung § 1167 ABGB aF

Bei einem Werkvertrag kann der Besteller nach § 1167 ABGB aF bei „wesentlichen Mängeln“, die „das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen“, „vom Vertrage abgehen“, sprich er hat das Recht auf Wandlung. Es wird dem Besteller ausdrücklich das Recht eingeräumt, trotz Vorliegen eines die Wandlung begründenden Mangels auf diese zu verzichten und statt dessen „Verbesserung“ oder eine „angemessene Minderung des Entgelts“ zu fordern. Beim Recht auf Verbesserung ist allerdings auch der Aufwand für die Verbesserung zu beachten. Dieser darf nicht „unverhältnismäßig“ sein. Die gleichen Rechte, nämlich Verbesserung und Preisminderung,

stehen dem Besteller auch dann zu, wenn der Mangel „*weder wesentlich noch gegen eine ausdrückliche Bedingung*“ ist.

Fordert der Besteller die Verbesserung, so muss er dem Unternehmer eine „*angemessene Frist*“ für die Behebung setzen mit der Erklärung, dass er nach Ablauf dieser Frist die Verbesserung ablehne.

„*Im übrigen kommen die für die Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen überhaupt gegebenen Vorschriften zur Anwendung*“. Dh grundsätzlich gelten auch für Werkverträge die Bestimmungen der Gewährleistung des § 932 ABGB. § 1167 ABGB legt Besonderheiten für Werkverträge fest.

Diese Besonderheiten bestehen darin, dass der Besteller unabhängig davon, ob ein Mangel behebbar ist oder nicht, Wandlung begehren kann, wenn der Mangel entweder das Werk unbrauchbar macht oder eine ausdrückliche Bedingung nicht erfüllt ist. Liegt ein behebbarer, wesentlicher Mangel vor, so steht dem AG nach § 1167 ABGB aF das Recht auf Wandlung, Verbesserung und Preisminderung zu, nach § 932 ABGB aF hingegen nur die Verbesserung und die Preisminderung.

Aufgrund dieser drastischen Konsequenzen, nämlich der Möglichkeit der Wandlung bei Vorliegen eines an sich behebbaren Mangels, sucht die Praxis (Rechtsprechung) nach Auswegen. Einer davon ist, dass der Bauherr - sofern er nicht Preisminderung wählt - Verbesserungen dann zulassen muss (dh nicht vom Vertrag zurücktreten kann), wenn das Werk an sich brauchbar ist bzw durch die Beseitigung geringer Mängel, die bei vergleichbaren Werkaufträgen gewöhnlich hin und wieder vorkommen und dann gewöhnlich auch behoben werden, brauchbar gemacht werden kann.³²⁸

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass nach § 1167 ABGB aF der Begriff der Behebbarkeit nicht nur danach beurteilt wird, ob die Behebung technisch möglich ist (wie bei § 932 ABGB aF), sondern auch ob sie wirtschaftlich ist. Der Aufwand der Verbesserung darf nicht unverhältnismäßig sein.

Auch nach § 1167 ABGB aF ist nach behebbaren/unbehebbar, wesentlichen/unwesentlichen und unerheblichen Mängeln zu differenzieren, wobei die Behebbarkeit - wie oben bereits erwähnt - nicht nur nach technischen, sondern auch wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist und die Wesentlichkeit danach, ob das Werk unbrauchbar oder bloß eine ausdrücklichen Bedingung nicht erfüllt ist. Die Definitionen der Begriffe „wesentlich“ und „behebbar“ wurden demnach erweitert.

Übersichtlich dargestellt sind die Rechte aus der Gewährleistung in nachfolgender Tabelle im Vergleich:

³²⁸ Vgl. Kurbos, Baurecht in der Praxis, S 146.

	ABGB § 932 aF	ABGB § 1167 aF
unerheblich	-	-
behebbar wesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung Wandlung
behebbar unwesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung
unbehebbar wesentlich	Preisminderung ¹⁾ Wandlung	Preisminderung Wandlung
unbehebbar unwesentlich	Preisminderung	Preisminderung

¹⁾ nicht lt Gesetzestext, aber nach Rsp

Tabelle 3: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel §§ 932 u 1167 ABGB aF

3.7.3 ÖNorm idF 2000

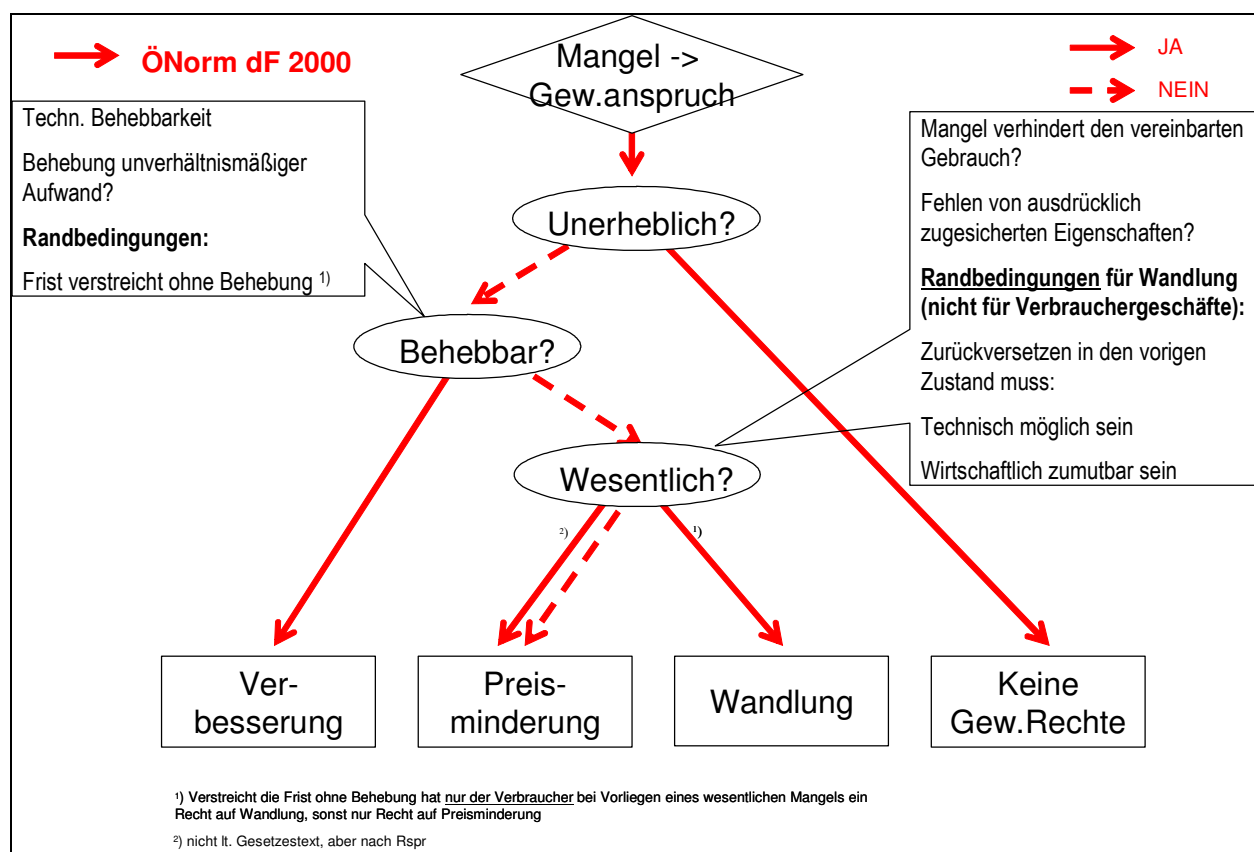


Abbildung 18: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2000

Die ÖNorm B 2110 idF 2000 legt die Rechte des AG ebenso je nach Wesentlichkeit, Behebbarkeit und Unerheblichkeit des Mangels fest.

Ist ein Mangel behebbar, so hat der AN diesen Mangel zu beheben und zwar innerhalb einer vom AG gesetzten, angemessenen Frist. Verstreicht diese Frist, ohne dass der Mangel vom AN behoben wird, kann der AG den Mangel auf Kosten des AN selbst beheben oder durch Dritte beheben lassen. Konsumenten können weiters auf das Recht auf Wandlung

zurückgreifen, wenn der AN einer Behebung in angemessener, vom AG gesetzter Frist nicht nachkommt.

Ist zum Zeitpunkt der Feststellung eines Mangels dessen endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar, so kann der AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen. Dieser muss zum geeigneten Zeitpunkt die endgültige Behebung folgen. Die Kosten der vorläufigen Behebung trägt der AN. (P 5.44.3.7 ÖNorm dF 2000)

*Bei der Frage der Zumutbarkeit [für den AG] ist zu prüfen, ob zwischen den Interessen des AG und des AN ein krasses Missverhältnis besteht. Liegen etwa Mängel beim Hallenschwimmbad eines Hotels vor, wird die Behebung während der Hauptsaison nicht zumutbar sein.*³²⁹

Bei behebbar, wesentlichen Mängeln hat der AG zusätzlich folgende Option: Ist eine sofortige Behebung des Mangels durch den AN nicht möglich, diese aber zur Abwendung eines gewichtigen Nachteils dringend notwendig, so hat der AG das Recht, den Mangel sofort selbst zu beheben oder durch Dritte beheben zu lassen. In einem solchen Fall ist der AN darüber unverzüglich schriftlich zu informieren. Die für die Behebung des Mangels notwendigen Kosten sind dem AG vom AN zu ersetzen. Diese *Bestimmung umschreibt als Ausnahme jene Fälle, wo eine Fristsetzung untunlich ist. Ob eine „dringende Notwendigkeit“ gegeben ist, ist in Hinblick auf Gefahr im Verzug zu beurteilen. I.a. wird jedoch ohne gehörige Verständigung und angemessene Nachfristsetzung eine selbständige Behebung des Mangels durch den Gewährleistungsberechtigten nicht in Betracht kommen. (vgl. aber OGH 27.10.1976, SZ 49/124).*³³⁰

Bei wesentlichen, unbehebbar Mängeln hat der AG gem P 5.44.4.1 die Möglichkeit, „die gänzliche Aufhebung des Vertrags (Wandlung)“ zu fordern. Das Recht auf Wandlung wird aber ausgenommen für Konsumenten eingeschränkt, nämlich dahingehend, als die „Wiederherstellung des vorigen Standes“ technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sein muss. Ist dies nicht möglich, so kann der AG nur die Minderung des Entgelts fordern, jedoch darf das geminderte Entgelt nicht geringer sein, als jener Wert, den die Leistung für den AG hat.

Da subsidiär das ABGB anzuwenden ist und dort der AG auch die anderen Rechtsbehelfe wählen kann, wenn ihm das Recht auf Wandlung zusteht, ist dies auch bei ÖNorm-Verträgen möglich.

Tritt ein unwesentlicher, unbehebbarer Mangel auf, so kann der AG nur auf die Preisminderung zurückgreifen.

Ist der Mangel deshalb als „unbehebbar“ einzustufen, weil es der AN verabsäumt hat, ihn in angemessener vom AG gesetzter Frist zu beheben, so hat der AG die Möglichkeit, ihn auf Kosten des AN selbst zu beheben oder von Dritten beheben zu lassen. Dies kommt einer Reduktion des Preises gleich. Das Recht auf Wandlung steht in diesem Fall nur einem Verbraucher zu und nur, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt.

³²⁹ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1176.

³³⁰ Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 104.

Hinsichtlich der Begriffe „wesentlich“ und „behebbar“ definiert die ÖNorm wie folgt: *„Wesentliche Mängel sind Mängel, die den vereinbarten Gebrauch der Leistung verhindern, sowie das Fehlen von ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften.“* *„Als unbehebbar gilt auch ein Mangel, dessen Behebung nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist.“*

Diese Definitionen nach ÖNorm dF 2000 und § 1167 ABGB aF sind sehr ähnlich. In beiden Fällen ist die Behebbarkeit sowohl hinsichtlich der technischen Möglichkeit als auch hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit ihres Aufwands zu beurteilen, also in technischer wie in wirtschaftlicher Sicht. Und ebenso wird in beiden Fällen ein Mangel dann als wesentlich erachtet, wenn der vereinbarte Gebrauch dadurch verhindert ist bzw eine ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Die Unerheblichkeit eines Mangels beschreibt die ÖNorm auch nicht näher als das ABGB. Sie führt lediglich ein Beispiel hierfür an, nämlich unerhebliche Maßabweichungen.

Bei behebbaren Mängeln, hat der AG gem § 932 ABGB aF sofort die Wahl zwischen Verbesserung und Preisminderung, während er nach ÖNorm dem AN zunächst die Chance auf Mangelbehebung einräumen muss. Die Rechte des AG bei unbehebbar Mängeln gem § 932 ABGB aF entsprechen jenen der ÖNorm dF 2000. Die Rsp räumt dem AG aber bei unbehebbar wesentlichen Mängeln zusätzlich die Möglichkeit der Preisminderung ein. Die ÖNorm bindet die Wandlung zusätzlich an deren technische Möglichkeit und wirtschaftliche Zumutbarkeit.

Im Vergleich zu § 1167 ABGB aF beschränkt die ÖNorm die Rechte des AG. Ist ein Mangel behebbar, so gewährt die ÖNorm dem AN auf jeden Fall die Möglichkeit der Behebung des Mangels und erst wenn die Behebung durch den AN fehl schlägt, kann der AG sich selbst auf Kosten des AN um die Behebung des Mangels kümmern, was einer Reduktion des Preises entspricht. Ist der AG Verbraucher und der Mangel ein wesentlicher hat der AG zusätzlich das Recht auf Wandlung, aber wiederum erst nachdem dem AN die Möglichkeit der Mangelbehebung eingeräumt wurde. Ist die ÖNorm nicht vereinbart und gilt somit für Werkverträge § 1167 ABGB aF, dann hat der AG im Falle eines behebbaren Mangels sofort die Wahlmöglichkeit zwischen Verbesserung und Preisminderung, und ist der Mangel nicht nur behebbar, sondern auch wesentlich hat der AG sofort auch die Möglichkeit der Wandlung.

Das Recht auf Wandlung ist bei der ÖNorm im Vgl zum ABGB aber noch weiter eingeschränkt, und zwar muss die Wiederherstellung des vorigen Standes - zumindest wenn es sich nicht um Verbrauchergeschäfte handelt - technisch möglich und für den AN wirtschaftlich zumutbar sein. Ist dies nicht der Fall, kann der AG nur die Preisminderung verlangen.

Sowohl bei § 1167 ABGB als auch nach der ÖNorm muss der AG dem AN eine angemessene Frist zur Verbesserung setzen.

	ABGB § 932 aF	ABGB § 1167 aF	ÖNorm 2000
unerheblich	-	-	-
behebbar wesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung Wandlung	Verbesserung
behebbar unwesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung
unbehebbar wesentlich	Preisminderung ¹⁾ Wandlung	Preisminderung Wandlung	Preisminderung ²⁾ Wandlung
unbehebbar unwesentlich	Preisminderung	Preisminderung	Preisminderung

¹⁾ nicht lt Gesetzestext, aber nach Rsp
²⁾ bei techn Unmöglichkeit oder wirtschaftlicher Unzumutbarkeit der Wiederherstellung des vorigen Standes (diese Einschränkung gilt nicht für Verbrauchergeschäfte)

Tabelle 4: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel §§ 932 u 1167 ABGB aF, ÖNorm dF 2000

3.7.4 ABGB nF / ÖNorm idF 2002

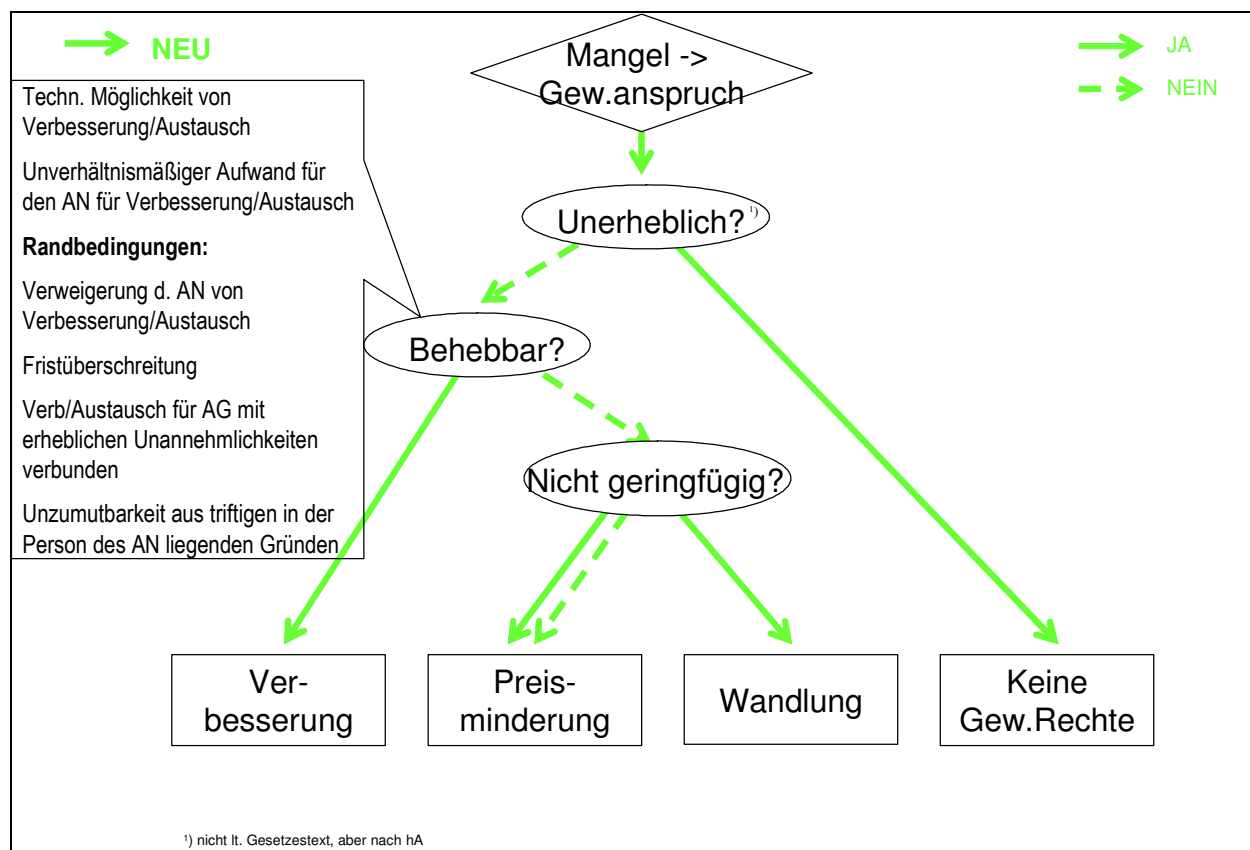


Abbildung 19: Rechte aus der Gewährleistung ABGB nF / ÖNorm dF 2002

Seit der Reform des Gewährleistungsrechts differenziert das ABGB hinsichtlich der Gewährleistungsbefehle nicht mehr zwischen Werk- und Kaufverträgen. § 1167 ABGB verweist auf die für entgeltlichen Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen der §§ 922 bis 933 b. § 932 ABGB wurde beinahe wörtlich ohne inhaltliche Änderungen in die ÖNorm dF 2002 P 5.45.4 übernommen. Daher kann an dieser Stelle eine gemeinsame Analyse des

neuen Gewährleistungsrechts vorgenommen werden. Die Rechte aus der Gewährleistung hängen demnach nicht mehr von der Art des Vertrages oder Vereinbarung der ÖNorm ab.

Liegt ein Mangel vor und hat der AG Anspruch auf Gewährleistung, so stehen ihm grundsätzlich - wie auch schon nach bisherigem Recht - Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) zu.

Nach dem neuen Gewährleistungsrecht soll der AN generell eine zweite Chance bekommen, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, indem bestimmt wird „*Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen*“. Der AG hat hierbei ein Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch. Dieses Wahlrecht ist nur dann eingeschränkt, wenn einer der beiden Behelfe unmöglich ist oder einer der beiden Behelfe im Vergleich zu dem anderen für den AN mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden wäre. Die Unverhältnismäßigkeit wird nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit einer anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten beurteilt. Die Mangelbehebung (Verbesserung oder Austausch) hat in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu erfolgen.

Ist aber die Mangelbehebung unmöglich oder für den AN mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, auch das Recht auf Wandlung. Die gleichen Rechte hat der AG, wenn der AN die Mangelbehebung verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn die Mangelbehebung für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist oder wenn sie aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.

In Anlehnung an die RL räumt § 932 Abs 4 dem Übernehmer das Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung ein, wenn der Mangel nicht geringfügig ist. Somit wird ein bisher strittiger Punkt geklärt.³³¹

Die Regelung bzgl der Möglichkeit einer behelfsmäßigen Mangelbehebung der ÖNorm dF 2000 (P 5.44.3.7) wurde auch in die ÖNorm dF 2002 (P 5.45.4.5) unverändert übernommen. Im ABGB ist sie allerdings nicht enthalten.

Eine der grundlegenden Änderungen gegenüber dem bisher geltenden Gewährleistungsrecht ist der Vorrang der Verbesserung, der bisher im ABGB nicht festgelegt war. In der ÖNorm galt auch schon bisher, dass der AN zunächst eine zweite Chance auf vertragskonforme Leistungserbringung bekommt. Der AG kann zwischen Verbesserung und Austausch - sofern die Durchführung einer dieser beiden Wahlmöglichkeiten nicht unmöglich ist - wählen, wobei der AN seinerseits die Wahl des AG wegen unverhältnismäßigen Aufwandes ablehnen kann.

Eine weitere Neuerung ist die Beschreibung der Mängel. Wurden die dem AG zustehenden Rechte bisher nach der Wesentlichkeit bzw der Unerheblichkeit des Mangels entschieden, so ist es nun die Geringfügigkeit.

³³¹ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 36.

§ 1167 ABGB aF und ÖNorm dF 2000 verpflichten den AG zur Setzung einer angemessenen Frist zur Mangelhebung, das neue Gewährleistungsrecht enthält keine derartige Verpflichtung für den AG, sondern legt fest, dass der AN den Mangel innerhalb einer angemessenen Frist beheben muss.

Um das neue Gewährleistungsrecht mit dem alten vergleichbar zu machen, wird es im Folgenden in gleicher Art und Weise wie das alte Gewährleistungsrecht dargestellt. (siehe Abbildung 19)

Der Mangel ist wieder hinsichtlich dreier Gesichtspunkte zu untersuchen: Unerheblichkeit, Behebbarkeit und Geringfügigkeit. Der Gesetzes- bzw Normtext enthält als einziges Kriterium explizit nur die Geringfügigkeit. Der Begriff der Unerheblichkeit wird jedoch auch weiter existieren. Ist nämlich ein Mangel derart, dass ein vernünftig denkender Mensch ihn nicht als Nachteil empfindet, so wird dem AG auch nach der Reform des Gewährleistungsrechts kein Recht auf Ausgleich eines - durch einen unerheblichen Mangel eben nicht - aus dem Gleichgewicht gebrachten Vertragsverhältnis zustehen.

*Der Entwurf geht im Übrigen davon aus, dass sich der geltende § 932 Abs 2 ABGB [aF] von selbst versteht und in das neue Recht der Gewährleistung nicht übernommen werden muss; eine Änderung der Rechtslage ist mit dem Entfall dieser Bestimmungen nicht intendiert.*³³²

Ebenso wird das Kriterium der Behebbarkeit hinsichtlich der Rechte aus der Gewährleistung immer ein entscheidendes sein, denn ist die Behebung technisch nicht möglich, kann sie eben auch nicht durchgeführt werden. Alle anderen unter P 5.45.4.4 bzw § 932 Abs 4 ABGB nF aufgezählten Fälle, in denen der AG die „sekundären“ Gewährleistungsbehelfe zum Ausgleich heranziehen kann, werden in Randbedingungen zur Behebbarkeit „verpackt“, wie dies auch schon bei der ÖNorm dF 2000 mit der Formulierung von Randbedingungen für die Wandlung erfolgte.

	ABGB § 932 aF	ABGB § 1167 aF	ÖNorm 2000	NEU ³⁾
unerheblich	-	-	-	-
behebbar wesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung Wandlung	Verbesserung	Verbesserung
behebbar unwesentlich	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung Preisminderung	Verbesserung	Verbesserung
unbehebbar wesentlich	Preisminderung ¹⁾ Wandlung	Preisminderung Wandlung	Preisminderung ²⁾ Wandlung	Preisminderung Wandlung
unbehebbar unwesentlich	Preisminderung	Preisminderung	Preisminderung	Preisminderung
¹⁾ nicht lt Gesetzestext, aber nach Rsp ²⁾ bei techn Unmöglichkeit oder wirtschaftlicher Unzumutbarkeit der Wiederherstellung des vorigen Standes (diese Einschränkung gilt nicht für Verbrauchergeschäfte) ³⁾ "wesentlich" ist durch "nicht geringfügig" zu ersetzen, "unwesentlich" durch "geringfügig".				

Tabelle 5: Vergleich der Rechte in Abhängigkeit vom Mangel

³³² Bundesministerium für Justiz, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000.

3.7.5 Wandlung

Ob § 1167 ABGB aF die Wandlung als das Recht des Bestellers „vom Vertrage abzugehen“ beschreibt oder § 932 ABGB aF und die ÖNorm idF 2000 von der „gänzlichen Aufhebung des Vertrages“ sprechen oder nach dem GewRÄG nur mehr von der „Aufhebung des Vertrages“ die Rede ist, bedeutet inhaltlich keinen Unterschied und auch durch die Reform des Gewährleistungsrechts sollte sich am Rechtsbehelf der Wandlung inhaltlich nichts ändern. *Die Wandlung ist ein vom Berechtigten gerichtlich - durch Klage oder Einrede - geltend zu machendes Gestaltungsrecht, gerichtet auf Aufhebung (Rückgängigmachung) des Vertrages.*³³³ *Gestaltungsrechte verleihen dem Berechtigten die Rechtsmacht, durch einseitige Erklärung - ohne Mitwirkung des anderen - eine Veränderung der bestehenden Rechtsverhältnisse herbeizuführen.*³³⁴ Dh durch das Recht auf Wandlung hat der AG die Möglichkeit, das bestehende, im Vertrag begründete Rechtsverhältnis einseitig zu ändern, nämlich aufzuheben. Zur Durchsetzung des Wandlungsrechts bedarf es eines richterlichen Urteils, das die Rechtslage rückwirkend gestaltet, oder der Übereinkunft beider Vertragspartner. Eine vertragliche Einigung zwischen den Vertragspartnern macht die gerichtliche Geltendmachung überflüssig. Kommt es zu keiner Einigung, so muss das Recht auf Wandlung als Wandlungsklage (actio redhibitoria) innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht werden. Einredeweise können Rückzahlungsbegehren nach § 933 Abs 2 ABGB unbegrenzt lange der Werklohnforderung des AN entgegengehalten werden.³³⁵

*Weder aus der Weiterbenützung noch aus der Zahlung des Werklohnes kann ein Verzicht auf das Wandlungsrecht geschlossen werden.*³³⁶

Folgen der Wandlung

Durch die Wandlung wird der Vertrag rückwirkend aufgehoben, sie wirkt wie ein Rücktritt schuldrechtlich ex tunc: auf Grund des Vertrages vollzogene Übereignungsakte sind sachenrechtlich weiter wirksam, doch bestehen schuldrechtliche Ansprüche auf Rückabwicklung.³³⁷ Wegen des Wegfalls der Vertragsgrundlage kann der Besteller den gesamten Werklohn und der Unternehmer das Werk zurückverlangen.³³⁸ Der AG erhält keine Leistung, der AN kein Entgelt.³³⁹ *Kurbos*³⁴⁰ beschreibt die Bedeutung der Wandlung für den Bauunternehmer sehr anschaulich: Der AN erhält keinen Werklohn, das Haus wird gesprengt, die Trümmer sind zu entsorgen.

³³³ *Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 25 f.*

³³⁴ *Koziol/Welser II*¹², S 44.

³³⁵ Vgl *Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 1191.*

³³⁶ Vgl *Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 26.*

³³⁷ *Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 42.*

³³⁸ Vgl *Welser in Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 26; vgl* ebenso *Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 46.*

³³⁹ Vgl *Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 271.*

³⁴⁰ *Kurbos, Baurecht in der Praxis, S 146.*

In synallagmatischen Schuldverhältnissen gilt das Zug-um-Zug-Prinzip auch für die Rückabwicklung wegen ursprünglicher Ungültigkeit oder nachträglichen Wegfalls der causa (Wandlung, Rücktritt).³⁴¹ Es entstehen beiderseitige Kondiktionsansprüche, soweit beide Seiten bereits Leistungen erbracht haben.

*Vorteile, die aus der Nutzung resultieren, sind nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzustellen. Demnach muss sich der AG die Vorteile aus der Nutzung bis zur sachenrechtlichen Rückabwicklung des Vertrags anrechnen lassen.*³⁴²

Bei Beurteilung von Kondiktionsansprüchen aus Werkverträgen ist von der Annahme einer beiderseitigen Äquivalenz der Leistungen auszugehen. Dh bei einer Rückabwicklung beider Leistungen ist zwar die Hauptleistung zurückzuerstatten, *grundsätzlich aber nicht die daraus gezogenen Früchte und Nutzungen.*³⁴³ Voraussetzung ist die Redlichkeit beider Teile. *Ab dem Zeitpunkt, ab dem ein Teil mit der Möglichkeit rechnen muss, das Empfangene zurückzustellen, ist er jedoch unredlicher Besitzer, sodass er nun gemäß § 335³⁴⁴ auch die Zinsen oder aus der Sache gezogene Nutzungen vergüten muss.*³⁴⁵

Dh hat der AG teilweise schon bezahlt, kann er diese Zahlungen zurückfordern (einschließlich jener Zinsen, die ab dem Zeitpunkt entstanden sind, in dem der AN das Entstehen des Mangels erkennen hätte können und daher mit Rückforderungen rechnen musste). Das fehlerhafte Bauwerk ist zur Gänze auf Kosten des AN zu entfernen, weil ja nach Wandlung kein Vertrag mehr besteht und die vertragslose Errichtung eines Bauwerks auf fremdem Grund grundsätzlich unzulässig ist. Da der AG aber schon Eigentümer des Bauwerks geworden ist, kann er sich auch dafür entscheiden, das Bauwerk zu behalten.³⁴⁶ Der AN hat keinen Anspruch auf Rückerstattung seiner Leistung aus dem Titel der Gewährleistung, wenn seine Leistung eine unbewegliche Sache betrifft. Behält der AG die Leistung und zieht er trotz der Mangelhaftigkeit einen Nutzen daraus, so gebührt dem AN ein entsprechender Ersatz (vgl §§ 921, 1431 ABGB). Der AG hat, wenn auch nicht das Entgelt zu entrichten, so doch die Bereicherung zu ersetzen, die die durch die Bauführung entstandene objektive Werterhöhung umfasst. Dabei ist (§ 1037 ABGB) nur das zu entschädigen, was tatsächlich zum klaren und überwiegenden Vorteil des Bestellers geführt hat. Der Betrag der Vergütung wird nach Lehre und Rsp nach dem Zeitpunkt bestimmt, in welchem der Nutzen eingetreten ist, also die Arbeit beendet worden ist.³⁴⁷

³⁴¹ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 280.

³⁴² *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1191.

³⁴³ *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1191; ebenso vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 46.

³⁴⁴ **§ 335 ABGB.** Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangte Vorteile zurückzustellen; sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. In dem Falle, dass der unredliche Besitzer durch eine in den Strafgesetzen verbotene Handlung zum Besitze gelangt ist, erstreckt sich der Ersatz bis zum Werte der besonderen Vorliebe.

³⁴⁵ *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 46.

³⁴⁶ *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 146.

³⁴⁷ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1193; vgl ebenso *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 146.

Verarbeitung eines vom Besteller beigestellten Stoffes

Hat der Besteller beweglichen Stoff beigestellt, so hat er idR das Wahlrecht, ob er dem AN das Werk zurückgibt oder es gegen Vergütung der Werterhöhung, die die Verarbeitung trotz des Mangels für ihn hat, behält. Hat der Besteller unbeweglichen Stoff beigestellt, so verbleibt das Werk, wenn es nicht mehr beseitigt werden kann, dem Besteller. Je nach Wert für ihn muss er entweder Ersatz für die Verbesserung (Wererhöhung durch Verarbeitung) leisten oder er kann bei Verschulden des Unternehmers Ersatz des ihm entstandenen Schadens fordern.³⁴⁸

Anspruch des AG auf Beseitigung der Leistung

Aus dem Gedanken der Wandlung hat der AG nach der Judikatur keinen Anspruch auf Beseitigung der Leistung. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts kann ein Vertragspartner idR nur dazu angehalten werden, seine Leistung zu erbringen, aber nicht, die Gegenleistung anzunehmen. Ausnahmen bestehen bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung. Da aber im Fall der Wandlung eben dieser Vertrag, aus dem sich die Pflicht zur Rücknahme ergeben könnte, aufgelöst wird, kann sich aus vertraglicher Vereinbarung keine Rücknahmepflicht nach Wandlung ergeben.³⁴⁹

Aus dem Titel des Schadenersatzes - Verschulden des Werkunternehmers vorausgesetzt - hat die Rsp sehr wohl die Pflicht zur Rücknahme der Leistung bejaht. Ist die Naturalrestitution jedoch untunlich, dh übersteigt das Interesse des AN Geldersatz zu leisten unverhältnismäßig das Interesse des AG an der Beseitigung des mangelhaften Werkes, so ist der durch das Vorhandensein des Werkes liegende Nachteil in Geld zu bewerten. Dies wird idR dazu führen, dass der AN dem AG die Kosten für die Beseitigung des Werkes vergütet und der AG die Beseitigung selbst veranlassen kann.³⁵⁰

Kurschel schlägt zur Erreichung der Beseitigung des mangelhaften Werkes die Eigentumsfreiheitsklage (§ 523 ABGB) vor, die sich gegen den rechtswidrigen Eingriff, der Ablieferung eines mangelhaften Werkes, in das Eigentum (Grund und Boden) des Bestellers richtet. Sie ist unabhängig davon, ob den Unternehmer ein Verschulden trifft und ob der Besteller überhaupt einen Schaden erlitten hat. Eine Einschränkung liegt allerdings darin, dass der Besteller die Beseitigung des Werkes dann nicht erreichen kann, wenn er das Werk selbst auf seinen Grund gebracht hat oder wenn er nicht Eigentümer des Grundes ist, auf dem sich das Werk befindet.³⁵¹

Demnach hat der Gewährleistungsberechtigte *nach vollzogener Wandlung einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Beseitigung der mangelhaften Sache.*³⁵²

³⁴⁸ detaillierter vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 51 f.

³⁴⁹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 49.

³⁵⁰ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 50.

³⁵¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 50.

³⁵² *Koziol/Welser II*¹², S 75.

Unmöglichkeit der Rückstellung

Die Unmöglichkeit der Rückstellung beeinflusst grundsätzlich das Recht der Wandlung nicht, die Wandlung ist trotz Unmöglichkeit der Rückstellung möglich. Nur wenn der AG schuldhaft die Erfüllung seiner Rückstellungsverpflichtung vereitelt, dh führt er schuldhaft die Unmöglichkeit herbei, verliert er nach der Rsp sein Wandlungsrecht und hat nach den allgemeinen Grundsätzen Ersatz zu leisten. Die Lehre gesteht ihm zwar weiterhin ein Wandlungsrecht zu, verpflichtet ihn aber zum Ersatz des mangelhaften Werkes im Zeitpunkt der Übergabe.³⁵³

Ist der primäre Anspruch des AN auf Rückgabe in Natur unmöglich oder untunlich, schuldet der AG Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens im Zeitpunkt der Leistung. Dh ist die Rückstellung einer Bauleistung durch den AG unmöglich oder untunlich, muss der AN seine Ansprüche konkretisieren und beziffern, um sie Zug um Zug durch Aufrechnung berücksichtigen zu können. Bei der Bestimmung des Wertes der Leistung kann auch eine Festsetzung nach richterlichem Ermessen gem § 273 ZPO vorgenommen werden. Das Ergebnis ist ein Preisminderungsanspruch des AG.³⁵⁴

Wenn das Werk zwar prinzipiell zurückgestellt werden könnte, dies aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht möglich ist, weil das Werk in der Zwischenzeit verkauft, verschlechtert, verarbeitet wurde oder untergegangen ist, oder bei vom Besteller zu vertretendem Untergang muss der Gewährleistungsberechtigte den objektiven Wert des mangelhaften Werkes im Zeitpunkt der Übergabe ersetzen, wobei so vorzugehen ist, wie wenn das Werk von Anfang an nicht rückabwicklungsfähig gewesen wäre.³⁵⁵

Geht das Werk gerade wegen des Mangels zugrunde, hat der Besteller das Recht, den Lohn zurückzufordern, ohne selbst einer Kondition des Unternehmers ausgesetzt zu sein. Allerdings ist ein Schadenersatz gegen den Besteller möglich, wenn dieser den Untergang des Werkes leicht hätte verhindern können.³⁵⁶

Bei zufälligem Unmöglichwerden der Wandlung ist strittig, ob der Werkbesteller dem Unternehmer den Wert des mangelhaften Werkes im Zeitpunkt der Übergabe zu ersetzen hat oder den Werklohn ohne Gegenleistung zurückfordern kann. Die Judikatur tendiert zu einer Befreiung des Gewährleistungsberechtigten.³⁵⁷ *Welser* schreibt von der Zwei-Konditionen-Theorie, welche besagt, dass im Falle des zufälligen Untergangs der Leistung die beiden Kondiktionsansprüche voneinander unabhängig sind. Der zufällige Untergang der Sache trifft den Herausgabeberechtigten. Dh auch wenn sich das Werk in der Sphäre des Empfängers befunden hat, braucht er den Wert nicht zu vergüten, wenn er die eigene Leistung zurückfordert.³⁵⁸ Anders *Kurschel*: Bei zufälligem oder vom Besteller zu

³⁵³ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 26; vgl ebenso *Koziol/Welser* II¹², S 281; vgl ebenso *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1191 u Rz 1192.

³⁵⁴ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1193.

³⁵⁵ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 46 f.

³⁵⁶ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 48.

³⁵⁷ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 26.

³⁵⁸ Vgl *Koziol/Welser* II¹², S 280.

vertretendem Untergang ist dieser verpflichtet, den objektiven Wert des Werkes im Zeitpunkt der Übergabe zu ersetzen.³⁵⁹

Anders in Deutschland: hier trägt der Empfänger, weil sich das Werk in seiner Sphäre befunden hat und er so zumindest abstrakt die Gefahr beherrschen konnte, das Risiko. Dh der Empfänger kann nur insoweit einen Anspruch gegen den Übergeber geltend machen, als der Wert seiner Leistung den Wert der untergegangenen Leistung übersteigt (Saldotheorie).³⁶⁰

Teilwandlung

Eine Teilwandlung ist nur dann möglich, wenn das Werk für beide Seiten teilbar ist. Trifft dies auf eine Seite nicht zu, ist nur die Wandlung des gesamten Vertrages möglich. Im Falle einer Teilwandlung hat der Besteller das Recht, jenen Teil des Werklohnes zu kondizieren, der dem fehlerhaften Teil der Leistung entspricht. Im Ergebnis sind sich daher Teilwandlung und Preisminderung ähnlich.³⁶¹ Bringt eine Teilwandlung gewisse Nachteile für einen der Vertragspartner mit sich, kann dies ein Indiz für die Unteilbarkeit der Leistung sein. Teilbar ist die Leistung dann, wenn die Vertragspartner auch über den mangelfreien Teil der Leistung kontrahiert hätten.³⁶²

3.7.6 Verbesserung/Nachtrag/Austausch

Verbesserungsansprüche sind die in Gestalt eines Gewährleistungsanspruches erhalten gebliebenen Erfüllungsansprüche, dh das Verlangen des AG nach Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Verbesserung bedeutet die Beseitigung des Mangels. Sie kann durch Arbeiten am Werk („Nachbesserung“), durch Nachtrag des Fehlenden oder durch Austausch geschehen.³⁶³

Der Austausch ist nur bei Gattungsschulden möglich, weshalb er beim Bauwerkvertrag eine relativ geringe Rolle spielt, am ehesten jedoch bei Professionistenleistungen (zB Austausch eines defekten Heizkörpers). Allerdings kann ein Ersetzen mangelhafter Bestandteile durch andere durchaus als „Austausch“ bezeichnet werden.³⁶⁴

Gem § 932 Abs 2 nF und ÖNorm dF 2002 P 5.45.4.2 hat der AG die Wahl zwischen Verbesserung und Austausch. Allerdings ist bei der Entscheidung zwischen Verbesserung und Austausch erstens die technische Möglichkeit der beiden Abhilfen zu beurteilen (oft schließt die technische Unmöglichkeit, zB Austausch einer defekten Sichtbetonwand, eine Abhilfe aus), zweitens muss der Aufwand der Verbesserung mit dem Aufwand des Austausches verglichen werden, wobei die gewählte Abhilfe im Vergleich zur anderen Abhilfe nicht unverhältnismäßig sein darf. Die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes ist nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den Unannehmlichkeiten

³⁵⁹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 48.

³⁶⁰ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 280 f.

³⁶¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 57 f.

³⁶² Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 27.

³⁶³ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 22.

³⁶⁴ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 20.

für den AG zu bewerten. Dh es muss für die Beurteilung bezüglich der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes der einzelnen Abhilfen dieser nicht nur monetär, sondern auch in Bezug auf die mangelfreie Leistung, den Mangel und die Unannehmlichkeiten für den AG bewertet werden.

Die Pflicht zur Verbesserung endet, wenn die Verbesserung unmöglich wird, das Verbesserungsinteresse sonst wegfällt oder der Besteller die Verbesserung nicht mehr duldet.³⁶⁵

Unentgeltlichkeit der Verbesserung / Sowiesokosten

Jede Verbesserung führt zu einem Aufwand des AN, der prinzipiell vom AN zu tragen ist. Liegt ein Mangel vor und fordert der AG die Verbesserung aus der Gewährleistung, so sind deren Kosten vom AN zu tragen.

Sind allerdings Verbesserungskosten erforderlich, deren Ursache nicht in der Sphäre des AN liegt, sei es, weil der AG falsche Pläne geliefert hat oder weil der AG unrichtige Anweisungen erteilt hat oder der vom AG beigestellte Stoff untauglich war - und in all diesen Fällen keine Warnpflichtverletzung des AN vorliegt - so kann der AN diese Kosten vom AG fordern. Der AG muss im Ergebnis die Sowiesokosten tragen, jene Kosten, die ein taugliches Werk erfordert, nicht aber jene, die durch eine mangelhafte Erfüllung verursacht werden.³⁶⁶

Vorteilsausgleich

Die Verbesserung kann dem AG Vorteile bringen, die über den Nutzen aus einer ursprünglich mangelfreien Leistung hinausgehen, zB Ersparnis von Kosten für eine inzwischen durch unsachgemäßes Verhalten des AG notwendige Reparatur oder Verschleiß oder eine durch die Verbesserung hervorgerufene längere Lebensdauer. Diese muss der AG gewöhnlich nicht vergüten, insbesondere wenn der Vorteil (längere Lebensdauer) auf der verspäteten Verbesserung beruht oder die Mangelhaftigkeit eine Beeinträchtigung der Nutzung bedeutete. Nach der Lehre sind allerdings außergewöhnliche Vorteile, zB Höherwertigkeit des Werkes durch Neukonstruktion mit verbesserter Technologie oder eine längere Lebensdauer vom AG zu vergüten, zB Erneuerung des Verputzes nach 3 Jahren, wenn keine Beeinträchtigung der Nutzung durch den Mangel vorlag. Der OGH lehnt jeden Vorteilsausgleich bei der Gewährleistung strikt ab.³⁶⁷

Behinderung bei der Verbesserung

Dass der AG den AN nicht bei der Verbesserung behindern darf und ihm zu vereinbarten Terminen eine Möglichkeit des Zutritts zum Werk für eine Besichtigung oder Behebung des Mangels zu ermöglichen hat, ist selbstverständlich, die ÖNorm legt dies aber ausdrücklich in P 5.45.3.6 dF 2002 (P 5.44.7 dF 2000) fest. Behindert der AG den AN bei der Verbesserung, so hat dies nach der Judikatur zum einen die Konsequenz, dass der AG dem

³⁶⁵ Vgl *Feil*, Werkvertrag, S 170.

³⁶⁶ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 22.

³⁶⁷ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 22 f; vgl auch *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 76.

Entgeltanspruch nicht mehr die Einrede entgegenhalten kann, und andererseits kann eine Behinderung der Verbesserung uU als konkludenter Verzicht auf die Verbesserung gedeutet werden.³⁶⁸

Anspruch auf bestimmte Verbesserungsarbeiten

AG hat kein Recht, auf Art, Umfang und Durchführung der Verbesserung einen größeren Einfluss zu nehmen, als er ihn bei der Herstellung nach dem zugrundeliegenden Vertrag hatte. Allerdings ist die Verbesserung mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG durchzuführen.³⁶⁹

Hatte der AG schon nach der Vereinbarung umfangreiches Weisungs- und Mitbestimmungsrecht, so bleibt dieses auch für die Frage, wie zu verbessern ist, aufrecht. Im Normalfall aber - wenn der Vertrag nur den geschuldeten Erfolg festlegt - ist es dem AN überlassen, wie er den Mangel behebt.³⁷⁰

Ist allerdings der AN nicht in der Lage, die Behebung des Mangels eigenverantwortlich durchzuführen, so ist die Vorschreibung einzelner, vom Sachverständigen für notwendig befundene Arbeiten der einzige Weg, dem AG zu einer Verbesserung durch den AN zu verhelfen.³⁷¹

Verbesserung durch Neuherstellung

Umstritten ist, ob der AG Anspruch auf Verbesserung durch Neuherstellung hat, wenn nur so eine vollständige Beseitigung des Mangels möglich ist, dh der Mangel an sich unbehebbar ist. *Karasek* stimmt der neueren Ansicht, nämlich dass das Begehren auf Neuherstellung im Rahmen der Gewährleistung zulässig ist, zu. Die Rsp hat sich dieser Ansicht allerdings noch nicht angeschlossen. In Deutschland lässt hingegen der BGH die Neuherstellung im Rahmen der Gewährleistung sehr wohl zu.³⁷²

Selbstvornahme der Verbesserung

Grundsätzlich kann der AG nicht sofort unter Berufung auf den Verbesserungsanspruch die Verbesserung selbst vornehmen oder vornehmen lassen und dann vom AN die Kosten dafür verlangen.³⁷³ Vor allem beim Werkvertrag sah das ABGB ausdrücklich für den AN eine angemessene Frist vor, in der eine Verbesserung vom AN vorzunehmen ist.

Hat der AG die Wahl zwischen Verbesserung und anderen Gewährleistungsbehelfen, kann er sehr wohl sofort die Verbesserung selbst vornehmen oder von einem Dritten vornehmen lassen (zB wenn das Vertrauensverhältnis zwischen AG und AN derart gestört ist, dass der AG dem AN eine Verbesserung nicht zutraut), allerdings kann der AG seinen Anspruch aus

³⁶⁸ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 70.

³⁶⁹ Vgl *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 20.

³⁷⁰ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 69 f.

³⁷¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 70.

³⁷² Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1204.

³⁷³ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 70 f.

der Gewährleistung nicht mehr auf die Verbesserung stützen, sondern ist je nach Mangel auf die Preisminderung oder Wandlung beschränkt. Könnte der AG den Mangel sofort auf Kosten des AN beheben lassen, entspräche dies einer Umgehung der für die Bestimmung der Höhe der Preisminderung anzuwendende relativen Berechnungsmethode (siehe Kap 3.7.7). Lässt der AG sofort durch einen Dritten verbessern oder verbessert er selbst, kann er nur über den Schadenersatz die Kosten der Verbesserung bzw des beigezogenen Dritten fordern.

Nur bei Vereinbarung der ÖNorm hatte der AN nach der alten Rechtslage ein Recht auf einen Verbesserungsversuch. Die ÖNorm dF 2000 bestimmt, dass der AN einen behebbaren Mangel innerhalb einer vom AG gesetzten, angemessenen Frist zu verbessern hat und der AG erst nach Ablauf dieser Frist den Mangel auf Kosten des AN selbst beheben oder beheben lassen kann. Nur wenn die Behebung des Mangels für den AG zur Abwendung eines gewichtigen Nachteils dringend notwendig ist und die sofortige Behebung durch den AN nicht möglich ist, kann der AG den Mangel sofort selbst beheben oder durch Dritte beheben lassen. Darüber muss der AG den AN unverzüglich schriftlich informieren. Die für die Behebung notwendigen Kosten sind vom AN zu ersetzen.

Seit der Umsetzung der Gewährleistungsreform ist ohnehin der zweiten Chance für den AN Vorrang vor anderen Gewährleistungsbehelfen zu geben.

Fehlschlagen der Verbesserung / mehrere Verbesserungsversuche

Nach der ÖNorm dF 2000 spricht grundsätzlich nichts gegen mehrfache Verbesserungsversuche des AN, solange die angemessene Frist zur Verbesserung nicht überschritten wird und die Verbesserungsarbeiten nicht für den AG unzumutbar werden.

Gerät der AN mit der Verbesserung in Verzug, verstreicht also die vom AG gesetzte Frist ergebnislos, stehen dem AG die gleichen Wahlrechte wie bei einem unbehebbar Mangel zu.³⁷⁴ Die ÖNorm dF 2000 beschränkt die Wahl allerdings auf die Preisminderung, dh der AG hat kein Recht auf Wandlung. Die Rechte der Gewährleistung können jedoch gegenüber Verbrauchern nicht eingeschränkt werden, weshalb die Beschränkung auf Preisminderung bei Verbesserungsverzug des AN nicht für Verbraucher gilt.

(siehe dazu auch Kap 5.3.4 und 5.6.1)

3.7.7 Preisminderung

Preisminderung ist - wie auch die Wandlung - ein Gestaltungsrecht, das zur Herabsetzung des Kaufpreises führt und somit zu einer Änderung des Vertrages. Ist keine Einigung zwischen den Vertragsparteien möglich, muss die Preisminderung ebenso wie die Wandlung durch Klage (*actio quanti minoris*) oder durch Einrede gerichtlich geltend gemacht werden. Durch den Untergang oder durch die Veräußerung der Sache geht das Recht auf

³⁷⁴ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 151 f.

Preisminderung ebenso wenig verloren wie bei der Wandlung.³⁷⁵ In Bauverträgen wird auch manchmal synonym für die Preisminderung der Begriff „Qualitätsabzug“ verwendet.³⁷⁶

Wählt der AG die Preisminderung, entsteht häufig ein Streit über deren Ausmaß.

Die Ermittlung des Preisminderungsbetrages erfolgt mit der relativen Berechnungsmethode:

$$\frac{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes}}{\text{objektiver Wert des mangelhaften Werkes}} = \frac{\text{vereinbartes Entgelt}}{\text{gemindertes Entgelt}}$$

Die Preisminderung ergibt sich dann zu vereinbarter Lohn minus dem geminderten Lohn. Das bei Vertragsabschluss zugrundegelegte Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung - dh jene Bedingungen, zu denen der Vertrag geschlossen wurde - soll aufrecht erhalten bleiben. Es ist ein Versuch, jene Situation zu simulieren, die bei der Preisvereinbarung gegolten hätte, wenn die Parteien die Mangelhaftigkeit vorhergesehen hätten. Die konkreten Kosten einer Verbesserung können als Preisminderung nicht begehrt werden.³⁷⁷

Der Wert der Leistung wird zB durch den Verkehrswert oder mit Hilfe von Mietentgelten für das mangelfreie Werk ermittelt.

Gerade beim Werkvertrag führt jedoch die Ermittlung des Wertes des mangelhaften Werkes oft zu Schwierigkeiten, nämlich dort,

- wo es keinen Markt gibt, um den Verkehrswert zu ermitteln, zB für nicht die vereinbarte Schlagfestigkeit aufweisende Industriefußböden, nach Maß gefertigter Stiegenaufgang, Kraftwerke, Tunnels, Brücken,
- wo eine vom AG zur Verfügung gestellte Sache bearbeitet wird, zB Ausbesserungsarbeiten eines Kunsttischlers,
- wo die subjektiven Erwartungen des AG enttäuscht wurden, zB Wunsch nach einer extravaganten Farbe bei Malerarbeiten.³⁷⁸

Ist die Bestimmung des Marktwertes des mangelhaften oder -freien Werkes nicht möglich oder übersteigt der Marktwert des mangelhaften Werkes jenen des mangelfreien, so schlägt *Kurschel*³⁷⁹ vor, den erforderlichen Verbesserungsaufwand vom Wert des fehlerfreien Werkes abzuziehen, wobei hier der auf dem Markt zu zahlende Betrag einzusetzen ist und nicht der erforderliche Aufwand des konkreten Unternehmers bzw eines beliebigen Dritten:

$$\frac{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes}}{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes} - \text{objektive Verbesserungskosten}} = \frac{\text{vereinbartes Entgelt}}{\text{gemindertes Entgelt}}$$

³⁷⁵ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 74 f.

³⁷⁶ Vgl *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, S 177.

³⁷⁷ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 75; vgl auch *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 274 f.

³⁷⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1213.

³⁷⁹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 93; vgl auch *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1213.

Ist die Verbesserung nicht oder nur durch Neuherstellung möglich, so hat das Gericht nach § 273 ZPO eine Schätzungsbefugnis, dh der Richter legt nach seinem freien Ermessen einen „angemessenen Betrag“ fest. Dies kann zu überraschenden Ergebnissen führen.³⁸⁰ Der Richter wird sich in den meisten Fällen danach richten, was ein Sachverständiger feststellt. Es kann allerdings leicht sein, dass mehrere Sachverständige, aufgrund ihrer unterschiedlichen Erfahrung, verschiedene - subjektive und somit schwer nachvollziehbare und prüfbare - Werte schätzen. *Karasek*³⁸¹ schlägt das vom deutschen Sachverständigen *Aurnhammer* entwickelte Zielbaumverfahren³⁸² für die österreichische Rsp vor, in dem der Bewertungsvorgang durch Aufgliederung in einzelne Bewertungsstufen transparent gestaltet ist.

Beurteilungskriterien werden gewichtet dargestellt und die Abweichung vom Sollwert wird mit einer Zahl zwischen 0 und 100 festgelegt, wobei 0 die mangelfreie Leistung beschreibt und 100 die unbrauchbare, nicht verwertbare.³⁸³

Beurteilungskriterium	Gewichtung g in %	Abweichung a = 0 bis 100	Wertminderung = g x a in %
Technische Kriterien			
Belastungsaufnahme	25	0	0
techn. Nutzungsdauer	20	10	2
Rissbild	10	30	3
Verarbeitung	15	20	3
Oberflächenqualität	10	20	2
Optische Kriterien			
Farbbeschaffenheit	10	30	3
Maßgenauigkeit	10	0	0
	100 %		13 %

Tabelle 6: Zielbaumverfahren nach Aurnhammer³⁸⁴

Das Verfahren scheint zwar transparent, allerdings ist sowohl die Einteilung in Beurteilungskriterien subjektiv und ebenso deren Gewichtung und Abweichung. Es dürfen nur jene Beurteilungskriterien einfließen, die vom Mangel beeinflusst sind. Nicht anwendbar ist das Verfahren, wenn ein wesentliches Kriterium mit unbrauchbar beurteilt wird (K.o.-Kriterium).³⁸⁵

³⁸⁰ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 153.

³⁸¹ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1214.

³⁸² Detaillierte Verfahrensbeschreibung siehe *Oswald/Abel*, Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden, S 101 ff.

³⁸³ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 275.

³⁸⁴ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 275.

³⁸⁵ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 275.

3.8 Zusammenfassung der Änderungen in Österreich durch das GewRÄG

Die besonderen Gewährleistungsregeln für den Werkvertrag im ABGB sind aufgehoben, § 1167 wurde zu einer reinen Verweisungsnorm.

Mangelbegriff

Der Mangel wird im neuen § 922 etwas anders umschrieben als bisher. Dies führt jedoch zu keinen inhaltlichen Änderungen.

Einschränkungen

In jenen Fällen, in denen eine Einschränkung der Gewährleistungsverpflichtungen erfolgte, gibt es durch das GewRÄG keinerlei Änderungen.

Fristen

Die Gewährleistungsfristen im ABGB für bewegliche Sachen wurden im Zuge der Reform des Gewährleistungsrechts von 6 Monaten auf 2 Jahre ausgedehnt, die Frist für unbewegliche Sachen blieb unverändert und beträgt nach wie vor 3 Jahre.

Bei ÖNorm-Verträgen wurde die Gewährleistungsfrist für bewegliche Haustechnikleistungen von 1 (idF 2000) auf 2 Jahre (idF 2002) verlängert, ebenso wurde für alle anderen Leistungen die Frist von 2 (idF 2000) auf 3 (idF 2002) Jahre verlängert und somit an die 3-jährige Gewährleistungsfrist des ABGB für unbewegliche Sachen angepasst.

Geltendmachung und Beweislast

Hinsichtlich der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen änderte sich durch die Reform bei ABGB-Verträgen nichts, bei ÖNorm-Verträgen wurde die in der ÖNorm dF 2000 vorgesehene einjährige Klagsfrist gestrichen.

Im ABGB wurde die in der ÖNorm bereits vorhandene Beweislastumkehr für das Vorhandensein des Mangels bereits zum Zeitpunkt der Übergabe (Mangelhaftigkeitsvermutung) mit einer Dauer von 6 Monaten ab Übergabe eingeführt. In der ÖNorm dF 2002 wurde die Dauer der Beweislastumkehr von 2 Jahren der ÖNorm dF 2000 an die neuen Bestimmungen des ABGB angepasst und auf 6 Monate verkürzt.

Rückbehalt des Werklohns

Der in der ÖNorm festgelegte Haftungsrücklass wurde von 3 auf 2 Prozent reduziert.

Besonderer Rückgriff

§ 933 b gibt dem Unternehmer, der einem Verbraucher Gewähr leistet, einen gewährleistungsrechtlichen Rückgriff gegen seinen Lieferanten, wenn seine Gewährleistungsfrist schon abgelaufen ist. Das Rückgriffsrecht ist binnen 2 Monaten ab der eigenen Leistung auszuüben, der Verpflichtete haftet 5 Jahre ab seiner Leistung.

Rechte aus der Gewährleistung

Ein Vergleich der Rechtsfolgen aus der Gewährleistung gem den alten Bestimmungen, dh ÖNorm idF 2000, § 932 ABGB aF und § 1167 ABGB aF, mit dem neuen Gewährleistungsrecht der § 932 ABGB nF und ÖNorm dF 2002 ergibt folgendes:

- Der Begriff des „wesentlichen Mangels“ nach dem alten Gewährleistungsrecht gibt es nach der neuen Rechtslage nicht mehr, an seine Stelle tritt der „geringfügige“ bzw „nicht geringfügige Mangel“.
- Bei Verträgen, bei denen nach alter Rechtslage nur § 932 ABGB zur Anwendung kam, also nicht bei Werkverträgen, hatte der AG bei Vorliegen eines behebbaren Mangels die Wahl zwischen Verbesserung und Preisminderung, nach der neuen Rechtslage zunächst nur mehr das Recht auf Verbesserung.

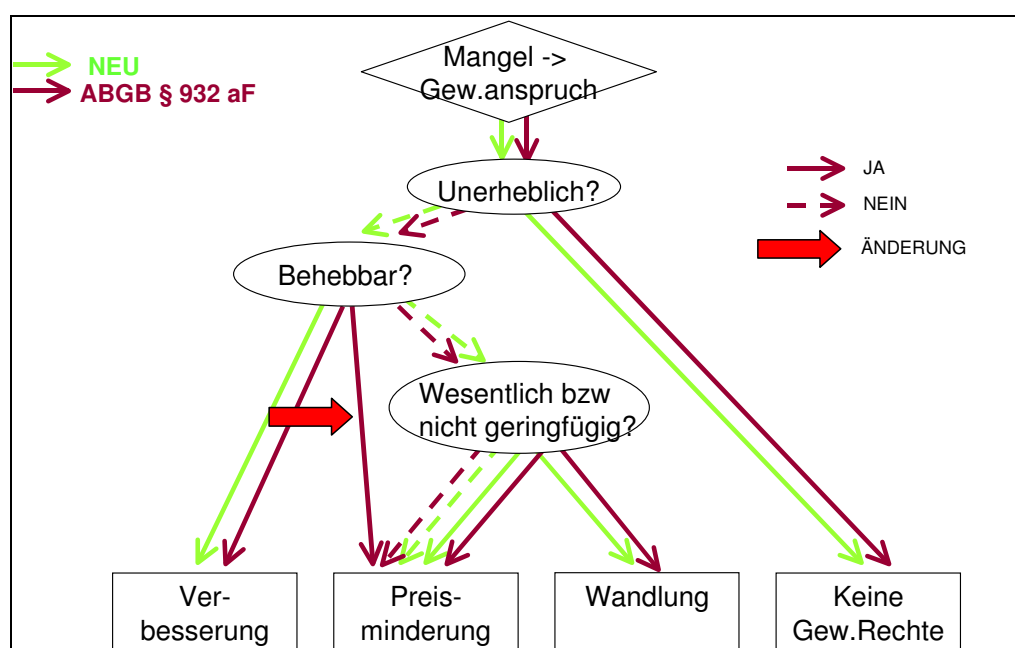


Abbildung 20: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und § 932 aF ABGB

- Bei Werkverträgen, bei denen die ÖNorm B 2110 nicht vereinbart war, hatte der AG nach der alten Rechtslage bei Vorliegen eines behebbaren Mangels die Wahl zwischen Verbesserung, Preisminderung und, falls der Mangel auch wesentlich war, auch die Möglichkeit der Wandlung, durch das GewRÄG wurde der AG in seinem Wahlrecht beschnitten, so hat er nach neuer Rechtslage zunächst ausschließlich das Recht auf Verbesserung.

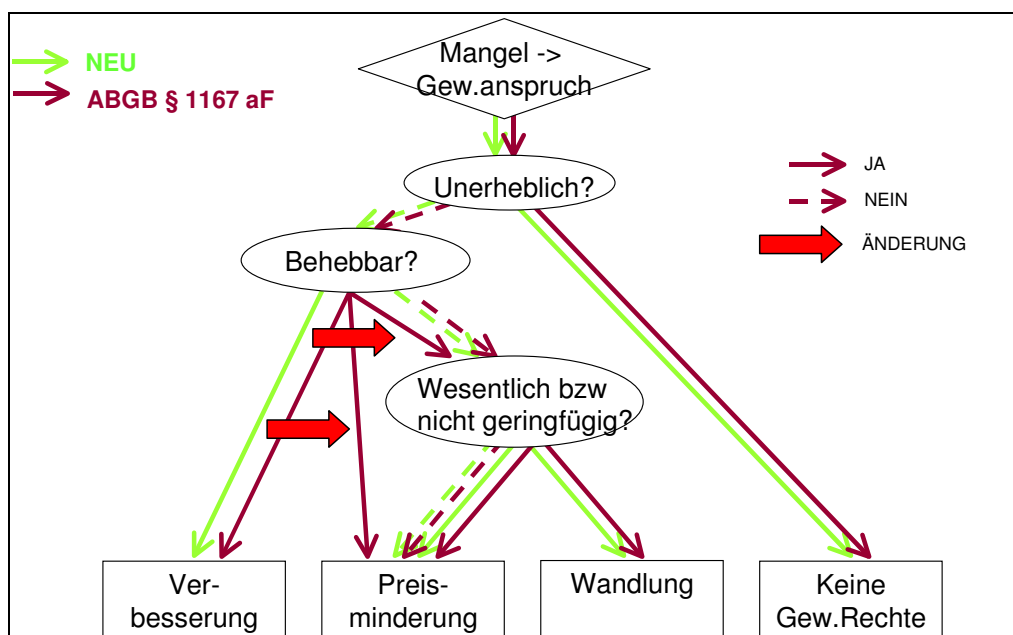


Abbildung 21: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und § 1167 aF ABGB

- Bei ÖNorm-Verträgen ergibt sich vor wie nach der Reform das gleiche Bild in der Graphik, hinsichtlich der Rechte aus der Gewährleistung wurde die Rechtslage bei ÖNorm-Verträgen nicht verändert.

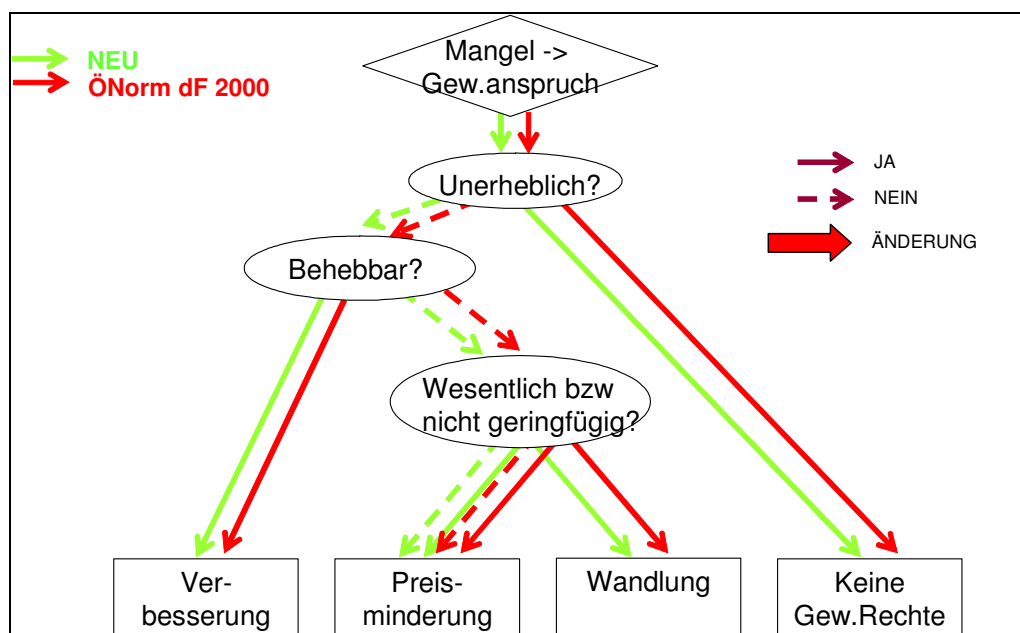


Abbildung 22: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und ÖNorm dF 2000

4 Internationaler Vergleich

Die Mängelhaftung der VOB/B, der SIA 118 und der FIDIC-Verträge ist im Anhang detailliert behandelt. Hier erfolgt nur mehr ein zusammenfassender Vergleich der in den untersuchten Vertragswerken enthaltenen Bestimmungen. Auf Regelungen, die sich aufgrund des anzuwendenden, subsidiär geltenden Rechts ergeben, wird an dieser Stelle nicht mehr eingegangen.

4.1 Mangel

Mangelhaftigkeit der Leistung

ÖNorm	VOB	SIA	FIDIC
<ul style="list-style-type: none"> - Aufweisen der im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften - Entsprechen einer Beschreibung, einer Probe oder einem Muster - Verwendung entsprechend der Natur des Geschäfts oder entsprechend der getroffenen Verabredung 	<p>Freiheit von Sachmängeln bedeutet bei Vereinbarung einer Beschaffenheit:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aufweisen der vereinbarten Beschaffenheit - Entsprechen der Regeln der Technik <p>bedeutet bei fehlender Vereinbarung einer Beschaffenheit:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Eignung für die im Vertrag vorausgesetzte oder für die gewöhnliche Verwendung - Aufweisen einer Beschaffenheit, die bei Werken gleicher Art üblich ist und der AG erwarten kann 	<p>ein Mangel ist eine Abweichung vom Vertrag</p> <ul style="list-style-type: none"> - Werk weist zugesicherte oder sonstige vereinbarte Eigenschaften nicht auf - es fehlt eine Eigenschaft, die der AG auch ohne besondere Vereinbarung im guten Treuen erwarten durfte (zB Tauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch) 	<ul style="list-style-type: none"> - in the condition required by the Contract - Planungsleistungen: fit for the purposes for which the Works are intended as defined in the Contract

Tabelle 7: Internationaler Vergleich - Mangelhaftigkeit der Leistung

Inhaltlich ergibt sich trotz der geringfügig unterschiedlichen Formulierung eines Mangels zwischen ÖNorm, VOB und SIA kein Unterschied. In allen drei Verträgen muss die Leistung die vereinbarten bzw gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen bzw eine Verwendung entsprechend der Natur des Geschäfts oder entsprechend der vertraglichen Vereinbarung muss möglich sein. Die FIDIC-Bedingungen legen nur fest, dass die Leistung dem Vertrag entsprechen muss, nur bei Planungsleistungen ist explizit die Tauglichkeit für den vereinbarten Gebrauch erwähnt.

Mangelbegriffe

Im deutschen Sprachraum kursieren eine Vielzahl an Mangelbegriffen, zB offener, verborgener, geheimer, versteckter, verdeckter, augenfälliger, offenkundiger, in die Augen fallender, unerheblicher, geringfügiger, auffälliger, wesentlicher, unwesentlicher Mangel.

Die Bedeutungen sind jedoch international nicht ident, teilweise haben sie nicht in den Normen Bedeutung, sondern nur nach dem anzuwendenden subsidiär geltenden Gesetz.

Während die Unerheblichkeit eines Mangels nach der ÖNorm darüber entscheidet, ob der AG überhaupt Rechte aus der Gewährleistung hat, ist die Unerheblichkeit nach dem deutschen BGB relevant für die Entscheidung zwischen den Ansprüchen Wandlung und Preisminderung. Der VOB ist der Begriff nicht geläufig, weil nach ihr die Wandlung

ausgeschlossen ist. Nach Schweizer Recht gibt es den unerheblichen Mangel im Werkvertragsrecht eigentlich nicht³⁸⁶, beim Kaufvertrag hat er jedoch die gleiche Bedeutung wie nach österreichischem Recht.

Der wesentliche Mangel ist in allen drei Staaten ein Begriff, wenn es ihn auch in Österreich seit der Reform des Gewährleistungsrechts nicht mehr gibt. Nach dem alten österreichischen Recht bzw der ÖNorm idF 2000 war die Wesentlichkeit ein Entscheidungskriterium für den Anspruch auf Wandlung. Gemäß der VOB kann die Abnahme wegen wesentlicher Mängel verweigert werden, hinsichtlich der dem AG zustehenden Gewährleistungsansprüche ist die Wesentlichkeit nicht relevant. Nach der SIA kann ein wesentlicher Mangel, ebenso wie gem VOB, die Übergabe verhindern, außerdem folgt aus dem Vorliegen eines wesentlichen, behebbaren Mangels die Unterbrechung der Garantiefrist, gem der VOB wird die Frist bei Mangelbehebung immer und nicht nur bei Vorliegen eines wesentlichen Mangels unterbrochen.

Gem der FIDIC-Bedingungen gibt es nur die Begriffe *defect*, *damage* und *default*, hinsichtlich der Schwere des Mangels wird nicht unterschieden.

4.2 Einschränkungen

ÖNorm	VOB	SIA	FIDIC
Mangel ist zurückzuführen auf - besondere Weisung des AG - vom AG beigestellte Ausführungsunterlagen - vom AG beigestelltes Material - Vorleistungen anderer AN	Mangel ist zurückzuführen auf - Leistungsbeschreibung - Anordnungen des AG - auf vom AG geliegerten Stoffe oder Bauteile - Vorleistungen anderer AN	Mangel ist verschuldet vom AG oder dessen Hilfsperson, - insbesondere durch Fehler in Ausschreibungsunterlagen - Richtigkeit der vom AG bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen	Ist ein Mangel auf folgende Gründe zurückzuführen - Planungsleistungen des AN - nicht dem Vertrag entsprechende Anlagen, Materialien bzw Qualitäten - Versäumnis einer Obliegenheit seitens AN - unsachgemäße Bedienung und Wartung verursacht durch den AN (P&DB) haftet der AN, außer für Abnutzung und Verschleiß

Tabelle 8: Internationaler Vergleich - Einschränkungen

Hinsichtlich der Einschränkung der Mängelhaftung ergibt sich kein Unterschied zwischen ÖNorm, VOB und SIA. Liegt die Mangelursache nicht in der Sphäre des AN, so haftet er nicht dafür, vorausgesetzt er hat entsprechend geprüft und gewarnt. Während diese drei Standardverträge aufzählen, unter welchen Bedingungen der AN nicht haftet, zählt FIDIC explizit jene Fälle auf, in denen der AN haftet, inhaltlich ergibt sich dadurch jedoch kein Unterschied, die Warnpflicht ergibt sich bei FIDIC durch „Versäumnis einer Obliegenheit seitens AN“. Durch den Einsatz einer Überwachung seitens des AG wird die Haftung für eine mangelhaft erbrachte Leistung in keinem Fall eingeschränkt. *Gauch*³⁸⁷ schreibt diesbezüglich für den Anwendungsbereich der SIA jedoch, dass den AG ein beschränktes Selbstverschulden treffen kann, wenn seine Bauleitung die Ausführungsunterlagen des AN

³⁸⁶ Nach *Gauch* ist er jedoch auch für den Werkvertrag relevant.

³⁸⁷ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 166 Anm 14.

genehmigt, ohne den AN auf Fehler aufmerksam zu machen, die sie tatsächlich erkannt hat oder hätte erkennen müssen.

4.3 Fristen und Geltendmachung

4.3.1 bei Übergabe

Die ÖNorm regelt, dass bei einer förmlichen Übernahme in der Niederschrift jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel zu erfolgen hat, legt aber keine Konsequenzen bei Nichtbeachtung fest. Gem der VOB und der SIA verliert der AG seine Rechte aus der Gewährleistung, verabsäumt er, bekannte Mängel bei der Übernahme geltend zu machen. Die FIDIC-Bedingungen hingegen legen keinen Verlust der Mängelrechte fest, wenn bei der Übergabe offensichtliche oder dem AG bzw dem *Engineer* bekannte Mängel nicht gerügt wurden.

Die Übernahme kann lt ÖNorm verweigert werden, wenn Mängel vorliegen, die den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen oder wenn die Leistung betreffende Unterlagen dem AG noch nicht übergeben sind. Gem VOB kann die Abnahme wegen wesentlicher Mängel bis zu deren Beseitigung verweigert werden. Liegen bei einem SIA-Vertrag bei der Übergabe wesentliche Mängel vor, so hat der AG dem AN ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Behebung zu setzen, eine Übernahme findet nicht statt. FIDIC legt hier fest, dass kleinere Arbeiten bei Übergabe noch ausständig und Mängel, die den Gebrauch der Leistung für den beabsichtigten Zweck nicht wesentlich beeinträchtigen, noch vorhanden sein dürfen.

4.3.2 nach der Übergabe

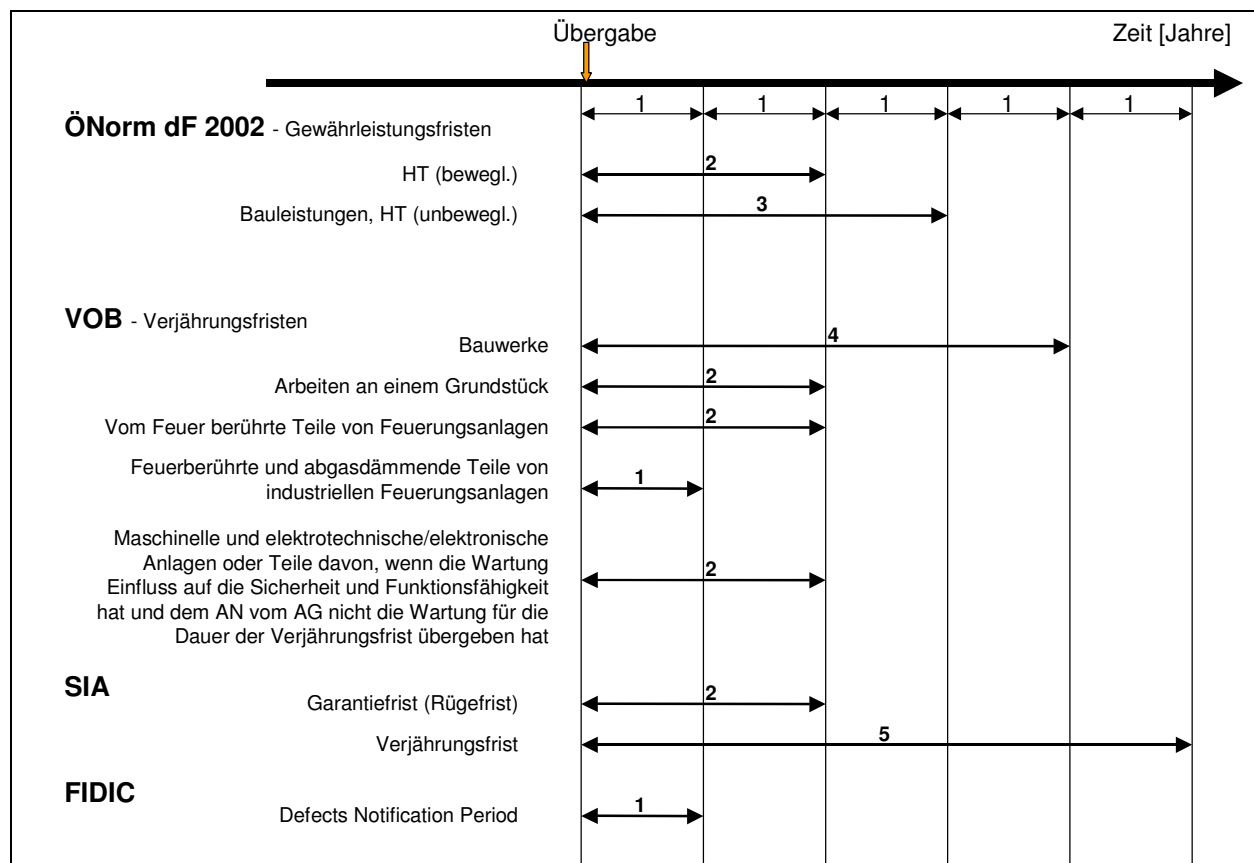


Abbildung 23: Internationaler Vergleich - Fristen

Die ÖNorm legt eine 2-jährige Gewährleistungsfrist für beweglich bleibende Haustechnikleistungen und eine 3-jährige Gewährleistungsfrist für alle anderen Leistungen fest. Innerhalb dieser muss der Mangel ehestens nach Bekanntwerden schriftlich gerügt und gerichtlich geltend gemacht werden. Für nach Ende der Gewährleistungsfrist hervorkommende Mängel gibt es keine Haftung aus der Gewährleistung mehr.

Die VOB differenziert ebenso wie die ÖNorm die Dauer der Frist hinsichtlich der Leistungsart, so ergeben sich 3 verschiedene Fristenläufe (1, 2 und 4 Jahre), wobei für Bauwerke die 4-jährige Frist vorgesehen ist. Diese Verjährungsfristen sind wie die Gewährleistungsfristen der ÖNorm zu handhaben. Alle Mängel sind innerhalb der Frist schriftlich zu rügen und gerichtlich geltend zu machen. Versteckte Mängel, die erst nach Ablauf der Frist hervorkommen, können nicht mehr geltend gemacht werden.

Die SIA sieht eine für alle Leistungen einheitliche Garantiefrist (Rügefrist) von 2 Jahren vor, in der Mängel jederzeit gerügt werden können. Die Ansprüche aus in der Garantiefrist gerügten Mängeln können auch nach Ablauf der Garantiefrist innerhalb der Verjährungsfrist von 5 Jahren noch gerichtlich geltend gemacht werden. Nur verdeckte Mängel können auch nach Ablauf der Garantiefrist noch gerügt werden, der Ablauf der Verjährungsfrist bedeutet aber für verdeckte Mängel das Ende möglicher Ansprüche.

FIDIC legt eine *Defects Notification Period* fest, in der Mängel gerügt werden müssen. In den FIDIC-Bedingungen ist keine Verjährungsfrist enthalten, die das Ende der Durchsetzbarkeit jener Mängel, die innerhalb der *Defects Notification Period* gerügt wurden, bedeutet. Über

innerhalb der *Defects Notification Period* hervorkommende Mängel, ist der AN entsprechend (*accordingly*) zu informieren.

Vertragliche Abänderbarkeit

In allen Vertragswerken ist es möglich, die vorgegebenen Dauern der Fristen vertraglich zu ändern.

Hemmung und Unterbrechung

Die ÖNorm unterscheidet zwischen Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistungsfrist. Sie ist gehemmt bei verzögerter Schlussfeststellung aus Gründen, die der AN zu vertreten hat, oder aufgrund besonderer Umstände aus der neutralen Sphäre und für Teile der Leistungen, deren vertragsgemäßer Gebrauch durch einen Mangel verhindert war. Eine Mangelbehebung führt zu einer Unterbrechung der Frist, dh sie beginnt neu zu laufen.

Nach VOB führt bereits eine schriftliche Rüge von während der Verjährungszeit auftretenden und auf vertragswidrige Leistung zurückzuführenden Mängeln zu einer Unterbrechung der Verjährungsfrist. Die VOB beschränkt den Zeitraum, in dem der AG Anspruch auf Mangelbehebung hat, auf 2 Jahre nach schriftlicher Rüge, aber mindestens bis zum Ablauf der ursprünglich vereinbarten Verjährungsfrist. Mit Abnahme der Mangelbehebung beginnt auch gem VOB eine neue 2-jährige Verjährungsfrist zu laufen, die allerdings ebenso nicht vor Ablauf der ursprünglich geltenden Frist enden kann.

Art 180 der SIA regelt nur Beginn und Ende der Verjährungsfrist, sonst ist die Rechtslage nach Gesetz anzuwenden, soweit nichts anderes speziell vereinbart ist. Dies gilt für die Hemmung (Art 134 OR) und die Unterbrechung (Art 135 OR) der Verjährung. Wird ein innerhalb der Garantiefrist gerügter Mangel behoben, beginnt die Garantiefrist gem Art 176 mit der Übernahme des instandgesetzten Teiles, sofern es sich um wesentliche Mängel handelt, neu zu laufen, für unwesentliche Mängel bewirkt eine Mangelbehebung keine Unterbrechung der Garantiefrist. Die erneute Garantiefrist dauert so lange wie die ursprüngliche.

Sub-Klausel 11.3 der FIDIC-Verträge legt fest, dass der AG hat das Recht hat, die *Defects Notification Period* um nicht mehr als 2 Jahre zu verlängern, wenn die Leistung, Teilleistungen oder ein wesentlicher Bestandteil der Anlage wegen eines Mangels oder Schadens nicht für den beabsichtigten Zweck verwendet werden kann. War der AN zu einer Leistungsunterbrechung aus Gründen aus der Sphäre des AG bzw des *Engineers* berechtigt, kann der AN nicht mehr für Verpflichtungen gem Klausel 11 zu einem späteren Zeitpunkt als 2 Jahre nach Ablauf der ursprünglichen *Defects Notification Period* herangezogen werden.

Beginn und Ende der Frist

Die Fristen der Mängelhaftung beginnen in allen untersuchten Vertragswerken mit der Übernahme zu laufen, so weit nichts anderes vereinbart ist. Das Ende ergibt sich mit dem Verstreichen der Frist, sofern nicht durch Hemmung bzw Unterbrechung der ursprüngliche Fristenlauf verändert wird.

4.3.3 Beweislast

Jede Partei trägt grundsätzlich die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm. Eine davon abweichende Regelung legen nur die ÖNorm und die

SIA fest. Nach der ÖNorm wird vermutet, dass ein Mangel, der innerhalb von 6 Monaten nach Übernahme hervorkommt, bereits zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden war. Der AG wird somit befreit, diesen Nachweis zu bringen.

Nur im Falle des Streitigwerdens, ob ein vom AG behaupteter Mangel tatsächlich ein Mangel im Sinne einer Vertragsabweichung ist, legt die SIA fest, dass während der Garantiefrist die Beweislast beim AN liegt, bei verdeckten Mängeln, dh nach Ablauf der Garantiefrist, hat diesen Umstand allerdings der AG zu beweisen. Die Beweislastumkehr tritt also gem SIA 2 Jahre nach der Übergabe ein.

4.4 Recht auf Rückbehalt des Werklohnes

Hinsichtlich der Arten der Sicherstellungsmittel sind sich die untersuchten Standardverträge sehr ähnlich, sowohl ÖNorm, VOB als auch SIA legen die Möglichkeit eines Bareinbehalts, einer Bankgarantie oder einer Versicherung fest. Lediglich bei den FIDIC-Verträgen ist ein Bareinbehalt nicht vorgesehen.

Bezüglich der Höhe der Einbehalts schreiben die Verträge Unterschiedliches vor. Die ÖNorm sieht einen Haftungsrücklass von 2 % der Schlussrechnungssumme vor, die VOB legt lediglich für öffentliche Auftraggeber eine Sicherheit von 3 % der Abrechnungssumme fest und die Schweizer Norm regelt die Höhe abhängig von der Totalsumme, bei einer Totalsumme bis zu 200.000 SFr (129.032 €) 10 %, übersteigt die Totalsumme 200.000 SFr 5 %, wobei mindestens 20.000 SFr (12.903 €) und maximal 1 Mio SFr (645.161 €) als Sicherheit zu leisten sind. FIDIC gibt keine Höhe der Sicherstellung an, sondern überlässt dies der Vereinbarung der Parteien.

4.5 Besonderer Rückgriff

Die Regeln hinsichtlich des Rückgriffs auf Vorunternehmer, sofern alle Vorunternehmer Unternehmer sind und der letzte in der Kette ein Konsument ist, auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ist eine ÖNorm-spezifische Bedingung, die sonst in keinem der untersuchten Standardvertragsbedingungen zu finden ist.

4.6 Mängelrechte

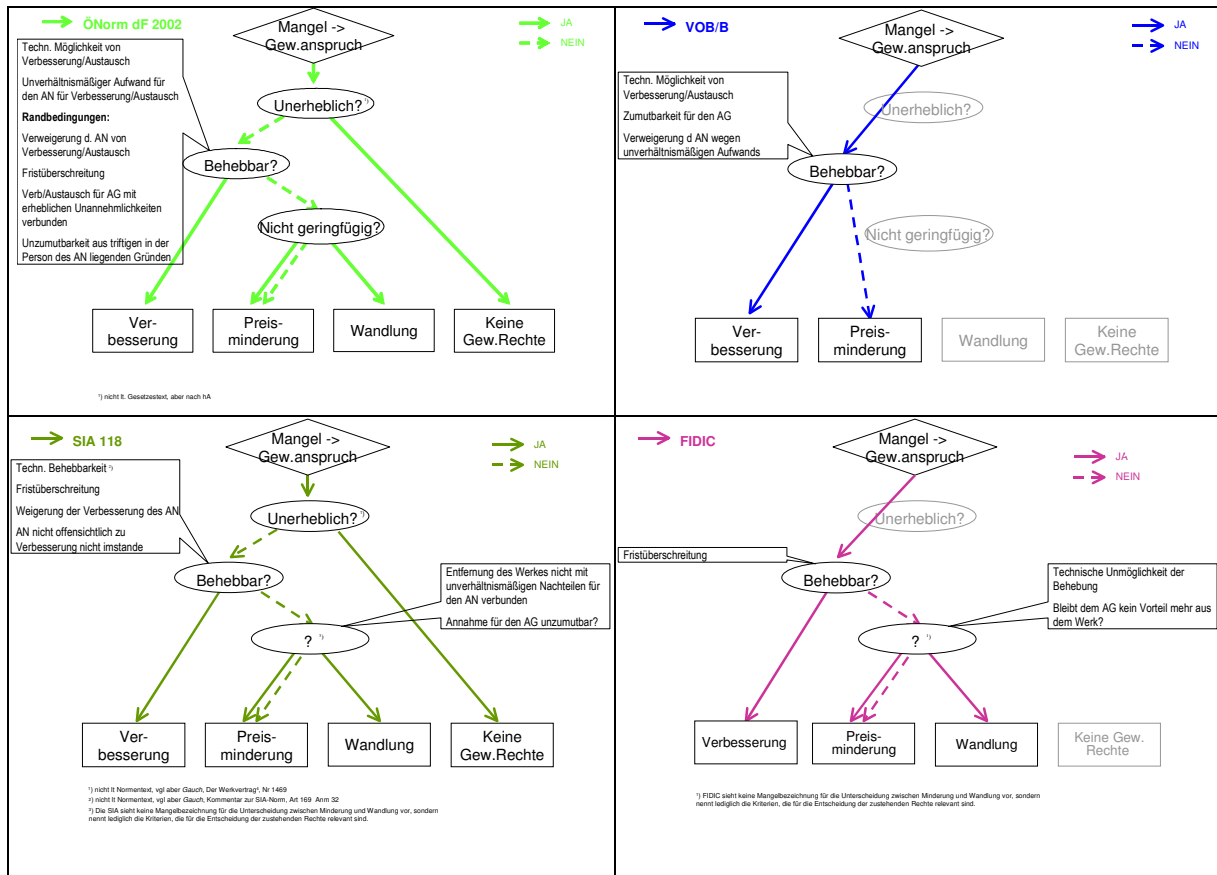


Abbildung 24: Internationaler Vergleich - Rechte aus der Gewährleistung

Hinsichtlich der Gewährleistungsbehelfe sind sich die untersuchten Standardvertragswerke sehr ähnlich, ÖNorm, SIA und FIDIC sehen für den Ausgleich die Mangelbehebung, die Preisminderung und die Wandlung vor, die VOB schließt nur die Wandlung aus.

Alle Vertragswerke legen den Vorrang der Verbesserung fest. Unterschiede bestehen hinsichtlich der Beurteilung der Behebbarkeit. Gleiches gilt für die Voraussetzungen der Wandlung.

Behebbarkeit				
	ÖNorm	VOB	SIA	FIDIC
Ein Mangel ist dann nicht behebbar, wenn...	der Mangel technisch nicht behebbar ist	der Mangel technisch nicht behebbar ist	der Mangel technisch nicht behebbar ist ¹⁾	
	der Aufwand der Mangelbehebung für den AN unverhältnismäßig ist	die Mangelbehebung vom AN wegen unverhältnismäßig hohen Aufwands verweigert wird		
	der AN die Mangelbehebung verweigert		der AN die Mangelbehebung verweigert	
	der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt		der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt	der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt
	die Mangelbehebung für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist	die Mangelbehebung für den AG unzumutbar ist		
	Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen vorliegt		der AN offensichtlich nicht zur Mangelbehebung imstande ist	

¹⁾nicht lt Normtext aber aus Literatur

Tabelle 9: Internationaler Vergleich - Behebbarkeit

Wandlung				
	ÖNorm	VOB	SIA	FIDIC
Der AG kann dann Wandlung fordern, wenn der Mangel "unbehebbar" ist und ...	der Mangel nicht geringfügig ist			
			die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismäßigen Nachteilen für den AN verbunden ist	
			die Annahme des mangelhaften Werkes für den AG unzumutbar ist	
				die Behebung technisch nicht möglich ist
				wenn dem AG kein Vorteil mehr aus dem Werk(teil) verbleibt

Tabelle 10: Internationaler Vergleich - Voraussetzungen für die Wandlung

Der Begriff des unerheblichen Mangels existiert zwar in keinem der Vertragstexte. In österreichischer und schweizer Literatur ist er allerdings zu finden.

Für die Berechnung der Höhe der Preisminderung kommt gem ÖNorm, VOB und SIA die relative Berechnungsmethode zur Anwendung, die FIDIC-Verträge sehen vor, dass der *Engineer* entweder mit den Parteien eine angemessene Preisreduktion ausverhandelt oder, falls es hierbei zu keiner Einigung kommt, festsetzt.

Kommt der AN einer Mangelbehebung nicht in angemessener Frist nach, so sehen lt Normtext VOB, SIA und FIDIC vor, dass der AG die Mängel auf Kosten des AN beseitigen lassen kann. In der ÖNorm gibt es diese Passage seit der Reform des Gewährleistungsrechts nicht mehr. (siehe dazu Kap 5.3.4)

5 Analyse der Gewährleistung aus bauwirtschaftlicher und juristischer Sicht

Es ist der jüngeren Gesetzgebung leider noch zu wenig bewusst geworden, dass man mit der allzu häufigen Anordnung von Billigkeit niemandem Gutes tut. Auch die Richter sind überfragt, wann denn etwas „erheblich“, „unbillig“ oder „unzumutbar“ ist. Die Qualifikation unzumutbar mag in einer gerichtlichen Entscheidung akzeptabel sein, in einem Gesetz dokumentiert sie die Kapitulation des Gesetzgebers vor der Materie. Es könnte ebenso gut anordnen, der Richter möge „richtig“ oder „gerecht“ entscheiden. Der Gesetzgeber sollte klar sagen, an welche Fälle er denkt und wie sie zu lösen sind. Begründungen, die sich auf die Unzumutbarkeit berufen müssen, sind kaum kontrollierbar und die darauf gestützten Entscheidungen unvorhersehbar. Schon heute herrscht genug Rechtsunsicherheit. Selten wagt ein Anwalt den Ausgang eines Prozesses vorherzusagen. Hängt aber etwas von der Zumutbarkeit ab, so gibt es wohl überhaupt keine Prognose. Gerade in so wirtschaftlich bedeutenden Bereichen wie dem Gewährleistungsrecht sollte über die den Parteien zustehenden Ansprüche möglichst große Klarheit bestehen. Dass die Behebung davon abhängen soll, ob sie „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles unzumutbar ist“, ist eine Regelung, die weder dem Veräußerer noch dem Erwerber „zugemutet“ werden sollte.³⁸⁸

Trotz der durch unklare Begriffe entstehenden rechtlichen Unsicherheit sind genau solche Begriffe beinahe ohne Interpretationshilfen Inhalt des Gesetzestextes geworden. Im Sinne der Vereinheitlichung des österreichischen Gewährleistungsrechts hat die ÖNorm den Text des ABGB inhaltlich nicht verändert und ihn beinahe wörtlich übernommen. Die Begriffe der alten Gesetzes- und Normenlage „unerheblicher Mangel“, „unverhältnismäßiger Aufwand für die Mangelbehebung“, „wesentlicher/unwesentlicher Mangel“ und „wirtschaftliche Zumutbarkeit der Wandlung“ stehen neuen Begriffen wie „geringfügiger Mangel“, „unverhältnismäßiger Aufwand für den AN“, „erhebliche Unannehmlichkeiten für den AG“, „Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen“, „Schwere des Mangels“ oder „Wert der mangelfreien Leistung“ gegenüber. Was unter den alten Begriffen zu verstehen ist, ist mehr oder weniger genau bereits aus jahrelanger Judikatur und Literatur bekannt, bei den neuen Begriffen gibt es wohl bereits Interpretationsversuche und -ideen, eine Lösung und Rechtssicherheit wird aber erst durch die Judikatur und Literatur der kommenden Jahre entstehen.

Obwohl es in der Literatur schon mehrere Interpretationen der Begriffe gibt, wird noch zu zeigen sein, dass eine allumfassende, für alle Branchen einheitliche Auslegung nicht sinnvoll und zielführend sein kann. Auf die Besonderheiten der Bauwirtschaft ist Rücksicht zu nehmen. Im Folgenden werden die Interpretationen der Literatur beschrieben und deren Anwendbarkeit auf die Bauwirtschaft untersucht, sowie der Versuch unternommen, eine der Bauwirtschaft gerecht werdende Auslegung aufzustellen.

Die in den vorigen Kapiteln bereits aufgestellte Systematik zum Vergleich der Rechtslagen wird auch hier wieder angewendet. Die drei Gesichtspunkte **Unerheblichkeit**, **Behebbarkeit**

³⁸⁸ Vgl. *Welser*, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, *ecolex* 1995, S 15.

und **Wesentlichkeit/Geringfügigkeit**, aus denen sich die Rechte des AG aus der Gewährleistung ergeben, werden vergleichend untersucht und die jeweils zu berücksichtigenden Aspekte analysiert.

Wie bereits in Kap 4.1 angedeutet kann nicht von den gleichlautenden Begriffen der anderen untersuchten Standardverträge (VOB, SIA, FIDIC) bzw des dort anzuwendenden Gesetzes auf eine Bedeutung nach österreichischem Recht geschlossen werden, die Begriffe sind unterschiedlich verwendet und es sind unterschiedliche Rechtsfolgen daran geknüpft.

5.1 Etymologie

Im Folgenden Abgrenzung des unerheblichen Mangels zum unwesentlichen bzw geringfügigen unter Zuhilfenahme der Etymologie untersucht.

Erheblich/unerheblich

Das Wort „erheblich“ stammt aus dem mittellateinischen „*relevans*“ und bedeutet „schwer genug, um die andere Waagschale zu heben“.³⁸⁹ Das etymologische Wörterbuch Duden verweist beim Stichwort „erheblich“ auf das Wort „heben“, aus dem sich „erheblich“ im 16.Jahrhundert aus der Kanzlei- und Rechtssprache entwickelt hat.³⁹⁰

Das besonders häufig mit Partizipien und Adjektiven verbundene Präfix „un-“ verneint einen Begriff und verkehrt ihn dadurch in sein Gegenteil. Es kann aber auch das Abweichen von einer Idealvorstellung angeben, von dem, was sein sollte. In Zusammensetzungen, in denen das Grundwort einen negativen Begriff enthält, kann „un-“ vielfach als Steigerung empfunden werden und damit auch verstärkend und nachdrücklich gebraucht werden.³⁹¹

Das Duden Bedeutungswörterbuch beschreibt den Begriff „erheblich“ mit „von/in großem Ausmaß“. Als Synonyme sind dort folgende Worte angeführt: anständig, arg, beachtlich, bemerkenswert, beträchtlich, enorm, gehörig, gewaltig, ordentlich, viel, wesentlich.³⁹² Der Begriff „unerheblich“ bedeutet „nicht erheblich, unbedeutend“. Synonyme sind bedeutungslos, belanglos, gering, geringfügig, klein, lächerlich, minimal, nebensächlich, nichtig, sekundär, unbedeutend, untergeordnet, unwesentlich, unwichtig, nicht der Rede wert, nicht nennenswert.³⁹³

Wesentlich/unwesentlich

Das Adjektiv „wesentlich“ kommt aus dem mittelhochdeutschen *wesen(t)lich* und bedeutet „dem Wesen nach“.³⁹⁴ Das Hauptwort „Wesen“ (mittelhochdeutsch *wesen*, althochdeutsch *wesan* „Sein; Aufenthalt; Hauswesen; Wesenheit, Ding“) ist die Substantivierung des im

³⁸⁹ Vgl Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: erheblich.

³⁹⁰ Vgl Duden - Etymologie², Stichwort: heben.

³⁹¹ Vgl Duden - Etymologie³, Stichwort: un.

³⁹² Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: erheblich.

³⁹³ Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: unerheblich.

³⁹⁴ Vgl Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: wesentlich.

Neuhochdeutsch veralteten gemeingermanischen Verbs *wesen*. Eine Ableitung davon ist das Wort „wesentlich“ mit der Bedeutung „besonders wichtig, grundlegend“.³⁹⁵

Nach dem Duden Bedeutungswörterbuch bedeutet „wesentlich“ entweder „den Kern einer Sache ausmachend und daher von entscheidender Bedeutung“, wobei als Synonyme bedeutend, bedeutsam, bedeutungsvoll, gewichtig, maßgeblich, relevant, schwerwiegend, triftig, wichtig, zentral, von Bedeutung, von besonderer Bedeutung, von Gewicht, von großem Gewicht, von großer Bedeutung, von Wichtigkeit angeführt sind, oder es bedeutet verstärkend bei Adjektiven im Komparativ und bei Verben „um vieles, in hohem Grad“, Synonyme sind hier erheblich, viel, weit, weitaus, bei weitem.³⁹⁶

Unwesentlich bedeutet demnach „für das Wesen, den Kern einer Sache ohne Bedeutung“; Synonyme sind bedeutungslos, belanglos, gleichgültig, nebensächlich, sekundär, unbedeutend, unerheblich, untergeordnet, unwichtig.³⁹⁷

Geringfügig/nicht geringfügig

Die Wurzeln des Wortes „gering“ stammen aus dem mittelhochdeutschen [*ge*]ringe „leicht, schnell, behend, klein, unbedeutend, schlecht“, dem althochdeutschen *unigringi* „gewichtig“, das nur verneint existierte, sowie aus dem mittelniederdeutsch *ringe* „leicht, unbedeutend, schlecht, leichtfertig“ (daraus schwedisch *ringa* „unbedeutend, wenig“), niederländisch *gering* „unbedeutend, geringfügig“ sind vielleicht verwandt mit dem griechischen Adverb *rhímpha* „leicht schnell“. Die weiteren Beziehungen sind unklar.³⁹⁸

Im Duden Bedeutungswörterbuch finden sich als Erklärung „unbedeutend, nicht ins Gewicht fallend“; als Synonyme sind gering, klein, minimal, unbedeutend, unerheblich, nicht nennenswert angeführt.³⁹⁹

Etymologischer Vergleich

Ein Vergleich der Herkunft der Worte geringfügig, unwesentlich und unerheblich ergibt zwar unterschiedliche Wurzeln, deren Bedeutung ist aber für die Interpretation der entsprechenden im Gewährleistungsrecht verwendeten Begriffe nicht unbedingt hilfreich. Interessanter sind die Erklärungen aus dem Bedeutungswörterbuch, wobei auch hier zum Teil gleiche Begriffe für die Beschreibung verwendet werden:

- „unerheblich“: nicht erheblich, unbedeutend
- „unwesentlich“: für das Wesen, den Kern einer Sache ohne Bedeutung
- „geringfügig“: unbedeutend, nicht ins Gewicht fallend

Mit dem Wort „unbedeutend“ wird sowohl der Begriff „unerheblich“ wie auch „geringfügig“ beschrieben. Aus der Untersuchung der im Bedeutungswörterbuch angeführten Synonyme

³⁹⁵ Vgl Duden - Etymologie², Stichwort: Wesen.

³⁹⁶ Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: wesentlich.

³⁹⁷ Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: unwesentlich.

³⁹⁸ Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: gering; vgl auch *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort: gering.

³⁹⁹ Vgl Duden - Bedeutungswörterbuch³, Stichwort: geringfügig.

ist eindeutig, dass eine etymologische Untersuchung für eine Auslegung der Begriffe in Hinblick auf die Gewährleistung nicht zielführend ist. Als Synonyme für „unerheblich“ sind unter anderem „geringfügig“ und „unwesentlich“ angeführt, „unwesentlich“ kann durch „unerheblich“ ersetzt werden und statt dem Wort „geringfügig“ kann ebenso der Begriff „unerheblich“ verwendet werden.

Eine weitere etymologische Untersuchung der auszulegenden Begriffe erübrigt sich hiermit. Das Bedeutungswörterbuch gibt all diese Begriffe als Synonyme an. **Ein für die Gewährleistung signifikanter Bedeutungsunterschied ist aus der Etymologie nicht erkennbar.**

Dh bei der Suche nach einer sinnvollen Auslegung der Begriffe für die Bauwirtschaft wird zu hinterfragen sein, was mit den verschiedenen Begriffen bezweckt wurde bzw auch welche Folgen die Unterscheidung bzw Klassifizierung hat.

5.2 Unerheblichkeit

Unerheblichkeit			
Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
5.44.6 Unerhebliche Mängel Unerhebliche Mängel (z.B. unerhebliche Maßabweichungen) berechtigen den AG nicht zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen.		Wirkung §932. (1) [...] (2) Eine unerhebliche Minderung des Wertes kommt nicht in Betracht. (RGBl 1916/69)	

Abbildung 25: Unerheblichkeit

Wie bereits auch unter Kapitel 3.7.4 beschrieben, wird die Unerheblichkeit eines Mangels auch in Zukunft relevant sein. Auch wenn der Begriff im neuen österreichischen Gesetzes- bzw ÖNorm-Text nicht mehr vorkommt, wird immer eine Grenze zwischen gewährleistungsrechtlich relevanten und nicht mehr relevanten Mängeln existieren. Ebenso wird es - vor allem bei der Erstellung einer Bauleistung - immer Abweichungen zwischen Planung und Ausführung geben, weil Bauwerke Unikate sind und Witterung, Zeitdruck, kurzfristige Leistungsänderungen und das gleichzeitige Arbeiten vieler Unternehmer auf der Baustelle eine Exaktheit und Makellosigkeit wie bei einem industriell gefertigtem Gut nicht zulassen.⁴⁰⁰ Deshalb wird auch der „unerhebliche Mangel“ in der Baubranche immer vorhanden sein, ob er nun im Gesetzestext bzw im Text von Standardvertragsbedingungen erwähnt ist oder nicht. Gerade bei Bauleistungen wird der AG immer hinnehmen müssen, dass der Idealzustand der makellosen Perfektion nicht erreicht werden kann, sich ein absolut fehler- und mangelfreies Bauwerk unter Baustellenbedingungen einfach nicht herstellen lässt und Kleinigkeiten eben nicht so sind, wie sie vielleicht im Prospekt erscheinen oder wie sie auf der Zeichnung des Architekten aussehen.

Von der durch das GewRÄG unveränderten Rechtslage gehen auch *Welser/Jud* aus. Der alte § 932 Abs 2 versteht sich von selbst und musste daher nicht in die neue Fassung

⁴⁰⁰ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 258.

übernommen werden. Die Rechtslage sollte mit dem Entfall der Bestimmung aber nicht geändert werden.⁴⁰¹

Somit ist klar, dass die Frage nach der Unerheblichkeit eines Mangels auch weiterhin von Relevanz ist und das GewRÄG auch keinerlei Änderungen bei der Begriffsauslegung erforderlich macht. Zu klären ist vielmehr, wie hoch die Abweichung von diesem theoretischen Idealzustand sein darf, die der AG akzeptieren muss.

Bei der Findung einer Definition der Unerheblichkeit eines Mangels kann - weil ja unverändert nach altem wie nach neuem Recht - auf jegliche, österreichische Literatur bzw. Judikatur zurückgegriffen werden. Die Texte von Gesetz und ÖNorm sind ja - wie bereits erwähnt - nicht sehr hilfreich bei der Interpretation.

Nicht zurückgegriffen werden kann auf Definitionen der „Unerheblichkeit“ des deutschen BGB. Das BGB kennt den Begriff des unerheblichen Mangels zwar, jedoch bestimmt § 323 BGB Abs 5, dass der Gläubiger im Falle einer nicht vertragsgemäßen Vertragserbringung nicht vom Vertrag zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Dh bei unerheblichen Mängeln ist der Rücktritt ausgeschlossen, dem AG verbleiben nur die anderen Mängelbeseitigungsansprüche.⁴⁰² Nach der deutschen Rechtslage entscheidet die Unerheblichkeit zwischen Wandlung und Preisminderung, und nicht wie nach österreichischem Recht zwischen dem Zustehen von Rechten aus der Gewährleistung und eben keinen Rechten daraus. Es kommt also der Beschreibung eines Mangels mit dem Adjektiv „unerheblich“ eine gänzlich andere Bedeutung zu.

5.2.1 Literatur und Judikatur

Folgende Beschreibungen der geringfügigen Mängel finden sich in der Literatur⁴⁰³:

- so bedeutungslos, dass sie im Geschäftsverkehr vernachlässigt werden,
- kein „vernünftig denkender Mensch“ empfindet sie als Nachteil,
- ein „normaler“ Käufer oder Werkbesteller würde sie gar nicht geltend machen,
- eine Erhebung des Gewährleistungsanspruches wegen eines unerheblichen Mangels käme einem Rechtsmissbrauch gleich,
- schikanöse Mängleinwendungen sollen verhindert werden,
- der Wert der Leistung wird durch einen unerheblichen Mangel nur geringfügig gemindert,
- unvermeidbare Unregelmäßigkeiten (zB kleine Risse und Kratzer, geringe Farbabweichungen, vorübergehende Feuchtigkeitserscheinungen, geringe Unebenheiten und Maßabweichungen)

⁴⁰¹ Vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 38; vgl auch *Welser* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Kap 6, S 16.

⁴⁰² Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 940, 958 und 961.

⁴⁰³ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 139; vgl *Koziol/Welser II*¹¹, S 66; vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 36 f; vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1222; vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 257; vgl *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 104.

- Unerhebliche Maßabweichungen, wie sie die ÖNorm dF 2000 (P 5.44.6) als Beispiel für unerhebliche Mängel anführt, sind teilweise durch Toleranzmaße in den verschiedenen technischen und Bauleistungs-ÖNormen abgedeckt.

Allerdings kann nicht mehr als unerheblich betrachtet werden, wenn der Übernehmer nicht jene Sachbeschaffenheit erhält, die ausbedungen war, mag auch ein durchschnittlicher Übernehmer die gelieferte Qualität nicht als Nachteil empfinden. *M. Gruber* plädiert jedoch dafür, § 932 Abs 2 extensiv zu interpretieren und auch (relativ geringe) Gebrauchsbeeinträchtigungen einzubeziehen, sofern nur der Substanzwert im Vergleich zum Gebrauchswert sehr hoch ist.⁴⁰⁴

Karasek schreibt bzgl der Judikatur über unerhebliche Mängel folgendes: Gelegentlich werden unerhebliche Mängel als Schönheitsmangel bezeichnet. Soweit ersichtlich, liegen keine veröffentlichten Fälle von Schönheitsmängeln vor.⁴⁰⁵ An dieser Stelle führt *Karasek* jedoch Beispiele an, die Fälle behandeln, in denen kein unerheblicher Mangel festgestellt wurde. Demnach sind aus der Judikatur nur Negativbeispiele, also für die Gewährleistung relevante Mängel, bekannt.

Abweichung von der Herstellungsmethode

Stellt ein AN sein Werk zwar im Ergebnis mangelfrei, jedoch nicht auf die vertraglich vereinbarte Weise her, so handelt er vertrags- und somit rechtswidrig, auch wenn die von ihm gewählte Herstellungsart an sich den Regeln der Technik entspricht und für solche Werke üblich und angemessen ist. Diese tätigkeitsbezogene Vertragspflichtverletzung stellt keine Mangelhaftigkeit des Werkes dar, sofern der Erfolg voll herbeigeführt wurde. Wohl aber hat der AN allfällige Schäden, die durch die vertragswidrige Herstellungsart entstanden sind, aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen.⁴⁰⁶

Beispiel:

Der AG legt in den von ihm erstellten Ausschreibungsunterlagen für den lagenweisen Einbau der Frostschutzschicht (nicht bindiges Material) im Straßenbau eine bestimmte Schichtdicke, in der die lagenweise Einbringung zu erfolgen hat, und zusätzlich bestimmte Festigkeitswerte, die die eingebauten Schichten nach Verdichtung aufzuweisen haben, fest. Der AN verfügt über ein neues Verdichtungsverfahren und kann die geforderten Festigkeitswerte auch mit größerer Lagendicke erreichen, dh in der Ausführung weicht der AN von den in der Ausschreibung geforderten Lagendicken ab, der Einbau erfolgt in größeren Schichtdicken. Der AG beruft sich auf die in der Ausschreibung festgelegte Lagendicke und fordert einen Qualitätsabzug vom AN.

Es handelt sich hierbei nicht um einen gewährleistungsrechtlich relevanten Mangel, weil der AN das vom AG geforderte Endprodukt mangelfrei herstellt, lediglich im Ausführungsverfahren ist der AN von den Anweisungen des AG abgewichen. Kann der AG

⁴⁰⁴ Vgl *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar, Band 5², § 932 Rz 5.

⁴⁰⁵ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1222.

⁴⁰⁶ Vgl *Ahrer*, Schadenersatz und Gewährleistung bei Baumängeln, S 23.

einen Schaden aus dem von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Herstellungsverfahren mit vertragsgerechtem Endprodukt nachweisen, so hat der AN den entstandenen Schaden aus dem Titel des Schadenersatzes dem AG zu ersetzen.

5.2.2 Bauwirtschaftliche Auslegung

Bei der bauwirtschaftlichen Auslegung der Unerheblichkeit ist danach zu fragen, welche Eigenschaften ein Mangel erfüllen muss, damit aus ihm keine Gewährleistungsrechte erwachsen bzw dass aufgrund seines Vorhandenseins keine Ansprüche entstehen. Nach obigen Erläuterungen der Besonderheiten der Bauwirtschaft ist auch leicht verständlich, dass die Definition der Unerheblichkeit aus anderen Bereichen nicht ohne weiteres auf Bauleistungen übertragen werden kann. Aufgrund der besonderen Bedingungen bei der Erstellung von Bauleistungen ist immer mit kleinen Abweichungen vom Idealzustand zu rechnen.

Die Abgrenzung zwischen gewährleistungspflichtigem und unerheblichem Mangel, also unvermeidbare Unregelmäßigkeiten, ist oft schwierig.

Kropik teilt Mängel in optische Mängel, Maßabweichungen und technische Mängel ein. Bei der Beurteilung optischer Mängel geht es um die optische Beeinträchtigung, also um eine Störwirkung. Dabei sind derartige Beeinträchtigungen unter den Gebrauchsbedingungen zu beurteilen, dh aus dem Betrachtungsabstand, dem -winkel, den Lichtverhältnissen usw der späteren Nutzung. Optische Unregelmäßigkeiten im 5. OG an der Fassade sind von der Position des Passanten, ggf vom Nachbarhaus aus zu beurteilen und nicht vom Gerüst aus. Unregelmäßigkeiten im Keller sind unter den Lichtverhältnissen der späteren Nutzung aus zu beurteilen und nicht unter dem Licht eines Baustrahlers. Der zweite Aspekt ist die Bedeutung des optischen Erscheinungsbildes für das Bauwerk. Unregelmäßigkeiten im Putz eines Stalles sind anders zu betrachten als ähnliche Unregelmäßigkeiten im Eingangsbereich einer Hotelhalle oder im Schalterbereich einer Bank. Zur Kategorie der unerheblichen Mängel zählt *Kropik* jene Mängel, die unauffällig und für das Erscheinungsbild unwichtig sind.⁴⁰⁷

Bei den Maßabweichungen wird nach Abweichungen in absoluten Messungen (Raumlänge und -breite, lichte Höhe etc), Winkelabweichungen (zB Lotabweichungen) und Ebenheitsabweichungen (zB wellenförmiger Verlauf einer Putzoberfläche) unterschieden. Über die Zulässigkeit von Maßabweichungen gibt grundsätzlich die ÖNorm DIN 18202 Auskunft. Manche ÖNormen der Serie B22xx enthalten auch noch entsprechende Bestimmungen über zulässige Maßabweichungen. Ebenso enthalten die ÖNormen B 3200 und B 3201 Abmessungstoleranzen für Mauer- und Hochlochziegel für tragendes bzw nicht tragendes Mauerwerk, die ÖNorm B 3206 zulässige Abweichungen von den Soll-Maßen bei Hohl- und Vollblocksteinen und die ÖNorm B 3208 behandelt Unregelmäßigkeiten bei Mantelsteinen, etc.⁴⁰⁸ Da die zulässigen Maßabweichungen zumeist in Normen genau festgelegt sind, ist bei diesen Mängel relativ leicht zu beurteilen, welche dem AG Gewährleistungsrechte einräumen. Liegen die Abweichungen innerhalb der in den Normen

⁴⁰⁷ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 258 f.

⁴⁰⁸ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 260 ff.

angeführten zulässigen Grenzen, liegt normalerweise kein erheblicher Mangel vor, aus dem dem AG Rechte aus der Gewährleistung erwachsen. „Normalerweise“ ist hier insofern verwendet, als es den Parteien natürlich frei steht, von den Normen Abweichendes zu vereinbaren. Ist dies der Fall, handelt es sich sehr wohl um einen erheblichen Mangel, dh dem AG stehen Rechte aus der Gewährleistung zu. Inwieweit es allerdings sinnvoll ist, derartiges vertraglich zu vereinbaren, bleibt dahingestellt, da die Normen ja genau die bei der Herstellung produktionsbedingter Weise auftretenden Unregelmäßigkeiten beschreiben.

*Einzelvereinbarungen, welche in globaler Weise einen Sollzustand beschreiben sollen, wie beispielsweise „völlige Rissfreiheit“, helfen, weil technisch nicht realisierbar, auch nicht weiter. Die Lösung des Problems liegt in der Angabe von zulässigen Abweichungen von einem Idealwert.*⁴⁰⁹

Dh ist vertraglich nichts anderes vereinbart, so ist der AN bei Abweichungen von den in Normen angegebenen Toleranzmaßen gewährleistungspflichtig. Ist anderes vereinbart, ist es Sache des AN, die Realisierbarkeit abzuschätzen, den AG zu warnen und das Risiko der evtl erforderlichen Mangelbehebung bzw höhere Aufwendungen der Herstellung in der Kalkulation zu berücksichtigen.

Technische Mängel entstehen oft durch Missachtung von technischen Regeln, Normen und Verarbeitungsrichtlinien. Ist ein Bauwerk unter Einhaltung der Regeln der Technik hergestellt, so gilt es grundsätzlich als mangelfrei. Charakteristisch für diese Regeln ist, dass sie auch bei ungünstiger Überlagerung der zu erwartenden Beanspruchung bei sachgerechter Nutzung und Erhaltung (Wartung) die volle Funktionsfähigkeit während der üblichen Nutzungszeit mit gewissen Sicherheitsreserven erwarten lassen. Bei der Bewertung technischer Mängel spielt einerseits die Beeinträchtigung der Funktion (Eigenschaften des Bauteils, Standsicherheit, Durchbiegung, Tragfähigkeit, Wasserdichtheit, usw) und andererseits die Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit eine Rolle. Unerhebliche Mängel sind nach *Kropik* nun solche, die die Funktion des Bauwerks nur gering beeinflussen und die keinen oder nur einen unwichtigen Einfluss auf die Gebrauchstauglichkeit haben.⁴¹⁰

Mängel, die sich selbst zur Gänze beheben, sind ebenfalls als unerheblich einzustufen. Verbleiben nach der Austrocknung keine Flecken und sind die Feuchtigkeitserscheinungen nur vorübergehender Natur und nicht auf Konstruktionsmängel (zB undichtes Dach) zurückzuführen, sind diese gewährleistungsrechtlich nicht relevant. Wesentlich hierbei ist, dass sie durch den Herstellungsvorgang des Bauwerks verursacht sind und nach entsprechender Zeit nach Bauende verschwinden und nicht regelmäßig periodenabhängig (zB jeden Sommer oder Winter) hervorkommen.

⁴⁰⁹ *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 258.

⁴¹⁰ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 263 ff.

Beispiele

Fassaden/Wandflächen:

Bei Rissen und Kratzern ist immer nach der Ursache zu fragen und festzustellen, ob es sich tatsächlich nur um einen optischen Mangel handelt oder ob doch die Funktion des Gebäudes durch den Mangel beeinträchtigt ist.

- Haarrisse in der Fassade sind hinzunehmen, wenn ihre Ursache im Trockenprozess des Materials liegt. Wurde der Untergrund nicht entsprechend vorbehandelt und ist daher zu erwarten, dass sich die Risse im Lauf der Zeit vergrößern werden, liegt also ein Ausführungsmangel vor, dann ist dies sehr wohl relevant für die Gewährleistung. Vor allem bei mineralischen Außenputzen ist eine absolut rissfreie Oberfläche nicht herstellbar. Vereinzelt auftretende Haarrisse in Verputzen sind daher ein unerheblicher Mangel.⁴¹¹
- Sinnlos ist die Vereinbarung der Makellosigkeit von Sichtbetonflächen. Diese können technisch nicht hergestellt werden. Farbunregelmäßigkeiten und Nester sind nicht zur Gänze vermeidbar.
- Um Mängeln aus Farbabweichungen entgegenzuwirken, empfiehlt sich, entweder die Angabe einer genauen Farbbezeichnung in der Ausschreibung seitens des AG oder das Anlegen von Farbmustern vor Ort unter gleichen Bedingungen wie tatsächliche Farbanbringung (zB gleicher Untergrund) und Farbentscheidung des AG anhand der Muster. Ebenso ist hier zu beachten, dass sich Farben im Laufe der Zeit durch Sonneneinstrahlung, Witterung etc verändern bzw auch dass sich Farben auf verschiedenen Materialien unterschiedlich verhalten können. In Sichtbeton gemischte Farbe kann sich im Laufe der Zeit anders verhalten als jene Farbe, die für die Ausbesserung der Nester oder von Unregelmäßigkeiten bei Fenster- und Türöffnungen verwendet wurde.
- Fugenunregelmäßigkeiten bei Natursteinen sind anders zu bewerten als bei industriell gefertigten Ziegeln oder Betonsteinen.
- Variationen in Farbe und Oberflächenbeschaffenheit von Ziegeln sind aufgrund der Herstellungsvorgänge und des Materials (Naturprodukt) nicht zu verhindern, ebenso bei Kalksandstein-Verblendsteinen und Betonsteinen. Jedoch kann erwartet werden, dass Steine aus verschiedenen Produktionsvorgängen gemischt werden, damit Farbabweichungen in Form von wolken-, schachbrett- und zebrastreifenartiger Verteilung der Farbnuancen verhindert werden.⁴¹²
- Poröse Steinmaterialien und Ziegel enthalten immer einen Teil an wasserlöslichen Substanzen, die beim Errichten durch den wasserhaltigen Mörtel ausblühen können. Vor allem bei Sichtmauerwerk kann dies störend sein, ist jedoch nicht zu vermeiden und daher in gewissem Rahmen zu akzeptieren. Meist werden diese kurz nach

⁴¹¹ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 20 u 49.

⁴¹² Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 39 f.

Fertigstellung auftretende Ausblühungen durch die Witterung von selbst wieder abgewaschen, ansonsten sind sie durch einfaches Abbürsten entfernbar.⁴¹³

- Kalksandstein ist ein Naturprodukt, daher sind auch gewisse Unregelmäßigkeiten in Kauf zu nehmen. Allseitig scharfkantige absolut regelmäßige Steine sind nicht herstellbar. Dies spielt vor allem bei beidseitig sichtbarem Kalksandsteinmauerwerk eine Rolle. Ist derartiges gefordert, muss mit einem hohen Anteil an auszusortierendem Material gerechnet werden, was sich im Preis widerspiegelt.⁴¹⁴
- Keramikklinker kann nach dem Einbau durch über das Bindemittel zugeführtes Wasser Haarrisse aufweisen. Diese sind meist auf die Produktion des Klinkers zurückzuführen und nicht vermeidbar und daher auch vom AG hinzunehmen. Auch bei vereinzelt auftretenden, größeren Rissen in Einzelsteinen ist es häufig sinnvoller, auf eine Erneuerung beschädigter Steine zu verzichten, da solche Arbeiten das Gesamtbild der Fassade meist mehr beeinträchtigen als der Mangel selbst. In solchen Fällen ist eine Preisminderung sinnvoll.⁴¹⁵
- Sind vereinzelt auftretende Algenbildung oder Verschmutzungen zurückzuführen auf vermeidbare Undichtigkeiten oder mangelhafte Wasserführung durch fehlende oder falsch ausgebildete Tropfkanten auf Sohlbänken, undichte Regenrinnen, Nichtberücksichtigung der Spritzwasserhöhe, etc, muss dies nicht hingenommen werden. Diese Mängel sind wegen ihrer Vermeidbarkeit als nicht unerheblich einzustufen.⁴¹⁶
- Kleinere Kantenausbrüche bei Mauerwerkmaterialien sind nicht vermeidbar und zählen daher auch zu den unerheblichen Mängeln.⁴¹⁷

Verglasungen:

- Auch bei hochwertigen Isoliergläsern sind Tauwasserbildungen bei Überkopfverglasungen und Oberlichtern aufgrund der Abstrahlungssituation zum Himmel nicht völlig vermeidbar, sind daher in gewissem Rahmen auch nicht als Mangel anzusehen.⁴¹⁸
- Bei im Wohnungsbau üblichen Isolierverglasungen bezieht sich die Qualität der Verglasung auf die sichtbare Fläche im eingebauten Zustand. Einschlüsse, Blasen, etc, die nur bei besonderen Lichtverhältnissen (zB direkte Sonneneinstrahlung) zu erkennen sind, müssen normalerweise hingenommen werden.⁴¹⁹
- Kleine Kratzer in Glasscheiben sind nicht vermeidbar und zählen daher auch zu den unerheblichen Mängeln.⁴²⁰

⁴¹³ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 41 f.

⁴¹⁴ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 44.

⁴¹⁵ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 46.

⁴¹⁶ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 56.

⁴¹⁷ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 20.

⁴¹⁸ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 26.

⁴¹⁹ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 65.

⁴²⁰ Vgl *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 20.

Dachkonstruktionen:

- Bedingt durch die Verarbeitung von Dichtungsbahnen bei Flachdachkonstruktionen ist es unvermeidbar, dass im Bereich der Bahnennähte geringe Mengen an Klebmasse hervortreten. Optisch ist dies besonders auffällig bei fabrikmäßig besandeten Bahnen. Das Erscheinungsbild von Flachdachkonstruktionen ist in der Regel nicht besonders relevant, da in der Regel solche Flächen nicht gut einsehbar sind. Die Funktionstüchtigkeit ist nicht beeinträchtigt. Daher handelt es sich hierbei idR um unerhebliche Mängel.⁴²¹
- Steildacheindeckungen über nicht hochwertig genützten Dachräumen, ohne Unterspannbahnen (oder vergleichbaren Konstruktionen) und ohne Wärmedämmung müssen zwar regensicher, aber nicht wasserdicht sein. Geringe Mengen an Feuchtigkeit und Flugschnee können in den Dachraum eingetrieben werden. Durch die eindringende Feuchtigkeit ist kein Schaden zu erwarten, da das Luftvolumen im Dachraum für einen Feuchte- und Temperatenausgleich ausreicht.⁴²²

Fliesen:

- Ein häufiges Problem bei im Klebebett verlegten, keramischen Fliesen auf schwimmendem Zementestrich ist das Verwölben der Estrichplatte in den ersten beiden Jahren nach Fertigstellung. Die Ränder - insbesondere die Ecken - senken sich ab. Die normalerweise mit Dichtstoffuge geschlossenen Randfugen reißen auf. Die Ursache ist das Schwinden des Estrichs auch noch nach Verlegen der Fliesen. Auch wenn entsprechend der Fachregeln mit der Verfliesung gewartet wird, bis der Estrich belegereif ausgetrocknet ist, ist ein Absinken der Ränder um bis zu 5 mm nicht vermeidbar. Um die Rissbildung zu vermeiden, wäre eine Fugenausbildung von 20 mm Breite notwendig.⁴²³

⁴²¹ Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 72.

⁴²² Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 78.

⁴²³ Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 88.

5.3 Behebbarkeit + Randbedingungen / Behebbarkeit im weiteren Sinn

Behebbarkeit			
Ö Norm		A B G B	
2000	2002	Bis zum 01.01.2002	Ab dem 01.01.2002
<p>5.44.4.1 Wesentliche, unbehebbarer Mängel [...] Als unbehebbar gilt auch ein Mangel, dessen Behebung nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist.</p>	<p>5.45.4.2 Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten.</p> <p>5.45.4.4 Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.</p>	<p>Wirkung §932. (1) Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht behoben werden kann und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, [...] (2) [...]</p> <p>Gewährleistung für Mängel §1167. Bei wesentlichen Mängeln, welche das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, kann der Besteller vom Vertrage abgehen. Will er das nicht oder sind die Mängel weder wesentlich noch gegen die ausdrückliche Bedingung, so kann er die Verbesserung, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, oder eine angemessene Minderung des Entgelts fordern. [...]</p>	<p>§ 932. (1) [...] (2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten. (3) [...] (4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. (BGBl 48/2001)</p>

Abbildung 26: Behebbarkeit

Die Frage, ob ein Mangel behebbar ist oder nicht, war vor der Reform ein technischer und auch ein wirtschaftlicher Begriff, dh die Möglichkeit der Verbesserung war in technischer sowie in wirtschaftlicher Hinsicht zu beurteilen - auf jeden Fall bei Werkverträgen (§ 1167 ABGB und ÖNorm). § 932 Abs 1 ABGB aF spricht jedoch nur von der Behebbarkeit, also eigentlich nur von der technischen Behebbarkeit. Es gibt hier keinen Hinweis darauf, dass die Behebbarkeit auch im Hinblick auf ihre Wirtschaftlichkeit zu beurteilen wäre. Allerdings schreibt *Welser* bei der Diskussion um die Reform des Gewährleistungsrechts 1995, dass überlegt wurde, den Text von § 932 abzuändern und auch die wirtschaftliche Unbehebbarkeit ein den Wortlaut einzubauen „...ist der die Gewährleistung begründete Mangel von der Art, dass er auf wirtschaftliche Weise nicht mehr behoben werden kann (*unbehebbarer Mangel*)...“. *Welser* geht hier davon aus, dass es niemanden gibt, der § 932 bisher anders verstanden hat als im Sinn des neuen Wortlauts, also hier sowohl die physische wie auch die wirtschaftliche Unbehebbarkeit gemeint ist.⁴²⁴

Seit der Reform ist die Behebbarkeit nicht nur in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu beurteilen, sondern es sind noch weitere Bedingungen zu beachten, deren Erfüllung ebenso die Unbehebbarkeit des Mangels, uU auch nur auf das spezielle Vertragsverhältnis bezogen, bedeuten.

⁴²⁴ Vgl *Welser*, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, *ecolex* 1995, S 12.

P 5.45.4.4 und § 932 Abs 4 legen die Kriterien für die Entscheidung zwischen Verbesserung/Austausch oder Recht auf Preisminderung/Wandlung fest.

Hierbei sind folgende sechs Punkte zu berücksichtigen:

1. Möglichkeit der Verbesserung oder des Austausches
2. Aufwand von Verbesserung und Austausch für AN
3. Weigerung durch den AN von Verbesserung/Austausch
4. Fristüberschreitung
5. Unannehmlichkeiten von Verbesserung/Austausch für den AG
6. Zumutbarkeit in Hinblick auf die Person des AN.

Der erste Punkt entspricht der herkömmlichen Definition der Behebbarkeit in technischer Hinsicht.

Der Aufwand von Verbesserung oder Austausch ist nach der neuen Rechtslage uU anders zu behandeln als bisher, weil dem alten Text im Vergleich zum neuen Text der Zusatz „für den AN“ fehlt. Dh nach bisheriger Rechtslage war ein Mangel dann unbehebbar, wenn der Aufwand für dessen Behebung unverhältnismäßig hoch war, für wen der Aufwand zu beurteilen war, darüber trafen weder ÖNorm noch ABGB eine Aussage.

Behob der AN den Mangel nicht in vom AG gesetzter angemessener Frist, so konnte der AG nach der ÖNorm dF 2000 den Mangel auf Kosten des AN selbst beheben oder beheben lassen, was einer Preisreduktion gleichkommt. Nur Verbraucher hatten ferner das Recht auf Wandlung. Nach der neuen Rechtslage ist bei Fristüberschreitung ein an sich behebbarer Mangel im konkreten Vertragsverhältnis ein unbehebbarer und daraus folgen die Rechte des AG, dh jedem AG steht neben der Preisminderung, sofern der Mangel nicht ein geringfügiger ist, auch die Wandlung zu.

Die Kriterien der Weigerung der Mangelbehebung durch den AN, der Miteinbeziehung der Unannehmlichkeiten einer Abhilfe für den AG und die Zumutbarkeit im Hinblick auf die Person des AN sind seit dem GewRÄG neu.

Der AN hat also verschiedene Möglichkeiten, eine ihm obliegende Verbesserung abzulehnen, nämlich durch die ersten vier der oben aufgezählten Punkte. Der AG hat andererseits nur zwei Gründe, um die dem AN primär zustehende Verbesserung zu „verhindern“ und sofort Möglichkeit auf Preisminderung oder Wandlung zu haben, nämlich Punkt 5 und 6 der obigen Aufzählung. Dh der AG kann sich nur auf die ihm entstehenden Unannehmlichkeiten berufen oder auf die in der Person des AN liegende Zumutbarkeit.

Möglichkeit für den AN	Behebbarkeit ÖNorm dF 2000	
	neutral	Möglichkeit für den AG
	technische Behebbarkeit	
	unverhältnismäßiger Aufwand der Mangelbehebung	

Tabelle 11: Zu beurteilende Kriterien für die Behebbarkeit nach ÖNorm dF 2000

Behebbarkeit NEU		
Möglichkeit für den AN	neutral	Möglichkeit für den AG
	technische Behebbarkeit	
unverhältnismäßiger Aufwand für den AN der Mangelbehebung		
Verweigerung der Mangelbehebung seitens AN		
Fristüberschreitung		
		Mangelbehebung für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten
		Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen

Tabelle 12: Zu beurteilende Kriterien für die Behebbarkeit seit dem GewRÄG

Bei der Interpretation der durch das GewRÄG im österreichischen Recht neu eingeführten Bedingungen können zum Teil inhaltlich ähnliche Bestimmungen der VOB und der SIA zu Hilfe genommen werden.

	Behebbarkeit			
	ÖNorm	VOB	SIA	FIDIC
Ein Mangel ist dann nicht behebbar, wenn...	der Mangel technisch nicht behebbar ist	der Mangel technisch nicht behebbar ist	der Mangel technisch nicht behebbar ist ¹⁾	
	der Aufwand der Mangelbehebung für den AN unverhältnismäßig ist	die Mangelbehebung vom AN wegen unverhältnismäßig hohen Aufwands verweigert wird		
	der AN die Mangelbehebung verweigert		der AN die Mangelbehebung verweigert	
	der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt		der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt	der AN die Mangelbehebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt
	die Mangelbehebung für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist	die Mangelbehebung für den AG unzumutbar ist		
	Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen vorliegt		der AN offensichtlich nicht zur Mangelbehebung imstande ist	

¹⁾nicht lt Normtext, aber aus Literatur

Tabelle 13: Internationaler Vergleich - Behebbarkeit

5.3.1 Möglichkeit der Verbesserung oder des Austausches

Die alte Rechtslage hat dieses Kriterium wie folgt beschrieben: § 932 ABGB aF sprach von „...Mangel von der Art, dass er nicht behoben werden kann...“. Im alten Werkvertragsrecht nach dem Wortlaut des § 1167 ABGB aF war die Möglichkeit der Behebung des Mangels kein Kriterium für die dem AG zustehenden Rechte aus der Gewährleistung. Die ÖNorm dF 2000 hat die technische Behebbarkeit eines Mangels nur in den Überschriften zu den einzelnen Unterpunkten beschrieben: P 5.44.4.1 „Wesentliche, unbeheb bare Mängel“, P 5.44.4.2 „Wesentliche, beheb bare Mängel“, P 5.44.5.1 „Unwesentliche, unbeheb bare Mängel“, P 5.44.5.2 „Unwesentliche, beheb bare Mängel“ und führte unter dem jeweiligen Punkt die möglichen Folgen aus diesem Mangel an.

Die neue Rechtslage beschreibt die technische Unbehebbarkeit eines Mangels mit den Worten „*Sind sowohl Verbesserung als auch der Austausch unmöglich...*“.

Die alte Rechtslage beschränkte sich allgemein auf die Unmöglichkeit der Behebung und differenzierte hier nicht zwischen Verbesserung und Austausch. Nach der neuen Rechtslage müssen beide Möglichkeiten, also sowohl der Austausch wie auch die Verbesserung, rein technisch, faktisch, objektiv nicht möglich sein, damit der Mangel als technisch unbehebbar bezeichnet werden kann.

Keine objektive Unmöglichkeit ist gegeben, wenn der vertragsgemäße Zustand der Leistung durch Nachbesserungsarbeiten auf einem anderen als dem im Vertrag vorgesehenen Weg erreicht wird und die Grundsubstanz erhalten bleibt.⁴²⁵

Damit ein Mangel technisch unbehebbar ist, darf weder der AN noch irgendein anderer Unternehmer in der Lage sein, den aufgetretenen Mangel zu beseitigen. Derart technisch nicht behebbare Mängel gibt es im Bauwesen allerdings kaum, vor allem wenn man auch die Möglichkeit einer Neuherstellung heranzieht.⁴²⁶ Möglich sind sie jedoch bei absolut ungeeignetem Baugrund (siehe nachfolgende Beispiele).

Das Entscheidungskriterium der technischen Unmöglichkeit der Mangelbehebung hat durch das GewRÄG keinerlei Änderung erfahren.

Beispiele

- Bei einem Wohnhaus mit mehreren Wohnungen war es zum Bruch der Bodenbeläge gekommen. Eine Untersuchung der Estrichstärke ergab eine Dicke von 2 cm - entschieden zu gering. Zwecks Erreichung einer maximalen Ausnutzbarkeit der in der vorgeschriebenen Bauklasse möglichen Nutzfläche werden die Geschosshöhen oft auf das in der Bauordnung vorgeschriebene Mindestmaß beschränkt. So wurde auch in diesem Fall die Raumhöhe auf das nach Bauordnung erforderliche Minimum reduziert. Durch eine Verstärkung des Estrichs würde sich die Raumhöhe weiter verringern. Rein rechtlich handelt es sich hierbei um einen unbehebbareren Mangel.
- Ein Haus oder eine Wohnung wurde um 10% zu klein errichtet (Grundfläche). Dem Veräußerer war es aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht möglich, die Grundfläche entsprechend zu vergrößern, zB weil sich die Bebauungsbestimmungen geändert haben.⁴²⁷
- Nach der Fertigstellung traten an den Bauwerken einer Einfamilienhaussiedlung Setzungen auf. Der Boden wurde einer nochmaligen Untersuchung unterzogen. Hierbei wurde festgestellt, dass die Siedlung auf einem Moor gegründet ist und daher auch in Zukunft unvermeidbar mit Bewegungen im Untergrund zu rechnen sein wird.
- Nach der Errichtung eines Tunnels kommt es auf mehreren hundert Metern zum Verbruch. Aufgrund der objektiven Gefahren aus dem absolut ungeeigneten

⁴²⁵ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 162 a.

⁴²⁶ Vgl. Kurbos, Baurecht in der Praxis, S 140.

⁴²⁷ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 162 ff.

Gebirgsmaterial, die eine Mangelbehebung mit sich brächte, kann der Schaden nicht behoben und der Tunnel nicht wiederhergestellt werden.

5.3.2 Aufwand von Verbesserung/Austausch für den AN

Wie bereits angedeutet war nach der alten Rechtslage des § 932 ABGB die Wirtschaftlichkeit der Behebung zumindest lt Gesetzestext kein Kriterium für die Auswahl der dem AG zustehenden Gewährleistungsrechte, nach § 1167 ABGB war die *Verbesserung, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde*, zu beurteilen. Die ÖNorm dF 2000 legte fest, dass ein Mangel auch dann als unbehebbar gilt, wenn *dessen Behebung nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist*.

In der Neufassung der ÖNorm bzw des § 932 ABGB soll in die Beurteilung einfließen, ob sowohl Verbesserung als auch der Austausch für den Übergeber/AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist.

Nach der alten Rechtslage war der Aufwand generell zu berücksichtigen ohne Aussage darüber, ob sich nur der AN oder auch der AG auf den unverhältnismäßigen Aufwand berufen kann, um den Vertragspartner auf die verbleibenden Gewährleistungsrechte zu verweisen, bzw ohne nähere Beschreibung des Aufwandes, also ob nur der monetäre Aufwand oder auch andere Aufwendungen (zB Unannehmlichkeiten) und Interessen zu berücksichtigen sind. Die neue Fassung legt eindeutig fest: der unverhältnismäßige Aufwand bezieht sich ausschließlich auf den Aufwand seitens AN. Daher ist der unverhältnismäßige Aufwand uU anders als bisher zu behandeln, weil dem alten Text im Vergleich zum neuen Text der Zusatz „für den AN“ fehlt.

Nach der alten Rechtslage hätte sich der AG theoretisch auf den ihm entstehenden Aufwand berufen können, um eine vom AN gewünschte Mangelbeseitigung zu verhindern. Praktisch spielte dies jedoch nur bei Bauwerkverträgen, bei denen die ÖNorm vereinbart war, eine Rolle, denn bei ABGB-Verträgen hatte der AG ohnehin die freie Wahl zwischen Preisminderung und Verbesserung und konnte somit die Preisminderung wählen, wollte er die Verbesserung nicht. Nur die ÖNorm legte den Vorrang der Mangelbeseitigung fest. Nach der rechtlichen Situation der alten ÖNorm war es somit sehr wohl sinnvoll, den Aufwand für den AG in der Definition des unverhältnismäßigen Aufwandes zu berücksichtigen. Nach der neuen Rechtslage hat der AG aber auch noch andere Möglichkeiten einer vom AN gewünschten Mangelbehebung entgegenzuwirken, nämlich über die beiden Kriterien der erheblichen Unannehmlichkeiten für den AG sowie über die Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen. Die Zahl der ausjudizierten Fälle zu dieser Problematik, nämlich dass sich der AG auf den unverhältnismäßigen Aufwand beruft, ist wegen seiner ausschließlichen Relevanz bei ÖNorm-Verträgen sehr beschränkt. Der Verfasserin sind keine solchen Fälle bekannt.

Dh für die Beurteilung, ob die Beseitigung eines Mangels einen für den AN unverhältnismäßigen Aufwand verursacht, kann auf bisherige Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden.

Die Wortwahl des Gesetzes- bzw Normtext legt nahe, dass für die Beurteilung, ob Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung vorliegt oder nicht, ein Verhältnis gebildet werden soll, dh zwei Dinge miteinander verglichen werden sollen. Einerseits ist dies der Aufwand des AN, dh die Summe aller Aufwendungen, die durch eine Mangelbeseitigung entstehen würden. Soweit legt sich der Text des Gesetzes bzw der Norm fest. Darüber, womit dieser Aufwand verglichen werden soll, wird keine Aussage getroffen. In der Literatur sind sich die Fachleute einig, dass andererseits der Vorteil, den die Mangelbeseitigung für den AG hat, beurteilt werden soll.

Obwohl sich die Fachwelt also einig ist, dass der Verbesserungsaufwand mit dem Vorteil des AG ins Verhältnis zu setzen ist, wird in der Literatur immer wieder versucht, einen Vergleich mit der Höhe des Werklohnes zu ziehen. Vermutlich deshalb, weil dieser als Zahl vorhanden ist und sich leicht mit einer anderen Zahl, nämlich dem Aufwand für den AN, ins Verhältnis setzen lässt. Aufschluss über die Unverhältnismäßigkeit von Verbesserungsarbeiten kann ein solcher Vergleich allerdings nicht wirklich geben, wie in der Folge noch gezeigt wird.

Beruft sich der AN auf einen ihm entstehenden unverhältnismäßigen Aufwand der Mangelbeseitigung, hat dies zur Folge, dass der AG

- mit dem Mangel am Bauwerk leben muss,
- für die mangelhafte Leistung weniger bezahlen muss (Preisminderung) und
- uU - abhängig vom Mangel - die Wandlung begehren kann.

Da die Wandlung bei Bauwerkverträgen keine sehr häufige und nur selten eine sinnvolle Form der Lösung von gewährleistungsrechtlichen Differenzen ist, ist in der überwiegenden Mehrheit der Fälle die Konsequenz des unverhältnismäßigen Aufwandes der Mangelbeseitigung, dass der AG mit dem Mangel lebt und dafür weniger bezahlt oder der AG sich mit dem AN auf eine Preisminderung einigt und den Mangel durch einen anderen AN beseitigen lässt.

Zielführend ist daher, alle Konsequenzen und Folgen der Tatsache, dass der Mangel nicht behoben wird, für den AG dem dem AN entstehenden Aufwand der Mangelbeseitigung gegenüberzustellen. Um zu einer für beide Seiten akzeptablen Lösung zu kommen, kann es mitunter notwendig sein, auch alle Konsequenzen und Folgen der Tatsache der Mangelbehebung für den AN in die Gegenüberstellung miteinzubeziehen (siehe dazu S 134, Konkurs des AN).

Auch bei der Wahlmöglichkeit des AG zwischen Verbesserung und Austausch⁴²⁸ nach § 932 Abs 2 ABGB nF ist die Unverhältnismäßigkeit der anderen Abhilfe ausschlaggebend. Hier nennt das Gesetz ausdrücklich die zu beurteilenden Kriterien, nämlich den Wert der mangelfreien Sache, die Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe verbundene Unannehmlichkeiten für den AG. *Reischauer* merkt hier an, dass in diesem Zusammenhang die Unverhältnismäßigkeit relativ, im Vergleich mit der anderen Abhilfe, zu beurteilen ist und

⁴²⁸ Der Austausch ist gedacht für austauschbare Teile der Leistung (einzelne Dachschindeln, Fenster, Türen, Heizkörper, etc), im Gegensatz zu nicht austauschbaren monolithischen Teilen, wie Beton, Mauerwerk, Boden- und Felsmaterial, etc..

nicht absolut, weshalb die aufgezählten Kriterien nicht bei der Entscheidung zwischen Preisminderung und Verbesserung anzuwenden sind.⁴²⁹

Zeitpunkt für den Vergleich

Bewertet man beide Werte monetär, so kann sich das Verhältnis zB durch Veränderung der Lohnkosten, durch Materialpreisschwankungen (vgl Schwankungen der Stahlpreise), etc im Laufe der Zeit verändern.

Immer wenn ein Wert zu beurteilen ist, ist wichtig, dass die beiden verglichenen Werte die gleiche Preisbasis haben. Hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem ein Vergleich stattzufinden hat, herrschen unterschiedliche Ansichten.

Einerseits liegt nahe, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hierfür zu wählen. Beim Bauwerkvertrag erweist sich dies als sehr unpraktikabel, weil die vertragliche Leistung sehr häufig nicht exakt mit der ausgeführten Leistung übereinstimmt. Eine Rückrechnung auf das ursprüngliche Vertragsverhältnis ist kompliziert und schwer durchführbar.

Andererseits soll jener Zeitpunkt als Bezugszeitpunkt dienen, *in dem die vertragsgemäße Erfüllung geschuldet war. Eine in späteren Jahren eintretende Erhöhung dieses Aufwandes ist unerheblich, weil der Auftragnehmer in diesem Fall für die Nichtbeseitigung des Mangels belohnt würde.*⁴³⁰ Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, es soll ja der tatsächliche Aufwand der Verbesserung für den AN bestimmt werden. Dies kann nur zum Zeitpunkt geschehen, an dem die Verbesserung durchzuführen wäre. Der Aufwand einer Verbesserung zu einem anderen Zeitpunkt ist uU schwer ermittelbar, weil die Randbedingungen nicht immer zur Gänze bekannt sind, und auch nicht sinnvoll, weil es völlig irrelevant ist, ob der Aufwand zu einem anderen Zeitpunkt vielleicht höher oder niedriger wäre als zum Zeitpunkt der theoretischen Mangelbehebung. Nachteile, die sich für den AG aus dem Unterlassen der Mangelbehebung ergeben, sind ja ebenfalls zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels zu bewerten. Selbstverständlich soll der AN keinen Vorteil daraus haben, dass er eine Mangelbehebung verspätet vornimmt. Allerdings können ihm auch keine bösen Absichten unterstellt werden, wenn die Bewertung zu jenem Zeitpunkt vorgenommen wird, an dem die Mangelbehebung theoretisch durchzuführen ist, also nach Feststellung des Mangels und Klärung der Haftungsfrage. Unter Umständen kann sich die Mangelbeseitigung auch aus Gründen aus der Sphäre des AG verzögern, zB wenn die Mangelbehebung einer Industriehalle zum Zeitpunkt der Betriebsferien durchgeführt werden soll, um einen Produktionsausfall zu vermeiden.

Da angenommen werden kann, dass der AN nicht absichtlich Mängel produziert, die zu einem bestimmten Zeitpunkt hervorkommen, wirkt sich die Bewertung des Aufwandes der Verbesserung zu diesem Zeitpunkt weder zum Nachteil des AG noch zum Nachteil des AN aus. Möglich ist ja auch, dass die Kosten der Mangelbehebung geringer werden.

⁴²⁹ *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBl 2002, 137.

⁴³⁰ *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, Rz 234.

Jedenfalls sind beide Werte zum gleichen Zeitpunkt zu ermitteln, sowohl die Nachteile, die dem AG aus einer Nichtbehebung des Mangels entstehen, wie auch die Kosten für den AN. Die Kosten für den AN können nur für den Zeitpunkt, an dem der Mangel hervorkommt, ermittelt werden, also sind auch die dem AG entstehenden Konsequenzen der Mangelbeseitigung zu diesem Zeitpunkt zu ermitteln.

Auch aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass die Heranziehung des Werklohnes für einen Vergleich mit dem Behebungsaufwand nicht geeignet ist.

Aufwand für den AN

Die Ermittlung der Höhe des Aufwandes für den AN stellt in der Regel keine großen Schwierigkeiten dar. Es sind hierbei alle dem AN entstehenden Aufwendungen zu summieren, also Material-, Geräte- und Personalkosten inkl aller Transport-, Anfahrts-, Planungs- und Overheadkosten, dh inkl Zuschlag für Zentralregie.

Bauzinsen sind hier nicht anzusetzen, weil diese jene Kosten berücksichtigen, die aufgrund der Kapitalvorhaltung entstehen, und bei der Mangelbehebung kein Kapital vom AN vorgehalten wird, das erst zu einem späteren Zeitpunkt vom AG vergütet wird.

Einen kalkulatorischen Gewinn hier anzusetzen, wäre ebenfalls nicht gerechtfertigt, weil der AN einen längst geschuldeten Zustand herzustellen hat, die Berücksichtigung eines Gewinns den Aufwand des AN steigen ließe und sich so bei der Verhältnisbildung zum Nachteil des AG auswirken würde.

Ebenso nicht zu berücksichtigen ist ein Wagniszuschlag. Gerade dieser deckt neben dem allgemeinen Unternehmerwagnis auch die leistungsbezogenen Wagnisse wie zB das Kalkulationswagnis, das Ausführungswagnis und das Gewährleistungswagnis. Dh gerade das Risiko, dass die Leistung mangelhaft hergestellt wird und der AN Gewährleistungsverpflichtungen hat, soll mit dem Wagniszuschlag auf die Selbstkosten gedeckt werden. Es liegt am AN, im Angebot mit einem höheren Wagniszuschlag zu kalkulieren, wenn aufgrund der Art des Bauvorhabens oder innerbetrieblicher Umstände (Anwendung eines völlig neuen oder besonders risikoreichen Verfahrens bzw für das Unternehmen neues bautechnisches Gebiet) ein vermehrter Anfall von Gewährleistungsverpflichtungen zu erwarten war. Bei der Bewertung des Aufwandes des AN für die Abschätzung, ob Verbesserungsarbeiten unverhältnismäßig sind, hat daher ein Wagniszuschlag nichts verloren.

Konsequenzen der Nichtbehebung eines Mangels für den AG

Auf der anderen Seite sind die Konsequenzen und Folgen, die sich für den AG aus einer unterlassenen Mangelbeseitigung ergeben, zu beurteilen, anders ausgedrückt: der *in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielbare Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*⁴³¹ bzw der *Vorteil, den die Mängelbeseitigung dem Auftraggeber gewährt*⁴³².

⁴³¹ Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163.

⁴³² Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, Rz 234.

Diese Konsequenzen bzw den Vorteil wertmäßig zu erfassen, ist äußerst schwierig, va meist subjektiv, da einem AG die Behebung eines Mangels sehr wichtig sein kann, ein anderer auf die Behebung des gleichen Mangels keinen besonderen Wert legt.

In der Literatur finden sich folgende Kriterien, die für die Beurteilung von Relevanz sein sollen:

- Wichtigkeit der Behebung für den AG⁴³³,
- Möglichkeit der Verbesserung durch andere als den AN,
- Kosten für die Behebung durch einen Dritten im Vergleich zu den Kosten, die dem AN durch die Verbesserung entstehen,
- Leichtigkeit der Behebung,
- Mangel und dessen Auswirkungen (Beeinträchtigung des Gebrauchs, optische Beeinträchtigung, etc),
- Nachteile bzw Kosten, die dem AG durch eine Preisminderung entstehen.

Zusammenfassend ist zu beurteilen, welche Nachteile dem AG durch ein Belassen des Mangels entstehen.

Verhältnis von „Aufwand für den AN“ und „Konsequenzen für den AG“

Der Mangelbehebungsaufwand ist dann unverhältnismäßig, wenn sich der Mangel nicht mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln beseitigen lässt. Es liegt eine sogenannte „wirtschaftliche Unbehebbarkeit“ vor.⁴³⁴

Am einfachsten wäre der Vergleich von zwei Zahlen, hierzu müssten jedoch die beiden miteinander zu vergleichenden Faktoren als Zahl darstellbar sein, einerseits der Mangelbeseitigungsaufwand für den AN und andererseits die Konsequenzen der Nichtbehebung des Mangels für den AG monetär bewertet werden. Unverhältnismäßigkeit liegt nicht schon dann vor, wenn - sofern sich überhaupt die Konsequenzen für den AG in Form einer Zahl darstellen lassen - diese beiden Werte gleich groß sind, sondern es muss ein krasses, auffallendes Missverhältnis zwischen diesen beiden Werten vorliegen. Die Konsequenzen für den AG müssen verhältnismäßig unbedeutend sein im Vergleich zum Aufwand, der dem AN im Zuge einer Mangelbeseitigung entstehen würde. Ziel dieser Bestimmung ist es, an Schikane grenzende Forderungen auf Mangelbehebung seitens AG zu vermeiden.

In der Literatur finden sich verschiedene Anhaltspunkte für eine Beurteilung hinsichtlich des Vorliegens von Unverhältnismäßigkeit:

- Die Unverhältnismäßigkeit ist immer speziell auf den Vertrag zu betrachten und zu bestimmen.
- Alle relevanten Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen.⁴³⁵

⁴³³ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 272 f; vgl auch Gruber, Der „unverhältnismäßige“ Verbesserungsaufwand in § 1167 ABGB, RdW 1990, 434.

⁴³⁴ Vgl Koziol/Welser II¹¹, S 66.

⁴³⁵ Vgl Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163.

- Mangelbehebungsaufwand des AN und Erfolg für den AG stehen in keinem vernünftigen Verhältnis.⁴³⁶
- Das „Leben mit dem Mangel“ muss für den AG zumutbar sein.⁴³⁷
- Verursacht der Mangel nur einen geringen Nachteil im Gebrauch für den AG, könnten schon geringe Behebungskosten unverhältnismäßig sein, ist der Gebrauch jedoch entscheidend beeinträchtigt, sind auch hohe Behebungskosten kein Grund, die Verbesserung abzulehnen. Entscheidend ist die Auswirkung des Mangels auf den Gebrauch.⁴³⁸
- Verbesserungskosten sind im Vergleich zu den Kosten einer Preisminderung deutlich höher.⁴³⁹
- Der Werklohn ist keine Grenze für die Unverhältnismäßigkeit, der doppelte Werklohn erscheint hingegen als „unverhältnismäßig“.⁴⁴⁰ Allerdings wurden auch schon Behebungskosten, die sich etwa auf die Höhe des Werklohnes belaufen, vom OGH als unverhältnismäßig beurteilt.⁴⁴¹

Anmerkung: In der Literatur ist nicht explizit darauf eingegangen, ob als Vergleichswert nur jener Werklohnanteil herangezogen werden soll, der der mangelhaft erbrachten Leistung entspricht, oder der gesamte Werklohn, also die gesamte Auftrags- bzw Abrechnungssumme.

Wurde beispielsweise der AN nur mit der Errichtung einer Fassade beauftragt und weist diese an einigen Stellen Mängel auf, so ist mE der gesamte Wert der Fassade als Vergleichswert heranzuziehen und nicht nur jener Wert, der dem schadhaften Teil im mangelfreien Zustand entspricht. Weisen also ca 20% der Fassadenfläche Mängel auf, so ist der Werklohn für die gesamte Fassade den Konsequenzen für den AG gegenüberzustellen und nicht nur 20% des Werklohnes.

Gleiches ist auf den Vertrag als Ganzes anzuwenden. Wurde der AN nicht nur mit der Errichtung der Fassade beauftragt, sondern mit der Erstellung des ganzen Hauses, so kann sich der AN noch viel schwieriger auf seinen unverhältnismäßigen Aufwand berufen, wenn als Vergleichswert die gesamte Auftragssumme herangezogen wird. Dadurch ergibt sich ein Vorteil für den AG bei der Vergabe von Leistungen in Form von GU-Verträgen anstelle von getrennter Vergabe der einzelnen Gewerke, weil die Auftragssumme bei einem GU-Vertrag zwangsläufig höher ist als bei Einzelvergabe. Die sich unabhängig von der Vertragsart für den AG ergebenden Konsequenzen sind somit einer größeren Summe gegenüberzustellen. Die Vorteile eines GU-Vertrags für den AG liegen auf der Hand.

⁴³⁶ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163.

⁴³⁷ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 272.

⁴³⁸ Vgl *Gruber*, Der „unverhältnismäßige“ Verbesserungsaufwand in § 1167 ABGB, RdW 1990, 434.

⁴³⁹ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 272.

⁴⁴⁰ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 38ff; vgl auch *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 139.

⁴⁴¹ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 272 f.

All diese Hinweise darauf, wie eine Unverhältnismäßigkeit zu beurteilen ist, sind schwierig in ihrer Handhabung und Anwendung. Die Feststellung, ob Unverhältnismäßigkeit vorliegt, ist auch deshalb so schwierig, weil die Beseitigung ein und desselben Mangels in einem Fall unverhältnismäßig sein kann, in einem anderen Fall nicht und auch die zu bewertenden Interessen der Vertragspartner verschiedenster Natur sein können. Wegen der Vielzahl der zu berücksichtigenden Umstände wird sich auch hierfür keine allgemein gültige, auf alle Fälle anwendbare Formel aufstellen lassen.

Folgendes Beispiel soll die Komplexität der Problematik verdeutlichen:

Werden Risse in einer Fassade festgestellt und handelt es sich dabei nicht ausschließlich um feinste Haarrisse, deren Dimensionen sich innerhalb der lt Normen erlaubten Größenordnungen bewegen, so ist deren Ursache und Wirkung zu prüfen. Ist das Ergebnis einer solchen Untersuchung, dass eine Vergrößerung der Risse nicht zu erwarten ist, diese auch nicht die Schutzfunktion der Fassade der darunter liegenden Trag- und Isolierkonstruktion gefährden und die optische Beeinträchtigung nicht sehr ins Gewicht fällt (zB weil die Risse aus dem Blickwinkel des Nutzers bzw Betrachters kaum sichtbar sind, weil sie sich in einer Höhe befinden, in der sich vom späteren Nutzer bzw Betrachter kaum wahrnehmbar sind, oder weil eine begrünte Fassade vorgesehen ist und durch die Begrünung die dahinter liegenden Risse nicht sichtbar sind oder an das Gebäude aufgrund seiner Nutzung oder Lage (Stall, Lagerhalle, Tiefgarage, etc) keine sehr hohen optischen Anforderungen gestellt werden), dann sind die Mangelbehebungskosten, die sich zumindest aus dem Abbruch der mangelhaft hergestellten Fassade und der Errichtung einer neuen Fassade zusammensetzen, unverhältnismäßig.

Stellt sich allerdings heraus, dass eine Vergrößerung der Risse wahrscheinlich ist und dadurch entweder das optische Erscheinungsbild stärker beeinträchtigt wird u/o die Fassade nicht mehr eine Schutzfunktion der darunter liegenden Konstruktion übernehmen kann, dass durch Ablösen einzelner Fassadenteile Personen verletzt oder Gegenstände beschädigt werden können, dann ist die einzig sinnvolle Lösung die Sanierung.

Anhand des eben dargelegten Beispiels werden zwei Dinge klar:

1. Grundsätzlich sind die Auswirkungen eines Mangels immer in dessen „Endzustand“ zu bewerten, dh ist der Mangel zwar zum Zeitpunkt der Mängelrüge klein und scheinbar unbedeutend, droht aber eine Ausweitung, die mitunter Mangelfolgeschäden bewirken kann, ist dies in der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbehebung zu berücksichtigen.
2. Droht ein Mangel, Folgeschäden hervorzurufen (zB Gefährdung von Gesundheit oder Leben, dauerhafte, substantielle Schäden am Bauwerk, etc), wird dieses Beurteilungskriterium schlagend gegenüber jeglichen möglichen Kosten seitens AN.

In vielen Fällen drohen keine Mangelfolgeschäden, sondern der Mangel hat Auswirkungen auf Funktion bzw. Gebrauch des Bauwerks oder es sind optische Beeinträchtigungen Folgen des Mangels.

Mit der Beurteilung und Bewertung von Mängeln sowie mit dem Problem des unverhältnismäßig hohen Verbesserungsaufwand setzen sich *Oswald/Abel*⁴⁴² sehr detailliert auseinander.

Mängel werden einerseits nach der Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes und andererseits nach Beeinträchtigung der übrigen technischen Funktionen eingeteilt. In Form von Matrizen wird der Grad der optischen Beeinträchtigung dem Gewicht des optischen Erscheinungsbildes gegenübergestellt, sowie der Grad der Beeinträchtigung der Funktion der Bedeutung der beeinträchtigten Bauteileigenschaft für die Funktionsfähigkeit des Bauwerks.

		Gewicht des optischen Erscheinungsbildes			
		sehr wichtig	wichtig	eher unbedeutend	unwichtig
Grad der optischen Beeinträchtigung	auffällig	Verbesserung			
	gut sichtbar				
	sichtbar		Preisminderung		
	kaum erkennbar				Bagatelle

Tabelle 14: Bewertung des optischen Erscheinungsbildes⁴⁴³

Optische Beeinträchtigungen sind unter gebrauchstüblichen Bedingungen zu beurteilen und in „auffällig“ bis „kaum erkennbar“ zu skalieren. Ebenso wird das Gewicht des optischen Erscheinungsbildes in „sehr wichtig“ bis „unwichtig“ eingeteilt. So ergibt sich aus der Matrix, ob die Behebung eines Mangels unverhältnismäßig ist oder nicht. Die Behebung eines Mangels in einem Kellernebenraum kann unverhältnismäßig sein, der gleiche Mangel in einem Hotelfoyer hingegen nicht.

Hierbei sind auch vertragliche Vereinbarungen zu berücksichtigen. Sind im Vertrag Hinweise auf die besondere Bedeutung des optischen Erscheinungsbildes oder hohe Standards und Qualität vereinbart, so ist dies anders zu berücksichtigen als bei einem Vertrag, bei dem weniger hochwertige Baustoffe verwendet werden oder keine Vereinbarungen hinsichtlich des optischen Erscheinungsbildes getroffen wurden und daher allgemein gültige Maßstäbe zur Anwendung kommen.

⁴⁴² Siehe *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten.

⁴⁴³ Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 13.

		Bedeutung des Merkmals für die Gebrauchstauglichkeit			
		sehr wichtig	wichtig	eher unbedeutend	unwichtig
Grad der Beeinträchtigung der Funktion	sehr stark	Verbesserung			
	deutlich				
	mäßig		Preisminderung		
	geringfügig				Bagatelle

Tabelle 15: Bewertung der Beeinträchtigung von Funktion und Gebrauchstauglichkeit⁴⁴⁴

In gleicher Weise wie bei optischen Mängeln wird bei die Funktion beeinträchtigenden Mängeln vorgegangen. Der Grad der Beeinträchtigung wird in „sehr stark“ bis „geringfügig“ eingestuft und die Auswirkung auf die Gebrauchstauglichkeit in „sehr wichtig“ bis „unwichtig“. Je weiter das Ergebnis der Beurteilung in der linken oberen Ecke der Matrizen zu liegen kommt, umso größer ist das Interesse des AG an der Mangelbehebung, umso höher ist es auch im Vergleich mit den dem AN anfallenden Kosten zu bewerten.

Nach *Oswald/Abel* ist allein anhand dieser Matrizen die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit möglich, indem die gewährleistungsrechtlichen Folgen „Nachbesserung“, „Minderwert“ oder „Bagatelle“ direkt in die Matrizen eingetragen sind. Eigentlich werden anhand dieser Methode lediglich die Interessen des AG bewertet, die dem AN anfallenden Mangelbehebungskosten gehen in die Überlegungen nicht direkt ein. Dennoch ist diese Methode in ihrer Anwendung recht praktikabel, weil relativ einfach handhabbar, klar und nachvollziehbar.

Zu beachten ist jedoch, dass die Bewertung aus objektiver Sicht vorzunehmen ist und nicht aus dem subjektiven Standpunkt des AG. Der Einfluss subjektiver Beurteilung ist dadurch zumindest eingeschränkt, wenn auch nicht ganz vermeidbar.

Den Behebungskosten sind die Konsequenzen der Nichtbehebung für den AG gegenüberzustellen. Diese Konsequenzen lassen sich in Form eines „Minderwerts der Leistung“, also als Wertminderung der Leistung wegen des Mangels, ermitteln, indem der Wert der mangelfreien Leistung mit einem Faktor zwischen 0 und 1 multipliziert wird. Ist der Faktor beinahe gleich Null, bedeutet dies einen sehr geringen Wert der mangelhaften Leistung, der AG hat sehr großes Interesse an der Mangelbeseitigung. Ist der Faktor nahe bei 1, so vermindert sich der Wert der mangelhaften Leistung nur sehr gering, es handelt sich um einen kleinen Mangel, das objektiv bewertete Interesse des AG an einer Mangelbehebung ist eher gering. Um auf die Größe des Faktors zu kommen, kann man sich entweder der Matrizen bedienen (linke obere Ecke: 0, rechte untere Ecke 1) oder der

⁴⁴⁴ Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 28.

Zielbaummethode⁴⁴⁵. In beiden Fällen werden die Mängel und deren Ausmaß festgestellt und nach ihrer Beeinträchtigung gewichtet.

Beeinträchtigt der Mangel sowohl das optische Erscheinungsbild als auch die Funktion bzw. den Gebrauch des Gebäudes, werden die sich daraus einzeln ergebenden Faktoren addiert und mit dem Wert der mangelfreien Leistung multipliziert.

Anzupassen ist der ermittelte Minderwert - analog zur relativen Berechnungsmethode für die Preisminderung - an das Verhältnis zwischen objektivem Wert der mangelfreien Sache und dafür bezahltem Werklohn. Auch hier ist es wieder sinnvoller, den Wert zum Zeitpunkt der Übergabe zu ermitteln und mit der Abrechnungssumme zu vergleichen als den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hierfür heranzuziehen. Diese Anpassung der objektiven Wertminderung erfolgt mit der Multiplikation des objektiven Werts der mangelhaften Leistung mit dem Faktor $\text{Abrechnungssumme/Wert des mangelfreien Werkes}$.

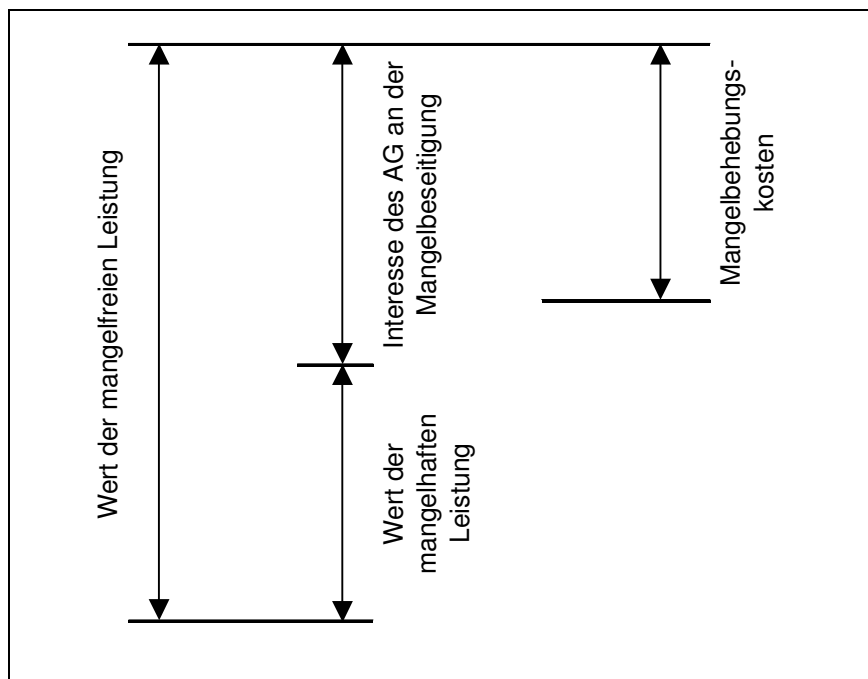


Abbildung 27: Mängelbeseitigungsinteresse des AG - Mängelbehebungskosten

Zu den dem AG entstehenden Konsequenzen der Nichtbehebung eines Mangels gehören auch Mangelfolgekosten, die bei der Gegenüberstellung zum Mängelbehebungsaufwand ebenfalls zu berücksichtigen sind (zB höhere Wartungskosten als bei mangelfreier Leistung). Diese Mangelfolgekosten entstehen erst in der Zukunft, weshalb sie mittels der Barwertmethode diskontiert werden müssen. Die zukünftigen Kosten werden damit auf den

⁴⁴⁵ siehe Kap 3.7.7; bzw siehe *Oswald/Abel*, *Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden*, S 101 f.

Beurteilungszeitpunkt bezogen und können somit in die vergleichende Bewertung miteinbezogen werden. (siehe dazu Beispiel S 136)

Es sind folgende Konsequenzen des Mangels für den AG möglich:

1. Der Wert der mangelhaften Leistung ist geringer als der Wert der mangelfreien Leistung.

Der Wert der mangelhaften Leistung ist geringer als der Wert der mangelfreien Leistung, es gibt keine Mangelfolgekosten für den AG (zB: Der AN hat statt dem hochwertigen Parkettboden einen günstigen Laminatboden verlegt.). Für den Vergleich mit den Mangelbehebungskosten ist die Differenz zwischen Wert der mangelfreien Leistung und Wert der mangelhaften Leistung heranzuziehen.

2. Der Wert der mangelhaften Leistung ist größer als der Wert der mangelfreien Leistung.

Der Wert der mangelhaften Leistung ist größer als der Wert der mangelfreien Leistung, es gibt keine Mangelfolgekosten für den AG (zB: Der AN verlegt einen hochwertigen Parkettboden statt dem vom AG bestellten Laminatboden.). Die Leistung ist im Sinne des Gewährleistungsrechts als mangelhaft zu bezeichnen, weil nicht das bestellte Material eingebaut wurde und somit die erbrachte Leistung nicht dem Vertrag entspricht. In einem solchen Fall kann sich der AN nicht darauf berufen, dass das von ihm verwendete Material teurer ist als das vom AG bestellte Material. Der AN könnte sonst (vertragswidrig) irgendein teures Material einbauen, obwohl der AG zB aus optischen Gründen ein günstigeres bestellt hat, und dem Wunsch der Mangelbehebung seitens AG entgegenhalten, die erbrachte Leistung sei ohnehin mehr wert. Der Willkür des AN sind damit keine Grenzen gesetzt, nicht bestelltes, nicht den Wünschen und Vorgaben des AG entsprechendes, aber zB auf Lager liegendes, bei einem anderen Bauvorhaben übrig gebliebenes Material einzubauen.

Beispiel:

Der AN baut ein teures Designer-Waschbecken ein, das vertraglich nicht vereinbart ist, weil er es auf Lager gehabt hat und ihm bei einem anderen Projekt übrig geblieben ist. Der AG will das vertragwidrig eingebaute Waschbecken nicht behalten, weil es farblich nicht zum Rest des Badezimmers passt und es ihm auch nicht gefällt. Das Interesse des AG an der Mangelbehebung liegt in der Vertragswidrigkeit. Das vertragswidrige Werk ist zwar absolut gesehen mehr wert als das vertragskonform zu erstellende, berücksichtigt man jedoch das Gewicht des optischen Erscheinungsbildes kann es objektiv gesehen weniger wert sein.

Beispiel:

Der AG schreibt für die Herstellung von Kanalrohren deren Abdichtung nur mit Dichtungsringen - und nicht wie üblich mit Dichtungsringen und Verfugung - aus. Der AN stellt vertragwidrig die übliche Bauart - also mit Dichtungsringen und Verfugung - her. Ist weder die Funktion ist beeinträchtigt, noch das optische Erscheinungsbild von Bedeutung, und hat der AG auch keinen anderen Grund für die besondere (evtl

mangelhafte) Art der Ausschreibung, entstehen ihm also auch keine Mangelfolgekosten, so hat der AG kein objektiv begründetes Interesse an der Mangelbehebung, obwohl das Werk dem Vertrag nicht zur Gänze entspricht und somit mangelhaft ist.

Hat der AG einen besonderen Grund für die Abweichung vom üblichen Standard, zB leichtere Begutachtung bzw Erleichterung beim Erkennen von undichten Stellen, so sind diese Konsequenzen, die sich aus dem Verbleiben des Mangels für den AG ergeben, zu beurteilen. Sich für den AG ergebende Nachteile durch die vertragswidrige Herstellungsart können zB sein, dass andere Möglichkeiten zur Erkennung von undichten Stellen wesentlich aufwändiger sind. In einem solchen Fall sind diese Möglichkeiten und deren Kosten zu bewerten und in die Gegenüberstellung zwischen Mangelbehebungskosten für den AN und Mangelfolgekosten für den AG zu berücksichtigen. (siehe hierzu Punkt 4).

3. Wegen des Mangels ergeben sich zusätzliche Konsequenzen für den AG, sprich Mangelfolgekosten.

Ist unabhängig vom Wert der mangelhaften und mangelfreien Leistung zusätzlich mit Mangelfolgekosten zu rechnen, haben diese ebenso bei der Gegenüberstellung berücksichtigt zu werden und sind zu den Konsequenzen zufolge Wertedifferenz zwischen mangelhafter und mangelfreier Leistung zu addieren (zB erhöhte Wartungskosten, Abbruchkosten, etc).

Alle in der Literatur zu findenden Parameter, die bei der Bewertung der Konsequenzen zu berücksichtigen sind, fließen mit dieser Methode in die Beurteilung ein.

Der auf diese Art und Weise ermittelte Wert der Konsequenzen für den AG, die durch ein Unterlassen der Mangelbehebung entstehen, wird den Behebungskosten gegenübergestellt. Sind die Mangelbehebungskosten ein Vielfaches der bewerteten Vorteile für den AG, so liegt Unverhältnismäßigkeit der Behebungskosten vor.

Ist das Interesse des AG größer oder gleich den Mangelbehebungskosten liegt keine Unverhältnismäßigkeit vor, ist es kleiner, so kann Unverhältnismäßigkeit vorliegen.

Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit von Behebungskosten liefert auch *Gauch* für den Anwendungsbereich der SIA: In keinem Fall übermäßig sind die Kosten dann, wenn

- sie geringer sind als der durch den betreffenden Mangel verursachte Minderwert des Werkes,
- die Mängelbeseitigung mehr kostet, als sich der Unternehmer durch die mangelhafte Herstellung des Werkes (oder Werkteiles) eingespart hat, oder

- der Mangel behoben werden muss, um einen gesetzeswidrigen Zustand des Werkes oder eine Gefahr für Leib und Leben (des Bauherrn oder Dritter) zu beseitigen.⁴⁴⁶

Beispiele

- Im Zuge der Errichtung einer Kirchenmauer wurden nicht die vereinbarten Steine verwendet. Optisch passte das verwendete Material nicht optimal zum bereits bestehenden restlichen Bauwerk. Die Kosten für den Austausch beliefen sich auf 20.000 DM, die Wertsteigerung auf 8.000 DM. Der OGH entschied, dass angesichts der objektiven Wertsteigerung eine Mangelbeseitigung unverhältnismäßig wäre.⁴⁴⁷
- Der AG, ein Bäcker, bestellte Terrazzoplatten ua für den Mehllagerraum seiner Bäckerei. Der AN verlegte die Platten nicht ganz eben, sodass sich bei der Reinigung des Bodens, an den tiefer gelegenen Platten Verunreinigungen und Bakterien sammelten, sichtbar durch die dunkle Verfärbung einzelner Platten. Diese tiefer liegenden Platten konnten nur mit Bimsstein gereinigt werden. Trotz hoher Verbesserungskosten (50% des Werklohnes) lag aufgrund der sanitären Interessen des AG keine Unverhältnismäßigkeit vor.⁴⁴⁸
- Entgegen den Regeln der Technik und der einschlägigen ÖNorm wurde ein schwimmender Estrich ohne Trennfolie zwischen Dämmung und Estrich verlegt. Der Mangel wurde nicht als verbesserungsfähig angesehen, weil seine Behebung die gänzliche Entfernung und Neuherstellung des Estrichs erfordern würde (ein ähnlicher Aufwand wäre erforderlich, um mit 100%iger Sicherheit zu klären, ob die von Sachverständigen durch Ritz- und Belastungsproben festgestellte Festigkeit bis in die untersten Schichten reicht.) Es bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass die Festigkeit des Estrichs durch das Weglassen der Trennfolie gelitten hat. Um diesen augenscheinlichen Befund des Sachverständigen zu erhärten oder zu widerlegen, müssten materialzerstörende Prüfungen vorgenommen werden. Die Einbringung der fehlenden Folie wäre überhaupt nur durch eine völlige Entfernung und Neuherstellung des Estrichs möglich, was wiederum schwere Beeinträchtigungen des Wohnungsinhabers mit sich brächte, die dieser mangels einer konkret abzusehenden Notwendigkeit der Schadensabwehr vielleicht gar nicht auf sich zu nehmen bereit ist.⁴⁴⁹ Die Verbesserung wäre angesichts der Vorteile der Mangelbehebung für den AG unverhältnismäßig, eine Preisminderung ist jedoch selbstverständlich, weil nicht einzusehen ist, dass der AG den Einbau einer Abdeckfolie zu vergüten hat, wenn dies überhaupt nicht eingebaut wurde.
- Bei der Errichtung eines außenliegenden Kellerabganges wurde auf die Abdichtung der Wände gegen eindringende Feuchtigkeit aus dem Erdreich des Gartens vergessen. Feuchtigkeit durchdringt die Wände, am Verputz entstehen

⁴⁴⁶ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 14.

⁴⁴⁷ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1188 (OGH 31.05.1907 RGZ 66, 167).

⁴⁴⁸ Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1188 (OGH 02.05.1974 SZ 47/58).

⁴⁴⁹ Vgl *Karollus/Lukas*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers - Überlegungen zu § 1170 ABGB de lege lata und de lege ferenda (Teil 1), JBI 2001, 677 (OGH 13.03.2001, 5 Ob 44/01h).

Ausblühungen, der Verputz bekommt Flecken und beginnt abzublättern. Ist der Rest des Hauses ordnungsgemäß gegen Feuchtigkeit von außen isoliert und besteht keine Gefahr für die Substanz des Hauses, so spielt der Mangel an und für sich keine gravierende Rolle: In den Keller kann als Folge der mangelnden Feuchtigkeitsisolierung des Abganges keine Feuchtigkeit eindringen, die Tragkonstruktion des Hauses ist nicht gefährdet. Einziger Nachteil für den AG ist die optische Beeinträchtigung durch Ausblühungen oder abblätternen Verputz. An den Kellerabgang werden keine besonderen optischen Anforderungen gestellt, er dient nicht zu Repräsentationszwecken. Hier ist es sehr wohl sinnvoll, eine Preisminderung zu vereinbaren statt der sehr aufwendigen Verbesserung, die im Wesentlichen nur durch Abbruch und Neuerrichtung des Kellerabganges erreicht werden kann.

- An ein bestehendes Haus wurde eine Terrasse mit darunterliegender Garage zugebaut. Durch die spätere Ausführung wurde der Zubau separat fundiert. Es zeigten sich einerseits starke Wasserschäden, die auf eine mangelhafte Fugenausbildung zwischen Zu- und Altbau zurückzuführen waren, und andererseits massive Rissbildung zwischen den beiden Bauwerken aufgrund von Setzungen. Eine nachträgliche Sanierung der Abdichtung ist wegen der notwendigen Entfernung des Terrassenbelags zwar aufwendig, aber nicht unverhältnismäßig, eine Sanierung der Risse ist mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln nicht mehr möglich.⁴⁵⁰
- Für die Verlegung einer Fernwärmeleitung war zunächst eine Rohrvorpressung mit Faserzementrohren vorgesehen. Knapp vor Erreichen des Zielschachtes traten wegen zu hoher Belastung des Vortriebsrohres Risse an den Faserzementrohren auf. Der Vortrieb konnte nicht mehr fortgesetzt werden. Aufgrund der Nähe zum Zielschacht konnte der Tunnel in bergmännischer Weise vom Zielschacht bis zur steckengebliebenen Vortriebsmaschine aufgezogen werden. Wegen des Bruches einiger Faserzementrohre musste zusätzlich ein Stahlrohr eingezogen werden, um die Wasserdichtheit des Mikrotunnels zu gewährleisten. Durch das Einziehen des Stahlrohres verringerte sich aber der vom AG vorgeschriebene Querschnitt und somit war das Bauwerk mangelhaft hergestellt. Eine Sanierung durch eine Vergrößerung des Querschnittes wäre nur mit erheblichem Aufwand möglich, dem AG entsteht durch einen verminderten Querschnitt kein Nachteil, da das vorgesehene Fernwärmerohr auch in den kleineren Querschnitt ohne Probleme eingebracht werden konnte. Eine Mangelbeseitigung ist für den AN mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, weshalb der AG auf die Preisminderung verwiesen ist.
- In einem Fensterglas trat ca 1 Jahr nach Einbau bei starker Sonneneinstrahlung ein Sprung auf. Dieser war nicht auf mechanische Beschädigung zurückzuführen, sondern auf bei der Erzeugung entstandene Spannungen im Glas. Ein Fenstertausch ist nicht mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden.

⁴⁵⁰ Vgl. Gartner/Mezera, Baumängel, S 103.

- In einer Wohnhausanlage wurden Fliesen verlegt, die sich nach ca 2 Jahren von der Wand und Dachschräge abzulösen begannen. Dieses Phänomen trat nicht nur vereinzelt auf, sondern beinahe alle Bewohner bemängelten diesen Zustand in ihren Badezimmern. Die Mangelbehebung und somit Neuverfliesung aller Badezimmer stellt keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand dar. Vor allem sind auf den Dachschrägen im Dachgeschoss verlegte, sich lösende Fliesen eine Gefahr für die Bewohner.
- Keramikklinker kann nach dem Einbau durch über das Bindemittel zugeführtes Wasser Haarrisse aufweisen. Diese sind meist auf die Produktion des Klinkers zurückzuführen und nicht vermeidbar und daher auch vom AG hinzunehmen. Auch bei vereinzelt auftretenden, größeren Rissen in Einzelsteinen ist es häufig sinnvoller, auf eine Erneuerung beschädigter Steine zu verzichten, da solche Arbeiten das Gesamtbild der Fassade meist mehr beeinträchtigen als der Mangel selbst. In solchen Fällen ist eine Preisminderung sinnvoll.⁴⁵¹
- 2 Jahre nach der Fertigstellung eines Wasserkraftwerkes kam es zum Verbruch des Triebwasserstollens. Schon vor dem Verbruch war ein Wasserverlust im Triebwasserstollen festgestellt worden. Durch den Wasseraustritt aus dem Triebwasserstollen wurden Myllonitschichten im Gebirge aufgeweicht, die Tragfähigkeit des Gebirges war nicht mehr gegeben. Nicht mehr festgestellt werden konnte, ob der Wasseraustritt Folge eines Mangels in der Schweißnaht des Stahlrohres war oder wegen einer mangelhaften Verpressung zwischen Stahlrohr und Stollen das Stahlrohr defekt wurde. Tatsache war, dass es sich um einen gewährleistungsrechtlich relevanten Mangel handelte. Die einzige Möglichkeit ist die Mangelbehebung wegen der Unbrauchbarkeit des gesamten Werkes bei Belassen des Mangels, auch wenn der Aufwand für den AN, den Mangel zu beheben ein sehr großer ist - sofern natürlich davon ausgegangen werden kann, dass die Sanierung erfolgreich sein wird, dh technisch möglich ist, das Gebirge durch Zusatzmaßnahmen (zB Injektionen) wieder tragfähig gemacht werden kann und die Arbeiten ohne außerordentliche Gefährdung der Arbeiter durchgeführt werden können.

Konkurs des AN

Vom Recht des AN, sich auf den unverhältnismäßigen Aufwand zu berufen und so die Verpflichtung zur Mangelbeseitigung abzuwenden, sind strategische Entscheidungen des AG zu trennen. Sind die Kosten für die Mangelbehebung derart hoch, dass der Konkurs des AN droht, so ist der einzig sinnvolle Weg zur Lösung von gewährleistungsrechtlichen Differenzen über die Preisminderung. Es hat einfach keinen Sinn, auf eine Mangelbehebung zu bestehen, wenn die dadurch dem AN entstehenden Kosten zu einem Konkurs des AN führen. Bestünde der AG in einem solchen Fall auf die Mangelbehebung, so folgt daraus der Konkurs des AN und somit ein zumindest teilweises Fortbestehen des Mangels. Den AG

⁴⁵¹ Vgl. *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 46.

brächte diese Vorgehensweise einer Problemlösung keineswegs näher. Die Einigung auf eine Preisminderung ist daher der einzig sinnvolle und wirtschaftlich vernünftige Weg.

Beispiel:

- Bei der Errichtung einer Fernwärmeleitung war ein maximaler Wärmeverlust vereinbart worden. Wegen einer über die gesamte Strecke mangelhaft aufgetragenen Wärmeisolierung war der Wärmeverlust auf der gebauten Strecke zu hoch. Der AN begann mit der Verbesserung, beendete jedoch nach kurzer Zeit seine Sanierungsarbeiten, obwohl sie noch lange nicht fertiggestellt waren, weil der Konkurs des AN ua wegen dieser Sanierung drohte. Hier hatte der AG praktisch keine Wahl, die Verbesserung vom AN zu verlangen, obwohl eine Bewertung des Mangels im Verhältnis zu den Mangelbeseitigungskosten das Recht auf Verbesserung ergeben hätte, ua deshalb, weil der maximale Wärmeverlust ausdrücklich vereinbart war und die Gebrauchstauglichkeit der Fernwärmeleitung beeinträchtigt war.

Kombination aus Preisminderung und Verbesserung

Gerade in Zusammenhang mit der Unverhältnismäßigkeit des Aufwands ist es häufig zielführend, sich einer Kombination der Gewährleistungsbehelfe Preisminderung und Mangelbeseitigung zu bedienen.

Ist zwar der Aufwand einer Sanierung der gesamten Fassade unverhältnismäßig hoch, hat der AG aber zB aus Repräsentationsgründen (Hotel, Bank, etc) ein erhöhtes Interesse an der Makellosigkeit der Fassade, so ist eventuell die Sanierung des von der Straße aus sichtbaren Erdgeschosses nicht unverhältnismäßig. Der AG kann deshalb nur die Sanierung des Erdgeschosses oder das Ausbessern einzelner schadhafter Flecken verlangen; darüber hinaus steht betreffend der verbleibenden optischen Beeinträchtigung Preisminderung zu.

Vorliegen der Unbehebbarkeit wegen Erfordernis des Abgehens vom Vertrag

Schließlich kann ein Mangel dann als unbehebbar bezeichnet werden, wenn er nur durch Abgehen vom ursprünglichen Vertragsinhalt „beseitigt“ werden kann.⁴⁵² Die Folge wäre, dass bei einer Verbesserung immer genau der vertraglich vereinbarte Zustand herzustellen wäre und eine Sanierung durch etwa eine andere Methode, die nicht exakt den ursprünglichen Vertragszustand herstellt, im Sinne des Gewährleistungsrechts nicht möglich wäre. Bei Bauwerkverträgen ist diese Differenzierung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel nicht sinnvoll, weil zB eine fehlende oder mangelhaft hergestellte Horizontalisolierung einer Fundamentplatte nachträglich praktisch nicht hergestellt werden kann (außer mit Abbruch und Neuerrichtung des Bauwerkes), sehr wohl aber kann der Mangel durch andere Maßnahmen saniert werden und dem AG das Leben mit dem Mangel zumutbar werden bzw der Mangel für den AG überhaupt nicht mehr wahrnehmbar gemacht werden (zB Herstellung einer Drainage rund um das Gebäude und Ableitung des anfallenden Wassers über den Kanal). Vorhanden ist der Mangel - die nicht funktionstüchtige

⁴⁵² Vgl. *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 44.

Horizontalisolierung - nach wie vor. In diesem Fall ist es nicht sinnvoll, den Mangel als unbehebbar einzustufen und sowohl AG wie auch AN auf Preisminderung oder Wandlung zu verweisen - sofern Alternativen für die Mangelbehebung vorhanden sind. Die Herstellung des vertraglich vereinbarten Zustandes kann unverhältnismäßig sein, eine alternative Lösungsmöglichkeit eventuell nicht.

Beispiel:

- Die Deckenfugen einer unter einer Fußgeherzone liegenden Tiefgarage wurden mangelhaft hergestellt. Aufgrund eines konstruktiven Mangels drang bei Regen Wasser in die Tiefgarage ein, deren Menge von der vorgesehenen Entwässerungseinrichtung (Verdunstungsrinnen) nicht mehr bewältigt werden konnte. Ein Freilegen aller Deckenfugen inklusive Abbruch und Wiederherstellung des Bodenbelags der Fußgeherzone wäre mit enormen Kosten verbunden. Eine Nichtbehebung des Mangels hätte aber früher oder später die Überschwemmung der Garage zur Folge. Man einigte sich in diesem Fall auf die Montage von Rinnen an der Garagendecke (vergleichbar mit Dachrinnen), die das anfallende Wasser in Behälter leiten. Das sich in den Behältern sammelnde Wasser kann entweder durch Pumpen in den Kanal befördert oder vom Garagenreinigungspersonal ausgepumpt und entsorgt werden. Zusätzlich ist eine Preisminderung plausibel, die auch die laufenden Kosten der Pumpenwartung bzw Entleerung der Behälter berücksichtigt.⁴⁵³ In diesem Fall wird vom Vertragsinhalt abgegangen, weil der AG dichte Fugen bestellt hat und keine Wasserauffangbehälter. Den Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts als unbehebbar zu behandeln, wäre hier nicht sinnvoll. Gerade in einem solchen Fall eignet sich die Anwendung beider Gewährleistungsbehelfe: einerseits ist es erforderlich, den Mangel zumindest auf ein zumutbares Maß zu reduzieren, wenn eine vollständige Beseitigung jedenfalls unverhältnismäßig wäre, andererseits entstehen durch den verbleibenden - aber durch die Sanierung zumutbaren - Mangel laufende Kosten, die vom AN zu tragen sind.

5.3.3 Weigerung durch den AN von Verbesserung/Austausch

Die Weigerung der Mangelbehebung kann einerseits aus Gründen erfolgen, nach denen der AN berechtigt ist, die Mangelbehebung abzulehnen (unverhältnismäßiger Aufwand), und andererseits der AN, obwohl er für den Mangel haftet und eigentlich eine Mangelbehebung durchzuführen hätte, diese verweigert. Das folgende Kapitel widmet sich ausschließlich der ungerechtfertigten Zurückweisung.

Änderungen durch das GewRÄG

Weigert sich der AN, die Verbesserung oder den Austausch durchzuführen, entspricht das im Vertragsverhältnis AG zu AN der Unbehebbarkeit, nicht jedoch einer objektiven

⁴⁵³ In diesem Fall sind die laufenden Kosten periodenweise zu ermitteln und der Barwert über den Betrachtungszeitraum (Nutzungsdauer der Leistung) zu berechnen, um den Minderwert zum Betrachtungszeitpunkt (Zeitpunkt der Ermittlung des Minderwertes) zu ermitteln.

Unbehebbarkeit, weil der Mangel durch einen Dritten oder den AG selbst durchaus behoben werden kann.

Seit der Reform des Gewährleistungsrechts ist gesetzlich verankert, dass der AG, sollte sich der AN weigern, den Mangel, für den er gewährleistungsrechtlich zu haften hat, zu beheben, auch auf die anderen Gewährleistungsbehelfe - sofern alle weiteren erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind - zurückgreifen kann.

Schon vor der Reform des Gewährleistungsrechts schrieb ua *Kurschel*, dass eine Fristsetzung unnötig ist, wenn sich der Unternehmer schon von vornherein ernstlich und endgültig weigert, den Mangel zu beheben und sofort die Folgen des Verbesserungsverzuges eintreten, die normalerweise erst an den erfolglosen Ablauf der Frist geknüpft sind.⁴⁵⁴

Durch die Verankerung im Gesetzes- und Normtext wurde bisher ohnehin Gelebtes verdeutlicht, die Rechtslage ändert sich dadurch nicht.

Folgen der Weigerung

Die Folgen der Mangelbehebungsverweigerung durch den AN sind mit jenen einer schuldhaften Fristüberschreitung ident (siehe Kap 5.3.4). Das Verschulden an der Verweigerung der Verbesserung ist in diesem Fall eindeutig. Der Unterschied besteht im Zeitpunkt der Möglichkeit des Zugriffs auf die anderen Rechte: bei schuldhaftem Verbesserungsverzug ist dem AG erst nach Ablauf der angemessenen Frist der Zugriff möglich, bei Weigerung der Verbesserung sofort.

Formen der Weigerung

Hält man sich die Folgen einer Weigerung der Mangelbehebung vor Augen, nämlich, dass dem AN keine weitere Chance mehr zusteht, die Verbesserung selbst vorzunehmen, sondern auf jeden Fall eine Preisreduktion oder die Wandlung in Kauf zu nehmen, wird klar, dass eine Weigerung nur dann vorliegt, wenn sie ernstlich, endgültig und inhaltlich bestimmt ist. *Reischauer* schreibt, dass allein entscheidend ist, ob aus dem Empfängerhorizont des AG noch die Leistungsbereitschaft zu schließen ist.⁴⁵⁵

Inhaltlich ähnliche Passagen mit gleichen gewährleistungsrechtlichen Folgen finden sich auch in der VOB (§ 13 Nr 6: ...würde sie [die Beseitigung] einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert...)⁴⁵⁶ und der SIA (Art 169: ...hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen...).

Für den Anwendungsbereich der SIA-Norm schreibt auch *Gauch*⁴⁵⁷, dass die Weigerung deutlich und entschieden sein muss. Entschieden ist sie dann, wenn sie ernsthaft und

⁴⁵⁴ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 60; vgl auch *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 932 Rz 12.

⁴⁵⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 918 Rz 14.

⁴⁵⁶ Auch wenn hier auf den unverhältnismäßigen Aufwand verwiesen wird, kann auf zur VOB gemachte Aussagen zur Art und Weise, wie der AN eine Weigerung ausdrücken kann, zurückgegriffen werden.

⁴⁵⁷ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 30 f; und vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1800 u 2667.

endgültig ist. Gleiches gilt auch für den Anwendungsbereich der VOB.⁴⁵⁸ Das Motiv für die Verweigerung ist nicht relevant. Aus der zweckentsprechenden Auslegung des Art 169 Abs 2 der SIA ergibt sich, dass es genügt, wenn der AN sich weigert, die Verbesserung sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist vorzunehmen oder sie auf seine Kosten auszuführen, soweit er die Kosten zu tragen hat. Nicht erforderlich ist, dass der AN die Verbesserung überhaupt ablehnt. Ebenso ist ausreichend, wenn der AN das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikt bestreitet, indem er zB erklärt „die Sache gehe ihn definitiv nichts an“.⁴⁵⁹ Gleiches bestimmt auch der OGH, indem er in der E vom 19940628 eine Stellungnahme des AN mit dem Inhalt, dass der AN weder den Mangel, (in diesem Fall die Undichtheit eines Fußbodens) noch eine Verletzung der Warnpflicht zu vertreten habe, als Weigerung der Durchführung der Verbesserung angesehen hat.⁴⁶⁰

Zu untersuchen ist nun, in welcher Form der AN sich weigern kann, eine Mangelbehebung durchzuführen und wann der AG annehmen kann, dass der AN eine Mangelbehebung nicht mehr in angemessener Zeit durchführen wird und somit ein sofortiger Zugriff auf die anderen Rechte gerechtfertigt ist.

Eine Weigerung ist eine Willensäußerung. Ein Wille kann schriftlich, mündlich und durch konkludentes Handeln geäußert werden, daher kann auch die Weigerung auf eben diese Arten kund getan werden. Zu beachten ist, dass im Streitfall der AG die Verweigerung des AN zu beweisen hat.⁴⁶¹

- schriftlich:

Eindeutig ist die Lage, tut der AN in Schriftform seinen Unwillen zur Mangelbehebung kund, wobei keine Formvorschriften einzuhalten sind.

Liegt dem AG schriftlich vor, dass der AN eine Verbesserung gar nicht, nicht in angemessener Zeit oder nicht auf seine Kosten vornehmen wird, oder „den AN der Mangel nichts angeht“, kann der AG annehmen, dass der AN nicht bereit ist, eine Mangelbehebung durchzuführen, und somit eindeutig ein Fall von Weigerung vorliegt.

- mündlich:

Grundsätzlich ist auch eine mündliche Weigerung ausreichend. Gleiches schreiben auch *Heiermann/Riedl/Rusam*⁴⁶² für den Anwendungsbereich der VOB.

Zu beachten ist vor allem besonders bei einer mündlichen Weigerung, dass die Beweislast beim AG liegt.

Vorsicht ist auch hinsichtlich der Endgültigkeit der Weigerung geboten, weil der AN uU in einem Streitgespräch im Affekt handelt und Aussagen tätigt, die er nach dem Streitgespräch bereut und seine Aussage im Nachhinein widerruft. Ist dies der Fall und der AN doch zu einer Mangelbehebung bereit, soll ihm dies nicht unmöglich

⁴⁵⁸ siehe *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163 a.

⁴⁵⁹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 30 f; und vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1800 u 2667.

⁴⁶⁰ siehe OGH 4 Ob 515/94, 19940628, ecolex 1994, 675.

⁴⁶¹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163 a.

⁴⁶² siehe *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163 a.

gemacht werden. Dh einer mündlichen Willensäußerung ist sinnvollerweise dem AN eine Reaktionszeit einzuräumen, die es ihm ermöglicht, sich des Ausmaßes seiner Aussage, also der Folgen der Weigerung, bewusst zu werden. Bedauert der AN eine einmal gemachte Aussage, weil er eben entweder im Affekt gehandelt hat oder uU auch durch Einholen der Meinung eines Fachkundigen, so wird der AG davon ausgehen dürfen, dass sich der AN unverzüglich mit dem AG in Verbindung setzt, um eine Lösung des Problems zu bewirken. Geschätzt kann dieser Zeitraum eine Dauer von maximal einer Woche umfassen.

- Verhalten des AN:

Äußert sich der AN nicht ausdrücklich zur Aufforderung zur Mangelbehebung, so gibt es auch die Möglichkeit, eine schlüssige Willenserklärung abzugeben, also durch sein Verhalten den Willen oder Unwillen an der Verbesserung zu bekunden. Dh einerseits kann der AN der Aufforderung auf Mangelbehebung des AG Handlungen setzen, die eindeutig erkennen lassen, dass der AN eine Mangelbehebung durchführen wird (zB Beginn der Sanierungsarbeiten) oder dass er sie nicht durchführen wird (zB beharrliches Ignorieren von Verbesserungsaufforderungen des AG).

Grundsätzlich ist aber zu beachten, dass bei der Beurteilung von Handlungen auf ihre konkludente Aussage größte Vorsicht geboten ist, weil die Gefahr besteht, dass dem Handelnden Äußerungen unterstellt werden, die nicht in seinem Sinn sind. Daher bestimmt § 863 ABGB, dass eine konkludente Erklärung nur angenommen werden darf, wenn eine Handlung nach der Verkehrssitte, nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer bestimmten Richtung zu verstehen ist. Es darf kein vernünftiger Grund übrig sein, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewille in bestimmter Richtung vorliegt.⁴⁶³ Das Verhalten des AN muss eindeutig und unverkennbar sein, um als Weigerung zu gelten.

Beispiele:

- Ignoriert der AN beharrlich jegliche Versuche des AG, mit ihm in Kontakt zu treten (zB durch Nichtbeantwortung von schriftlichen Mangelbehebungsaufforderungen, durch kontinuierliche „Abwesenheit“ bei Versuchen des AG, den AN telefonisch zu erreichen, und auch nicht zurückzurufen, etc), kann von einer Weigerung gesprochen werden. Zu beachten ist dabei immer die Beweislast des AG.

Kann der AG nachweisen, dass der AN auf zwei Aufforderungen, die in entsprechendem zeitlichen Abstand zueinander erfolgt sind, der einerseits die Zustellungszeit der Mangelbehebungsaufforderungen berücksichtigt und andererseits dem AN ausreichend Zeit gegeben hat, auf die Aufforderungen des AG zu reagieren, dann wird ein Fall von Weigerung der Mangelbehebung vorliegen.

⁴⁶³ Vgl. *Koziol/Welser* I², S 93.

Zu bedenken ist, dass Briefe auf dem Postweg verloren gehen können bzw. Emails uU den Empfänger nicht erreichen. Daher empfiehlt es sich in jedem Fall, zumindest die zweite Aufforderung an den AN als eingeschriebenen Brief oder Email mit Lesebestätigung zu schicken. In der zweiten Aufforderung ist idealerweise auf die erste, unbeantwortet gebliebene Aufforderung zu verweisen, um beim AN Alarmglocken läuten zu lassen, sollte dieser das erste Schreiben nicht erhalten haben. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist es auch zielführend, eine Frist für den Ablauf der Wartezeit auf eine Antwort zu setzen und auf die Folgen nach Ablauf der Wartefrist für eine Reaktion des AN hinzuweisen.

IdR kann der AG eine Antwort auf ein Schreiben, das die Aufforderung zur Mangelbehebung enthält, erwarten. Dies muss keine Zusage zur Mangelbehebung sein, sondern zunächst eine Zurkenntnisnahme der Aufforderung.

Normalerweise kann von einer Antwortfrist seitens AN von 2 Wochen bis 1 Monat⁴⁶⁴ ausgegangen werden, um dem AN ausreichend Möglichkeit für eine Antwort zu geben.

Aktivität	Dauer [d]
1. Mängelrüge	
Zustellung	3
abzuwartende Reaktionszeit (mind. 2 Wochen)	14
2. Mängelrüge	
Zustellung	3
abzuwartende Reaktionszeit (mind. 2 Wochen)	14
	34

Tabelle 16: Dauer Reaktionszeit

So ergibt sich ein Zeitraum von mindestens 5 Wochen ab erster Mängelrüge, ehe dem AN die Weigerung unterstellt werden kann, sofern der AN in keiner Art und Weise auf die Aufforderungen des AG reagiert, da der AG zumindest irgendeine Reaktion des AN auf die Aufforderung zur Mangelbehebung erwarten kann. Lässt der AG einen Zeitraum von mindestens 5 Wochen, in dem oben beschriebene Aktivitäten gesetzt wurden, verstreichen, kann der AN nur sehr schwer firmeninterne Gründe entgegenhalten, der zuständige Sachbearbeiter sei zB auf Urlaub gewesen oder ähnliches.

Gleiches gilt, wenn die an den AN gerichteten Schreiben des AG ungeöffnet wieder zurückgesendet werden.

Es liegt keine Weigerung vor, wenn dem AG bekannt sein muss, dass der AN nicht in dieser Zeit reagieren kann, zB ist auf dem Anrufbeantworter eines Unternehmens auf Betriebsurlaub hingewiesen oder folgt auf Emails eine automatische Antwort mit gleichem Inhalt.

⁴⁶⁴ In OGH 1 Ob 679/90 (19911120) nimmt der OGH zwar nicht zu diesem Thema Stellung, jedoch hält hier der AG in seiner Argumentation eine Frist von einem Monat nach Absenden des 2. Aufforderungsschreibens für angemessen.

Ebenso liegt keine Weigerung vor, wenn der AN erfüllungsbereit ist, wenn er also Leistungsvorkehrungen trifft, um Fristverlängerung ansucht, wenn der AN auf Klärung der Mangelursache verweist, weil nicht eindeutig ist, dass der AN für den Mangel einzustehen hat, sich also gesprächsbereit gibt, etc.⁴⁶⁵

Erklärt der AN nach Ablauf der angemessenen Fristen (siehe oben) für eine Reaktion auf die Aufforderungen zur Mangelbeseitigung, dass er zur Verbesserung bereit sei, kommt diesem Umstand keine Bedeutung mehr zu. Der AG kann selbstverständlich dem AN weiter eine Chance auf Verbesserung geben, jedoch kann er sich auch für die Preisminderung bzw. Wandlung entscheiden.

- *Reischauer* schließt aus einem anderen Verhalten des AN die Weigerung: *Wer trotz des Bekanntseins des Mangels den Preis einklagt, verweigert damit idR die Mangelbeseitigung (iSd § 932 Abs 4 ABGB nF).*⁴⁶⁶
- In der E 7 Ob 397/65 vom 19660119 (SZ 39/8) hält der OGH im Rechtssatz fest, dass die bloße Zusage von Verbesserungen durch ungeeignete Maßnahmen in Wirklichkeit die Verweigerung einer solchen bedeutet. Ob die Maßnahmen geeignet waren oder nicht, wurde in diesem Fall durch ein Gutachten eines Sachverständigen geklärt.
- In der E 2 Ob 89/64 vom 19640416 wertete der OGH das Schweigen auf ein Schreiben folgenden Inhalts als Zustimmung: „... Gebe ihnen eine Frist von 14 Tagen; entweder nehmen sie die Kuh innerhalb dieser Frist zurück oder ich behalte mir 2000 S vom Kaufpreis zurück, damit ein Teil des Schadens gedeckt ist. Holen Sie das Tier innerhalb dieser Frist nicht ab oder kommen Sie nicht persönlich, den Schaden zu besichtigen und einen Ausgleich zu machen, so nehme ich an, daß Sie meinen Vorschlag akzeptieren ...“. Stillschweigen ist nur dann als Zustimmung zu werten, wenn der schweigende Geschäftspartner nach Treu und Glauben, nach der Verkehrssitte oder nach dem Gesetz hätte reden sollen. Im vorliegenden Fall wäre aber der Kläger nach Treu und Glauben zu einer ablehnenden Beantwortung des Schreibens des Beklagten verpflichtet gewesen, wenn er nicht als der vorgeschlagenen Änderung des Vertrages zustimmend behandelt werden wollte. *Gschnitzer* weist darauf hin, daß zwar bei der Beurteilung des verpflichtenden Stillschweigens Zurückhaltung geboten sei, daß aber seine Deutung als Annahme namentlich dann gerechtfertigt sei, wenn die Ablehnung durch erkennbar wichtige Interessen des Vorschlagenden, namentlich innerhalb bereits bestehender Rechtsverhältnisse, geboten und ohne ernstliche Behelligung des schweigenden Partners möglich war, wenn ferner die Gegenseite mit der Beantwortung rechnen und bei Ausbleiben der Antwort Grund zur Annahme haben konnte, daß man mit dem Vorschlag einverstanden sei und alles in Ordnung gehe. Alle diese Gesichtspunkte treffen vorliegendenfalls für die

⁴⁶⁵ Vgl. *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 918 Rz 13.

⁴⁶⁶ *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

Deutung des Stillschweigens des Klägers als Zustimmung zum Vorschlag seines Gegners auf Kaufpreisreduktion zu.⁴⁶⁷

Häufig wird die Haftung für Mängel abgelehnt, weil der AN der Meinung ist, er sei nicht verantwortlich dafür, zB weil der aufgetretene Mangel durch einen Planungsfehler, durch eine fehlerhafte Anordnung des AG oder durch mangelhafte Vorleistungen anderer AN des AG verursacht wurde und den AN jeweils aufgrund fehlender Erkennbarkeit des Mangels keine Warnpflicht getroffen hat, oder der AN fühlt sich nicht verantwortlich, weil die Ursache des Mangels im Baugrund oder den Grundwasserverhältnissen zu suchen ist, oder der Mangel zufolge der Übertragung gröblich benachteiligender Risiken (Planungsänderungsgarantie, Funktionsgarantie) im Bauvertrag entstanden ist oder es sich um einen unerheblichen oder unbeheblichen Mangel handelt.

Kommt es in solchen Fällen zu keiner Einigung über die Mangelursache und dessen Verantwortlichkeit, bleibt den Parteien keine andere Möglichkeit, als einen Sachverständigen zu konsultieren, um durch einen Unabhängigen den Grad des Verschuldens der einzelnen Beteiligten feststellen zu lassen. Bevor man also von einer Weigerung der Mangelbehebung sprechen kann, muss der Verursacher des Mangels eindeutig geklärt sein.

Zu beachten ist weiters, dass für eine „Weigerung des AN“ nicht jeder Mitarbeiter des AN in Frage kommt - vor allem bei einer mündlichen Weigerung - (siehe hierzu Überlegungen in Kap 5.3.6). *Gauch* schreibt insbesondere zu Willensäußerungen von Subunternehmern, dass es auf das Verhalten von Subunternehmern des AN nicht ankommt, weil der AG kein Vertragsverhältnis zu den Subunternehmern hat. Umgekehrt kann der AN, der seine eigene Haftung bestritten hat, dem AG nicht entgegenhalten, dass sein Subunternehmer zur Mangelbeseitigung bereit gewesen wäre.⁴⁶⁸

Ist der AG ausnahmsweise verpflichtet, einen Zuschuss an die Verbesserungskosten zu leisten, so muss der AN die Verbesserung nur Zug um Zug gegen Zahlung des auf den AG fallenden Betrags leisten oder allenfalls gegen ausreichende Sicherheitsleistung. Eine Verweigerung der Mangelbeseitigung im Sinne des Art 169 Abs 2 der SIA liegt nicht vor, wenn sich der AN nur bis zur Leistung des Zuschusses (oder der Sicherheit) seitens AG oder bis zum Angebot der Leistung des AG weigert.⁴⁶⁹

Äußert sich der AN nicht eindeutig, erweckt das Verhalten des AN den Anschein des Hinauszögerns bzw Hintanhaltens und kann aus dem Verhalten des AN nicht eindeutig eine Weigerung der Mangelbehebung geschlossen werden, ist seitens AG auf jeden Fall zu beachten, dass die Gewährleistungsfrist nicht ungenützt verstreicht, denn diese wird erst durch das Anerkenntnis des Mangels unterbrochen, nicht durch die Mängelrüge.

⁴⁶⁷ Vgl Rechtssatz zu OGH 2 Ob 89/64 vom 19640416.

⁴⁶⁸ *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 30.

⁴⁶⁹ *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 31.

5.3.4 Fristüberschreitung

Nach dem alten Gewährleistungsrecht muss der AG den AN zur Verbesserung auffordern und ihm hierfür eine angemessene Frist setzen. Die Fristsetzung ist sowohl nach § 1167 ABGB als auch nach ÖNorm dF 2000 erforderlich. Seit der Reform des Gewährleistungsrechts ist keine Fristsetzung durch den AG mehr erforderlich, sondern der AN muss innerhalb angemessener Frist den Mangel beheben. (zur Dauer der angemessenen Frist siehe Kap 5.6.1)

Der Fall des Verbesserungsverzugs, nämlich dass der AN die vom AG geforderte Mangelbehebung nicht in angemessener Frist durchführt, wird im ABGB in den §§ 922-932 bzw 1167, die für das Gewährleistungsrecht relevant sind, nicht behandelt. War die Frist angemessen und läuft sie ab, ohne dass der Mangel behoben wurde, so hat der AG folgende, sich aus anderen Gesetzesbestimmungen, der Judikatur bzw der ÖNorm ergebende Möglichkeiten im Falle eines Verbesserungsverzugs:

1. Der AG kann weiter auf Mangelbehebung durch den AN bestehen und diesem nochmals eine Frist für die Behebung setzen.
2. Der AG kann eine Preisreduktion fordern:
 - a. entweder sich stützend auf die Gewährleistung, die dem AG im Rahmen der Preisminderung eine Reduktion - berechnet nach der relativen Berechnungsmethode - zugesteht oder
 - b. im Rahmen einer Ersatzvornahme die Kosten der Mangelbehebung durch Dritte oder den AG selbst vom AN fordern. (siehe unten Exkurs)
3. Der AG kann - sofern die Voraussetzungen für eine Wandlung (Vorliegen eines wesentlichen bzw nicht geringfügigen Mangels) gegeben sind - die Wandlung des Vertrags fordern. Nach der ÖNorm dF 2000 hatte nur der Verbraucher im Sinne des KSchG das Recht auf Wandlung, mit der Reform des Gewährleistungsrechts ist diese Beschränkung gefallen, alle Vertragspartner können das Recht auf Wandlung geltend machen.

Exkurs Ersatzvornahme

Die ÖNorm dF 2000 legte in P 5.44.4.2 ausdrücklich fest, dass der AG nach *Ablauf der gesetzten Frist [...] den Mangel auf Kosten des AN selbst beheben oder durch Dritte beheben lassen* kann. Zu beachten ist, dass die Möglichkeit der Ersatzvornahme nicht an das Verschulden des AN gebunden ist, dh erfolgte nach alter Rechtslage in angemessener Frist ohne Verschulden⁴⁷⁰ des AN keine Mangelbehebung, konnte der AG die Kosten der Mangelbehebung vom AN fordern. In der Fassung 2002 der ÖNorm ist diese Möglichkeit

⁴⁷⁰ Ist zB das zu verbessernde Objekt durch Lawinenabgang (Straßensperre) oder Hochwasser nicht zugänglich oder die Zufahrt wegen einer anderen Baustelle mit für die Mangelbehebung benötigten Geräten nicht möglich, lassen besonders widrige, unvorhersehbare Witterungsverhältnisse eine Mangelbehebung nicht zu (zB länger andauernder starker Regen bei der Sanierung einer Fassade), verzögert sich die Lieferfrist von Spezialanfertigungen oder Ersatzteilen, legt eine Grippewelle die die Mannschaft des AN lahm, etc und wird der AN deshalb an der Mangelbehebung innerhalb angemessener Frist gehindert, so kann ihm daran kein Verschulden vorgeworfen werden.

nicht mehr explizit erwähnt. In der Folge wird der Frage nachgegangen, ob der AG trotz Streichung des P 5.44.4.2 in der Fassung 2002 die Möglichkeit hat, nach Ablauf der angemessenen Frist die Kosten der Mangelbeseitigung durch Dritte oder durch den AG vom AN zu fordern.

Anders als die ÖNorm dF 2000, die dem AG das Recht gibt, den Mangel selbst zu beseitigen und den Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, enthält das ABGB keine besonderen Regeln. Die Lösung des Problems blieb daher Lehre und Rspr überlassen.

- Schadenersatz wegen Verbesserungsverzug

Der AG hat das Recht, Schadenersatz nach § 921 ABGB zu fordern, wenn der AN den Verzug verschuldet hat. Der Schaden liegt im Mangel, der Anspruch richtet sich auf Ersatz des Betrages, der erforderlich ist, um ihn zu beseitigen (Verbesserungsaufwand). Der Schaden muss lediglich bezifferbar sein, er ist nicht auf jenen Betrag begrenzt, den der AN selbst hätte aufwenden müssen, sondern richtet sich nach den konkret anfallenden Kosten. Der Ersatzanspruch hängt nicht davon ab, ob der AG die Verbesserung bereits durchgeführt oder einen Dritten damit beauftragt hat, sehr wohl aber ist Voraussetzung, dass der AN den Verzug verschuldet hat. Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB führt dazu, dass der AN sich vom Verschuldensvorwurf freibeweisen muss. Gelingt ihm dies, so hat der AG keinen Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten⁴⁷¹ aus dem Titel des Schadenersatzes.

- Ersatz des Verbesserungsaufwandes unter Berufung auf § 353 EO (Exekutionsordnung)

Der OGH hat in SZ 25/277 und HS I/75 entschieden, dass der AG sofort das notwendige Deckungskapital⁴⁷² durch Klage ohne Rücksicht darauf, ob die Verbesserung bereits vorgenommen wurde oder nicht, begehren kann und es nicht erforderlich ist, den AN zunächst auf Vornahme der Verbesserung zu klagen und danach im Wege der Exekution die erforderlichen Kosten vorschußweise zu verlangen. Der OGH beruft sich auf § 353 EO, nach welchem auch Kosten gefordert werden können, bevor die Arbeiten durchgeführt sind. Diese OGH-Entscheidungen wurden in der Lehre verschieden kommentiert, sprach sich *Wilhelm* gegen eine Abkürzung des Verfahrens aus, weil dem AN die Möglichkeit genommen wird, nach der Verurteilung die Leistung selbst zu bewirken und so der teuren Ersatzvornahme zu entgehen, spricht sich *Reischauer* dafür aus, da dem AN ohnehin eine Verbesserungsgelegenheit gegeben wurde:⁴⁷³ *Nach erfolgloser Gewährung einer Verbesserungschance hat mE der Gläubiger ohne Rücksicht auf ein Verschulden einen Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten. Dies in Fortführung der*

⁴⁷¹ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 80 f.

⁴⁷² Der für die Behebung des Mangels durch einen Dritten erforderliche Betrag.

⁴⁷³ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 81 f.

Gedanken des § 353 EO. Dringt man mit der Klage auf Verbesserung durch, so bekommt man ein Leistungsurteil. Leistet der Schuldner nicht innerhalb der Leistungsfrist (Details § 409 ZPO), so kann man das Urteil exekutieren. Es erfolgt eine Ersatzvornahme (§ 353 EO). Der Schuldner hat die Kosten dieser Ersatzvornahme zu tragen. Meiner Meinung nach muss auch ein abgekürzter Weg möglich sein. Der Gläubiger kann statt Klage und Ersatzvornahme nach § 353 EO unter Verfahrensrationalisierung das notwendige Deckungskapital verlangen, wenn die angemessene Nachfrist für die Verbesserung erfolglos verstrichen ist. - § 353 EO hat einen materiellrechtlichen Hintergrund. Der Schuldner soll die Kosten tragen, weil er die gebotene Chance zur Leistung nicht wahrgenommen hat.⁴⁷⁴ Reischauer sieht seine Meinung durch das neue Gewährleistungsrecht bestätigt, da nach dem in § 933 b ABGB festgelegten Besonderen Rückgriff ein Gewährleistungsverpflichteter unter Gewährleistungsgesichtspunkten zu einem Aufwändersatz verpflichtet sein kann. Im Fall des Besonderen Rückgriffs gibt es allerdings eine höhenmäßige Beschränkung, nämlich mit dem eigenen Aufwand. Reischauer stützt sich weiters auf die Rspr, die zum Teil ausdrücklich Verbesserungskosten unter dem Titel der Gewährleistung zugesteht, wenn der AN mit der Verbesserung in (objektivem)⁴⁷⁵ Verzug ist bzw er vergeblich zur Verbesserung aufgefordert worden ist.⁴⁷⁶

Iro schreibt hingegen: Zwar kann nach hA das Deckungskapital auch im Rahmen der Gewährleistung verlangt werden, doch nur dann, wenn der Veräußerer mit der Verbesserung des Mangels schuldhaft in Verzug gerät.⁴⁷⁷

Eine eindeutige, im ABGB verankerte Lösung für den Fall des Verbesserungsverzugs, der nicht schuldhaft vom AN verursacht wurde, gibt es nicht, wie die divergierenden Aussagen von Juristen bestätigen.

Ende Exkurs

Tatsache ist, dass die relevante Passage nun (idF 2002) nicht mehr in der ÖNorm enthalten ist, was die Frage aufwirft, ob sich für ÖNorm-Verträge durch das GewRÄG die Rechtslage verändert hat oder nicht. Eindeutig ist die Sachlage, wenn der AN den Verbesserungsverzug verschuldet hat. In einem solchen Fall kann der AG eindeutig aus dem Titel des Schadenersatzes die Kosten der Ersatzvornahme vom AN fordern, unabhängig davon, ob die Mangelbeseitigung durch einen anderen als den AN bereits durchgeführt wurde oder dies erst in Zukunft passieren soll.

Nicht so eindeutig und klar ist die Sachlage, wenn der AN den Verbesserungsverzug nicht verschuldet hat. Ist in einem solchen Fall dem AN der Verweis auf die Preisminderung bzw

⁴⁷⁴ Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137; vgl auch Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, § 932 Rz 12.

⁴⁷⁵ Objektiver Verzug: vom Schuldner nicht verschuldeter Verzug; subjektiver Verzug: vom Schuldner verschuldeter Verzug.

⁴⁷⁶ Vgl Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137; vgl auch Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³, § 932 Rz 13.

⁴⁷⁷ Iro, OGH: Widersprüchliches zum Vorrang der Naturalrestitution vor Geldersatz bei Mangelschäden, RdW 1996, 106.

das Tragen der Kosten der Ersatzvornahme zumutbar? Einfach lösbar wäre das Problem über die Definition der Angemessenheit der Frist, innerhalb welcher AN die Verbesserung vorzunehmen hat. Definiert man die „angemessene Frist“ als einen Zeitraum, in dem es dem AN auf jeden Fall möglich ist, eine Verbesserung vorzunehmen, kann der Verzug nicht ohne Verschulden des AN „passieren“, weil sich die Dauer der angemessenen Frist danach richtet, ob die Verbesserung dem AN in dieser Frist möglich ist. Kommt es durch Umstände, die der AN nicht schuldhaft verursacht hat, zu einem Verzug der Verbesserung, so verlängert sich die Frist automatisch bis zu jenem Zeitpunkt, an welchem die Verbesserung für den AN wieder möglich ist. Die Frist wäre gehemmt bis das hemmende Ereignis, das die Verbesserung unmöglich macht, beseitigt ist. Diese Interpretation geht auch konform mit dem von der Gewährleistungsrechtsreform festgelegten Ziel, dem AN auf jeden Fall eine zweite Chance einzuräumen. Käme als angemessene Frist nun ein Zeitraum in Betracht, den ein beliebiger AN für die Verbesserung benötigen würde, statt jenem Zeitraum, den dieser spezielle AN, mit dem der AG ja bereits ein Vertragsverhältnis hat, benötigt, dann wäre diesem AN keine weitere Chance eingeräumt. (siehe dazu Kap 5.6.1)

Vor der Reform war die Möglichkeit für den AG, auch bei Verbesserungsverzug auf die anderen Gewährleistungsbehelfe umzusteigen, ebenso möglich, obwohl nicht explizit im Gesetzestext erwähnt. Die ÖNorm dF 2000 beschränkte hierbei das Wahlrecht für AG, die nicht Konsumenten sind, auf die Preisminderung. Diese Beschränkung ist in der ÖNorm dF 2002 gefallen. Unabhängig vom Verschulden des Verbesserungsverzugs konnte der AG nach ÖNorm dF 2000 die Ersatzvornahme fordern, für verschuldeten Verzug ist dies auch in der ÖNorm dF 2002 so. Für nicht verschuldeten Verzug ist die Rechtslage nicht ganz eindeutig (siehe Exkurs), durch eine entsprechende Interpretation der „angemessenen Frist“ kann dieser Unsicherheit entgangen werden (siehe Kap 5.6.1).

Die Folgen des Verbesserungsverzuges treten unter bestimmten Voraussetzungen auch sofort ein, ohne dass überhaupt eine angemessene Mangelbehebungsfrist verstreichen muss, und zwar, wenn die Verbesserung zwar an sich möglich, aber in angemessener Zeit nicht durchführbar ist (HS 637/9; 14.714/3)⁴⁷⁸ oder die Verbesserung ernsthaft verweigert wurde⁴⁷⁹ oder der AN zur Verbesserung unvermögend ist (HS 5325 [Freiheitsstrafe]; RdW 1996, 181 [Unfähigkeit zur vereinbarten Dienstleistung]).⁴⁸⁰ *Dies freilich dort grundsätzlich nicht, wo der Gläubiger die Verbesserung wegen erheblicher Unannehmlichkeiten ablehnt (§ 932 Abs 4 ABGB nF).*⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Vgl *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 60.

⁴⁷⁹ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 932 Rz 12.

⁴⁸⁰ *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 918 Rz 14.

⁴⁸¹ *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

5.3.5 Beurteilung der Erheblichkeit von Unannehmlichkeiten für Verbesserung und Austausch für den AG

Der AG hat das Recht, das primäre Recht des AN auf Mangelbeseitigung abzuwehren, wenn die Mangelbehebung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist.

Zweck dieser Bestimmung ist, dass der AG die Mangelbeseitigung ablehnen kann, wenn sie für ihn mit besonderen Unannehmlichkeiten und außergewöhnlichen Belastungen verbunden ist und er sie deshalb nicht will. Nach der alten Rechtslage war ihm dies ausschließlich über die Bestimmung bzgl des unverhältnismäßigen Aufwandes möglich, die ja nicht definierte, für wen der Aufwand zu beurteilen ist. Diese Bestimmung wurde aber nun geändert und es ist nun eindeutig der Aufwand für den AN zu beurteilen.

Bei der Beseitigung von Mängeln können dem AG verschiedenste Unannehmlichkeiten entstehen, allein das Vorliegen des Mangels ist eine Unannehmlichkeit, ebenso das Verfassen der Mängelrüge, Vereinbarung und Wahrung von Besichtigungsterminen, vor allem aber diverse Belastungen durch die Verbesserungsarbeiten selbst (Staub-, Schmutz-, Lärmbelastung, etc). Die Palette der möglichen Unannehmlichkeiten ist sehr weitreichend und vielfältig.

Aber nicht jede dieser Unannehmlichkeiten berechtigt den AG, dem AN die Verbesserung zu verweigern und statt dessen die Preisminderung zu wählen, sondern Gesetz und ÖNorm schreiben vor, dass die Unannehmlichkeiten erheblich sein müssen.

Die Bedeutung des Wortes „erheblich“ gibt nicht viel Aufschluss über die Art und Schwere der Unannehmlichkeiten, bedenkt man, dass „erheblich“ das Gegenteil von „unerheblich“ ist und die Folge von „unerheblichen Mängeln“ ist, dass dem AG keine Rechte aus der Gewährleistung zustehen. Zählt also jetzt schon jede noch so geringe Unannehmlichkeit, auf die das Kriterium „unerheblich“ nicht zutrifft, so könnte sich der AG - beinahe nach Belieben - immer auf erhebliche Unannehmlichkeiten berufen und so dem AN das Recht auf Mangelbeseitigung verwehren, wenn ihm die Preisminderung lieber ist als die Verbesserung. Das ist aber nicht Absicht von Gesetz und ÖNorm, sondern dem AN soll ja vornehmlich die zweite Chance zustehen. Demzufolge müssen die Unannehmlichkeiten für den AG schon sehr gewichtig und bedeutend sein, damit er Preisminderung oder Wandlung fordern kann.

Der Entwurf des GewRÄG erläutert mögliche dem AG entstehende Unannehmlichkeiten in diesem Zusammenhang. Eine davon ist, *dass der Verkäufer der Sache im schwer erreichbaren Ausland sitzt und daher nach der Lage der Dinge ein Geldausgleich leichter abzuwickeln ist als eine Reparatur oder ein Austausch* oder der Transport der Leistung wegen Größe, Sperrigkeit oder Gewichtigkeit Probleme bereiten könnte oder die Leistung/Sache durch einen Einbau überhaupt unbeweglich geworden ist. Weiters werden in diesem Zusammenhang Belastungen wie *etwa umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen*⁴⁸² erwähnt.

⁴⁸² Bundesministerium für Justiz, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000, S 33; vgl auch *Koziol/Welser II*¹², S 73.

Sowohl *Kropik*⁴⁸³ wie auch *Koziol/Welser*⁴⁸⁴ betonen, dass der AG nur in besonderen Härtefällen berechtigt sein soll, auf andere Gewährleistungsbehelfe ausweichen zu können, er vor krassen Unbilligkeiten geschützt werden soll und nicht schon jede kleine Unannehmlichkeit als „erheblich“ zu bezeichnen ist.

Wichtig ist, mit welchen Verbesserungsarbeiten zu rechnen ist. Unübliches und nicht Erwartbares wird der AG nicht hinnehmen müssen. Deshalb kann *Kropik* auch den Erläuternden Bemerkungen zum GewRÄG nicht zustimmen, dass Stemmarbeiten schon erhebliche Unannehmlichkeiten darstellen.⁴⁸⁵

Für den Anwendungsbereich der VOB, die ebenso das Kriterium der dem AG entstehenden erheblichen Unannehmlichkeiten vorsieht, um dem AG eine Möglichkeit zu geben, unter besonderen Umständen auf die Preisminderung zurückzugreifen, formulieren *Heiermann/Riedl/Rusam* schon wesentlich deutlicher, dass Umstände vorliegen müssen, die dem AG die *Hinnahme und Duldung der Mängelbeseitigung nach Treu und Glauben unzumutbar machen. Die Mängelbeseitigung muss generell und ohne Rücksicht darauf, wer sie durchführt, für den AG unzumutbar sein. Da es sich hier um einen Ausnahmetatbestand handelt, sind an die Unzumutbarkeit unter Anwendung objektiver und subjektiver Maßstäbe strenge Anforderungen zu stellen. Der AG kann sich auf Unzumutbarkeit berufen, wenn die Mängelbeseitigung ihm in unzumutbarer Weise persönliche oder finanzielle Opfer abfordern würde oder der Erfolg der Mängelbeseitigung ohnedies sehr fragwürdig ist.*⁴⁸⁶

Ebenso betont *Reischauer*⁴⁸⁷, dass ein wichtiger Grund vorliegen muss, der dem AG die Chancengewährung unzumutbar macht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der wichtige Grund auf Umstände zurückzuführen ist, die auf Seiten des AN liegen.

*Das Argument der Unzumutbarkeit der Nachbesserung - weil diese zB mit erneuten Bauarbeiten verbunden wäre - gilt nur in extremen Fällen.*⁴⁸⁸

Es entspricht der Intention des Gesetzes, dem AG wirklich nur in Ausnahmefällen das Recht einzuräumen, sich auf „erhebliche Unannehmlichkeiten“ zu berufen. Sie sind gleichzusetzen mit der Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung für den AG.

Vorstellbar ist dies bei Bauwerken ständiger Benützung wie Straßenbauten, Tunnels, innerstädtischer Straßenbau auf Hauptverkehrsadern, Krankenhäusern, Schulen, Gefängnissen, Museen, Theatern, U-Bahnen etc. In solchen Fällen wird es dem AG unzumutbar sein, das gesamte Krankenhaus zu sperren, das Ausmalen einzelner Zimmer oder Tauschen einzelner Fenster fällt keineswegs unter Unzumutbarkeit. Vor allem bei politisch bedeutenden, uU sehr umstrittenen Bauwerken ist es undenkbar, dass sie kurz nach der Eröffnung wieder wegen Bauarbeiten gesperrt werden, vor allem bei Sanierungsarbeiten, die einer längerfristige Sperre erforderlich machen.

⁴⁸³ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 273 f.

⁴⁸⁴ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 73.

⁴⁸⁵ Vgl *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 273 f.

⁴⁸⁶ *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 164.

⁴⁸⁷ Vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBl 2002, 137.

⁴⁸⁸ *Oswald/Abel*, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, S 9.

Ebenso ist es dem AG zB unzumutbar, unmittelbar nach Eröffnung eines architektonisch und als Touristenattraktion bedeutenden Museums dessen Fassade einzuhausen und zu sanieren oder den Eröffnungstermin wegen der Weiterführung der Baustelle zu verschieben.

Macht eine Mangelbeseitigung in einer Wohnung erforderlich, dass der Bewohner vorübergehend aus der Wohnung auszieht, ist dies kein Grund, sich auf erhebliche Unannehmlichkeiten zu berufen. Sehr wohl muss in einem solchen Fall der AN die Kosten für ein vorübergehendes, adäquates, sprich der Wohnung gleichwertiges, Quartier übernehmen, dem AG dürfen keine Kosten erwachsen.

Ebenso sind erneute Bauarbeiten, wie zB Stemmarbeiten, und damit verbundene Belastungen zuzulassen.

Sind die auftretenden Unannehmlichkeiten zwar erheblich aber zeitlich befristet, zB drohender Produktionsausfall in einer Fabrik wegen der Mangelbehebungsarbeiten, so kann der AG berechtigter Weise einwenden, die Verbesserungsarbeiten auf die Betriebsferien zu verschieben. Bedeutend für die Beurteilung der Erheblichkeit von Unannehmlichkeiten ist somit auch die Dauer der Mangelbeseitigungsarbeiten, nämlich ob sie über Nacht, am Wochenende, in den Betriebsferien, zu Jahreswechsel oder in der Zwischen- bzw Nebensaison durchgeführt werden können.

Auch in diesem Fall gilt, dass sich der AG dann nicht auf erhebliche Unannehmlichkeiten berufen kann, wenn durch das Belassen des Mangels Folgeschäden drohen, also die Vergrößerung des Mangels, Gefährdung der Substanz des Bauwerks bis hin zur Gefährdung von Sachen und Personen.

5.3.6 Beurteilung der Zumutbarkeit in Hinblick auf die Person des AN

Kann dem AG aus Gründen, die in der Person des AN liegen, eine Mangelbehebung durch den AN nicht zugemutet werden, so hat der AG ebenso die Möglichkeit, auf andere Gewährleistungsbehelfe (Preisreduktion und ggf Wandlung) zurückzugreifen. Hierbei stellen sich zwei Fragen, deren Beantwortung in der Folge behandelt wird:

1. Wer ist „die Person des AN“?
2. Welches Verhalten des AN macht die Mangelbehebung für den AG unzumutbar?

Die Person des AN

Die ÖNorm B 2110 enthält keine eigene Definition des „AN“, sondern verweist auf die Begriffsbestimmungen der ÖNorm A 2050. Diese definiert den „AN“ wie folgt: *Der Auftragnehmer ist jeder Unternehmer, mit dem vertraglich vereinbart wird, dem AG eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen*⁴⁸⁹ und den Begriff „Unternehmer“ als *natürliche oder juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften und eingetragene Erwerbsgesellschaften*.⁴⁹⁰

Demnach bezieht sich die Definition der „Person des AN“ sowohl auf natürliche, wie auch juristische Personen, dh einerseits können Gründe vorliegen, die dem AG eine

⁴⁸⁹ ÖNorm A 2050, Ausgabe 2000-03-01, P 3.5.

⁴⁹⁰ ÖNorm A 2050, Ausgabe 2000-03-01, P 3.25.

Mangelbehebung durch den AN unzumutbar machen, die in der Firma, dem Unternehmen liegen, andererseits können sich auch einzelne natürliche Personen, die im Unternehmen des AN beschäftigt sind, grob ungebührlich verhalten.

Gleiches definiert auch FIDIC in Klausel 1.1 „Definitionen“: *„Words indicating persons or parties include corporations and other legal entities, except where the context requires otherwise.“* Die Worte „Person“ oder „Partei“ schließen Gesellschaften und andere juristische Personen mit ein, soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt.

Zu beachten ist bei der Auslegung der natürlichen Person des AN jedoch, dass hier nicht das Verhalten jedes einzelnen Mitarbeiters des Unternehmens des AN gemeint sein kann, zumal der AG lt Pkt 5.19 der ÖNorm dF 2002 (Pkt 5.18 dF 2000) auch gegen unangebrachtes persönliches Verhalten von Arbeitnehmern der Vertragspartner vorgehen kann: *„Arbeitnehmer der Vertragspartner, die sich grob ungebührlich verhalten, sind auf Verlangen des anderen Vertragspartners vom Erfüllungsort abzuführen.“* Verhalten sich also einzelne Personen unangemessen, so hat der Vertragspartner die Möglichkeit, zu reagieren und die Entfernung dieser Personen von der Baustelle zu veranlassen. Grundsätzlich ist die Unzuverlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen als Unzuverlässigkeit des AN zu bewerten.⁴⁹¹

Sehr wohl wird aber das persönliche Verhalten von Entscheidungsträgern bzw Ansprechpartnern für den AG, zB Bauleiter, relevant sein. *Die Organtätigkeit von Mitgliedern der Organe einer juristischen Person (insb der Mitglieder geschäftsführender Organe) ist als Verhalten der juristischen Person zu bewerten.*⁴⁹²

Liegen Gründe vor, die das Vertrauensverhältnis der Vertragspartner schwer stören, so dass dem AG eine Mangelbeseitigung durch den AN nicht mehr zugemutet werden kann, kann der AG auf andere Gewährleistungsbehelfe greifen. Das Vertrauensverhältnis störende Faktoren können sowohl das Verhalten einzelner Personen betreffen als auch im Unternehmen des AN begründet liegen.

Triftige in der Person des AN liegende Gründe

In der Literatur sind folgende triftige Gründe genannt: Konkurs bzw Ausgleich des AN, sonst anhängiges Strafverfahren oder Verurteilung, fehlende Gewerbeberechtigung, offensichtliche Unfähigkeit der Mangelbehebung, besondere Sorglosigkeit. Diese werden in der Folge auf ihre Anwendbarkeit für Bauwerkverträge untersucht.

- Insolvenz des AN

Ausgleich nennt man einen *gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich eines Schuldners mit seinen Gläubigern, der die Unternehmensfortführung (Sanierung) ermöglichen soll.*⁴⁹³

Hingegen ist ein Konkurs ein auf Antrag des zahlungsunfähigen oder überschuldeten Schuldners mehrerer Gläubiger oder auf Antrag eines seiner Gläubiger eingeleitetes

⁴⁹¹ Vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁴⁹² *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁴⁹³ *Russwurm/Schöller*, Österreichisches Rechtswörterbuch, S 29.

gerichtliches Verfahren, mit welchem die Gläubiger aus dem Erlös des verwerteten Gesamtvermögens des Schuldners mit einer Quote entsprechend dem Verhältnis des Gesamterlöses zu den Forderungen der Gläubiger befriedigt werden.⁴⁹⁴

Während der Konkurs auf die Auflösung des Unternehmens gerichtet ist, hat der Ausgleich den Fortbestand des Unternehmens zum Ziel. Ist ein Unternehmen in Konkurs, wird das Vermögen des AN (Geräte, Immobilien, Büroeinrichtung, etc) veräußert, es gibt keinen Fortbestand des Unternehmens, weshalb dieses Unternehmen auch keine Mangelbehebung durchführen kann - ein Grund für den AG die Mangelbehebung auch nicht durch dieses Unternehmen durchführen zu lassen.

Ist ein Unternehmen hingegen im Ausgleich, so besteht es fort, in diesem Fall ist es grundsätzlich nicht sinnvoll, ihm keine Gelegenheit zu geben, einen Mangel selbst zu beheben. Im Gegenteil, eine aufgebürdete Preisminderung und somit uU noch höhere Schulden, können die Situation des Unternehmens zusätzlich verschlechtern. Der Sinn eines Ausgleichsverfahrens wäre verfehlt.

In der Praxis enden Ausgleichsverfahren sehr häufig im Konkurs. Tritt ein solcher ein, liegt ein berechtigter Grund für den AG vor, von einer Mangelbehebung durch den insolventen AN Abstand zu nehmen.

- sonst anhängiges Strafverfahren oder Verurteilung

Wird der AN zB wegen schweren Betrugs oder Diebstahls verurteilt, wird idR das Unternehmen des AN nicht fortbestehen - vor allem bei kleinen und mittleren Betrieben. In einem solchen Fall liegt ebenso ein Grund vor, den AN nicht mit der Aufgabe der Mangelbehebung zu betrauen. Bei „kleineren“ Verurteilungen, zB zu einer Geldstrafe, die den Fortbestand bzw die Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht gefährden, besteht kein Grund, den AN von vornherein auf andere Gewährleistungsbehelfe zu verweisen und ihm die zweite Chance nicht einzuräumen. Gleiches gilt bei Vorliegen eines anhängigen Strafverfahrens. Sitzt der Chef eines kleinen Unternehmens in Untersuchungshaft, ist es sehr fraglich, ob das Unternehmen in der Lage ist, seinen Fortbestand zu sichern. Ist zwar ein Strafverfahren anhängig, beeinträchtigt es aber nicht die Leistungsfähigkeit des Unternehmens, liegt kein Grund vor, dem AN die ihm zustehende Verbesserungschance zu nehmen. Vor allem bedenke man hier den Umstand, dass nur ein Verfahren vorliegt, es aber noch zu keiner Verurteilung gekommen ist, uU ist der AN völlig zu Unrecht in das Verfahren verwickelt.

- fehlende Gewerbeberechtigung

Verfügt der AN nicht über eine Gewerbeberechtigung im entsprechenden, für die Herstellung der Leistung bzw für die Mangelbehebung relevanten Fachbereich, darf er die hierfür erforderlichen Arbeiten gar nicht durchführen. Dies berechtigt den AG auf jeden Fall, sofort auf andere Gewährleistungsbehelfe zurückzugreifen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem AN die Gewerbeberechtigung zwischen Leistungserbringung und Mangelbehebung abhanden kommt. *Reischauer* sieht dies

⁴⁹⁴ Vgl *Russwurm/Schöllner*, Österreichisches Rechtswörterbuch, S 118 f.

auch dann als gegeben, *wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner die erforderliche gewerbliche Berechtigung nicht hat. Aber selbst wenn der Gläubiger dies schon beim Abschluss des Vertrages weiß, wird er keine Mangelbeseitigungschance einräumen müssen.*⁴⁹⁵

Offensichtliche Unfähigkeit der Mangelbehebung, besondere Sorglosigkeit

Ist der AN offensichtlich nicht imstande eine ordnungsgemäße, sachlich korrekte Mangelbehebung durchzuführen, ist dies sicher ein Grund, der den AG berechtigt, die Preisminderung zu fordern und ein anderes, kompetentes Unternehmen mit der Mangelbehebung zu betrauen. Fraglich ist, wann der AG eine solche Unfähigkeit annehmen darf. Keinesfalls liegen bereits triftige Gründe vor, wenn lediglich die Leistung selbst mangelhaft erstellt wurde.⁴⁹⁶ Die Art des Mangels oder der Umstände können aber das Vertrauensverhältnis zwischen AN und AG nachhaltig stören, zB bei besonderer Sorglosigkeit oder Nachlässigkeit des AN, vor allem wenn der Mangel sicherheitsrelevante Aspekte betrifft⁴⁹⁷ (zB Fehlende Absicherung von Gasleitungen, so dass Gas ungehindert ausströmen und eine Explosion verursachen kann). *Wenn auch die Gewährleistung als solche nicht verschuldensabhängig ist, so kann das Verschulden des Gewährleistungspflichtigen doch dazu führen, dass der Gewährleistungsberechtigte sofort auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe greifen darf.*⁴⁹⁸

Legen der Fehler oder die Umstände eine besondere Sorglosigkeit, Unzuverlässigkeit oder Untüchtigkeit des AN nahe, so liegen triftige in der Person des AN liegende Gründe vor, die den AG berechtigen, sich auf andere Gewährleistungsbehelfe zu stützen. Hier geht es um Fälle, in denen es dem AG nicht zu verdenken ist, sich nicht mehr auf die Mangelbehebung durch den AN einzulassen.

Es muss nur dann keine Gelegenheit zur Verbesserung mehr gegeben werden, *wenn mit Sicherheit aus dem bisherigen Verhalten des Schuldners abzuleiten ist, dass er die vereinbarte Leistung nicht erbringen kann, wenn also gleichsam ein für den Gewährleistungspflichtigen unbehebbarer Mangel vorliegt.*⁴⁹⁹

Es gibt verschiedene OGH-Entscheidungen, die die Unzumutbarkeit in der Person des AN darin sehen, dass der AN durch mehrere Verbesserungsversuche seine Unfähigkeit zur Mangelbehebung „belegt“. Diese können aber hier schon deshalb nicht angewendet werden, weil es lediglich erforderlich ist, dem AN eine Verbesserungschance einzuräumen und nicht mehrere. Ist ein Verbesserungsversuch gescheitert, stehen dem AG ohnehin die anderen Gewährleistungsbehelfe frei. Nur in wenigen Ausnahmefällen ist dem AN eine zweite

⁴⁹⁵ Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137

⁴⁹⁶ Vgl Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 60.

⁴⁹⁷ Vgl Koziol/Welser II¹², S 73; vgl auch Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, S 274; vgl ebenso Rebhahn/Kietaibl, Giga-Checkliste: Mängelhaftung beim Werkvertrag, ecolex-Script 2004/27.

⁴⁹⁸ Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁴⁹⁹ Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 60.

uU sogar eine dritte Verbesserungschance zu geben (siehe Kap 5.6.1). In jedem Fall liegt eine Unzumutbarkeit in der Person des AN vor, wenn wiederholte Verbesserungsversuche nicht nur zu keiner Verbesserung, sondern zu weiteren Schäden (siehe Rechtssatz zur E 7 Ob 397/65 vom 19660119 (SZ 39/8)) führen oder die Verbesserungsmaßnahmen offensichtlich nur den Zweck haben, lediglich die Symptome des Mangels zu beheben und nicht die Ursache.

- andere Verhaltensweisen des AN, die eine weitere, vernünftige Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern unmöglich erscheinen lassen
 - o AN ist immer auf Konfrontationskurs, will bei jeder Mangelbehebung einen Schiedsgutachter einschalten bzw AN nimmt zu jedem Treffen zwischen AG und AN einen Rechtsanwalt mit und verrechnet die Kosten,
 - o Grobe Beleidigung des Vertragspartners, Bezeichnung einer Straftat,⁵⁰⁰
 - o AN bietet keine Lösung zur Mangelbehebung an bzw hält den AG mit der Mangelbeseitigung offensichtlich hin (vertröstet ihn ständig auf später, verschiebt kontinuierlich alle Termine, etc)⁵⁰¹, sagt weder eindeutig die Mangelbehebung, zu der er verpflichtet ist, zu noch weigert er sich eindeutig (vgl dazu auch Kap 5.3.3).
 - o AN knüpft die Durchführung der Mangelbehebung an Bedingungen ähnlich eines Verzichts auf berechnete Schadenersatzforderungen des AG.⁵⁰²

Möchte der AG das persönliche Verhalten des AN als Anlass für die Nichtgewährung der Mangelbeseitigungschance nehmen, so kann er das nur tun, wenn das ungebührliche, persönliche Verhalten des AN im Rahmen des Vertragsverhältnisses erfolgt. Pöbelt zB der AN den AG in der Disco an, so ist dies kein Grund, ebenso nicht, wenn der AN ein Verhältnis zur Ehefrau des AG hat.

Auch das „Abwerben“ eines Mitarbeiters ist kein Grund, auf den sich der AG stützen kann. Bietet der AN dem Mitarbeiter des AG bessere Arbeitsbedingungen, mehr Entgelt oder einen herausfordernden Job, kann es dem Mitarbeiter nicht verwehrt werden, ein für ihn interessantes und gutes Angebot des AN anzunehmen.

Triftige in der Person des AN liegende Gründe liegen auf jeden Fall bei Konkurs des AN, Verurteilung oder fehlender Gewerbeberechtigung vor, ebenso bei offensichtlicher Unfähigkeit der Mangelbehebung bzw in Fällen, in denen sich der AN grob ungebührlich verhält, so dass eine schwere Störung des Vertrauensverhältnis abzuleiten ist. Triftige in der Person des AN liegende Gründe können sowohl fachlicher wie auch persönlicher Natur sein.

⁵⁰⁰ Vgl *Heiermann*, Kündigungsmöglichkeiten der am Bau Beteiligten Teil 2: Die Auftraggeberkündigung, Baumarkt + Bauwirtschaft 3/2004, S 18.

⁵⁰¹ Vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁵⁰² Vgl *Heiermann*, Kündigungsmöglichkeiten der am Bau Beteiligten Teil 2: Die Auftraggeberkündigung, Baumarkt + Bauwirtschaft 3/2004, S 18.

5.4 Voraussetzungen für die Wandlung

Voraussetzung für die Möglichkeit der Wandlung für den AG war nach dem alten Gewährleistungsrecht, dass der Mangel den Gebrauch der Sache bzw der Leistung verhindert. Für Werkverträge legte § 1167 ABGB zusätzlich fest, dass auch die Nichterfüllung einer ausdrücklichen Bedingung den AG zur Wandlung berechtigt. Die ÖNorm dF 2000 erweiterte die Voraussetzungen des § 1167 ABGB weiter, indem sie die technische Möglichkeit des Zurückversetzen in den vorigen Zustand und deren wirtschaftliche Zumutbarkeit als Bedingungen hinzufügte.

Das neue Gewährleistungsrecht schreibt nur vor, dass der Mangel, der die Wandlung begründen soll, schwerwiegender als geringfügig zu sein hat. Jedoch geben weder Gesetzestext noch Formulierung der ÖNorm Aufschluss darüber, was unter Geringfügigkeit zu verstehen ist.

Voraussetzungen für die Wandlung				
ÖNorm dF 2000	ÖNorm dF 2002	ABGB § 932 aF	ABGB §1167 aF	ABGB § 932 nF
Mangel verhindert vereinbarten Gebrauch		Mangel verhindert den ordentlichen Gebrauch einer Sache	Mangel macht das Werk unbrauchbar	
Fehlen von ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften			Zuwiderlaufen gegen eine ausdrückliche Bedingung	
Zurückversetzen in den vorigen Zustand muss technisch möglich sein ⁾				
Zurückversetzen in den vorigen Zustand muss wirtschaftlich zumutbar sein ⁾				
	Mangel nicht geringfügig			Mangel nicht geringfügig
⁾ gilt nicht für Verbraucherverträge				

Tabelle 17: Voraussetzungen für die Wandlung ABGB - ÖNorm

Hintergrund/Absicht des Gesetzgebers

Der österreichische Gesetzgeber hat den Begriff der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ aus der RL übernommen. Jedoch hüllen sich hinsichtlich der Interpretation der Geringfügigkeit nicht nur ABGB und ÖNorm in Schweigen, sondern auch die RL selbst, die ja Ursprung der Begriffsänderung ist. Die RL beschreibt lediglich die Folgen eines geringfügigen Mangels: *Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung.*⁵⁰³

Der vom Justizministerium kommentierte Entwurf zum Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz interpretiert die RL wie folgt: *Das Wandlungsrecht wird dem Übernehmer im Sinn des Systems der Richtlinie [...] dann nicht zustehen, wenn die Auflösung des*

⁵⁰³ RL 1999/44/EG vom 25.05.1999, Art 3 Abs 6.

Vertrags angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre. Auch hier wird es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen.⁵⁰⁴

Dem schließen sich ua *Langer*⁵⁰⁵ und *Koziol/Welser*⁵⁰⁶ an. Die Formulierung der RL deutet auf einen Ausnahmecharakter, darauf, dass die RL die Vertragsauflösung nur in Ausnahmefällen ausschließen wollte und nicht immer nur dann, wenn nach alter Rechtslage die Wesentlichkeit verneint wurde.⁵⁰⁷

Das Ergebnis ist also, dass die Wandlung öfter als bisher möglich werden, leichter für den AG einsetzbar sein soll und es beim Recht auf Wandlung auf die Verhältnismäßigkeit von geltend gemachtem Mangel und Auflösung des Vertrags ankommen soll.

Bedeutung der Wandlung bei Bauwerkverträgen

Die Wandlung des gesamten Vertrages, also nicht unbedingt die Teilwandlung, ist aus folgenden Gründen für den Bauwerkvertrag ein denkbar ungeeignetes Mittel, um das durch einen Mangel aus dem Gleichgewicht geratene Verhältnis zwischen Preis und Leistung wiederherzustellen:

- AG und AN haben üblicherweise eine enge Beziehung zueinander. Zum Unterschied von Werkverträgen über bewegliche Güter ist es bei Bauwerken äußerst selten bis nie der Fall, dass der AG ein Bauwerk beauftragt, die Planung bereits komplett abgeschlossen ist und der AG erst wieder bei der Übernahme der fertiggestellten Leistung zu tun hat. Diese enge Beziehung äußert sich einerseits durch eine Fülle von Mitwirkungs- und Entscheidungspflichten, die der AG hat, sowie dem Weisungsrecht des AG (soweit die Weisungen für den AN zumutbar sind) und andererseits im Einsatz von Kontrollorganen (ÖBA), die die Errichtung der Leistung durch den AN für den AG überwachen. Der AG ist somit kontinuierlich von der Idee bis zu endgültigen Realisierung mit dem Projekt verbunden, sodass sich die Frage nach der Mitverantwortung des AG an einem derart schweren Mangel, der die Wandlung nicht als unverhältnismäßige Maßnahme erscheinen lässt, stellt.
- Die zahlreichen Kontrollinstanzen (Begleitende Kontrolle, ÖBA, Prüfsingenieure, Planungs- und Baustellenkoordinator, Prüf- und Warnpflicht,...), die bei der Planung und Abwicklung eines Bauprojektes eingesetzt sind und die Qualität der Leistung überprüfen, lassen einen derart gravierenden Mangel, der die Rückgängigmachung des Vertrages rechtfertigt, fast unmöglich erscheinen.
- Die Errichtung eines Bauwerkes ist nicht nur üblicherweise mit sehr hohen Kosten und Investitionen, sondern auch mit einem großen zeitlichen Aufwand verbunden. Die Wandlung als Folge von Gewährleistungsansprüchen kann nur nach der Übernahme stattfinden, dh die Leistung wurde zuvor fertiggestellt und übernommen. Bedenkt

⁵⁰⁴ *Bundesministerium für Justiz*, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000, S 36; vgl It *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 52 f auch Erläuternde Bemerkungen, 422 BlgNR 21. GP 19, Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates.

⁵⁰⁵ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 103.

⁵⁰⁶ *Koziol/Welser II*¹², S 74.

⁵⁰⁷ Vgl *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 52.

man, dass Bauwerke nicht ohne Zweck errichtet werden und die Planung und Errichtung des Bauwerkes erhebliche Zeit in Anspruch nehmen, so versetzt eine Wandlung den AG wieder zurück zum Start eines nicht selten Jahre dauernden Prozesses. Dies liegt in den seltensten Fällen im Sinne des AG, der das Bauwerk ja normalerweise für seinen Zweck verwenden möchte und dessen Errichtung für den AG eine große, gutüberlegte und langfristige Investition darstellt.

- Eine der Folgen der Wandlung ist die Herstellung des ursprünglichen Zustandes, sprich die Beseitigung des fertiggestellten Bauwerkes, diese ist mit hohen Kosten verbunden, teilweise gar nicht möglich (Tunnels). Das Bauwerk ist mit dem Grund und Boden fix verbunden und von diesem nicht trennbar.
- Soll die Wandlung als Folge von Gewährleistungsansprüchen zum Einsatz kommen, so hat der AG die Leistung bereits übernommen, dh sie wurde in einem üblicherweise sehr detaillierten Prozess von AG und AN gemeinsam begutachtet und untersucht. Weist die Leistung bei der Übergabe bereits erkennbare, gravierende Mängel auf kann der AG die Übernahme verweigern und die Leistung zurückweisen. Bei Kaufverträgen oder Werkverträgen über bewegliche Güter erfolgt - mit Ausnahme im Anwendungsbereich des HGB - üblicherweise eine solche detaillierte Überprüfung des Produktes nicht.
- Gerade wegen der Spezifika der Herstellung eines Bauwerks und der eminenten wirtschaftlichen Bedeutung des positiven Abschlusses der Errichtung des Bauwerks für beide Vertragspartner ist es Ziel und Wesen des ÖNorm-Vertrags, AG und AN wesentlich stärker aneinanderzuketten als dies bei einem ABGB-Werkvertrag der Fall ist. Zur Stärkung der notwendigen Vertrauensbasis dienen diverse Regelungen der ÖNorm, wie die spezielle Risikoverteilung bei ÖNorm-Verträgen, mandatorische Abschlagszahlungen (unfertiger Bau ist Eigentum des AG, bis zur Übernahme ist er bloß in Gewahrsam des AN!), wenige, taxativ aufgezählte Rücktrittsgründe (insbesondere kein Rücktrittsrecht des AG bei beträchtlicher Kostenüberschreitung und des AN bei Ablehnung von Mehrkostenforderungen) und wechselseitige Bankgarantien zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung.⁵⁰⁸

Heiermann schreibt bezugnehmend auf die Kündigung des Bauvertrages treffend, dass Auftragnehmer und Auftraggeber bis zur Grenze des Zumutbaren gehalten sind, *Streitigkeiten auszuräumen und alles dafür zu tun, den Vertrag fortzusetzen*. [...] *Da die finanziellen Folgen einer Kündigung des Bauvertrags [...] und die Belastung der Geschäftsbeziehungen einschneidend sind, sollte das Institut der Kündigung tatsächlich lediglich als ultima ratio verstanden werden.*⁵⁰⁹ *Heiermann* schreibt zwar hier erstens vom deutschen Recht und zweitens von der Kündigung des Vertrags, was dem österreichischen Rücktritt vom Vertrag entspricht, dh nur vor der Übergabe zum Tragen kommen kann, aber er beschreibt hier die Wertung wegen der damit verbundenen Konsequenzen der Vertragsauflösung beim Bauwerkvertrag sehr deutlich, nämlich Vertragsauflösung nur als

⁵⁰⁸ Vgl. *Oberndorfer* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetaq 01.03.2002, Rz 9.

⁵⁰⁹ *Heiermann*, Kündigungsmöglichkeiten der am Bau Beteiligten Teil 1: Die Auftragnehmerkündigung, Baumarkt + Bauwirtschaft 2/2004, S 21.

ultima ratio. Bedeutend ist auch, dass er dies schon für einen Zeitpunkt beschreibt, zu dem das Bauwerk noch nicht übernommen ist, um so mehr muss es für jenen Zeitpunkt gelten, zu dem der AG das Werk bereits übernommen hat.

Die mit der Wandlung verbundenen, schwerwiegenden Folgen lassen sie zu einer absoluten Ausnahme für Bauwerkverträge werden und nicht zu einem Standardwerkzeug. Sie sind auch der Grund, weshalb die Wandlung bei Bauwerkverträgen so gut wie nie zur Anwendung kommt. Bezeichnend ist auch, dass in der VOB/B die Wandlung überhaupt ausgeschlossen ist.

Lt Literatur zum neuen Gewährleistungsrecht soll dem AG ein vermehrtes Recht auf Wandlung zugestanden werden. Dies ist aber in der Bauwirtschaft wie oben dargelegt nicht sinnvoll und zielführend. Die RL, auf deren Basis das Gewährleistungsrecht geändert wurde und deren Wortlaut die Intention der Ausweitung der Wandlungsmöglichkeiten vermuten lässt, gilt nur für den Gebrauchsgüterkauf. Verbrauchsgüter sind beweglich, die Wandlung ist mit wesentlich geringeren Folgen behaftet als bei einem Bauwerkvertrag. Die Rechtsfolge der Wandlung erfordert daher beim Bauwerkvertrag eine andere Interpretation als beim Handel mit beweglichen Gütern.

Interpretation der Geringfügigkeit in der Literatur

Das Wort „geringfügig“ bedeutet „leicht, klein, unbedeutend“. Der etymologische Vergleich zwischen den Bedeutungen und Herkunft der Worte „unwesentlich“, „geringfügig“ und „unerheblich“ gibt keinen Aufschluss über eine Interpretationsmöglichkeit oder einen Unterschied dieser drei Begriffe, um einen Mangel an einer Leistung und die daraus resultierenden Folgen sinnvoll ableiten zu können. Da auch weder die RL, noch das ABGB oder die ÖNorm aufklären, was unter dem Begriff in gewährleistungsrechtlicher Hinsicht zu verstehen ist, sind der Phantasie hierbei keine Grenzen gesetzt.

Die Juristen sind sich einig, dass der geringfügige Mangel weder mit dem unerheblichen Mangel noch mit dem unwesentlichen Mangel gleichzusetzen ist. Aus dem unerheblichen Mangel entstehen dem AG überhaupt keine Gewährleistungsrechte, während bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit nur die Wandlung ausgeschlossen werden soll.⁵¹⁰ Die Absicht des Gesetzgebers bzw der RL war es, die Wandlung häufiger zuzulassen als nach dem alten Gewährleistungsrecht, weshalb der geringfügige Mangel nicht mit dem unwesentlichen Mangel gleichgesetzt werden kann.⁵¹¹ Auch deshalb, weil eben im Gesetz nunmehr ein anderer Begriff verwendet wird, wird unterstellt, dass dies nicht grundlos geschehen ist und somit ein Unterschied bestehen muss.

⁵¹⁰ Vgl *Bundesministerium für Justiz*, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000, S 35 f; vgl *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabebetag 01.03.2002, Rz 929; vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 37; vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁵¹¹ Vgl *Bundesministerium für Justiz*, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000, S 36; vgl *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 103; vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 37; vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

Nach Ansicht von *Kletečka* sollte es bei der Definition des geringfügigen Mangels darauf ankommen, *ob die Parteien auch bei Kenntnis des Mangels den Vertrag über die Sache, wenn auch unter veränderten Konditionen (zB zu einem geringeren Preis) abgeschlossen hätten.* Dh der Mangel ist daher nur dann nicht geringfügig, wenn der Vertrag bei Kenntnis des Mangels nicht zustande gekommen wäre.⁵¹² Als Positivdefinition ist ein Mangel also dann geringfügig, wenn die Vertragsparteien auch bei Kenntnis des Mangels (wenn auch zu anderen Bedingungen) kontrahiert hätten.

Bezugnehmend auf die Ansicht von *Apathy*, der die Geringfügigkeit auf das Ausmaß der Wertminderung abstellt und gleichzeitig die leichte Behebbarkeit des Mangels ins Spiel bringt, stellt *Kletečka* fest, dass man damit in die Nähe dessen, was bisher von der hL zur Wesentlichkeit wegen Fehlens einer ausdrücklich bedungenen Eigenschaft gesagt wurde, kommt. Dies kann aber deshalb nicht schaden, weil es nicht sachgerecht erscheint, dem Übernehmer das Wandlungsrecht zuzugestehen, wenn er bei Kenntnis des Mangels mit einer Preisreduktion einverstanden gewesen wäre.⁵¹³

Langer meint, dass ein geringfügiger Mangel ein solcher ist, der den bedungenen Gebrauch nicht unbedingt hindert, so dass die bisherige Grenze der Erheblichkeit eines Mangels als Voraussetzung für die Wandlung, dass er auch unbehebbar sein muss, wahrscheinlich nach unten verschoben wird. [...] In einem Bauprozess wird daher die Sachverhaltsfrage zu lösen sein, ob dem AG die Aufrechterhaltung des Vertrags zumutbar ist. Trifft dies nicht zu, besteht ein Anspruch auf Vertragsauflösung.⁵¹⁴

Nach *Bollenberger* wird ein Mangel insb (*Bollenberger* hält diese - aus der Literatur abgeleitete - Aufzählung von Kriterien für nicht abschließend) dann geringfügig sein, wenn

- der AG die Sache bzw die Leistung auch mit Mangel erworben hätte u/o
- der Mangel leicht behebbar ist u/o
- die Nachteile, die dem AG trotz Preisminderung drohen, im Vergleich zu jenen Nachteilen, die der AN im Fall der Wandlung zu tragen hätte, deutlich niedriger zu bewerten sind.⁵¹⁵

Reischauer schließt, dass jeder Mangel, der nach altem Recht ein wesentlicher Mangel ist, nach dem neuen Recht ein nicht geringfügiger ist und somit die Lehre und Rspr zum alten Recht insofern herangezogen werden kann. Übrig bleibt die Grauzone der nach altem Recht unwesentlichen, nach neuem Recht aber nicht geringfügigen Mängel. Nach Ansicht *Reischauers* ist im Zweifel bei Fehlen einer besonders bedungenen Eigenschaft von einem nicht geringfügigen Mangel auszugehen, weil der Grundsatz gelten muss: Wer Besonderes will, hat mehr als ein geringfügiges Interesse daran.⁵¹⁶

⁵¹² *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 53.

⁵¹³ *Kletečka*, Gewährleistung neu, S 53.

⁵¹⁴ *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110, S 103.

⁵¹⁵ *Schwarz/Straube* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.2002, Rz 929.

⁵¹⁶ *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

Rebhahn/Kietaibl sehen als Voraussetzungen der Wandlung nach einem Verbesserungsverlangen, dass der Mangel nicht bloß geringfügig ist, die Verbesserung nicht in angemessener Frist vorgenommen wurde und in beiden Fällen das Ausbleiben der Verbesserung nicht dem AG zuzurechnen ist.⁵¹⁷

Ein Mangel ist dann geringfügig, wenn seinetwegen die Rückgängigmachung des Vertrags eine unangemessene Sanktion wäre.⁵¹⁸

Es gibt also eine Fülle von Interpretations- und Definitionsversuchen, nicht alle davon sind jedoch einfach in ihrer praktischen Anwendung. Es ist schwierig im Nachhinein zu beurteilen, ob ein Vertrag auch bei Kenntnis des Mangels zustande gekommen wäre, ob die Aufrechterhaltung des Vertrages dem AG zumutbar ist oder ob der AG bei Kenntnis des Mangels mit einer Preisreduktion einverstanden gewesen wäre, bzw scheint bei manchen Kriterien die Konsultation eines Juristen oder Bauwirtschaftlers für die Beurteilung, ob aufgrund des vorliegenden Mangels die Wandlung zusteht oder nicht, unabläßlich.

Der geringfügige Mangel beim Bauwerkvertrag

Aus der RL, dem ABGB oder der ÖNorm ergibt sich kein anderer Anhaltspunkt für die Auslegung der geringfügigen Vertragswidrigkeit, als dass die Auflösung des Vertrags angesichts des geltend gemachten Mangels nicht unverhältnismäßig sein soll.

Hier lässt wieder - wie beim unverhältnismäßigen Verbesserungsaufwand - der Wortlaut darauf schließen, dass ein Verhältnis gebildet werden soll, wobei einerseits die Auflösung des Vertrages und andererseits der geltend gemachte Mangel einander gegenüberzustellen sind.

Der Wert des geltend gemachten Mangels kann wieder mittels Matrizen (siehe Kap 5.3.2) oder Zielbaumverfahren nach Aurnhammer (siehe Kap 3.7.7) ermittelt werden. Hierbei werden sowohl optische wie auch die Funktion und den Gebrauch beeinträchtigende Mängel objektiv bewertet und der sich so ergebende Minderwert im Verhältnis zum vereinbarten Preis angepasst.

Bei der Auflösung des Vertrags sind lediglich die Folgen der Wandlung für den AN zu bewerten. Die Folgen für den AG sind nicht relevant, weil dieser ja die Wandlung fordert, und deshalb anzunehmen ist, dass ihm die Konsequenzen der Wandlung bewusst sind und für ihn keine Rolle spielen. Wären sie zu gravierend für den AG, würde er sich für die Preisminderung statt der Vertragsauflösung entscheiden. Die Folgen der Wandlung für den AN sind gleichzusetzen mit deren Kosten.

Es sind also die Kosten der Wandlung für den AN dem Minderwert der Leistung gegenüberzustellen. Angesichts der drastischen Konsequenzen und enormen, für den AN entstehenden Kosten der Wandlung ist kaum vorstellbar, dass ein Missverhältnis entsteht,

⁵¹⁷ Vgl *Rebhahn/Kietaibl*, Giga-Checkliste: Mängelhaftung beim Werkvertrag, ecolex-Script 2004/27.

⁵¹⁸ Vgl *Karollus/Lukas*, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers - Überlegungen zu § 1170 ABGB de lege lata und de lege ferenda (Teil 2), JBl 2001, 766, FN 211; vgl auch *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung, § 932 Rz 37.

wenn nicht sehr gravierende Mängel vorliegen, wie die schwere Beeinträchtigung des Gebrauchs, also die Unbrauchbarkeit des Werkes, oder die Nichterfüllung einer ausdrücklich vereinbarten Eigenschaft. Da beim Bauwerkvertrag meist eine sehr detaillierte Leistungsbeschreibung in Form von Positionstexten und Materialangaben vorliegt, kann nicht das Fehlen jeder einzelnen, auf diese Art vereinbarten Eigenschaften zur Wandlung führen. Es ist daher durchaus zielführend, eine Grenze hinsichtlich des Ausmaßes der Wertminderung einzuführen. *Oberndorfer/Straube* schlagen hierfür in Anlehnung an § 934 ABGB (Verkürzung um die Hälfte, *laesio enormis*) eine Wertminderung um mindestens die Hälfte vor.⁵¹⁹ Diese Grenze ist auch schon deshalb erforderlich, weil sich sonst der AG auf ihm entstehende erhebliche Unannehmlichkeiten bei der Mangelbeseitigung oder auf Unzumutbarkeit der Mangelbehebung aus Gründen in der Person des AN berufen kann, dem AN also die Chance auf Verbesserung verwehrt, und dennoch das Recht auf Wandlung hat.

Eine weitere Bedingung für die Wandlung ist deren technische Durchführbarkeit. Ist die Wandlung technisch nicht möglich, so kann sie vom AG auch nicht gefordert werden. Grundsätzlich beeinträchtigt die Unmöglichkeit der Rückstellung des Werkes das Recht auf Wandlung nicht. Ist der primäre Anspruch des AN auf Rückgabe in Natur unmöglich oder untunlich, schuldet der AG Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens.⁵²⁰ Dies entspricht im Ergebnis aber wieder der Preisminderung, die der AG ja gerade nicht wählt, wenn er sich für die Wandlung statt der Preisminderung entscheidet. Dh rein rechtlich betrachtet ist zwar die technische Durchführbarkeit der Wandlung keine Voraussetzung, betrachtet man aber das Ergebnis bei Unmöglichkeit der Rückstellung, so ist dies wieder die Preisminderung. Insofern ist also sehr wohl sinnvoll, die technische Durchführbarkeit der Werkrückstellung als Wandlungsvoraussetzung zu definieren.

Auch in der SIA ist Voraussetzung für die Wandlung, dass die „Rückgewähr des Werkes nach der Natur der Sache möglich“ ist. Dies ist nicht der Fall, wenn sich das Werk nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen für den AN wieder entfernen lässt. Ist eine Rückgewähr des Werkes nach der Natur der erbrachten Werkleistung schlechterdings (auch in zerstörtem Zustand) ausgeschlossen, so erhält der Besteller unter keinen Umständen ein Wandlungsrecht.⁵²¹

Zusammengefasst ergeben all diese Überlegungen genau jene Voraussetzungen für die Wandlung, die die ÖNorm bereits vor der Reform des Gewährleistungsrechts definierte, nämlich, dass entweder der Leistung eine ausdrücklich bedungene Eigenschaft fehlte oder das Werk nicht brauchbar war und die Wandlung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sein muss. Der so entstehende Begriff des nicht geringfügigen Mangels umfasst nun alle Bedingungen, die bisher an die Wandlung in der ÖNorm gestellt wurden. Er ist somit nicht ident mit dem unwesentlichen Mangel nach altem Gewährleistungsrecht, weil die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Mangels bei Werkverträgen (sowohl § 1167 ABGB als auch ÖNorm dF 2000) nur über die Brauchbarkeit des Werkes und die Einhaltung von vertraglich festgelegten

⁵¹⁹ Vgl. *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabetag 01.03.1995, S 103.

⁵²⁰ Siehe Kap 3.7.5.

⁵²¹ Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1563.

Eigenschaften definiert war, der geringfügige Mangel hingegen auch noch die wirtschaftliche Zumutbarkeit als Konsequenzen der Wandlung für den AN und deren technische Durchführbarkeit mitberücksichtigt.

Eine aus der Formulierung der RL, die auf den Kauf und die Werklieferung für bewegliche Güter bei Verbrauchergeschäften zugeschnitten ist, stammende, beinahe wörtlich ins österreichische ABGB und die ÖNorm übertragene, sich aus dem Wortlaut ergebende Ausweitung der Wandlungsmöglichkeiten für den AG bei Bauwerkverträgen ist angesichts der Konsequenzen der Wandlung nicht einleuchtend.

Für Bauwerkverträge, bei denen die ÖNorm vereinbart ist, ergeben sich daher zwar in den Voraussetzungen für die Wandlung keinerlei Änderungen durch die Gewährleistungsrechtsreform, allerdings durch die geänderte Definition der Behebbarkeit des Mangels sehr wohl, weil nach der ÖNorm dF 2000 nur der Verbraucher ein Recht auf Wandlung hatte, wenn der Mangel nicht innerhalb der Frist behoben wurde. In der Neufassung hat nicht nur der Verbraucher, sondern jeder AG das Recht auf Wandlung, wenn der Mangel im betrachteten Vertragsverhältnis unbehebbar ist, dh auch wenn der AN die Mangelbehebung verweigert oder nicht innerhalb angemessener Frist vornimmt bzw sich der AG auf erhebliche Unannehmlichkeiten der Mangelbeseitigung oder auf Unzumutbarkeit der Mangelbehebung aus Gründen in der Person des AN beruft.

Dem AG das Wandlungsrecht einzuräumen, wenn der AN innerhalb angemessener Frist den Mangel nicht behebt bzw der AN die Mangelbeseitigung verweigert, kann insofern nicht schlecht sein, als ein zusätzlicher Druck auf den AN ausgeübt wird, die Mangelbehebung in einer vernünftigen Zeit ordnungsgemäß durchzuführen, um dem Schlendrian bei der Mangelbeseitigung bzw der sehr oft vorhandenen, grundlegenden Ablehnung jeglicher Gewährleistungsforderungen des AG entgegenzuwirken.

Um den AN vor der Willkür des AG zu schützen, wenn dieser die Mangelbehebung durch Berufung auf Unannehmlichkeiten oder Unzumutbarkeit in der Person des AN verwehrt, ist erstens die Mindestgrenze der Wertminderung (laesio enormis) eingeführt, zweitens die Anforderungen an den nicht geringfügigen Mangel ausreichend streng (das Werk weist entweder eine besonders vereinbarte Eigenschaft nicht auf oder ist nicht brauchbar) und drittens sind die Unannehmlichkeiten der Mangelbehebung für den AG bzw die Unzumutbarkeit in der Person des AN restriktiv und objektiv zu beurteilen und obliegen nicht der Willkür des AG.

5.5 Wahl zwischen Austausch und Verbesserung

Seit der Reform des Gewährleistungsrechts hat der AG nach P 5.45.4.2 der ÖNorm und § 932 Abs 2 ABGB bei der Mangelbeseitigung das Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch. Hierbei sind lt Normen- bzw Gesetzestext folgende Punkte zu beachten:

1. die technische Möglichkeit von Verbesserung und Austausch
2. der Aufwand für den AN

wobei der Aufwand für den AN wieder nach folgenden Gesichtspunkten zu beurteilen ist:

1. dem Wert der mangelfreien Sache,
2. der Schwere des Mangels und
3. den mit Austausch oder Verbesserung verbundenen Unannehmlichkeiten für den AG.

Für Bauwerkverträge hat diese Neuerung durch das GewRÄG nur **geringe Bedeutung**:

1. Bei Werkverträgen handelt es sich um eine Speziesschuld. Hierbei schuldet der AN nur das konkrete Stück, das zum Gegenstand der Leistung gemacht worden ist. Der AG hat daher kein Recht, vom AN ein anderes Stück zu verlangen.⁵²²
2. Die Wahlmöglichkeit des AG scheitert in vielen Fällen schon an der technischen Unmöglichkeit des Austausches bzw an den damit verbundenen Kosten.
3. Sinn des Werkvertrages ist, ein Endprodukt zu vereinbaren, es aber dem AN zu überlassen, den optimalen Weg zum Erfolg herzustellen, die Art der Ausführung liegt in der Risikosphäre des AN. Vor allem bei Verbraucherverträgen wird es häufig an der Sachkenntnis des AG fehlen, um sich für die technisch bessere der beiden Möglichkeiten zu entscheiden. (siehe dazu auch Kap 3.7.6)

In Summe steht bei vor allem bei billigen Massenprodukten der Austausch im Vordergrund, bei teuren und hochwertigen Produkten die Verbesserung.⁵²³ Schon aus der Natur der Dinge ergibt sich, dass ein speziell nach den Wünschen des AG angefertigtes Bauwerk nicht zur Kategorie billiges Massenprodukt zählt, weshalb die Wahlmöglichkeit des AG beim Bauwerkvertrag eine sehr untergeordnete Rolle spielen wird.

5.6 Vornahme der Mangelbehebung

Seit der Reform des Gewährleistungsrechts gibt es für die Durchführung der Mangelbehebung zwei Punkte zu beachten:

Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist⁵²⁴ und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.

In der ÖNorm dF 2000 sowie in § 1167 aF ABGB war der Mangel lediglich in einer vom AG gesetzten angemessenen Frist zu beheben, auf die Berücksichtigung von Unannehmlichkeiten für den AG wird nicht verwiesen.

⁵²² Vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

⁵²³ Vgl *Koziol/Welser II*¹², S 72.

⁵²⁴ Um eine „Verzögerungstaktik“ durch den AN zu sanktionieren bzw zu verhindern, ist es nicht sinnvoll, das Kriterium der „angemessenen Frist“ heranzuziehen, sondern die Kriterien „Weigerung der Verbesserung“ oder „Unzumutbarkeit in der Person des AN“.

In § 932 aF ABGB wird überhaupt nicht auf die Art der Durchführung und die Setzung einer Frist hingewiesen.

5.6.1 Angemessenheit einer Frist

Seit der Reform des Gewährleistungsrechts entfällt die Verpflichtung für den AG, eine angemessene Frist für die gewünschte Mangelbehebung zu setzen. Dies ist auch sinnvoll so, weil der AG im Zeitpunkt der Fristsetzung nicht immer in der Lage ist, alle für die Angemessenheit der Frist maßgeblichen Umstände zu übersehen. In komplexen Fällen werden ihm oft auch die erforderlichen Sachkenntnisse fehlen. Insbesondere gilt dies für Konsumenten.⁵²⁵ Weder Gesetz noch ÖNorm enthalten genauere Angaben über Beginn oder Dauer der Frist, sie richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Ist eine Frist zu kurz bemessen, so tritt nach der Rechtsprechung an die Stelle der zu kurz bemessenen eine angemessene Frist.⁵²⁶

Folgende Ansatzpunkte für die Angemessenheit der Mangelbehebungsfrist liefert die Literatur:

*Die Frist ist dann angemessen, wenn nach den konkreten Umständen die Mangelbehebung innerhalb der gesetzten Frist bei Einsatz entsprechender Arbeitskräfte und Hilfsmittel in ausreichender Zahl durchgeführt und die Leistung tatsächlich erbracht werden kann.*⁵²⁷

*Kann die Verbesserung sowohl durch Ausbessern des bereits hergestellten Werkes als auch durch Neukonstruktion erfolgen, so muss die vom Besteller gesetzte Frist nur für die weniger zeitaufwendige Verbesserungsart ausreichen.*⁵²⁸

Dem AN soll lt Gesetzes- und Normtext eine Verbesserungschance eingeräumt werden. *Reischauer* schreibt, dass der AG mehrfache Verbesserungsversuche nicht hinzunehmen braucht, mögen sie auch innerhalb einer angemessenen Frist stattfinden. Von einem zweiten Verbesserungsversuch ist allerdings jener Fall zu unterscheiden, bei dem im Rahmen der Verbesserungsarbeiten Mangelursachen entdeckt werden, die vor Beginn der Arbeiten nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden mussten, und daher nicht in der ursprünglich angemessenen Frist verbessert werden kann. ISd Gesetzes darf nur dann von einem Verbesserungsversuch gesprochen werden, wenn der AN die Verbesserungsarbeiten abgeschlossen oder aufgegeben hat oder an ihnen gescheitert ist.⁵²⁹ (siehe dazu S 170)

Angemessenheit der Frist vor der Übernahme (§ 918 ABGB, Verzug mit der Leistungserbringung) i Vgl zu Angemessenheit der Frist nach der Übernahme (§ 932 ABGB; Verzug mit der Mängelbehebung)

Bei der Suche nach Anhaltspunkten für die Definition der Angemessenheit der Mangelbehebungsfrist in Literatur und Judikatur ist zu beachten, dass Aussagen, die über

⁵²⁵ Vgl *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 918 Rz 13.

⁵²⁶ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 151.

⁵²⁷ *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, S 151.

⁵²⁸ *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S 60.

⁵²⁹ Vgl *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137.

die Angemessenheit der Mangelbehebungsfrist, die dem AN bei Nichterfüllung (Verzug) nach § 918 ABGB zusteht, dh wenn der AN mit der Leistungserbringung in Verzug ist und der AG unter Setzung einer angemessenen Nachfrist für die Leistungserbringung seitens des AN vom Vertrag zurücktreten möchte, uU nicht oder nur teilweise auf die Frist, die dem AN für die Mangelbehebung nach dem Gewährleistungsrecht zusteht, übertragbar sind.

Für die Angemessenheit der Frist nach § 918 gilt, dass sie sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu richten hat (zB eine dem AN bekannte Zeitnot des AG bzw die Dringlichkeit des Bedarfs des AG), die Interessen beider Vertragspartner zu berücksichtigen sind, aber auch die ursprüngliche Lieferfrist bzw die zwischen Fälligkeit und Rücktritt verstrichene Zeit zu berücksichtigen ist, weil dieser Zeitraum dem AN ohnehin wie eine Nachfrist zugute kommt. Bei Anwendung des § 918 ABGB geht es um den Verzug mit der Leistungserbringung. Da in einem solchen Fall davon ausgegangen werden kann, dass der AN, der sich in Verzug mit der Leistungserbringung befindet, bereits Vorbereitungen für die Erfüllung getroffen hat, ist ihm nicht die gesamte zur Vorbereitung der Leistungserbringung notwendige Zeit als Nachfrist zu gewähren, sondern nur die zur Beschleunigung bzw Vollendung der bereits vorbereiteten Erfüllung notwendige.⁵³⁰ Dieser letzte Punkt kann mE nicht auf die angemessene Frist für die Mangelbehebung im Zuge der Gewährleistung gelten, weil der AN bei der Mangelbehebung aus der Gewährleistung noch keine Vorbereitungen für die Erfüllung getroffen hat. Vor der Übernahme der Leistung (Anwendungsbereich des § 918 ABGB) hat der AN üblicherweise noch Baustelleneinrichtung vor Ort, die Dauer für etwaige Dispositionen sind im Normalfall kürzer, die verzögerte Leistung muss nur fertiggestellt werden. Hingegen kommt die Gewährleistung erst nach der Übernahme zur Anwendung, der AN hat keinerlei Einrichtungen vor Ort, das Projekt ist für ihn bis zur Mängelrüge durch den AG bereits abgeschlossen, neue Einarbeitung ist uU erforderlich, eine neue Ressourcendisposition muss vorgenommen werden, die Ursache für einen Mangel muss erst gesucht werden, etc. Dh idR wird die angemessene Frist nach § 932 (Verbesserung von Mängeln aus der Gewährleistung) länger sein als die angemessene Frist nach § 918 (Fertigstellung der Leistung) für die gleiche Leistung.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich eine eventuell verkürzte Dispositionsfrist für eine Mängelbehebung aus dem Titel der Gewährleistung, wenn die Mängel bei der Übergabe bekannt waren und gerügt wurden, im Vergleich zu einer Mangelbehebung 2 Jahre nach Übergabe. Die Angemessenheit einer Frist für die Behebung ist also auch davon abhängig, wann der Mangel gerügt wurde und wann er zu beheben ist.

Die Angemessenheit der Mangelbehebungsfrist nach SIA 118-Norm

Bei Anwendung der SIA-Norm 118 hat der AG - wie nach der ÖNorm dF 2000 - dem AN eine angemessene Frist für die Mangelbehebung zu setzen.

*Gauch*⁵³¹ bezeichnet eine Verbesserungsfrist als im Normalfall angemessen, die ein versierter Unternehmer erfahrungsgemäß benötigt, um unter den gegebenen Umständen

⁵³⁰ Vgl *Hartl/Schlosser*, Nichterfüllung Verzug, ÖGEBAU-Journal 2/2002, S 134; vgl ebenso *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³, § 918 Rz 11.

⁵³¹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 5.

eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung der betreffenden Art (unter Einschluss der Vorbereitungsarbeiten) auszuführen, sofern er mit den Arbeiten sofort beginnt und sie zügig zu Ende führt. Wobei angemessen nicht großzügig bemessen bedeutet, sondern auf die schutzwürdigen Interessen des AG an einer unverzüglichen Mängelbeseitigung zu achten ist. Auf Belange des konkreten Unternehmers (zB dessen betriebliche Organisation, Auftragslage, Ausrüstung oder örtliche Entfernung vom Bauprojekt) muss der AG keine Rücksicht nehmen. Jedoch kann in Sonderfällen eine verlängerte oder verkürzte Frist angemessen sein, zB rechtfertigt sich eine Verlängerung, wenn die tatsächliche Ausführung der Verbesserungsarbeiten eine Ermittlung unbekannter Mängelursachen voraussetzt oder von äußeren Bedingungen (zB von bestimmten Witterungsverhältnissen, dem Abtrocknen vorangegangener Arbeiten usw) abhängt, die im Zeitpunkt der Fristsetzung noch nicht erfüllt sind. Andererseits gibt es Fälle, die eine beschleunigte Mangelbehebung erforderlich machen, um eine Gefährdung von Personen oder weitere Nachteile (zB Mangelfolgeschäden) abzuwenden. In solchen Fällen ist es dem Unternehmer zuzumuten, dass er (im Rahmen des objektiv Möglichen) außerordentliche Maßnahmen zur erforderlichen Beschleunigung ergreift. Eine Beschleunigung der Mängelbeseitigung kann auch erforderlich werden, wenn die Leistung des AN mangelhaft ist und deshalb Nachunternehmer eigene Arbeiten nicht in Angriff nehmen oder fortsetzen können.

*Doch muss die angesetzte Frist in jedem Fall ausreichen, damit eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung objektiv möglich bleibt.*⁵³²

Zeitraum zwischen Mängelrüge und Übernahme der verbesserten Leistung

Hat der AN einen Mangel zu verbessern, kommt es im Idealfall zu einem Gespräch zwischen den beiden Vertragspartnern, bei welchem auf Basis der Interessen beider ein Datum für den Abschluss der Verbesserungsarbeiten festgesetzt wird. Haben beide Vertragspartner realistische Vorstellungen von der benötigten Dauer der durchzuführenden Arbeiten inkl der Vorbereitungsmaßnahmen und andererseits auch Verständnis für Beschleunigungs- oder Verzögerungsinteressen des anderen Vertragspartners, so wird es in der Regel zu keinen Differenzen diesbezüglich kommen. Kritisch wird die Situation dann, wenn die Vorstellungen der Angemessenheit der Frist stark divergieren und nicht auf einen einheitlichen Nenner gebracht werden können. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, wie lange eine angemessene Frist dauern kann und welche Faktoren die Angemessenheit beeinflussen können.

⁵³² *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 6.

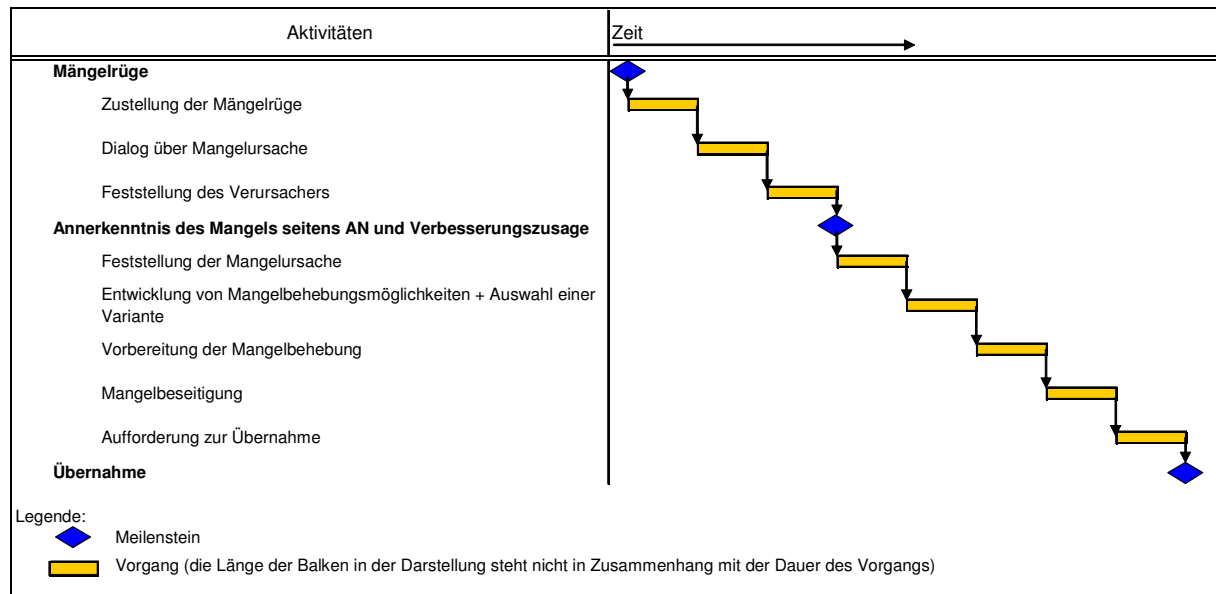


Abbildung 28: Zeitraum zwischen Mängelrüge und Übernahme der behobenen Leistung

Einer Mangelbeseitigung geht jedenfalls eine Mängelrüge an den AN voraus. Frühestens mit dieser Mängelrüge (Datum des Schriftstücks) kann die angemessene Frist beginnen. Anerkenntnis des Mangels und Verbesserungszusage können - müssen aber nicht - unmittelbar auf die Mängelrüge folgen. Je nach Medium der Zustellung der Mängelrüge kann die Dauer der Zustellung sofort sein (Fax, Email, mündlich (Beweislast!)) oder vom Postweg abhängen. Ist die Rüge beim AN eingelangt, wird er zunächst Kontakt zum AG aufnehmen, um sich Klarheit über Mangel, Situation, Lage und Umstände zu verschaffen. Lässt sich die Mangelursache und dessen Verursacher nicht - was meist der Fall sein wird - per Telefon feststellen, wird ein Lokalaugenschein unumgänglich sein. Ist die Verpflichtung zur Haftung des AN für beide Vertragspartner eindeutig, so wird einer Anerkenntnis des Mangels nichts im Wege stehen und die Verbesserungszusage unmittelbar erfolgen. Ist nicht offensichtlich, dass der AN für den Mangel zu haften hat (weil zB auch andere Auftragnehmer des AG als Verursacher in Frage kommen oder noch nicht geklärt ist, ob die Gewährleistungsfrist nicht bereits abgelaufen ist, etc), wird idR ein Sachverständiger mit der Beantwortung der Fragen beauftragt werden. Je nachdem, wie schnell sich die Vertragspartner auf einen Sachverständigen einigen, kann dieser mit der Erstellung des Gutachtens beginnen. Lehnt der AN die Mangelbeseitigung zunächst ab und ist sich auch der AG nicht sicher, ob der AN im Rahmen der Gewährleistung für den Mangel einzustehen hat, wird der AG alleine einen Sachverständigen um Rat fragen. Je nach Fragestellung an den Gutachter wird dieser auch gleich Verbesserungsvorschläge machen und ein geeignetes Verfahren empfehlen. Bei Beauftragung eines Sachverständigengutachtens ist zumindest mit einer Dauer von 3 bis 6 Wochen bis Fertigstellung des Gutachtens zu rechnen. Diese Dauer kann unter bestimmten Umständen - auch abhängig von der Komplexität des Problems - verkürzt oder verlängert werden (Gefahr im Verzug, Erfordernis der Durchführung von Untersuchungen, Notwendigkeit der Beauftragung eines Sub-Gutachters für die Klärung von Spezialproblemen). Ist das Gutachten erstellt, werden beide Vertragspartner Zeit für dessen Studium brauchen und der AN danach über eine Verbesserungszusage entscheiden.

Hat der AN die Verbesserungszusage erteilt, liegt es an ihm, die Ursache des sich als Mangel bemerkbar machenden Symptoms zu eruieren, Behebungsmöglichkeiten zu überlegen und das geeignetste Verfahren auszuwählen. Für dieses sind dann entsprechende Vorbereitungen zu treffen: Berechnungen anzustellen, Materialien zu wählen und zu bestellen, Arbeiter einzuplanen, Geräte zu disponieren, Sub-Unternehmer zu suchen und Angebote von diesen einzuholen. Je nachdem, ob spezielle Stoffe oder Geräte benötigt werden, kann diese Vorbereitungszeit variieren, Spezialanfertigungen haben üblicherweise eine längere Lieferzeit als Standardware.

Ist die Arbeitsvorbereitung erledigt und sind alle Ressourcen disponibel, kann die Mangelbeseitigung in Angriff genommen werden. Nicht immer kann aber der Arbeitsvorbereitung unmittelbar die Ausführung folgen, zB kann die Mangelbehebung die Verschiebung der Verbesserung auf einen Zeitpunkt mit geeigneteren Wetterbedingungen erfordern, oder auch dem AG kann die Mangelbehebung zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht recht sein, weil er zB gerade auf Urlaub ist und bei den Arbeiten dabei sein möchte, weil sie zB im von ihm bewohnten Haus durchzuführen sind, oder die Sanierung des defekten Straßenbelags nicht zum Zeitpunkt des Urlaubshauptreiseverkehrs stattfinden soll oder die Mangelbehebung eines defekten Industriefußbodenbelags idealerweise gerade in den Betriebsferien durchzuführen ist, um einen Produktionsausfall zu vermeiden.

Ist der Mangel behoben und somit die Verbesserungsarbeiten fertiggestellt, endet die Mangelbehebungsfrist jedenfalls. Die unterbrochene Gewährleistungsfrist beginnt mit dem Tage der erfolgten Behebung für jene Teile der Leistung zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten, eine gehemmte Gewährleistungsfrist wird fortgesetzt.

Beginn der Mangelbehebungsfrist

Vor der Untersuchung des Zeitraums für eine angemessene Frist ist deren Beginn festzulegen. Hierfür kommen zwei Zeitpunkte in Frage: entweder die Mängelrüge des AG oder die Verbesserungszusage durch den AN.

Nach dem alten Gewährleistungsrecht hatte der AG eine Frist zu setzen, dies tat er üblicherweise gleichzeitig mit der Mängelrüge. Die Frist begann also mit der Mängelrüge. Nunmehr muss der AN innerhalb angemessener Frist verbessern, ein Zeitpunkt für den Beginn dieser Frist ist weder in ÖNorm noch im Gesetz festgelegt.

Ziel der Definition einer angemessenen Frist ist es, dem AG ein Druckmittel in die Hand zu geben, um möglichst bald eine einwandfreie Leistung zu erhalten und andernfalls auf andere Möglichkeiten zur Herstellung des durch die mangelhafte Leistung verursachten Ungleichgewichts im Vertragsverhältnis zurückgreifen zu können. Um als geeignetes Druckmittel fungieren zu können, ist es zielführend, die Frist möglichst wenig von Faktoren beeinflussen zu lassen, die nicht in der Sphäre des AN liegen. Bei der Beurteilung der angemessenen Frist im Streitfall wäre es sehr schwierig, die verstrichene Zeit zu analysieren und entweder der Sphäre des AG oder der Sphäre des AN zuzuordnen.

Über die Dauer der Zustellung der Mängelrüge hat der AN überhaupt keinen Einfluß. Die Dauer des Dialogs über die Mangelursache kann von beiden Vertragspartnern beeinflusst werden (Kommunikationsgeschwindigkeit zB bei Beantwortung von Schreiben, Einigung auf

einen Termin für den Lokalausweis, etc). Die Feststellung des Verursachers, so sie durch einen Sachverständigen erfolgt, kann der AN nicht beeinflussen.

Die Dauern der Vorgänge nach der Verbesserungszusage durch den AN können beinahe ausschließlich der AN bzw in seine Sphäre fallende Ereignisse beeinflussen.

Sinnvoller Weise kann daher die Frist für die Mangelbehebung, deren Angemessenheit beurteilt werden soll, erst zu jenem Zeitpunkt beginnen, an dem sicher ist, dass der AN für den Mangel zu haften hat und dem AN diese Information, zB wenn sie Ergebnis einer gutachterlichen Beurteilung ist, zugekommen ist. Bevor für den AN feststeht, dass er für den Mangel zu haften hat und noch andere Verursacher und somit für die Haftung in Frage kommende Personen möglich sind, wird der AN kaum Vorbereitungen für eine Mangelbehebung treffen, die er möglicherweise gar nicht durchführen muss. Würde die Frist schon eher beginnen, hätte der AN sehr leicht die Möglichkeit, die Dauer der Frist in die Länge zu ziehen, und könnte sich darauf ausreden, dass erst der Verursacher festzustellen ist bzw der AG selbst an einer Verlängerung der Frist Mitverursacher ist. Auch die Unterbrechung (ggf Hemmung) der Gewährleistungsfrist findet ja nicht mit der Mängelrüge statt, sondern mit Anerkenntnis des Mangels.

Dauer einer angemessenen Mangelbehebungsfrist

Für die Ermittlung der Dauer der angemessenen Frist ist also jener Zeitraum näher zu betrachten, der zwischen dem Anerkenntnis des Mangels und der erfolgten Behebung liegt, der Zeitraum zwischen Mängelrüge und Anerkenntnis ist aber bei der Festlegung der Frist uU zu berücksichtigen. (Wurde durch ein Sachverständigengutachten vor der Anerkenntnis des Mangels dessen Ursache festgestellt, so ist dem AN hierfür nach Anerkenntnis des Mangels nicht nochmals dafür Zeit einzuräumen.)

Generell sind folgende Grundsätze zu beachten:

- Die Interessen beider Vertragspartner sind bei der Bemessung der Dauer zu berücksichtigen (sowohl das Interesse an einer Beschleunigung, als auch das Interesse einer Verzögerung).
- Innerhalb der angemessenen Frist muss eine sachlich einwandfreie Behebung des Mangels, dh dessen Ursache und nicht nur der auftretenden und sichtbaren Symptome, möglich sein. Die Dauer muss nicht großzügig bemessen sein, aber dennoch dem AN eine realistische Möglichkeit geben, die ihm zustehende zweite Chance zu nützen.
- Die Geduld des AG darf nicht überbeansprucht werden, in dem er unnötig lange auf eine Mangelbehebung, die der AN ja längst schuldet, nämlich die mangelfreie Herstellung der vom AG bestellten Leistung, warten muss.
- Normalerweise wird man sich an jenem Zeitraum orientieren können, den ein anderes versiertes, erfahrenes Unternehmen benötigt, um die erforderlichen Arbeiten durchzuführen.
- Wurden gleiche Leistungen schon bei der ursprünglichen Leistungserbringung ausgeführt, kann man sich an ihnen orientieren, zB an Bauzeitplänen oder am im K7-

Blatt enthaltenen Aufwandswerten, sofern der AN keine plausible Gründe angibt, weshalb diese Aufwandswerte bei der Sanierung nicht erreicht werden können. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Leistung offensichtlich beim ersten Mal mangelhaft hergestellt wurde und sich daher eine längere Dauer der Sanierung ergeben kann, weil zB ein anderes Verfahren angewendet wird oder zusätzliche Maßnahmen gesetzt werden müssen.

Beispiele

- Feuchteschaden im Keller

Kurz nach der Übergabe eines Einfamilienhauses treten im Keller zunächst Wasserflecken an der Wand auf, bald darauf steht das Wasser in den Kellerräumen 5 cm hoch. Vorsichtshalber schickt der AG an alle als Mangelverursacher in Frage kommenden Professionisten eine Mängelrüge und beauftragt gleichzeitig einen Sachverständigen mit der Feststellung der Ursache des Wassereintritts. Die angemessene Frist zur Mängelbehebung beginnt nicht, solange der Verursacher, also die Frage, wer für den Mangel und den entstandenen Schaden haftet, geklärt ist. Der Sachverständige stellt fest, dass eine Rohrdurchführung durch die weiße Wanne nicht dicht ist. Der zuständige Professionist wird benachrichtigt und erkennt dem Mangel an. Zu diesem Zeitpunkt beginnt die angemessene Frist für die Mängelbehebung zu laufen. Sie wird sich auf die Dauer der Vorbereitung der Mängelbehebung (etwa 14 Tage) und der Mängelbehebung (zB durch Injektionen von innen, also vom Kellerraum aus oder Anbringen einer Außenisolierung, wobei hierfür das Freilegen der Rohrdurchführung außen erforderlich ist) selbst beschränken.

- Risse in der Fassade

Der AN hatte den Auftrag, ein Einfamilienhaus zu errichten. Ein paar Monate nach der Übergabe erkennt der AG Risse in der Fassade und rügt den Mangel beim AN.

Eine Ursachenfeststellung ergibt, dass Setzungen im Baugrund dafür ursächlich sind, die der AN zu vertreten hat, weil er die Wahl der Fundamentierung innehatte und die Setzungen Folge von Fehlern der Fundierungsplanung waren, diese aber noch nicht abgeklungen sind. Eine Gefahr für die Bausubstanz besteht nicht. Die Nutzung durch den AG ist in keiner Weise eingeschränkt. In einem solchen Fall ist es technisch nicht sinnvoll, die Fassade zu sanieren, bevor die Setzungen zum Stillstand gekommen sind. Es ist daher erforderlich, den Setzungsverlauf über eine gewisse Zeit zu beobachten. Ist ein Abklingen aus dem Verlauf der Setzungen zu ersehen, ist die angemessene Frist bis zu jenem Zeitpunkt, an dem die Sanierung technisch sinnvoll erscheint plus die Dauer der Sanierung.

Ist ein Abklingen der Setzungen aus dem Verlauf der Setzungsentwicklung nicht absehbar und uU eine Gefährdung der Bausubstanz die Folge, sind sofort Gegenmaßnahmen zu treffen, wobei „sofort“ aus dem Setzungsverlauf zu bestimmen ist. Besteht Gefahr einer Hangrutschung bedeutet „sofort“ unmittelbar. Ist aus dem Verlauf lediglich im Endergebnis eine Substanzgefährdung des Bauwerks zu

befürchten, besteht aber keine unmittelbare Gefahr einer Katastrophe, ist zwar ohne Verzögerungen zu handeln, Sofortmaßnahmen sind aber nicht erforderlich.

Sind nicht Setzungen im Baugrund die Ursache für die Rissbildung in der Fassade sondern ein Herstellungsfehler, nämlich, dass das Prinzip „Hart nach weich“ nicht eingehalten wurde, dh auf weichen Grobputz ein harter Feinputz aufgebracht wurde, kommt es auch auf den Zeitpunkt an, zu dem der Mangel vom AG bemerkt wird.

Kommt der Mangel im Frühjahr bzw Sommer hervor, so hat der AN die Fassade vor dem Wintereinbruch zu sanieren, damit Folgeschäden zB durch Frost nicht auftreten. Kommt der Mangel im Winter hervor, ist eine Sanierung im Winter uU technisch nicht sinnvoll, da durch die Frostgefahr eine einwandfreie Sanierung nicht gesichert erscheint.

- Vorrangiges Interesse des AG

Ein halbes Jahr nach Bau eines Fußballstadions treten Mängel an der Dachentwässerung der Zuschauertribüne auf, Regenwasser wird nicht zur Gänze über die hierfür vorgesehenen Rohre abgeleitet, sondern bei starkem Regen rinnt das Dachwasser an bestimmten Stellen auf die Zuschauerreihen, die Zuschauer werden nass. 1 Monat nach dem ersten Auftreten des Mangels (erster Starkregen nach Fertigstellung) beginnt die Fußball-WM. Das Stadion ist ausverkauft, ein Absperren mancher Bereiche nicht möglich. Für Zuschauer besteht keine Gefährdung. Der AG wird durch den Platzwart auf den Mangel aufmerksam gemacht, dieser informiert sofort den AN. Aufgrund der Dringlichkeit der Mangelbehebung, die dem AN bekannt ist, ist in diesem Fall bei der Festlegung der Dauer der angemessenen Frist für die Mangelbehebung das Interesse des AG vorrangig, sofern die Mangelbehebung (zumindest eine provisorische Behebung) sachlich einwandfrei durchführbar ist.

Ein vs mehrere Verbesserungsversuche

Ob die dem AN zu gewährende Verbesserungschance nur einen Mangelbehebungsversuch bedeutet oder ob dies auch mehrere Versuche bedeuten kann, solange diese Versuche innerhalb der angemessenen Frist stattfinden, darüber divergieren die Meinungen von Juristen. *Reischauer* erteilt der Auffassung, dass allein entscheidend sei, ob mehrmalige Verbesserungsversuche innerhalb angemessener Frist schließlich doch zum gewünschten Ergebnis führen, eine Absage. Er spricht sich deutlich für einen einzigen Verbesserungsversuch aus, wobei er hierzu Folgendes festhält: *Von einem Verbesserungsversuch - verstanden als Einheit, nach der ein zweiter Versuch nicht mehr zugelassen werden muss - darf iSd Gesetzes nur dann gesprochen werden, wenn der Schuldner die Verbesserungsarbeiten abgeschlossen oder doch aufgegeben hat oder an ihnen gescheitert ist. [...] Wer im Rahmen der Verbesserungsarbeiten Mangelursachen entdeckt, die er vor Beginn der Arbeiten nicht ernsthaft in Betracht ziehen musste, ist nicht*

*schon deshalb an der Mangelbehebung gescheitert, weil er deswegen die Arbeiten (noch) nicht erfolgreich abschließen konnte.*⁵³³

Speziell bei Bauwerkverträgen kann es sinnvoll sein, dem AN zwei oder mehrere Versuche einzuräumen, vor allem dann, wenn die Ursache des Mangels nicht genau lokalisiert werden kann. Häufig gibt es mehrere mögliche, plausible Mangelursachen. Vor allem bei Wasserschäden ist nicht immer sofort eindeutig, wo das Wasser herkommt. Undichte Stellen an Rohrleitungen sind oft schwer zu lokalisieren, oft - vor allem bei Altbauten - ist die genaue Lage der Leitungen nicht einmal bekannt. Undichtigkeiten am Dach (insbesondere bei Flachdächern bzw Terrassen) sind noch schwieriger zu orten, weil Wasser an einer Stelle eindringt, sich seinen Weg in der Konstruktion selbst bahnt und sich an ganz anderer Stelle als Wasserfleck an der Wand oder Decke bemerkbar macht. Noch komplexer ist die Suche nach dem Ursprung von Strömungsgeräuschen in Heizungen, die Lokalisierung des Ausgangspunkts von Schwingungen oder Luftundichtigkeiten.

In solchen Fällen sind notwendige Mehrfachverbesserungsversuche von der Inkompetenz des AN, den Mangel zu beheben, klar zu unterscheiden.

Beispiele

- Im obersten Stockwerk treten Wasserflecken an der Decke auf. Bei einer Begehung des Daches ist eine mechanische Beschädigung der Dachhaut erkennbar. Eine Prüfung des gesamten Daches ist sehr aufwendig (zB Entfernung der gesamten Schotterabdeckung bei einem Flachdach). Im ersten Verbesserungsversuch wird daher zunächst der offensichtliche Mangel behoben. Nun kann es aber sein, dass dies nicht die einzige Ursache für das Auftreten von Wasserschäden im obersten Stockwerk ist, sondern das Dach auch noch an einer anderen Stelle eine Undichtheit aufweist, die bei der ersten Untersuchung des Daches nicht erkannt wurde. Erst wenn weiterhin Wasser durch das Dach in das Gebäude eindringt, erfolgen weitere Maßnahmen.
- Bei einer Mauertrockenlegung mittels Injektionen sind normalerweise mehrere Injektionsdurchgänge erforderlich, zwischen diesen Durchgängen wird der Feuchtigkeitsgehalt der Mauer beobachtet und je nach Ergebnis weitere Injektionsdurchgänge durchgeführt.

5.6.2 Möglichst geringe Unannehmlichkeiten für den AG

Es ist selbstverständlich, dass der AG bei der Mangelbeseitigung nicht mit vermeidbaren Strapazen belastet werden soll. Gewisse Belastungen und Unannehmlichkeiten wird aber jede Mangelbeseitigung - vor allem bei Bauwerken - mit sich bringen. Auch wenn mehrere Möglichkeiten der Mangelbeseitigung zur Verfügung stehen, ist darauf zu achten, die Ursache des Mangels und nicht nur die Symptome zu beseitigen. Die Verpflichtung, möglichst geringe Unannehmlichkeiten für den AG zu verursachen, darf nicht Grund sein, eine technisch einwandfreie Mangelbehebung zu unterlassen. Gibt es mehrere

⁵³³ Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBl 2002, 137.

Mangelbeseitigungsmöglichkeiten, die in ihrer Qualität technisch gleichwertig sind und annähernd die gleichen Kosten verursachen, so hat der AN selbstverständlich jene zu wählen, die den AG weniger belasten, zB also die Mangelbehebung auf einen Zeitpunkt außerhalb der Geschäftszeiten oder in die Betriebsferien zu verlegen.

6 Zusammenfassung

Die Umsetzung der EU-RL für den Gebrauchsgüterkauf und deren beinahe wörtliche Übernahme in das österreichische ABGB und in der Folge in die ÖNorm B 2110 dF 2002 begründete zahlreiche neue Begriffe und Änderungen im Gewährleistungsrecht. Der Begriff des unerheblichen Mangels ist aus dem Gesetzes- bzw. Normtext verschwunden, der Begriff der Unbehebbarkeit wurde um die „Weigerung des AN zur Mangelbeseitigung“, die „dem AG als Folge einer Mangelbeseitigung entstehenden erheblichen Unannehmlichkeiten“ und „triftige in der Person des AN liegende Gründe“ erweitert. Der „wesentliche Mangel“ gehört der Vergangenheit an, an seine Stelle tritt der „nicht geringfügige Mangel“. Zusätzlich ist die Mangelbeseitigung mit „möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG“ durchzuführen und wurde der AG bei der Verbesserung mit einem Wahlrecht zwischen Austausch und Verbesserung ausgestattet. Die neu eingeführten Begriffe werden jedoch durch Gesetz und ÖNorm nur unzureichend definiert.

(1) Vergleicht man die Gewährleistungsbestimmungen der ÖNorm B 2110 dF 2000 mit jenen dF 2002 so ergibt sich folgendes: (Kap 3)

- Wenn auch wörtlich verändert, ergeben sich inhaltlich keine Änderungen für die Definition des Mangels. Der AN haftet nach wie vor für im Vertrag vereinbarte und gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften und Verwendbarkeit, die Regeln der Technik sind unverändert einzuhalten.
- Unverändert durch die Reform des Gewährleistungsrechts sind auch die Einschränkungen der Gewährleistung geblieben, liegen die Ursachen für den Mangel in der Sphäre des AG, so hat der AN keine Gewährleistungsverpflichtungen, wenn er bei Vorliegen einer Warnpflicht dieser nachgekommen ist.
- Die ÖNorm unterscheidet hinsichtlich der Gewährleistungsfristen nach wie vor zwischen beweglich bleibenden Haustechnik-Leistungen und allen anderen Leistungen, bei ersteren wurde die Frist von einem auf zwei Jahre, bei allen anderen Leistungen von zwei auf drei Jahre verlängert. Die in der ÖNorm dF 2000 vorhandene Klagsfrist gibt es in dF 2002 der ÖNorm nicht mehr.

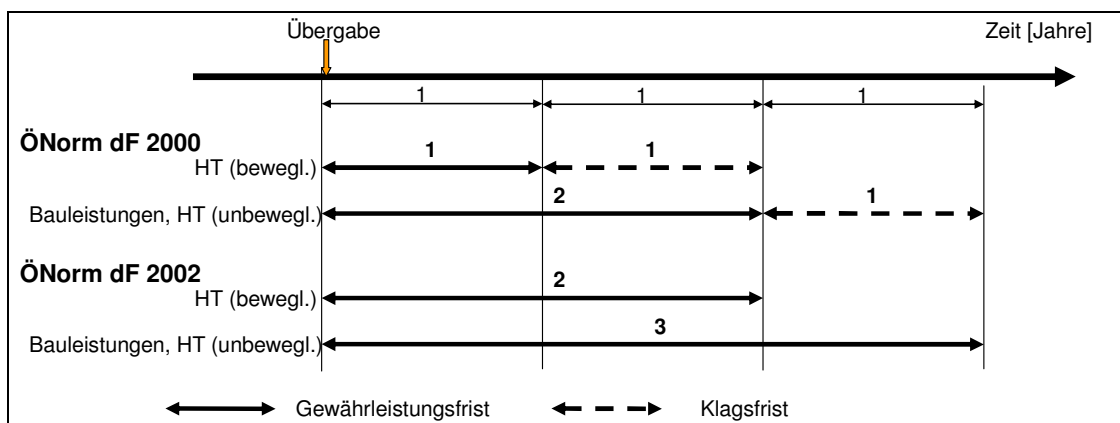


Abbildung 29: Vergleich Fristen ÖNorm

Die Fristen sind nach wie vor vertraglich veränderbar, gegenüber Verbrauchern nicht zu ihrem Nachteil. Die Regelungen bzgl. Hemmung und Unterbrechung der

Gewährleistungsfrist wurden nicht geändert. Auch Beginn und Ende der Gewährleistungsfrist blieben unverändert, sie beginnt nach wie vor für alle Mängel (auch für versteckte) zum Zeitpunkt der Übergabe und endet mit dem Ablauf der Frist.

- Mängel sind ehestens, sofern sie schon bei der Übergabe erkennbar sind, bei dieser zu rügen. Kommt es innerhalb der Gewährleistungsfrist zu keiner Einigung zwischen den Vertragsparteien, so muss der Gewährleistungsanspruch innerhalb der Frist gerichtlich eingeklagt werden, anderenfalls er verjährt. Die in der ÖNorm dF 2000 vorgesehene Möglichkeit, das Recht auf Gewährleistung auch innerhalb einer der Gewährleistungsfrist folgenden Klagsfrist gerichtlich geltend zu machen, entfällt, die gerichtliche Geltendmachung ist nunmehr ausschließlich innerhalb der Gewährleistungsfrist möglich.

Die Beweislastumkehr für die Tatsache, dass der Mangel schon zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden war, wurde von 2 Jahren auf ein halbes Jahr verkürzt. Sie ist nach wie vor an die Mängelrüge innerhalb dieser Zeit gebunden. Beweglich bleibende Haustechnik-Leistungen waren in der ÖNorm dF 2000 von der Beweislastumkehr ausgenommen, idF 2002 ist sie auf alle Leistungen anzuwenden.

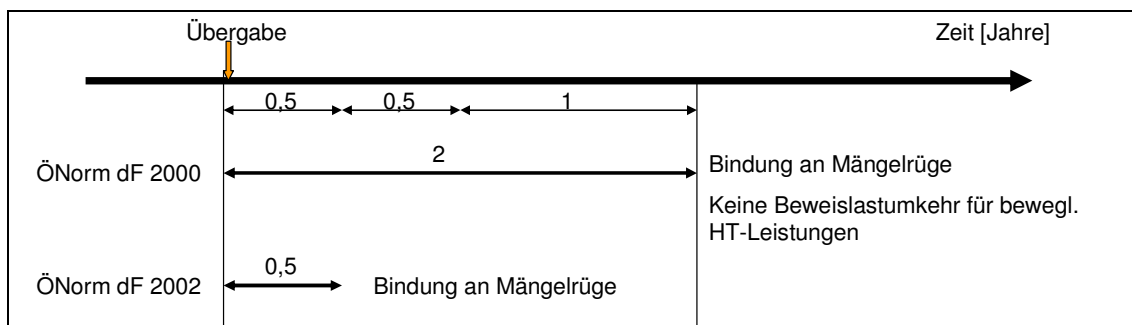


Abbildung 30: Vergleich Beweislastumkehr ÖNorm

- Die sich durch das GewRÄG ergebenden Änderungen im Hinblick auf das Recht des Rückbehalts des Werklohnes betreffen nur das Ausmaß des Haftungsrücklasses, nämlich die Reduktion von 3 auf 2 %.
- Das Recht des „Besonderen Rückgriffs“ wurde mit der Ausgabe 2002 der Norm neu in das Gewährleistungsrecht eingeführt. Es gibt dem Unternehmer, der einem Verbraucher Gewähr leistet, die Möglichkeit, auf seine Lieferanten zurückzugreifen, obwohl die Gewährleistungsfrist im Vertragsverhältnis Lieferant-Unternehmer schon abgelaufen ist. Das Rückgriffsrecht ist binnen 2 Monaten ab der eigenen Leistung auszuüben, der Lieferant haftet 5 Jahre ab seiner Leistung.
- Liegt ein Mangel vor und hat der AG Anspruch auf Gewährleistung, so stehen ihm grundsätzlich - wie auch schon nach bisherigem Recht - die Verbesserung, die Preisminderung und die Wandlung zur Verfügung, um die „Störung der subjektiven Äquivalenz“ auszugleichen.

Der nunmehr zwar aus der ÖNorm gestrichene „unerhebliche Mangel“ wird auch in Zukunft für die Differenzierung zwischen schikanösen und begründeten Forderungen aus der Gewährleistung relevant sein.

Ist der Mangel im betrachteten Vertragsverhältnis als „behebbar“ einzustufen, so hat der AG unverändert zunächst nur das Recht auf die Verbesserung, dh er hat dem AN eine Chance auf Beseitigung des Mangels zu geben. Ob der Mangel im betrachteten Vertragsverhältnis behebbar ist, entscheiden nach der ÖNorm dF 2000 die Möglichkeit der technischen Behebbarkeit, der Aufwand der Behebung sowie die Tatsache, ob der AN den Mangel innerhalb der vom AG gesetzten angemessenen Frist behebt. Nach dF 2002 der ÖNorm sind hierfür nicht nur die drei bereits in der ÖNorm dF 2000 enthaltenen Kriterien relevant, sondern auch die Tatsache, ob der AN die Verbesserung verweigert, die dem AG entstehenden Unannehmlichkeiten im Zuge der Verbesserung bzw können weitere Gründe in der Person des AN vorliegen, die dem AG die Mangelbehebung durch den AN unzumutbar machen.

Entscheidend für die Möglichkeit des AG, den Vertrag zu wandeln, war nach der ÖNorm dF 2000, das Vorliegen eines wesentlichen Mangels. Dieser lag vor, wenn der Mangel entweder den vereinbarten Gebrauch verhinderte oder der Leistung eine ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft fehlte. Zusätzlich legte die ÖNorm noch weitere Voraussetzungen für eine Wandlung fest, nämlich konnte der AG die Wandlung nur fordern, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar war. Nach der ÖNorm dF 2002 entscheidet nicht mehr die Wesentlichkeit eines Mangel über die Möglichkeit der Wandlung, sondern die Geringfügigkeit. Ist ein Mangel als geringfügig einzustufen, so verwehrt die Norm dem AG das Recht auf Wandlung. Den Begriff des geringfügigen Mangels definiert die ÖNorm jedoch nicht.

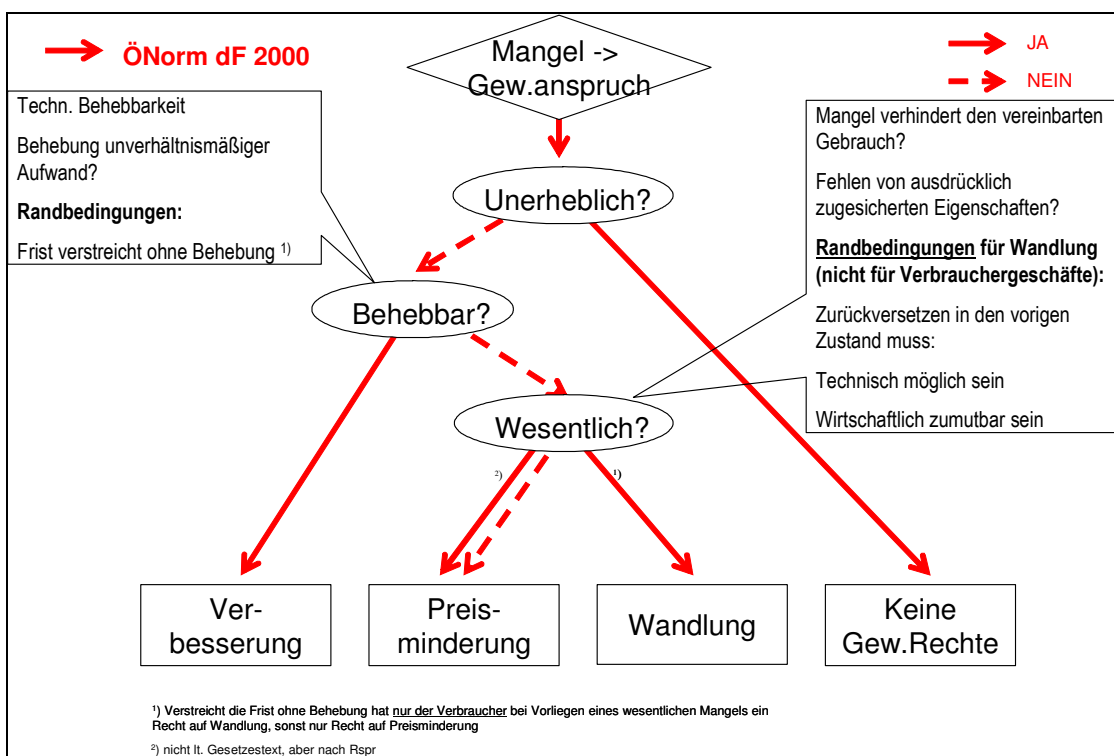


Abbildung 31: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2000

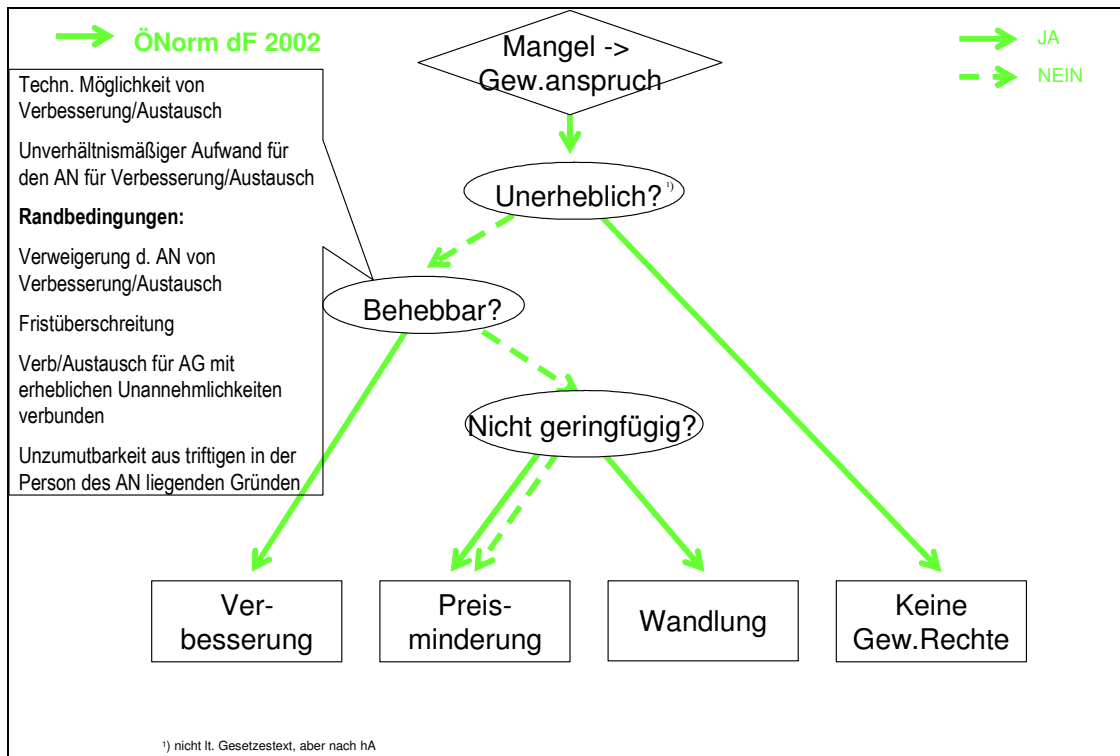


Abbildung 32: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2002

Betrachtet man die beiden obigen Graphiken, die das alte und das neue Gewährleistungsrecht der ÖNorm darstellen, genauer, fällt auf, dass lediglich die Definition des „unbehebbarsten Mangels“ um drei Randbedingungen erweitert wurde und der „wesentliche Mangel“ in der Graphik durch den „nicht geringfügigen Mangel“ ersetzt wurde. Ansonsten ist die Graphik unverändert, Aufbau der Graphik und Pfeile sind ident.

- (2) Es wurden also durch die Reform des Gewährleistungsrechts neue Begriffe in die Neufassung der ÖNorm eingeführt, die einer Definition bedürfen. **Vor allem bei der Suche nach einer Differenzierung zwischen unerheblichen, wesentlichen und geringfügigen Mängeln hilft ein internationaler Vergleich der Gewährleistungsbestimmungen in Standardverträgen nicht weiter, da die Begriffe verschieden verwendet werden und unterschiedliche Rechtsfolgen an sie geknüpft sind. Ebenso wenig führt eine etymologische Betrachtung zu einer eindeutigen Abgrenzung zwischen den Begriffen.** (Kap 4 und 5.1)
- (3) Da der unerhebliche Mangel durch die Reform des Gewährleistungsrechts nicht verändert wurde, gilt all das, was bisher über ihn gesagt, geschrieben und entschieden wurde, auch weiterhin.

Weicht der AN nur in der vom AG vorgegebenen Herstellungsmethode bei seiner Leistungserbringung ab und unterscheidet sich aber dadurch die erbrachte Leistung nicht von der geforderten Leistung, so handelt es sich nicht um einen Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts, sondern um die Verletzung einer tätigkeitsbezogenen

Vertragspflicht. Entstehen dem AG dadurch Schäden, so kann er diese in Form einer Schadenersatzforderung geltend machen, nicht aber aus dem Titel der Gewährleistung.

Mängel, die sich selbst zu Gänze beheben, sind unerhebliche Mängel. Wesentlich ist, dass sie durch den Herstellungsvorgang des Bauwerks verursacht sind und nach entsprechender Zeit nach Bauende verschwinden und nicht regelmäßig periodenabhängig immer wieder hervorkommen. (Kap 5.2)

(4) Folgende Kriterien sind für die Beurteilung, ob ein Mangel im betrachteten Vertragsverhältnis behebbar ist, relevant: (Kap 5.3)

1. Das Kriterium der rein technischen Behebbarkeit hat durch die Gewährleistungsrechtsreform keinerlei Änderung widerfahren. Ist ein Mangel technisch nicht behebbar, also von keinem AN beseitigbar, hat der AG als Ausgleich für das mangelhafte Werk nur die Möglichkeiten der Preisminderung und Wandlung. (Kap 5.3.1)
2. Auch ob der Aufwand für die Mangelbeseitigung unverhältnismäßig ist, bleibt durch das GewRÄG unverändert. Um die Unverhältnismäßigkeit einer Mangelbehebung festzustellen, ist das Interesse des AG an der Mangelbehebung dem Aufwand, den der AN mit der Verbesserung hat, gegenüberzustellen. Nicht sinnvoll ist es, die Verbesserungskosten für den AN der Höhe des Werklohnes gegenüberzustellen, da sich die Konsequenzen für den AG nicht unbedingt in der Höhe des Werklohnes widerspiegeln, sondern es auf den Mangel selbst und dessen mögliche Auswirkungen ankommt.

Bei der Beurteilung des Interesses des AG sind alle Konsequenzen für den AG in die Überlegungen miteinzubeziehen. **Das Interesse des AG an der Mangelbeseitigung setzt sich aus dem Minderwert der Leistung plus etwaiger Mangelfolgekosten (erhöhte Wartungskosten, Abbruchkosten, etc) zusammen.** Der Minderwert der Leistung kann entweder mit Hilfe der Zielbaumethode oder mit Bewertungsmatrizen, bei denen das Gewicht des optischen Erscheinungsbildes dem Grad der optischen Beeinträchtigung und die Bedeutung eines Merkmals für die Gebrauchstauglichkeit der Leistung dem Grad der Beeinträchtigung der Funktion gegenübergestellt wird, festgestellt werden. **Der ermittelte Minderwert ist - analog zur relativen Berechnungsmethode für die Preisminderung - an das Verhältnis zwischen objektivem Wert der mangelfreien Leistung und dafür bezahltem Werklohn anzupassen.**

In Sonderfällen, in denen der Wert des mangelhaften Werkes den Wert des mangelfreien Wertes übersteigt, ist die Differenz zwischen den beiden Werten nicht in der Bewertung zu berücksichtigen.

Zukünftige Mangelfolgekosten (zB erhöhte Wartungskosten) sind periodenweise zu ermitteln und, um sie in die Beurteilung einfließen lassen zu können und sie auf den Zeitpunkt der Beurteilung zu beziehen, mit Hilfe der Barwertmethode zu diskontieren.

Für die Ermittlung des Aufwandes für den AN sind alle dem AN entstehenden Kosten zu summieren, also Material-, Geräte- und Personalkosten inkl aller

Transport-, Anfahrts-, Planungs- und Overheadkosten, dh **inkl Zuschlag für Zentralregie. Bauzinsen, Gewinn und Wagniszuschlag sind nicht anzusetzen.**

Ist der Aufwand für die Mangelbeseitigung so groß, dass der Konkurs des AN die Folge der Verbesserung wäre, so ist dies zwar aus rein rechtlicher Sicht betrachtet für die Rechte des AG aus der Gewährleistung nicht relevant, aus wirtschaftlicher Sicht ist die Einigung auf eine Preisminderung der einzig sinnvolle und vernünftige Weg.

Drohende die Gesundheit oder das Leben gefährdende Mangelfolgeschäden sind schlagend gegenüber jeglichen dem AN entstehenden Kosten.

Die einander gegenübergestellten Werte, also der Aufwand für den AN und die Konsequenzen für den AG, sind jedenfalls zum gleichen Zeitpunkt zu beurteilen, und zwar zu jenem Zeitpunkt, an dem die Mangelbehebung durchzuführen ist, dh sobald geklärt ist, wer für den Mangel verantwortlich ist.

Ist es für die wirksame Mangelbeseitigung erforderlich, vom ursprünglichen Vertragsinhalt abzugehen, liegt deshalb nicht a priori ein unbehebbarer Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts vor: Kann der Mangel selbst zwar nicht saniert werden bzw wäre dessen Beseitigungsaufwand unverhältnismäßig, so kann uU durch die Ausführung von alternativen Lösungsmöglichkeiten, die allerdings das Abgehen vom ursprünglichen Vertragsinhalt bedeuten, der Mangel zwar nicht beseitigt werden, aber dem AG das Leben mit dem Mangel ermöglicht und zumutbar gemacht werden. Die Herstellung des vertraglich vereinbarten Zustandes kann unverhältnismäßig sein, eine alternative Lösungsmöglichkeit ist es eventuell nicht. (Kap 5.3.2)

3. Neu ist seit der Gewährleistungsrechtsreform im Normen- und Gesetzestext, dass dem AG auch die übrigen Gewährleistungsrechte zur Verfügung stehen, wenn der AN sich weigert, die Verbesserung durchzuführen. Inhaltlich bedeutet jedoch auch dies keine Neuerung, da dadurch bisher ohnedies Gelebtes verdeutlicht wurde.

Der AN kann sich **schriftlich, mündlich oder durch sein Verhalten** weigern, die Mangelbeseitigung durchzuführen. Klar ist, wenn er sich schriftlich und durch seine Wortwahl unverkennbar äußert. Problematisch ist, die Weigerung des AN aus dessen Verhalten zu schließen. Dieses muss eindeutig und unverkennbar sein und liegt zB vor, wenn der AN jegliche Versuche des AG, mit ihm in Kontakt zu treten, ignoriert.

Häufig liegt die Ursache der Weigerung darin, dass sich der AN nicht verantwortlich für den Mangel fühlt bzw dessen Verursacher noch nicht geklärt ist, dh die Kausalität noch nicht eindeutig feststeht. Solange diese Haftungsfrage nicht geklärt ist, kann man nicht von einer Weigerung des AN sprechen, da dem AN ja nicht übel genommen werden kann, eine

Mangelbehebung nicht durchzuführen, solange nicht feststeht, dass er überhaupt dafür einzustehen hat. (Kap 5.3.3)

4. Hatte der AG vor der Gewährleistungsrechtsreform die Verpflichtung, dem AN eine angemessene Frist zur Mangelbehebung zu setzen, entfällt diese Verpflichtung nunmehr, der AN hat innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beheben. Diese angemessene Frist muss mindestens so lang sein, dass sie dem AN (nicht irgendeinem beliebigen AN) die Möglichkeit einräumt, eine sachlich einwandfreie Mangelbehebung durchzuführen inklusive entsprechender Vorbereitungszeit, die die Feststellung der Mangelursache, die Entwicklung von Behebungsmöglichkeiten und die Auswahl der optimalsten davon sowie die Arbeitsvorbereitung selbst beinhaltet. In manchen Fällen sind dem AN mehrere Verbesserungsversuche zuzugestehen, nämlich dann, wenn die Ursache des Mangels nicht genau lokalisiert werden kann oder es mehrere mögliche, plausible Mangelursachen gibt.

Die angemessene Frist für die Mangelbehebung beginnt mit jenem Zeitpunkt, an dem sicher ist, dass der AN für den Mangel zu haften hat und dem AN diese Information zugekommen ist. Dh sie beginnt mit der Klärung der Haftungsfrage (nicht mit der Mängelrüge!) und endet mit der erfolgreichen Mangelbeseitigung.

Geriet der AN in Verzug mit der Verbesserung, so konnte nach der ÖNorm dF 2000 der AG auf die Preisminderung „ausweichen“, nur Konsumenten hatten zusätzlich das recht auf Wandlung. Mit der Neufassung der ÖNorm hat nun jeder AG die Möglichkeit, auf Preisminderung oder Wandlung - sofern der Mangel nicht geringfügig ist - zurückzugreifen. Unabhängig vom Verschulden des Verbesserungsverzugs seitens AN konnte der AG nach der ÖNorm dF 2000 die Ersatzvornahme fordern, für den verschuldeten Verzug ist dies auch in der ÖNorm dF 2002 so. Für den nicht verschuldeten Verbesserungsverzug ist die Rechtslage nicht ganz eindeutig, durch die Festlegung, dass dem konkreten AN die Mangelbehebung innerhalb der angemessenen Frist möglich sein muss und nicht irgendeinem beliebigen anderen AN, umgeht man die nicht eindeutige Rechtslage, weil ein Verzug mit der Verbesserung ohne Verschulden des AN nicht mehr möglich ist. (Kap 5.3.4)

5. Neu in das Gewährleistungsrecht eingeführt wurde, dass sich der AG auf ihm unzumutbare, erhebliche Unannehmlichkeiten, die die Durchführung einer Mangelbeseitigung mit sich brächte, berufen kann, um dem AN die Mangelbeseitigung zu verwehren. Von dieser Möglichkeit soll der AG aber nur in besonderen Härtefällen Gebrauch machen können und ihn vor krassen Unbilligkeiten schützen. Diese liegen zB vor, würde die Mangelbeseitigung die komplette Schließung des eben hergestellten Bauwerkes erfordern, vor allem bei Bauwerken ständigen Gebrauchs (Hotel, U-Bahn, Krankenhaus, Gefängnissen, Schulen, bedeutende Touristenattraktionen, Hauptverkehrsadern, etc).

Bedeutend ist auch die Dauer der Verbesserungsarbeiten, nämlich ob sie über Nacht, am Wochenende, in Betriebsferien, zu Jahreswechsel oder in der Nebensaison durchgeführt werden können oder sie andernfalls eine starke Beeinträchtigung des Gebrauchs des Gebäudes bedeuten. (Kap 5.3.5)

6. Es ist dem AG unzumutbar, den AN mit der Mangelbeseitigung zu betrauen, verhält dieser sich grob ungebührlich, beleidigend oder macht die weitere Zusammenarbeit durch sein Verhalten unmöglich, sodass eine schwere Störung des Vertrauensverhältnisses abzuleiten ist. **Das grob ungebührliche Verhalten des AN muss allerdings im Rahmen des Vertragsverhältnisses erfolgen.** Triftige in der Person des AN liegende Gründe liegen auch vor, geht das Unternehmen des AN in Konkurs, wird der AN wegen schweren Betrugs verurteilt, fehlt ihm die für die Mangelbeseitigung erforderliche Gewerbeberechtigung oder erweist sich der AN wegen besonderer Sorglosigkeit offensichtlich zur Mangelbehebung nicht imstande. Befindet sich das Unternehmen des AN lediglich im Ausgleich, so besteht es grundsätzlich fort, es ist hier nicht sinnvoll, den AN auf eine Preisminderung zu verweisen und ihm keine Chance auf Mangelbehebung zu geben. (Kap 5.3.6)
- (5) Die Wandlung ist bei Bauwerkverträgen wegen der mit ihr verbundenen schwerwiegenden Konsequenzen ein denkbar ungeeignetes Mittel, um ein aus dem Ungleichgewicht gebrachtes Vertragsverhältnis auszugleichen. Das GewRÄG legt nahe, die Möglichkeiten der Wandlung für den AG auszuweiten und sie ihm leichter zugänglich zu machen, weshalb der geringfügige Mangel irgendwo zwischen dem unerheblichen und dem wesentlichen Mangel liegen muss, aber keinesfalls mit einem der beiden gleichzusetzen ist. In der Literatur mangelt es nicht an Interpretationen, etliche davon sind in ihrer praktischen Anwendung sehr komplex und daher ungeeignet.

Aus der RL, dem Gesetz oder der ÖNorm ergibt sich kein anderer Anhaltspunkt für die Auslegung der geringfügigen Vertragswidrigkeit, als dass die Auflösung des Vertrags angesichts des geltend gemachten Mangels nicht unverhältnismäßig sein soll.

Der geltend gemachte Mangel ist den Kosten der Wandlung für den AN gegenüberzustellen, es fließt also die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Wandlung in die Beurteilung ein. Aufgrund der gravierenden Konsequenzen der Wandlung beim Bauwerkvertrag ist kaum vorstellbar, dass diese nicht unverhältnismäßig sind, wenn das hergestellte Werk nicht unbrauchbar ist oder eine ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist. Kann das Werk technisch nicht in den ursprünglichen Zustand zurückgeführt werden, hat der AG dem AN den verbleibenden Wert der Leistung zu ersetzen. Dies ist aber der Preisminderung gleichzusetzen, weshalb die technische Möglichkeit der Durchführung der Wandlung auch weiterhin ein Kriterium für die Wandlung bleibt.

Zusammengefasst ergeben all diese Überlegungen genau jene Voraussetzungen für die Wandlung, die die ÖNorm bereits vor der Reform des Gewährleistungsrechts definierte, nämlich, dass entweder der Leistung eine ausdrücklich bedungene Eigenschaft fehlte oder das Werk nicht brauchbar war

und die Wandlung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sein muss. Der so entstehende Begriff des „nicht geringfügigen Mangels“ umfasst nun alle Bedingungen, die bisher an die Wandlung in der ÖNorm gestellt wurden. Er ist somit nicht ident mit dem wesentlichen Mangel nach altem Gewährleistungsrecht, weil die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Mangels bei Werkverträgen (sowohl § 1167 ABGB als auch ÖNorm dF 2000) nur über die Brauchbarkeit des Werkes und die Einhaltung von vertraglich festgelegten Eigenschaften definiert war, der geringfügige Mangel hingegen auch noch die wirtschaftliche Zumutbarkeit als Konsequenzen der Wandlung für den AN und deren technische Durchführbarkeit mitberücksichtigt. (Kap 5.4)

7 Verzeichnisse

7.1 Literaturverzeichnis

Ahrer, Schadenersatz und Gewährleistung bei Baumängeln, Diplomarbeit, Universität Innsbruck, Innsbruck 2001

ARD Ratgeber Recht, Rechtswörterbuch, <http://www.wdr.de/tv/recht/worte/rw01024.html>, 14.08.2002

Beck/Bennert/Bürkner, VOB für Praktiker Kommentar zur Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Ausgabe 2002⁵, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2003

Bundesministerium für Justiz, Entwurf Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz, JMZ 7.035/62-I 2/2000, aus <http://www.parlinkom.gv.at/> (2004-01-14)

Creifelds, Rechtswörterbuch¹⁷, Verlag C.H. Beck, München 2002

DIN 1961, VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, DIN Deutsches Institut für Normung e.V., Dezember 2002

Duden - Bedeutungswörterbuch, Band 10, 3. Auflage, Dudenverlag, Mannheim 2002

Duden - Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache, Band 7, 2. Auflage, Dudenverlag, Mannheim 1997

Duden - Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache, Band 7, 3. Auflage, Dudenverlag, Mannheim 2001

Duden - Fremdwörterbuch, Band 5, 4. Auflage, Dudenverlag, Mannheim 1982

Falk/Maier, Handbuch Privates Baurecht, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2003

Feil, Werkvertrag - Vertragsgestaltung Gewährleistung und Schadenersatz, Linde Verlag, Wien 2001

Gabler, Wirtschaftslexikon, 15.Auflage, Wiesbaden 2000

Gartner/Mezera, Baumängel, Überreuter Verlag, Wien 1998

Gauch, Der Werkvertrag⁴, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996

Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190 (Ausgabe 1977), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1991

Gölles, Haftung des Bauunternehmers: Mangelhaftigkeit der Leistung - Mangelfolgeschäden, bau-intern Ausgabe 201, VIBÖ 1994, S 20 - 23

Gölles/Link, Kommentar zu den ÖNormen B 2110 und B 2117 für Praktiker, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2002

Gruber, Der „unverhältnismäßige“ Verbesserungsaufwand in § 1167 ABGB, RdW 1990, 434

Hartl/Schlosser, Nichterfüllung Verzug, ÖGEBAU-Journal 2/2002, 131-135

Heiermann, Kündigungsmöglichkeiten der am Bau Beteiligten Teil 1: Die Auftragnehmerkündigung, Baumarkt + Bauwirtschaft 2/2004, S 21-23

Heiermann, Kündigungsmöglichkeiten der am Bau Beteiligten Teil 2: Die Auftraggeberkündigung, Baumarkt + Bauwirtschaft 3/2004, S 17-20

Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, Vieweg & Sohn Verlag, Wiesbaden 2003

Hoke, Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Wien 1996

Iro, OGH: Widersprüchliches zum Vorrang der Naturalrestitution vor Geldersatz bei Mangelschäden, RdW 1996, 106

Jodl/Oberndorfer, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2001

Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, 12. Auflage, Werner Verlag, München/Unterschleißheim 2003

Karasek, ÖNORM B 2110, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003

Karasek/Längle, Oberstgerichtliche Entscheidungen aus dem Bau-, Liegenschafts- und Vergaberecht, ÖGEBAU Journal, Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, Heft 1 2003

Karollus/Lukas, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers - Überlegungen zu § 1170 ABGB de lege lata und de lege ferenda (Teil 1), JBI 2001, 677

Karollus/Lukas, Das sogenannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers - Überlegungen zu § 1170 ABGB de lege lata und de lege ferenda (Teil 2), JBI 2001, 766

Kletecka, Gewährleistung neu - Kommentar zum GewRÄG für Praxis und Ausbildung; Verlag Österreich, Wien 2001

Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 1. Auflage, Walter de Gruyter Co., Berlin/Leipzig 1934

Kölber, Juristisches Wörterbuch, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 1999

Koziol, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737 ff

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 11. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2000

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 12. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 12. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001

Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 - Anwendung und Umsetzung in der Praxis, 1.Auflage, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2002

Kurbos, Baurecht in der Praxis, 3.Auflage, Überreuter Verlag, Wien 1999

Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1989

Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110³, Verlag Österreich, Wien 2003

Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, Verlag C.H. Beck, München 2002

Medek, Querschnittsanalyse ausgewählter Bestimmungen von Standardbauverträgen, Diplomarbeit, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU-Wien, 2004

Oberndorfer/Straube, Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabebetag 01.03.1995, Österreichischer Wirtschaftsverlag

Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNorm B 2110 Ausgabebetag 01.03.2002, 3. Auflage, Der Wirtschaftsverlag, Wien 2003

ÖNorm A 2050, Ausgabe 2000-03-01, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2000

ÖNorm B 2110, Ausgabe 2000-03-01, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2000

ÖNorm B 2110, Ausgabe 2002-03-01, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2002

Oswald/Abel, Leitfaden über hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Neubauten, Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Bonn 1995

Oswald/Abel, Hinzunehmende Unregelmäßigkeiten bei Gebäuden, Bauverlag, Wiesbaden und Berlin, 1998

Prießner, Gewährleistungsrecht und seine Änderungen im Werkvertrag, Diplomarbeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2002

Rebhahn/Kietaibl, Giga-Checkliste: Mängelhaftung beim Werkvertrag, ecolex-Script 2004/27

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003

Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen (Teil 1), JBI 2002, 137

Rummel, Kommentar zum ABGB³, 1. Band, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2000

Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 171/12, 07.07.1999

Russwurm/Schöllner, Österreichisches Rechtswörterbuch, 2. Auflage, Juridica Verlag, Wien 1997

Schwimmann, ABGB Praxiskommentar, Band 5, 2. Auflage, Orac Verlag, Wien 1997

SIA 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991, Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein, Zürich

Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1987

Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Band 2, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001

Totterdill, FIDIC user's guide - a practical guide to the 1999 Red Book, Telford, London 2001

Verband Beratender Ingenieure (VBI), FIDIC-Vertragsmuster (Red Book) mit Erläuterungen in deutscher Sprache, Berlin 2004

Welser, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, *ecolex* 1995, S 11-18

Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1994

Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001

7.2 Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung (bezieht sich auf die bis zum 31.12.2001 gültige Rechtslage bzw die ÖNorm B 2110 in der Ausgabe vom 01.03.2000)
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
B 2110 alt	Fassung der Önorm B 2110 vom 01.03.2000
B 2110 neu	Fassung der Önorm B 2110 vom 01.03.2002
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	zirka
CONS	Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer
Def	Definition
dF	der Fassung
dgl	dergleichen
dh	das heißt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EO	Exekutionsordnung
EPC	engineer, procure, construct
EPCT	Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EU-Richtlinie	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Rates vom 25.Mai 1999 zu bestimmten Aspekten der Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
evtl	eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f	und der/die folgende
ff	und der/die folgenden
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
Fr	Schweizer Franken
gem	gemäß
Gew	Gewährleistung
GewRÄG	Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz
ggü	gegenüber
GU	Generalunternehmer
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschender Lehre
HR	Hafrücklaß
HT	Haustechnik
i.a.	im allgemeinen
ICE	Institution of Civil Engineers
idaF	in der alten Fassung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iwS	im wesentlichen Sinn
JGS	Justizgesetzsammlung
Kap	Kapitel
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lit	litera (Buchstabe)
lt	laut

LV	Leistungsverzeichnis
mE	meines Erachtens
Mio	Million(en)
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung (bezieht sich auf die ab dem 31.12.2001 gültige Rechtslage bzw die ÖNorm B 2110 in der Ausgabe vom 01.03.2002)
Nr	Nummer
OG	Obergeschoss
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGEBAU	Österreichische Gesellschaft für Baurecht
OR	(schweizer) Obligationenrecht
P	Punkt (in der ÖNorm)
PHG	Produkthaftungsgesetz
P&DB	Conditions of Contract for Plant and Design-Build, for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor
Rdn	Randnummer
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie der EU; siehe EU-Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Seite
SFr	Schweizer Franken
sog	sogenannt/-er/-e/-es
techn	technisch/-er/-e/-es
u	und
urspr	ursprünglich/-er/-e/-es
USt	Umsatzsteuer
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VBI	Verband beratender Ingenieure
VOB	DIN 1969 u DIN 1961 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	DIN 1960 Ausgabe 2000 „VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“
VOB/B	DIN 1961 Ausgabe 2002 „VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“
VPI	Verbraucherpreisindex
vs	versus (gegen)
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
Ziff	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung

7.3 Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Leistungsstörungen	13
Abbildung 2: Folgen des Unmöglichwerdens einer Leistung.....	13
Abbildung 3: Einteilung der Schäden.....	18
Abbildung 4: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Umfang.....	22
Abbildung 5: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Einschränkungen.....	32
Abbildung 6: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Fristen	37
Abbildung 7: Vergleich Fristen ABGB - ÖNorm.....	40
Abbildung 8: Fortlaufhemmung und Unterbrechung	42
Abbildung 9: Hemmung/Unterbrechung/Fortsetzung/Neubeginn der Gewährleistungsfrist ...	43
Abbildung 10: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Geltendmachung	54
Abbildung 11: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Beweislast	62
Abbildung 12: Vergleich der Beweislastumkehr	66
Abbildung 13: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Rückbehalt des Werklohnes	67
Abbildung 14: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Besonderer Rückgriff.....	71
Abbildung 15: Textvergleich ÖNorm - ABGB: Rechte aus der Gewährleistung.....	73
Abbildung 16: Rechte aus der Gewährleistung § 932 ABGB aF	74
Abbildung 17: Rechte aus der Gewährleistung § 1167 ABGB aF	76
Abbildung 18: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2000.....	78
Abbildung 19: Rechte aus der Gewährleistung ABGB nF / ÖNorm dF 2002.....	81
Abbildung 20: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und § 932 aF ABGB	95
Abbildung 21: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und § 1167 aF ABGB	96
Abbildung 22: Änderung der Rechte aus der Gewährleistung zwischen Gewährleistung NEU und ÖNorm dF 2000.....	96
Abbildung 23: Internationaler Vergleich - Fristen	100
Abbildung 24: Internationaler Vergleich - Rechte aus der Gewährleistung.....	103
Abbildung 25: Unerheblichkeit.....	108
Abbildung 26: Behebbarkeit	116
Abbildung 27: Mangelbeseitigungsinteresse des AG - Mangelbehebungskosten	129
Abbildung 28: Zeitraum zwischen Mängelrüge und Übernahme der behobenen Leistung ..	166
Abbildung 29: Vergleich Fristen ÖNorm	173
Abbildung 30: Vergleich Beweislastumkehr ÖNorm.....	174
Abbildung 31: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2000.....	175
Abbildung 32: Rechte aus der Gewährleistung ÖNorm dF 2002.....	176

Abbildung 33: Textvergleich ÖNorm - VOB: Umfang	191
Abbildung 34: Textvergleich ÖNorm - VOB: Einschränkungen	192
Abbildung 35: Textvergleich ÖNorm - VOB: Fristen.....	195
Abbildung 36: Vergleich Fristen ÖNorm - VOB.....	197
Abbildung 37: Textvergleich ÖNorm - VOB: Geltendmachung.....	200
Abbildung 38: Textvergleich ÖNorm - VOB: Rückbehalt Werklohn	202
Abbildung 39: Textvergleich ÖNorm - VOB: Rechte aus der Gewährleistung	204
Abbildung 40: Rechte aus der Gewährleistung VOB/B	205
Abbildung 41: Textvergleich ÖNorm - VOB: Schadenersatz	210
Abbildung 42: Textvergleich ÖNorm - SIA: Umfang	213
Abbildung 43: Textvergleich ÖNorm - SIA: Einschränkungen	216
Abbildung 44 Textvergleich ÖNorm - SIA: Fristen	218
Abbildung 45: Vergleich Fristen ÖNorm - SIA.....	220
Abbildung 46: Textvergleich ÖNorm - SIA: Übernahme.....	223
Abbildung 47: Textvergleich ÖNorm - SIA: Geltendmachung	224
Abbildung 48: Textvergleich ÖNorm - SIA: Rückbehalt Werklohn.....	228
Abbildung 49: Textvergleich ÖNorm - SIA: Rechte aus der Gewährleistung	232
Abbildung 50: Rechte aus der Gewährleistung SIA	233
Abbildung 51: Textvergleich ÖNorm - SIA: Schadenersatz.....	239
Abbildung 52: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Umfang	242
Abbildung 53: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Einschränkungen	244
Abbildung 54: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Fristen	245
Abbildung 55: Vergleich Fristen ÖNorm - FIDIC	246
Abbildung 56: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Geltendmachung.....	249
Abbildung 57: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Rückbehalt Werklohn	251
Abbildung 58: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Rechte aus der Gewährleistung	254
Abbildung 59: Rechte aus der Gewährleistung FIDIC.....	255

7.4 Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Entwicklung der für die Gewährleistung in der Bauwirtschaft relevanten Paragraphen des ABGB.....	4
Tabelle 2: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel § 932 ABGB aF	76
Tabelle 3: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel §§ 932 u 1167 ABGB aF.....	78
Tabelle 4: Rechte in Abhängigkeit vom Mangel §§ 932 u 1167 ABGB aF, ÖNorm dF 2000 ..	81
Tabelle 5: Vergleich der Rechte in Abhängigkeit vom Mangel	83
Tabelle 6: Zielbaumverfahren nach Aurnhammer	93
Tabelle 7: Internationaler Vergleich - Mangelhaftigkeit der Leistung	97
Tabelle 8: Internationaler Vergleich - Einschränkungen.....	98
Tabelle 9: Internationaler Vergleich - Behebbarkeit	104
Tabelle 10: Internationaler Vergleich - Voraussetzungen für die Wandlung	104
Tabelle 11: Zu beurteilende Kriterien für die Behebbarkeit nach ÖNorm dF 2000	117
Tabelle 12: Zu beurteilende Kriterien für die Behebbarkeit seit dem GewRÄG	118
Tabelle 13: Internationaler Vergleich - Behebbarkeit	118
Tabelle 14: Bewertung des optischen Erscheinungsbildes	127
Tabelle 15: Bewertung der Beeinträchtigung von Funktion und Gebrauchstauglichkeit	128
Tabelle 16: Dauer Reaktionszeit.....	140
Tabelle 17: Voraussetzungen für die Wandlung ABGB - ÖNorm	154

A Gewährleistung - Deutschland

A.1 Der Mangel

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.45 Gewährleistung 5.45.1 Umfang Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden können.</p>	<p>§ 13 Nr 1 Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, a. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst b. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.</p> <p>§ 13 Nr 2 Bei Leistungen nach Probe gelten die Eigenschaften der Probe als vereinbarte Beschaffenheit, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies gilt auch für Proben, die erst nach Vertragsabschluss als solche anerkannt sind.</p>

Abbildung 33: Textvergleich ÖNorm - VOB: Umfang

A.1.1 Mangelhaftigkeit der Leistung

Eine Leistung ist gem § 13 Nr 1 der DIN 1961 Ausgabedatum 12/2002 dann mangelfrei, wenn sie frei von Sachmängeln ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Leistung die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Ist keine Beschaffenheit der Leistung vereinbart, bedeutet Freiheit von Sachmängeln, dass sich die Sache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung oder für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken gleicher Art üblich ist und die der AG nach Art der Leistung erwarten kann. Dies wird beurteilt nach dem durch die Verkehrssitte ausgedrückten hypothetischen Parteiwillen.⁵³⁴

Die Beschaffenheit ist vereinbart, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend Gegenstand des Vertrags ist, maßgebend ist die Leistungsbeschreibung oder die Angaben im LV.⁵³⁵

Lt § 13 Nr 2 gelten bei Leistungen nach Probe ebenso die Eigenschaften dieser Probe als vereinbart, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind.

Wenn auch anders formuliert, so ist sowohl in der ÖNorm als auch in der VOB der Mangel dem Inhalt nach gleich definiert. In beiden Fällen muss die Leistung die vereinbarten Eigenschaften aufweisen und die Beschaffenheit, die bei Werken gleicher Art üblich ist und der AG nach der Art der Leistung erwarten kann, haben. In der VOB ist die Einhaltung der Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme im Text der VOB explizit erwähnt, in der ÖNorm ist diese Passage mit der Reform des Gewährleistungsrechts entfallen, was aber für das Erfordernis der Einhaltung der Regeln der Technik irrelevant ist.

⁵³⁴ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 43a.

⁵³⁵ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 43a.

Ebenso ist in beiden Standardbauverträgen die Möglichkeit der gewöhnlichen bzw der Natur des Geschäfts entsprechenden Verwendung der Leistung sowie die im Vertrag vorausgesetzte bzw der getroffenen Verabredung entsprechende Verwendung verankert.

Auf Rechtsmängel wird in keinem der beiden Vertragswerke eingegangen, ebenso wenig wie auf eine Mängelhaftung wegen öffentlicher Äußerungen, zB durch fehlerhafte Werbeaussagen.

In Bezug auf die Definition des Mangels besteht demnach kein Unterschied zwischen der VOB und der ÖNorm.

A.1.2 Mangelbegriffe

Gem § 12 Nr 3 VOB kann die Abnahme wegen **wesentlicher** Mängel bis zu deren Beseitigung verweigert werden. Ein Mangel ist dann als wesentlich anzusehen, wenn er nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als beachtlich anzusehen ist, wenn dieses dem AN bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Ein Mangel ist danach zB wesentlich, wenn eine andere Materialart als in der Leistungsbeschreibung vorgeschrieben, verwendet wird, oder bestimmte Grenzwerte für die Materialtauglichkeiten überschritten werden.⁵³⁶

Das BGB kennt den Begriff des **unerheblichen** Mangels, und zwar bestimmt § 323 BGB Abs 5, dass der Gläubiger im Falle einer nicht vertragsgemäßen Vertragserbringung nicht vom Vertrag zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Dh bei unerheblichen Mängeln ist der Rücktritt ausgeschlossen, dem AG verbleiben nur die anderen Mängelbeseitigungsansprüche.⁵³⁷ Nach dem BGB entscheidet die Unerheblichkeit zwischen Wandlung und Preisminderung, und nicht wie nach der österreichischen Rechtslage zwischen Rechten aus der Gewährleistung und keinen Rechten daraus.

A.2 Einschränkungen

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.45.2 Einschränkung 5.45.2.1 Ist ein Mangel auf (1) eine besondere Weisung des AG, (2) die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen, (3) das vom AG beigestellte Material oder (4) Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels dann frei, wenn (a) er im Sinne von 5.9 die vorgesehene schriftliche Mitteilung erstattet hat und der AG den vorgebrachten Bedenken nicht Rechnung getragen hat, oder (b) er diese Mängel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können.</p>	<p>§ 13 Nr 3 Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Nr. 3 obliegende Mitteilung gemacht.</p>
<p>5.45.2.2 Umfang Die Gewährleistung des AN wird durch das Bestehen einer Überwachung seitens des AG gemäß 5.21 nicht eingeschränkt</p>	

Abbildung 34: Textvergleich ÖNorm - VOB: Einschränkungen

§ 13 Nr 3 der VOB/B regelt die Einschränkung der Gewährleistung durch Mängel, deren Ursache aus der Sphäre des AG stammt:

⁵³⁶ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1047.

⁵³⁷ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 940, 958 und 961.

Ist ein Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die vom AG gelieferten der vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder Beschaffenheit der Vorleistung eines Vorunternehmers zurückzuführen, haftet der AN. Von dieser Haftung ist der AN befreit, wenn er entsprechend, dh nach § 4 Nr 3, gewarnt hat.

Hat der AN gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom AG gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer Bedenken, so hat er dies dem AG **unverzüglich** - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - **schriftlich** mitzuteilen. Für seine eigenen Angaben, Anordnungen und Lieferungen bleibt er jedoch verantwortlich.

Die Leistungsbeschreibung kann sich aus Plänen, Leistungsverzeichnissen, technischen Berechnungen u dgl ergeben (siehe im Einzelnen VOB/A § 9). Sind diese Unterlagen vom AG oder einem seiner Erfüllungsgehilfen (zB Architekt) alleine und nicht aufgrund einer gemeinsamen Erörterung mit dem AN aufgestellt und zum Vertragsgegenstand gemacht worden und inhaltlich klar, eindeutig und verbindlich, so sind enthaltene Fehler der Sphäre des AG zuzuordnen.⁵³⁸

Ebenso wie die Leistungsbeschreibung verbindlich sein muss, um den AN bei Fehlerhaftigkeit dieser aus seiner Gewährleistungspflicht zu befreien, so muss dies auch für Anordnungen gelten. *Baustoffe und Bauteile sind nur dann als vorgeschrieben einzustufen, wenn der AN ausschließlich diese zu verwenden hat. Allein mit der Angabe von Bezugsquellen, Fabrikatnamen oder Bestellnummern im LV gilt die Leistung noch nicht als vorgeschrieben.*⁵³⁹ Ebenso gilt es als nicht verbindlich vorgeschrieben, wenn im LV ein Produkt genannt wird und der Zusatz „oder gleichwertig“ beigefügt ist, denn in diesem Fall hat der AN wieder die Wahl. Verbindlich vorgeschrieben wird also nur in jenen Fällen, in denen der AN tatsächlich keine Wahl hat.⁵⁴⁰ Ein bloßes Einverständnis des AG, zB zu einem Vorschlag des AN, ist keine dem AN keine andere Wahl lassende Anordnung, sehr wohl aber, wenn der AG einen ganz bestimmten Subunternehmer vorschreibt, der nicht hinreichend zuverlässig ist, der AG aber trotz Hinweises auf dessen Einsatz besteht oder wenn der AG den AN drängt, bestimmte Arbeiten bei ungeeigneten Witterungsverhältnissen durchzuführen, und dies nicht bloß anregt oder wünscht.⁵⁴¹ Erforderlich für eine risikoverlagernde Anordnung ist, dass der AG den AN eindeutig und zwingend anweist, die Baumaßnahme in einer ganz bestimmten Weise auszuführen.⁵⁴²

Keine Verschiebung der Haftung tritt ein, wenn der AG Stoffe und Bauteile kauft und anliefern lässt, die der AN vorgeschlagen oder ausgesucht hat.⁵⁴³

Voraussetzung für eine Risikoverlagerung ist jedoch die ordnungsgemäße Erfüllung der Prüf- und Hinweispflicht. Die Prüfungs- und Hinweispflicht kann nur dann entfallen, wenn die

⁵³⁸ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 51; vgl auch *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 6 f.

⁵³⁹ *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 7.

⁵⁴⁰ Vgl *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, Rz 202.

⁵⁴¹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 52.

⁵⁴² Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1126.

⁵⁴³ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 53.

Parteien die Pflichten aus § 4 Nr 3 wirksam abbedungen haben, der AG im Verlauf der Bauausführung darauf verzichtet, dass die Bauleistung einer vereinbarten Qualität entspricht oder der AG das Risiko für eine bestimmte Bauausführung übernimmt.⁵⁴⁴

Die Beweislast dafür, dass ein Mangel seine Ursache im Verantwortungsbereich des AG hat, trägt der AN.⁵⁴⁵

Die Einschränkungen der Gewährleistung der ÖNorm und der VOB decken sich im Wesentlichen. In beiden Fällen haftet der AN nur dann für Mängel, die auf

- Weisung bzw Anordnung des AG,
- die vom AG beigestellten Unterlagen bzw die Leistungsbeschreibung,
- vom AG beigestelltes Material bzw vom AG gelieferte oder vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile oder auf
- Vorleistungen anderer AN des AG bzw Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers

zurückzuführen sind, wenn der AN seiner Prüf- und Warnpflicht nicht entsprechend nachgekommen ist.

Die ÖNorm fügt hier noch an, dass der AN frei von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels ist, wenn er seiner Warnpflicht nachkommt und der AG den vorgebrachten Bedenken nicht Rechnung trägt. Die VOB beschreibt diesen Fall zwar nicht explizit, die Formulierung (der AN haftet, es sei denn, er hat gewarnt) der VOB lässt aber auf das gleiche Ergebnis wie nach ÖNorm schließen (der AN haftet nicht, wenn er gewarnt hat). Ebenso wenig regelt die VOB im Gegensatz zur ÖNorm explizit, ob der AN auch dann für diese Mängel haftet, wenn er sie trotz pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können. Jedoch auch hier ergibt sich lt *Heiermann/Riedl/Rusam*⁵⁴⁶ kein Unterschied zur ÖNorm.

Ebenso wenig erwähnt die VOB explizit, dass die Gewährleistungspflicht durch eine etwaige Überwachung durch den AG nicht beeinträchtigt wird. Aber auch hierdurch ergeben sich keine Unterschiede zur ÖNorm.

Demzufolge besteht auch im Hinblick auf Einschränkungen der Gewährleistung kein Unterschied zwischen VOB und ÖNorm.

⁵⁴⁴ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 57.

⁵⁴⁵ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1118.

⁵⁴⁶ Siehe *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 4 Rdn 48.

A.3 Fristen

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.45.3.2 Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übernahme der Leistung (5.41).</p>	<p>§13 Nr 4 (1) Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr. (2) Bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Absatz 1 2 Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen. (3) Die Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung; nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme (§ 12 Nr. 2).</p>
<p>5.45.3.3 Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt sie 3 Jahre; für Leistungen der Haustechnik, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, 2 Jahre. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gelten mindestens die gesetzlichen Gewährleistungsfristen gemäß § 933 ABGB.</p>	
<p>5.45.3.5 Für Bauwerke bzw. haustechnische Anlagen vorübergehenden Bestandes endet die Gewährleistungsfrist spätestens mit dem Abbruch bzw. deren Demontage.</p>	
<p>5.45.4.5 [...] Durch die behelfsmäßige Behebung tritt eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist im Sinne von 5.45.5 (1) ein.</p>	
<p>5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß 5.45.3.3 für jene Teile der Leistung neu zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten. (2) Wird jedoch durch einen solchen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile oder der Gesamtleistung verhindert, verlängern sich die Fristen für diese Teile oder für die Gesamtleistung um die Zeit der Verhinderung. [...]</p>	
<p>5.45.7 Ende der Gewährleistung Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei.</p>	<p>§13 Nr 5 (1) [...] Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet. (2) [...]</p>

Abbildung 35: Textvergleich ÖNorm - VOB: Fristen

Während die ÖNorm nur zwischen beweglich bleibenden Leistungen der Haustechnik und allen anderen Bauleistungen unterscheidet, regelt die VOB die Gewährleistungsfristen in § 13 Nr 4 (1) und (2) differenzierter und legt folgende Fristen fest:

- Bauwerke: 4 Jahre
- Arbeiten an einem Grundstück: 2 Jahre
- vom Feuer berührte Teile von Feuerungsanlagen: 2 Jahre
- feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen: 1 Jahr
- maschinelle und elektrotechnische/elektronische Anlagen oder Teile davon, wenn die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat und dem AN vom AG nicht die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist übergeben hat: 2 Jahre.

Dh die VOB legt grundsätzlich eine Gewährleistungsfrist von 4 Jahren fest. Ausnahmen gibt es bei Arbeiten an einem Grundstück, bei feuerberührten Teilen von Feuerungsanlagen, bei Anlagen, bei denen die Wartung eine große Rolle für die Sicherheit spielt, weil hier grundsätzlich eine zu lange Gewährleistungsfrist mit der Art der Sache nicht vereinbar wäre bzw erreicht werden soll, dass der AN, der die Anlage eingebaut hat, auch mit der Wartung betraut wird, weil dieser für gewöhnlich hierfür die größte Kompetenz aufweist und über das beste Know-how verfügt.

Unter den Begriff „Bauwerk“ fallen alle vertraglichen Leistungspflichten, die die Errichtung, die Veränderung oder den Erhalt eines Bauwerks zum Gegenstand haben (zB Umdeckung eines Daches, Arbeiten an Gleisanlagen der Bundesbahn, Verlegung von Fußbodenbelag,

Erstellung eines Rohbrunnens, Isolierung der Kelleraußenwände zur Beseitigung von Kellernässe, etc).⁵⁴⁷

Zu den „Arbeiten an einem Grundstück“ zählen Arbeiten, die in keinem Zusammenhang mit Bauarbeiten stehen und die der AN an Grund und Boden vornimmt, ohne dass ein Zusammenhang mit der Errichtung oder Veränderung eines Bauwerks besteht (zB Bagger- und Pflanzarbeiten, Anlegen von Grünflächen, Planierungsarbeiten). Ihr Zweck allein ist die Gestaltung des Erdbodens. Zu den Arbeiten an einem Grundstück gehören aber auch Instandsetzungs- und Veränderungsarbeiten an bestehenden Gebäuden, die für diese nur von unwesentlicher Bedeutung sind, deren Substanz unberührt lassen (zB Umbau einer Lichtenanlage einer Baracke, Erneuerung eines Fenster- oder Fassadenanstrichs als bloße Schönheitsreparatur, (nicht jedoch eine Beschichtung der Hausfassade, um Risse zu schließen), Herstellung einer Grundstücksdrainage oder eines Dachgartens, Baureinigungsarbeiten). Bei Einbau von technischen Anlagen in bestehende Gebäude, ohne dass diese Anlagen für die Nutzung des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind oder dauerhaft mit dem Bauwerk verbunden werden, liegen Arbeiten an einem Grundstück bzw die Herstellung einer beweglichen Sache vor.⁵⁴⁸

„Vom Feuer berührte Teile von industriellen Feuerungsanlagen“ sind zB Ofenwände, -rohre und -roste, die sehr verschleißanfällig sind. Nachträglich sind ursprünglich vorhandene Mängel nur sehr schwer feststellbar, weshalb nur eine kurze Gewährleistungsfrist vorgesehen ist.⁵⁴⁹

„Feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen“ sind Anlagen der Industriebereiche Stahl, Kraftwerke, Zement, Kalk, Gas, Keramik, Gips, Biomassen, etc.⁵⁵⁰

Für die Regelungen bzgl „maschineller und elektrotechnischer/elektronischer Anlagen“ kommen nur solche Anlagen in Betracht, die fest und dauerhaft in eine bauliche Anlage bzw ein Bauwerk eingebaut und damit verbunden sind, wie Notstromaggregate, Türsprechanlagen, Aufzüge. Kann eine Anlage ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit oder Benutzbarkeit von der baulichen Anlage getrennt und einer selbständigen Nutzung zugeführt werden, so fällt sie nicht unter den Begriff der Bauleistung, zB Geräte, die nicht für die Funktion des Gebäudes erforderlich sind. Hiernach dürfte zB eine EDV-Anlage zur Steuerung von Sonnenschutz- oder Brandmeldeanlagen unter den Begriff der Bauleistung fallen, nicht aber der zentrale Server einer vernetzten Computeranlage in einem Bürohaus.⁵⁵¹

Dementsprechend unterscheidet sich die ÖNorm von der VOB dahingehend, dass die Gewährleistungsfrist für Bauwerke bzw Bauleistungen in Deutschland um 1 Jahr länger ist als in Österreich. Für Arbeiten an einem Grundstück, dh nach österreichischem Recht: an

⁵⁴⁷ Vgl sehr detailliert dazu *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 75 f.

⁵⁴⁸ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 77a.

⁵⁴⁹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 78.

⁵⁵⁰ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 78a.

⁵⁵¹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 79a.

einer unbeweglichen Sache, ist in Österreich eine Gewährleistungsfrist von 3 Jahren vorgesehen, während die VOB nur eine Frist von 2 Jahren festlegt.

Spezielle Regelungen für Bauwerke und HT-Anlagen vorübergehenden Bestandes gibt es in der VOB im Gegensatz zur ÖNorm nicht.

Anmerkung: § 438 Abs 1 BGB regelt eine 5-jährige Gewährleistungsfrist für den Kauf und den Tausch von Bauwerken und Baustoffen, die für ein Bauwerk verwendet werden, im Übrigen eine 2-jährige Verjährungsfrist. § 634a BGB legt für Werkverträge eine 5-jährige Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche für Bauwerke und Werke, deren Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen für Bauwerke besteht, fest.

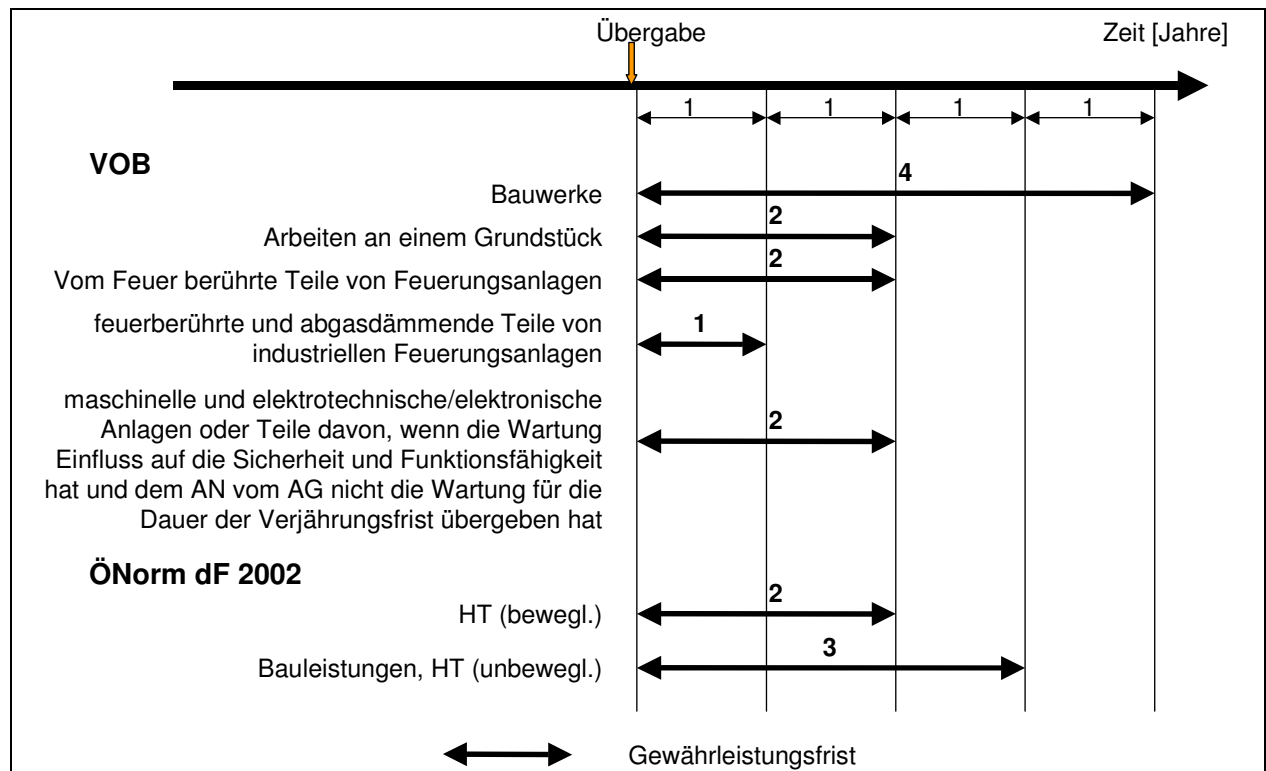


Abbildung 36: Vergleich Fristen ÖNorm - VOB

Vertragliche Abänderbarkeit

Die Vertragsparteien können andere als die in der VOB/B vorgesehenen Verjährungsfristen vereinbaren. Eine Verkürzung der Fristen in AGB ist für den Bereich der gesetzlichen Mängelhaftung unzulässig. § 309 Nr 8 b ff BGB gestattet jedoch sehr wohl für den Anwendungsbereich der VOB/B die Möglichkeit, kürzere, als die gesetzlich nach BGB vorgesehenen Fristen zu vereinbaren, aber nur dann, wenn die VOB/B insgesamt vereinbart wird. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn in AGB eine kürzere Verjährung als in § 13 Nr 4 und 5 VOB/B festgelegt wird.⁵⁵²

Sind verschiedene Leistungen Gegenstand eines einheitlichen Bauvertrages, werden sie einheitlich vergeben und besteht zwischen ihnen ein innerer Zusammenhang, so ist eine

⁵⁵² Vgl. Falk/Maier, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1012.

einheitliche Verjährungsfrist anzunehmen, um unterschiedlich lange Gewährleistungsfristen bei einem einzigen Bauvorhaben zu vermeiden.⁵⁵³

Wie auch nach der ÖNorm können nach deutschem Recht die Gewährleistungsfristen abgeändert werden, wenn dies speziell vereinbart ist. Diese spezielle Vereinbarung kann nicht in AGB erfolgen, sondern nur explizit im Vertrag bzw bei Vereinbarung der VOB als ganzes - trotz des AGB-Charakters der VOB.

Hemmung/Unterbrechung

Die VOB/B legt in § 13 Nr 5 Abs 1 eine Frist für die Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels 2 Jahre nach Zugang der schriftlichen Mängelrüge fest. Diese Frist kann jedoch nicht vor dem Ende der vereinbarten Gewährleistungsfrist enden. Dh die schriftliche Mängelrüge unterbricht die Gewährleistungsfrist. *Allerdings kann durch die schriftliche Mangelbeseitigungsaufforderung vor Ablauf der Verjährungsfrist i.S.v. § 13 Nr. 5 Abs 1 Satz 1 VOB/B die Verjährungsfrist nur einmal erneut in Gang gesetzt werden.*⁵⁵⁴

Ein Neubeginn der Gewährleistungsfristen ist in der VOB nur für den Fall der Mangelbehebung vorgesehen. § 13 Nr 5 Abs 1 letzter Satz legt fest, dass nach Abnahme der Mangelbeseitigungsleistung für diese Leistung eine Gewährleistungsfrist von 2 Jahren neu zu laufen beginnt, die jedoch ebenso nicht vor Ablauf der ursprünglich vereinbarten Gewährleistungsfrist enden kann.

Weitere Bestimmungen bezüglich Hemmung oder Unterbrechung der Gewährleistungsfrist wie in der ÖNorm für die behelfsmäßige Behebung und den verhinderten Gebrauch anderer Teile bzw der Gesamtleistung finden sich in der VOB nicht.

Bzgl Hemmung und Unterbrechung gibt es demnach einige Unterschiede zwischen ÖNorm und VOB:

Nach VOB führt bereits eine schriftliche Rüge von während der Verjährungszeit auftretenden und auf vertragswidrige Leistung zurückzuführenden Mängeln zu einer Unterbrechung der Verjährungsfrist, während nach der ÖNorm die Unterbrechung erst mit Anerkenntnis des Mangels herbeigeführt wird.

Die VOB beschränkt den Zeitraum, in dem der AG Anspruch auf Mangelbehebung hat, auf 2 Jahre nach schriftlicher Rüge, aber mindestens bis zum Ablauf der ursprünglich vereinbarten Verjährungsfrist. Diesbezüglich legt die ÖNorm keine Frist fest.

Sowohl die ÖNorm wie auch die VOB ordnen einen Neubeginn der Verjährungsfrist mit Abnahme der Mangelbehebung an. Ein Unterschied besteht jedoch in der Dauer der nach der Behebung geltenden Verjährungsfrist. Während bei der ÖNorm die ursprünglich vereinbarte Frist wieder neu zu laufen beginnt, verkürzt sich die Frist gem VOB § 13 Nr 5 Abs 1 letzter Satz von 4 auf 2 Jahre. Bezüglich einer Hemmung der Verjährungsfrist für jene Teile der Leistung, deren vertragsgemäßer Gebrauch durch den Mangel verhindert war, gibt es keinerlei Regelung in der VOB.

⁵⁵³ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 72.

⁵⁵⁴ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1009.

Anmerkung:

§ 203 bis § 211 BGB regeln die Hemmung der Verjährungsfristen. Diese tritt nach § 203 BGB bei Verhandlungen ein, hier endet die Verjährungsfrist frühestens 3 Monate nach Ende der Hemmung. Nach § 204 BGB wird die Verjährung auch durch Rechtsverfolgung gehemmt, wobei in diesem Fall die Verjährungsfrist 6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens endet.

Den Neubeginn der Verjährung, also eine Unterbrechung, legt § 212 BGB mit der Anerkennung des Anspruchs durch den Schuldner, zB durch Abschlagszahlungen oder in anderer Weise, oder durch Vornahme oder Beantragung einer gerichtlichen oder behördlichen Vollstreckungshandlung fest.

Beginn und Ende der Verjährungsfrist

Nach § 13 Nr 4 Abs 3 VOB beginnt die Verjährungsfrist mit der Abnahme der Leistung zu laufen und endet mit Ablauf der Verjährungsfrist. Für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme.

Findet eine förmliche Abnahme statt, so beginnt die Frist mit dem Datum der Niederschrift der Abnahme. Ist bei der förmlichen Abnahme der AN abwesend, so gilt der Zugang des schriftlichen Abnahmeergebnisses beim AN als Fristbeginn. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung nach § 12 Nr 5 VOB mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen. Wird keine Abnahme verlangt und hat der AG die Leistung oder Teile davon in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme gem § 12 Nr 5 VOB nach Ablauf von 6 Werktagen als erfolgt.

Bezüglich Beginn und Ende der Gewährleistungsfrist gibt es keinen Unterschied zwischen VOB und ÖNorm, in beiden Fällen beginnt sie mit der Übernahme bzw Abnahme der Leistung zu laufen, das Ende der Frist ergibt sich durch die Regelungen der Verjährungsfristen bzw deren Hemmung und Unterbrechung von selbst.

A.4 Geltendmachung + Beweislast

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.41.5 Bei einer förmlichen Übernahme ist eine Niederschrift zu verfassen, die von beiden Vertragspartnern zu unterfertigen ist und mit der der AN die Übergabe und der AG die Übernahme der Leistung erklären. In diese Niederschrift sind ferner aufzunehmen: (1) beanstandete Mängel an der erbrachten Leistung, Fristsetzung für ihre Behebung; hierbei hat jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel zu erfolgen; [...]</p>	<p>§ 12 Nr. 4 (1) Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung. [...]</p>
<p>5.45.3 Geltendmachung von Mängeln 5.45.3.1 Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme beanstandet wurden, ehestens nach dem Bekanntwerden, längstens jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist schriftlich bekannt zu geben (Mängelrüge). ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften ist die ehestmögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche.</p>	<p>§ 12 Nr. 5 (1) Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung. (2) Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme. (3) Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.</p>
<p>5.45.3.4 Werden Mängel innerhalb von 6 Monaten gerügt, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften entfällt diese Rügepflicht.</p>	<p>§ 13 Nr 5 (1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet. (2) Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.</p>

Abbildung 37: Textvergleich ÖNorm - VOB: Geltendmachung

Geltendmachung zum Zeitpunkt der Übernahme

Gem § 12 Nr 3 VOB kann die Abnahme wegen wesentlicher Mängel bis zu deren Beseitigung verweigert werden.

Findet eine förmliche Abnahme statt, so sind gem § 12 Nr 4 VOB in der Niederschrift etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des AN.

Wird keine Abnahme verlangt, so gelten gem § 12 Nr 5 VOB die Leistungen 12 Werktage nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung bzw 6 Werktage nach Beginn der Benutzung als abgenommen. Vorbehalte wegen bekannter Mängel sind vom AG spätestens bis zu diesen Zeitpunkten geltend zu machen.

Ob der AG den Anspruch auf Beseitigung durch eine fehlende Mängelrüge zum Zeitpunkt der Übernahme verliert oder nicht, regelt ebenso wie die ÖNorm auch die VOB nicht. *Kapellmann/Langen* schreiben diesbezüglich allerdings, dass ein Nachbesserungs- und Minderungsanspruch erlischt, werden bekannte Mängel bei der Abnahme nicht vorbehalten. Der Schadenersatzanspruch bleibt jedoch erhalten.⁵⁵⁵

Ein Textvergleich der beiden Normen ergibt keinen Unterschied, in beiden Normen ist das Erfordernis der Beanstandung auffälliger bzw bekannter Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme festgehalten und keine der beiden Normen regelt etwaige Folgen bei

⁵⁵⁵ Vgl *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, Rz 238; vgl ebenso *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 29 und *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1112.

Nichtbeachtung. In Österreich wird daraus eher geschlossen, dass kein Verlust der Gewährleistungsrechte stattfindet, während diese in Deutschland sehr wohl verloren gehen.

Geltendmachung in der Gewährleistungsfrist

Gem § 13 Nr 5 muss der AG vor Ablauf der Gewährleistungsfrist die Behebung der Mängel schriftlich vom AN verlangen. Dann hat er 2 Jahre lang, aber mindestens bis zum Ende der Gewährleistungsfrist Anspruch auf Mangelbeseitigung.

Ist die ÖNorm vereinbart, ist eine schriftliche Mängelrüge ehestens nach Bekanntwerden des Mangels erforderlich, bei Vereinbarung der VOB ist eine schriftliche Mängelrüge innerhalb der Verjährungsfrist ausreichend.

Auf die Möglichkeit der Schadenserweiterung bzw der Schadensminimierung durch eine möglichst frühzeitige - eben ehestens nach Bekanntwerden - Mitteilung an den AN geht die VOB nicht ein. Der AG hat, wenn ein Mangel unmittelbar nach der Übergabe erkennbar wird, die gesamte Verjährungsfrist für die Mängelrüge Zeit.

Über eine erforderliche gerichtliche Geltendmachung gibt es in der VOB/B keine Aussage.

Der AG muss zur Mängelbeseitigung - wie oben erwähnt - schriftlich auffordern und eine angemessene Frist für die Mängelbeseitigung setzen. Kommt der AN dieser Aufforderung nicht nach, so kann der AG die Mängel auf Kosten des AN beseitigen lassen.

Auf das schriftliche Nachbesserungsverlangen kann in eng begrenzten Ausnahmefällen abgesehen werden, zB wenn sich der AN als völlig unzuverlässig erwiesen hat oder Gefahr im Verzug ist (Beweislast trägt der AG).⁵⁵⁶

Beweislast

Durch die Abnahme ändert sich die Beweislast. Vor der Abnahme muss der AN die Mängelfreiheit seiner Leistung nachweisen. Verweigert der AG die Abnahme wegen vorhandener Mängel, dann muss der AN beweisen, dass jedenfalls keine wesentlichen, die Abnahmeverweigerung rechtfertigenden Mängel vorliegen. Nach der Abnahme muss hingegen der AG das Vorhandensein eines Mangels beweisen. Der BGH hat die bislang umstrittene Frage entschieden, wer die Beweislast für Mängel hat, die sich der AG bei der Abnahme vorbehalten hat: Hinsichtlich vorbehaltener Mängel bleibt die Beweislast beim AN.⁵⁵⁷

Diese Festlegung der Beweislast ist nicht in der VOB geregelt, sondern resultiert aus § 363 BGB „Beweislast bei Annahme als Erfüllung“: *Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.*

⁵⁵⁶ Vgl Beck/Bennert/Bürkner, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 19.

⁵⁵⁷ Vgl Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, Rz 182.

Eine Bestimmung der Vermutung der Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt der Übernahme bis 6 Monate nach Übernahme gibt es nach deutschem Recht nur beim Verbrauchsgüterkauf (§ 477 BGB).

Nach ÖNorm ist der Zeitpunkt der Beweislastumkehr 6 Monate nach Übernahme, nach deutschem Recht findet sie zum Zeitpunkt der Übernahme statt.

A.5 Zurückbehaltung des Werklohnes

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) [...] (2) [...] (3) Insoweit entsprechend (1) oder (2) jedoch über das Ende der ursprünglichen Gewährleistungsfrist hinaus zu gewährleisten ist, kann ab diesem Zeitpunkt nur mehr ein Haftungsrücklass in der Höhe von 10 % der Leistung, die an Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, einbehalten werden. Dies gilt auch für andere Teile der Leistung, deren vertragmäßiger Gebrauch durch den behobenen Mangel behindert war. Der AN hat hiezu dem AG eine prüfbare Bezifferung des Wertes dieser Leistung bzw. dieser Teile der Leistung vorzulegen. Das Höchstausmaß diese Haftungsrücklasses beträgt weiterhin 2 % der Schluss- bzw. Teilschluss-Rechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich USt.). ANMERKUNG: Gilt nicht für Verbrauchergeschäfte.</p>	<p>§ 17 Sicherheitsleistung 1. (1) Wenn Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die §§ 232 bis 240 BGB, soweit sich aus den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes ergibt. (2) Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen. 2. Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden, [...] 3. Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen. 5. Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Etwaige Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu. 6. (1) Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10 v. H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Den jeweils einbehaltenen Betrag hat er dem Auftragnehmer mitzuteilen und binnen 18 Werktagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto bei dem vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen. Gleichzeitig muss er veranlassen, dass dieses Geldinstitut den Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrags benachrichtigt. Nummer 5 gilt entsprechend. (2) Bei kleineren oder kurzfristigen Aufträgen ist es zulässig, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Sicherheitsbetrag erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto einzahlt. (3) Zahlt der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, so kann ihm der Auftragnehmer hierfür eine angemessene Nachfrist setzen. Lässt der Auftraggeber auch diese verstreichen, so kann der Auftragnehmer die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrags verlangen und braucht dann keine Sicherheit mehr zu leisten. (4) Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, den als Sicherheit einbehaltenen Betrag auf eigenes Verwahrgeldkonto zu nehmen; der Betrag wird nicht verzinst. 8. (1) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten. (2) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.</p>
<p>5.48.3 Haftungsrücklass 5.48.3.1 Von der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer) ist ein Haftungsrücklass in der Höhe von 2 % einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abgelöst ist. 5.47.3.4 Der Haftungsrücklass ist, soweit er nicht gemäß 5.48.3.3 in Anspruch genommen wurde, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist freizugeben (5.48.6). Sind jedoch Mängel zu beheben, gilt 5.45.5 (3) sinngemäß.</p>	
<p>5.41.8 [...] Wird die Leistung mit verbesserbaren Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass gemäß 5.48.3 das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gilt diese Beschränkung nicht. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abzulösen.</p>	

Abbildung 38: Textvergleich ÖNorm - VOB: Rückbehalt Werklohn

Eine konkrete Regelung bezüglich des Einbehalts eines Haftungsrücklasses gibt es in der VOB/B nicht. Sehr wohl aber können Sicherheiten, vergleichbar mit der Sicherstellung der ÖNorm dF 2002 P 5.48, vereinbart werden bzw kann der AG die Leistung, sprich Zahlung des Werklohnes, bei Vorliegen von Mängeln nach Abnahme zumindest teilweise verweigern.

In § 641 Abs 3 legt das BGB die Fälligkeit der Vergütung bei Werkverträgen fest und bestimmt an dieser Stelle, dass der Besteller, kann er die Beseitigung eines Mangels verlangen, nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung

verweigern kann. Angemessen ist mindestens die Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.⁵⁵⁸

Unter Sicherheitsleistungen wird eine wirtschaftliche Absicherung einer Partei durch ein Sicherungsmittel in bestimmter Höhe vor drohenden Nachteilen in bestimmten Fällen verstanden.⁵⁵⁹ Sie dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen. Die VOB/B sieht in § 17 Nr 2 folgende Arten von Sicherheiten vor: Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder eine Bürgschaft eines Kreditinstitutes oder -versicherers. Diese drei Sicherheiten sind auch insofern gleichwertig, als der AN das Insolvenzrisiko des AG nicht trägt, die Vergütung des AN (mit Ausnahme von § 17 Nr 6 Abs 4 VOB/B) verzinst wird und der AG über die Sicherheit nur mit Zustimmung des AN oder nach gerichtlicher Klärung des Anspruchs verfügen kann.⁵⁶⁰ Für die Sicherheit aus Mängelansprüchen ist vor allem der Einbehalt von Zahlungen wesentlich.

Während § 17 VOB/B keine Aussage bzgl der Höhe der Sicherheitsleistung trifft, bestimmt § 14 VOB/A für den öffentlichen AG, dass die Sicherheit nicht höher bemessen werden soll, als nötig, um den AG vor Schäden zu bewahren, und dass 5 % der Auftragssumme bei der Sicherheit für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag u/o für Mängelansprüche 3 % der Abrechnungssumme nicht überschritten werden sollen.⁵⁶¹

§ 17 Nr 6 Abs 1 sieht für den Einbehalt von Zahlungen vor, dass der AG seine Zahlungen maximal um 10 % kürzen darf bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Dieser Betrag ist auf einem Sperrkonto zu hinterlegen, über das nur AG und AN gemeinsam verfügen können.

Lt § 17 Nr 8 VOB/B hat der AG eine nicht verwertete Sicherheit für Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens aber nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben. Eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche ist nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart ist. Soweit jedoch die Ansprüche des AG seitens AN noch nicht erfüllt worden sind, kann der AG auch weiterhin einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückbehalten.

Während die ÖNorm die Höhe des Haftungsrücklasses mit 2 % der Schluss- bzw Teilschlussrechnung deckelt, lässt die VOB/B die Höhe der Sicherheit offen. In beiden Fällen kann die Sicherstellung bar als Rückbehalt von Zahlungen oder Hinterlegung von Bargeld sowie in Form einer Bankgarantie (Bürgschaft eines Kreditinstitutes) oder einer Rücklassversicherung (Bürgschaft eines Kreditversicherers) erfolgen. Wird Bargeld einbehalten, so erfolgt nach ÖNorm keine Verzinsung, nach VOB/B - mit Ausnahme des Einhalts einer Sicherheit durch öffentliche Auftraggeber - sehr wohl eine Verzinsung des einbehaltenen Kapitals. Die Freigabe des Haftungsrücklasses - sofern nicht in Anspruch genommen - hat nach ÖNorm nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu erfolgen, nach VOB/B nach Ablauf von 2 Jahren - soweit alle Ansprüche erfüllt sind.

⁵⁵⁸ Vgl auch *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 25.

⁵⁵⁹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 17 Rdn 1.

⁵⁶⁰ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 17 Rdn 28.

⁵⁶¹ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 17 Rdn 22.

A.6 Besonderer Rückgriff

Der in der RL der EU festgelegte Rückgriff wurde nach deutschem Recht in § 478 BGB für den Verbrauchsgüterkauf umgesetzt und nicht in die VOB übernommen. Dh ein Rückgriff des Unternehmers kommt nur für jene Fälle in Frage, in denen ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft.

Anders als in der ÖNorm wurde der in der RL enthaltene Rückgriff nicht in die VOB aufgenommen.

A.7 Rechte aus der Gewährleistung

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.45.4 Rechte aus der Gewährleistung 5.45.4.1 Der AG kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) fordern.</p>	<p>§13 Nr 5 (1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. [...] (2) Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.</p>
<p>5.45.4.2 Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten.</p>	<p>§ 13 Nr 6 Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638 BGB).</p>
<p>5.45.4.3 Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.</p>	
<p>5.45.4.4 Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.</p>	
<p>5.45.3.6 Ermöglichung der Mängelbehebung Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen.</p>	

Abbildung 39: Textvergleich ÖNorm - VOB: Rechte aus der Gewährleistung

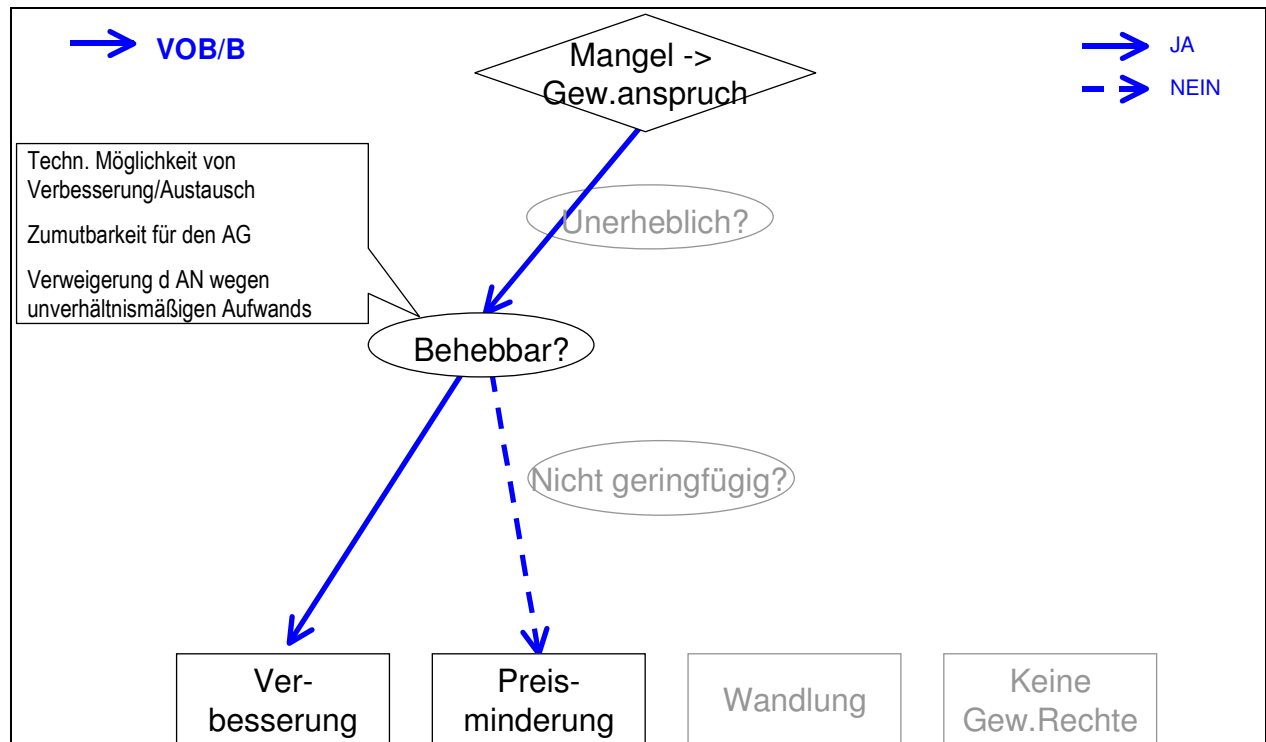


Abbildung 40: Rechte aus der Gewährleistung VOB/B

§ 13 Nr 5 VOB/B legt grundsätzlich die Verpflichtung des AN zur Beseitigung aller während der Verjährungsfrist hervortretender Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten fest. Voraussetzung hierfür ist, dass der AG dies vom AN schriftlich vor Ablauf der Frist verlangt und dem AN hierfür eine angemessene Frist zur Behebung setzt.

Beseitigt der AN die Mängel innerhalb dieser vom AG gesetzten Frist nicht, so hat der AG das Recht, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des AN zu veranlassen.

§ 13 Nr 6 VOB/B legt jedoch Möglichkeiten fest, bei denen statt der Mängelbehebung auf den Gewährleistungsbehelf der Preisminderung zurückgegriffen werden kann. Dies sind folgende Fälle:

- die Beseitigung ist unmöglich,
- die Beseitigung ist für den AG unzumutbar oder
- die Beseitigung wird vom AN verweigert, weil sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert.

Gründe, die in der Person des AN liegen (subjektive Unmöglichkeit), führen nicht zu einem Minderungsanspruch.⁵⁶²

Das Vertragsziel ist die vollständige vertragsgemäße Erbringung der geschuldeten Leistung durch den AN. Daher hat der AN auch die grundsätzliche und primäre Verpflichtung zur Nachbesserung. Der Anspruch auf Minderung oder Schadenersatz ist nur dann gegeben, wenn die Mängelbeseitigung und damit die Herstellung einer mangelfreien Leistung gescheitert, unmöglich oder sonst wie nicht durchführbar ist, bzw wenn durch die Mängel der

⁵⁶² Vgl. Beck/Bennert/Bürkner, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 27.

Leistung ein Schaden entstand, der trotz Mängelbeseitigung nicht oder nicht völlig ausgeglichen werden konnte.⁵⁶³

Die Höhe der Minderung ergibt sich aus einer Gegenüberstellung des Werts der ordnungsgemäßen Vertragsleistung zum Wert der tatsächlichen Vertragsleistung.⁵⁶⁴ Die vereinbarte Vergütung ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchen der Wert der mangelfreien Leistung zum Wert der mangelhaften bei der Abnahme steht. Die einzelnen Werte sind nach objektiven Gesichtspunkten zu bemessen. Der Wert der ordnungsgemäßen Vertragsleistung ergibt sich idR aus der vereinbarten Vergütung (Werklohn), zur Bewertung sachmängelbezogener Wertminderungen im Einzelfall hat sich in der Rechtspraxis seit langem die auf der Nutzwertanalyse basierende Zielbaummethode bewährt (Aurnhammer), eventuell ist hier eine Schätzung erforderlich.⁵⁶⁵ *Falk/Maier*⁵⁶⁶ betonen, dass beide miteinander zu vergleichenden Werte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu bewerten sind. Die Höhe der Minderung richtet sich nicht nach den Kosten einer Mängelbeseitigungsleistung, sondern nach den Aufwendungen für eine angemessene Ersatzlösung.⁵⁶⁷

Auf den Gewährleistungsbehelf der Wandlung verzichtet die VOB zur Gänze. Bei Vereinbarung der VOB ist das Recht auf Wandlung ausgeschlossen (hM), weil die Rückgängigmachung des Vertrags nicht dem Grundgedanken der VOB entspricht, nämlich dass Mängel beseitigt werden sollen und der Minderungsanspruch nur ersatzweise bei Vorliegen besonderer Umstände geltend gemacht werden kann. Ist die Leistung völlig unbrauchbar, wird mit der Minderung im Ergebnis derselbe Erfolg wie bei der Wandlung erreicht: Der AG braucht die vereinbarte Vergütung nicht zu bezahlen bzw kann er sie zurückverlangen.⁵⁶⁸

Das Recht des AG, vom AN Nachbesserungen mangelhafter Leistungen zu verlangen, korrespondiert mit dem Recht des AN, seine mangelhafte Leistung nachbessern zu dürfen.⁵⁶⁹ Der AG hat keinen Anspruch darauf, dass der Mangel in einer bestimmten Art und Weise nachgebessert wird, der AN hat freie Entscheidungsmöglichkeit, muss aber auch alle Kosten hierfür tragen und evtl sogar Neuherstellung, wenn sich der Mangel nicht auf andere Weise nachhaltig beseitigen lässt.⁵⁷⁰

Für die Behebung des Mangels muss der AG dem AN eine angemessene Frist setzen. Kommt der AN der Mängelbeseitigung in der vom AG gesetzten, angemessenen Frist nicht nach, so kann der AG auf Kosten des AN den Mangel selbst beseitigen lassen.

Eine nach Fristablauf erklärte Nachbesserungsbereitschaft ist unerheblich, der AG braucht sie nicht zu akzeptieren. Sind die Fristen unangemessen kurz, so treten sie nicht außer Kraft,

⁵⁶³ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 100.

⁵⁶⁴ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 29.

⁵⁶⁵ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 166b.

⁵⁶⁶ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 964.

⁵⁶⁷ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 166b.

⁵⁶⁸ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 170.

⁵⁶⁹ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 18.

⁵⁷⁰ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 20.

sondern verlängern sich auf eine angemessene Dauer. Einer Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn der AN bisher die Mängel bestritten hat und eindeutig eine Mängelbeseitigung abgelehnt hat, die Beweislast trägt der AG.⁵⁷¹

Technische Unmöglichkeit der Mangelbehebung

Das Kriterium der technischen Unmöglichkeit der Mangelbehebung ist erfüllt, wenn nach sachgerechter Beurteilung eine Mängelbeseitigung ausscheiden muss.⁵⁷² Weder der AN noch irgendein anderer Unternehmer darf in der Lage sein, den aufgetretenen Mangel zu beseitigen.⁵⁷³

*Riedl*⁵⁷⁴ behandelt die verschiedenen Arten der Unmöglichkeit der Mangelbehebung sehr ausführlich und unterscheidet zwischen technischer Unmöglichkeit, rechtlicher Unmöglichkeit, Unmöglichkeit der mangelfreien Herstellung, teilweiser Unmöglichkeit, subjektiver Unmöglichkeit und eintretender Mittellosigkeit des AN, wobei nicht alle aufgezählten Arten der Unmöglichkeit im Sinne des Gewährleistungsrechts relevant sind und tatsächlich die Unmöglichkeit bedeuten. Die technische, objektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung ist primär nach den gegebenen technischen Möglichkeiten zu beurteilen. Keine objektive Unmöglichkeit ist gegeben, wenn der vertragsgemäße Zustand der Leistung durch Nachbesserungsarbeiten auf einem anderen als dem im Vertrag vorgesehenen Weg erreicht wird und die Grundsubstanz erhalten bleibt. Die rechtliche Unmöglichkeit tritt dann ein, wenn zB die erforderliche Baugenehmigung nicht vorliegt und auch nicht ohne weiteres beschafft werden kann. Bei subjektiver Unmöglichkeit, dh lediglich der AN kann den Mangel nicht beheben, andere Unternehmer sehr wohl, muss der AN einen anderen Unternehmer mit der Mangelbehebung beauftragen. Eine eintretende Mittellosigkeit des AN entspricht einer subjektiven Unmöglichkeit und ist vom AN zu vertreten. UU können dann die Voraussetzungen des „unverhältnismäßig hohen Aufwandes“ vorliegen.

Unzumutbarkeit für den AG

Es müssen Umstände vorliegen, die dem AG die Hinnahme und Duldung der Mängelbeseitigung nach Treu und Glauben unzumutbar machen. Die Mängelbeseitigung muss generell und ohne Rücksicht darauf, wer sie durchführt, für den AG unzumutbar sein. Da es sich hier um einen Ausnahmetatbestand handelt, sind an die Unzumutbarkeit unter Anwendung objektiver und subjektiver Maßstäbe strenge Anforderungen zu stellen. Der AG kann sich auf Unzumutbarkeit berufen, wenn die Mängelbeseitigung ihm in unzumutbarer Weise persönliche, finanzielle oder wirtschaftliche Opfer abfordern würde oder der Erfolg der Mängelbeseitigung ohnedies sehr fragwürdig ist.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 21.

⁵⁷² Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 27.

⁵⁷³ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 162 ff.

⁵⁷⁴ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 162 ff.

⁵⁷⁵ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 164; vgl ebenso *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 30.

Verweigerung des AN wegen unverhältnismäßigen Aufwands

Bei der Beurteilung, ob der Aufwand der Behebung eines Mangels unverhältnismäßig ist, ist die Höhe des zur Beseitigung erforderlichen Aufwandes dem durch die Behebung erzielbaren Erfolg bzw dem Vorteil, den der AG durch die Mangelbehebung hat, bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls gegenüberzustellen. Nicht ausschlaggebend ist das Verhältnis zwischen Nachbesserungsaufwand zu ursprünglichem Herstellungsaufwand. Der Aufwand für die Mangelbeseitigung ist zum Zeitpunkt der Erfüllung zu beurteilen.⁵⁷⁶

Unterschied ÖNorm dF 2002 zu VOB/B:

Den beiden Standardvertragsbedingungen ist gemein, dass sie beide primär auf die Mangelbehebung abstellen. Alle anderen Gewährleistungsbefehle sollen dem AG nur sekundär zur Verfügung stehen. Wesentlich ist dabei, dass die VOB weder den Begriff des „unerheblichen“ Mangels kennt noch - soweit ersichtlich - einen dazu äquivalenten Mangelbegriff. Ebenso wenig kennt sie den „geringfügigen“ Mangel. Dies vor allem auch deshalb, weil die Geringfügigkeit eines Mangels gem ÖNorm dF 2002 darüber entscheidet, ob der AG die Wahl zwischen Preisminderung und Wandlung hat oder auf den Behelf der Wandlung beschränkt ist und die VOB die Wandlung überhaupt ausgeschlossen hat. Die VOB kennt somit nur zwei Gewährleistungsbefehle: Verbesserung und Preisminderung.

Welcher dieser beiden dem AG zur Verfügung steht, entscheidet die Definition der „Behebbarkeit“. Ob ein Mangel behebbar ist oder nicht, wird anhand folgender drei Punkte entschieden: die technische Möglichkeit der Mangelbehebung, die Zumutbarkeit für den AG und die Verweigerung der Mangelbeseitigung durch den AN, weil diese einen für ihn unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert.

Die Beurteilung der Behebbarkeit nach der technischen Möglichkeit ist den beiden Standardvertragswerken gemein. Die gleiche Wirkung haben auch die beiden österreichischen Bedingungen: Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes für den AN und die Verweigerung der Mangelbehebung des AN mit der deutschen Lösung der Verweigerung durch den AN wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes. Die Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen ist in der VOB kein Kriterium, nach dem der AG dem AN seine zweite Chance auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verweigern kann.

Gemäß VOB muss der AG dem AN - ebenso wie nach der ÖNorm dF 2000 - eine angemessene Frist für die Mangelbehebung setzen, gem ÖNorm dF 2002 hat der AN innerhalb einer angemessenen Frist zu verbessern, die Setzung einer Frist durch den AG ist nicht erforderlich.

Die VOB unterscheidet nicht zwischen Verbesserung und Austausch wie dies die ÖNorm dF 2002 tut, sondern spricht nur von einer Mangelbehebung. Wie diese erfolgen soll, bleibt dem AN überlassen. Dies entspricht den Bestimmungen der ÖNorm dF 2000.

⁵⁷⁶ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 27; ebenso *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, Rz 234; und ebenso *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 163.

Für die Durchführung der Mangelbehebung selbst enthält die VOB auch keine Angaben wie die ÖNorm dF 2002, nämlich dass sie mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu erfolgen hat, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.

Das BGB regelt die Rechte des Bestellers bei Mängeln bei Werkverträgen in § 634. Danach kann der AG bei mangelhaftem Werk

- nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen;
- nach § 637 BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (Selbstvornahme);
- nach §§ 636, 323 und 326 Abs 5 BGB vom Vertrag zurücktreten oder
- nach §§ 638 BGB die Vergütung Minderung und
- nach §§ 636, 280 ff, 311 a BGB Schadenersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.⁵⁷⁷

Diese Systematik entspricht grundsätzlich jener in der VOB/B, wobei die VOB/B die Mängelhaftung des AN ggü der gesetzlichen Regelung einschränkt: das Recht zur Geltendmachung einer Minderung ist in § 13 Nr 6 VOB/B auf bestimmte Fallkonstellationen beschränkt und auch die Haftung für Schadenersatzansprüche des AG in § 13 Nr 7 VOB/B eingeschränkt.⁵⁷⁸

Anmerkung:

Das BGB kennt den Begriff des unerheblichen Mangels, und zwar bestimmt § 323 BGB Abs 5, dass der Gläubiger im Falle einer nicht vertragsgemäßen Vertragserbringung nicht vom Vertrag zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Dh bei unerheblichen Mängeln ist der Rücktritt ausgeschlossen, dem AG verbleiben nur die anderen Mängelbeseitigungsansprüche.⁵⁷⁹ Nach dem BGB entscheidet die Unerheblichkeit zwischen Wandlung und Preisminderung, und nicht wie nach der österreichischen Rechtslage zwischen Rechten aus der Gewährleistung und keinen Rechten daraus.

⁵⁷⁷ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 893.

⁵⁷⁸ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 894 f.

⁵⁷⁹ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 940, 958 und 961.

A.8 Schadenersatz

ÖNorm dF 2002	VOB/B dF 2002
<p>5.47 Schadenersatz, allgemein 5.47.1 Hat ein Vertragspartner in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten dem anderen schuldhaft einen Schaden zugefügt, hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz wie folgt: 5.47.1.1 bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns (volle Genugtuung); 5.47.1.2 bei leichter Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens : (1) bei Rücktritt ohne Begrenzung (2) in allen anderen Fällen mit folgenden Begrenzungen: – bei einer Auftragssumme bis 200.000,00 Euro höchstens 10.000,00 Euro – bei einer Auftragssumme über 200.000,00 Euro bis zu 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens 650.000,00 Euro.</p> <p>ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften bleiben Schadenersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG für leicht fahrlässig verursachte Personenschäden unberührt. Weiters kann bei Verbrauchergeschäften, sofern eine Sache zur Bearbeitung übernommen wurde, die Beschränkung der Haftung aus leichter Fahrlässigkeit nur dann vereinbart werden, wenn dies im einzelnen ausgehandelt wird.</p> <p>5.47.2 Die Beträge gemäß 5.47.1.2 sind zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches wertgesichert nach dem Index der Verbraucherpreise 2000, beginnend mit dem 1. Jänner 2002.</p> <p>5.47.3 Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen eines bei der Übernahme vorhandenen Mangels der Leistung obliegt nach 10 Jahren ab der Übernahme die Beweislast für das Verschulden dem AG.</p> <p>5.47.4 Für einen Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit der Sache selbst liegt, ist vorrangig die Verbesserung oder der Austausch zu fordern, soweit dies tunlich und wirtschaftlich zumutbar ist.</p>	<p>§ 13 Nr 7 (1) Der Auftragnehmer haftet bei schuldhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit. (2) Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet er für alle Schäden. (3) Im Übrigen ist dem Auftraggeber der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Einen darüber hinausgehenden Schaden hat der Auftragnehmer nur dann zu ersetzen, a. wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht, b. wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder c. soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können. (4) Abweichend von Nummer 4 gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, soweit sich der Auftragnehmer nach Absatz 3 durch Versicherung geschützt hat oder hätte schützen können oder soweit ein besonderer Versicherungsschutz vereinbart ist. (5) Eine Einschränkung oder Erweiterung der Haftung kann in begründeten Sonderfällen vereinbart werden.</p>

Abbildung 41: Textvergleich ÖNorm - VOB: Schadenersatz

Auch nach der VOB wird beim Schadenersatz das Ausmaß des zu leistenden Ersatzes bei schuldhaftem Verhalten nach dem Grad des Verschuldens und Art des Mangels unterschieden, dadurch entsteht ein zweistufiges System, nämlich der sog „kleine“ und „große“ Schadenersatzanspruch.

Beim „kleinen“ Schadenersatzanspruch ist dem AG der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient. Voraussetzung ist, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des AN zurückzuführen ist, und der Mangel nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig vom AN verursacht wurde.

Über die Bewertung als wesentlicher Mangel entscheidet die allgemeine Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der besonderen Interessen des AG. Auch ein Schönheitsmangel kann daher für den AG einen wesentlichen Mangel bedeuten.⁵⁸⁰ Ein Mangel ist dann als wesentlich anzusehen, wenn er nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als beachtlich anzusehen ist, wenn dieses dem AN bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Ein Mangel ist danach zB wesentlich, wenn eine andere Materialart als in der Leistungsbeschreibung vorgeschrieben, verwendet wird oder bestimmte Grenzwerte für die Materialtauglichkeiten überschritten werden.⁵⁸¹ Die Gebrauchsfähigkeit des Bauwerkes ist dann erheblich beeinträchtigt, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Bauleistung zu dem

⁵⁸⁰ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 32.

⁵⁸¹ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1047.

gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder spürbar gemindert ist.⁵⁸²

Es ist der Schaden an der Bauleistung selbst, nicht nur in Bezug auf die eigene Bauleistung, sondern auch für Schäden, die an anderen Teilen der baulichen Anlage entstanden sind, sowie der mit der Bauleistung in engem Zusammenhang stehende Schaden (Nutzungsausfall, Verdienstausschlag, Gutachterkosten, zusätzlicher Erhaltungsaufwand) zu ersetzen, hierunter fallen auch die reinen Mangelbeseitigungskosten.⁵⁸³

Im Rahmen des „großen“ Schadenersatzanspruches ist darüber hinausgehend ein Schaden zu ersetzen, wenn alternativ entweder der Mangel grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde, gegen anerkannte Regeln der Technik verstoßen wurde, eine vereinbarte Eigenschaft fehlt oder die Leistung versichert oder versicherbar ist. Das Vorliegen eines wesentlichen Mangels ist auch hier Voraussetzung. „Versicherbar“ bezieht sich hier auf den Abschluß einer Haftpflichtversicherung, nicht jedoch auf den einer Bauwesenversicherung. Darüber hinaus darf das betreffende Risiko nicht durch die üblichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherungen ausgeschlossen sein. Vom Schadensumfang gedeckt sind alle durch den Mangel entstandene Schäden, eingeschlossen Körper- u Gesundheitsschäden.⁵⁸⁴ Typisch sind hier Schäden an anderen Rechtsgütern des AG, die durch eine mangelhafte Bauleistung entstehen, wie zB Schädigungen von Einrichtungsgegenständen, ebenso entferntere Folgeschäden, wie zB Unterbringungskosten während der Mangelbeseitigungsarbeiten.⁵⁸⁵

Schadenersatzansprüche verjähren grundsätzlich in den in § 13 Nr 4 VOB festgelegten Fristen. Allerdings greift in den Fällen von §13 Nr 7 Abs 3 lit c VOB, also bei Vorliegen von versicherten oder versicherbaren Mängeln, die gesetzliche Regelung nach BGB. Die Art des Mängelanspruchs bestimmt in diesen Fällen die Dauer der Verjährungsfrist.⁵⁸⁶

Eine Erweiterung oder Einschränkung der Haftung kann in begründeten Sonderfällen vereinbart werden.

Bei Schadenersatzforderungen trägt der AG Beweislast für den Mangel, des dadurch eingetretenen Schadens sowie seines Umfangs, gegebenenfalls muss er auch beweisen, dass der Schaden, dessen Ersatz er beansprucht, durch Nachbesserung oder Minderung nicht ausglich ist oder werden kann, bzw ebenso gegebenenfalls die grobe Fahrlässigkeit oder den Vorsatz des AN. Mangelndes Verschulden hat der AN zu beweisen.⁵⁸⁷

Während die ÖNorm dF 2002 bei leichter Fahrlässigkeit die Höhe des Schadenersatzanspruches auf den wirklichen Schaden und, ausgenommen bei Rücktritt,

⁵⁸² Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1048.

⁵⁸³ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 32; vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1050.

⁵⁸⁴ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 33; vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1055.

⁵⁸⁵ Vgl *Falk/Maier*, Handbuch Privates Baurecht, Rz 1056.

⁵⁸⁶ Vgl *Beck/Bennert/Bürkner*, VOB für Praktiker, B § 13 Rz 34.

⁵⁸⁷ Vgl *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 185.

diesen in Abhängigkeit von der Auftragssumme auch weiter dem Betrag nach⁵⁸⁸ beschränkt, gibt es in der VOB keine derartigen Anspruchsbeschränkungen. Gem der VOB gibt es nur eine Einschränkung, wenn der Mangel durch leichte Fahrlässigkeit verursacht wurde und es sich um einen wesentlichen, die Gebrauchstauglichkeit erheblich beeinträchtigenden Mangel handelt.

In der ÖNorm dF 2002 ist mit P 5.47.4 der Vorrang der Mangelbeseitigung vor dem Schadenersatzanspruch bestimmt. Mit § 13 Nr 5 legt auch die VOB den Vorrang der Verbesserung vor jeglichem anderen Ausgleich der vertragswidrigen Leistung fest.⁵⁸⁹

Während Schadenersatzansprüche in Österreich 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren und die absolute Verjährungsfrist 30 Jahre beträgt, verjähren Schadenersatzansprüche nach § 13 Nr 7 VOB/B grundsätzlich mit den Gewährleistungsfristen.

Die Beweislastumkehr für das Verschulden ist nach ÖNorm auf 10 Jahre beschränkt, nach der VOB hat der AN immer die Beweislast für mangelndes Verschulden.

⁵⁸⁸ Ist die Auftragssumme kleiner als 200.000 €, liegt die Haftungsschranke bei 10.000 €, bei einer höheren Auftragssumme liegt die Schranke bei 650.000 €, maximal jedoch 5 % der Auftragssumme.

⁵⁸⁹ Vgl. *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹⁰, B § 13 Rdn 2.

B Gewährleistung - Schweiz

B.1 Der Mangel

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.45 Gewährleistung 5.45.1 Umfang Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden können.</p>	<p>6 22 Begriff des Mangels Art. 166 Mangel des Werkes im Sinne dieser Norm ist nur eine Abweichung des Werkes vom Vertrag (sei es ein «Mangel» oder eine «sonstige Abweichung vom Vertrag» gemäss Art. 368 OR). Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z. B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch). Wird ein vollendeter Werkteil gesondert abgenommen (Art. 157 Abs. 1), so gilt als Mangel jede Abweichung dieses Teils vom Vertrag. [...]</p>
	<p>6 42 Haftung für verdeckte Mängel Art. 179 Verdeckte Mängel im Sinne dieser Norm sind solche Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) (Art. 172 ff.) entdeckt. [...]</p>

Abbildung 42: Textvergleich ÖNorm - SIA: Umfang

B.1.1 Mangelhaftigkeit der Leistung

Ein Mangel im Sinne der SIA 118 ist eine Abweichung des Werkes vom Vertrag. Art 166 definiert den Mangel entweder als das Fehlen einer zugesicherten oder sonstwie vereinbarten Eigenschaft oder das Fehlen einer Eigenschaft, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung „im guten Treuen“ erwarten durfte (zB Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch).

Der Mangelbegriff nach ÖNorm und SIA ist zwar wörtlich unterschiedlich definiert, inhaltlich jedoch ident. In beiden Fällen ist für vereinbarte Eigenschaften und auch für solche Eigenschaften, die der Bauherr ohne besondere Vereinbarung gewöhnlich voraussetzen darf, einzustehen, ebenso wie für die Gebrauchstauglichkeit. Die ÖNorm beschreibt ausdrücklich, dass eine Beschreibung, eine Probe oder ein Muster zu den vertraglich bedungenen Eigenschaften zählt, die SIA tut dies nicht. Jedoch schreibt *Gauch*⁵⁹⁰, dass zugesicherte Werkeigenschaften durch Worte, mit Hilfe von Zeichnungen, Mustern, Modellen, durch Verweis auf ein technisches Regelwerk oder sonst wie umschrieben werden können, wodurch sich demnach zwischen ÖNorm und SIA auch hier kein Unterschied ergibt.

B.1.2 Mangelbegriffe nach Schweizer Recht

Hinsichtlich der **Erkennbarkeit** von Mängeln wird in der Schweiz wie folgt unterschieden:

Die SIA bezeichnet als „**verdeckten**“ Mangel einen, den der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckt. Entdeckt ist ein Mangel, wenn der Bauherr über dessen Vorliegen Gewissheit erlangt hat und der Mangel in diesem Sinne erkannt ist, der vertragswidrige Zustand muss vom Bauherrn als solcher erkannt sein.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1372.

⁵⁹¹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 173 Anm 5.

Vom verdeckten Mangel im Sinne der SIA sind weiters die Begriffe „**geheimer** Mangel“ und „**offener** Mangel“ nach schweizer Gesetz zu unterscheiden.⁵⁹² Ebenso aufgrund der Erkennbarkeit ergibt sich der offene Mangel, der bei der Abnahme durch ordnungsgemäße Prüfung des Werkes erkennbar ist, und der geheime Mangel, auf den dies nicht zutrifft. Der geheime Mangel ist entweder ein Folgemangel oder ein schlicht-verborgener Mangel.⁵⁹³

Während in der Schweiz ein Unterschied zwischen verdecktem und geheimem Mangel besteht, trifft dies für Österreich nicht zu. Nach österreichischem Recht ist ein verdeckter, auch als geheimer Mangel bezeichneter einer, der sich bei ordnungsgemäßer Untersuchung bei der Übergabe nicht feststellen lässt, dies entspricht der Definition des geheimen Mangels nach schweizer Obligationenrecht. Gem SIA sind verdeckte Mängel solche, die erst nach Ablauf der Garantiefrist vom AG entdeckt werden. Diesen Begriff des verdeckten Mangels gibt es in der ÖNorm nicht ausdrücklich. Der Unterschied zwischen verdecktem Mangel nach SIA und österreichischem Recht besteht im Zeitpunkt der Erkennbarkeit für den Bauherrn. Während die SIA exakt den Zeitpunkt definiert, bis zu welchem der Mangel nicht entdeckt wird, um ihn als verdeckt zu bezeichnen, nämlich den Zeitpunkt des Ablaufs der Garantiefrist - also 2 Jahre nach Übergabe -, bezieht sich das österreichischen Recht auf den Zeitpunkt der Übergabe.

Art 169 der SIA enthält weiters den Begriff des **unwesentlichen** Mangels. Ist ein Mangel im Verhältnis zum ganzen Werk unwesentlich, so findet die Abnahme trotz Vorliegen eines solchen Mangels statt. Dh ein wesentlicher Mangel kann die Übergabe verzögern (Abweichung vom Gesetz). Auch hinsichtlich der Unterbrechung der Garantiefrist ist die Wesentlichkeit relevant: Liegt ein wesentlicher, behebbarer Mangel vor, so folgt aus der Mangelbehebung eine Unterbrechung der Garantiefrist.

Die Begriffe wesentlicher und unwesentlicher Mangel in der Schweiz dürfen nicht mit den gleichen Begriffen nach altem österreichischen Recht verwechselt werden, wo die Wesentlichkeit des Mangels zwischen dem Recht auf Preisminderung und Wandlung als Kriterium diente. In Österreich findet sich seit der Reform des Gewährleistungsrechts der Begriff „wesentlich“ nur mehr in Zusammenhang mit der Abnahme des Werkes in der ÖNorm, wo gem P 5.4.8 der AG die Übernahme nur dann verweigern kann, wenn der Mangel den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigt oder das Recht auf Wandlung begründet.

Durch die Verzögerung der Übergabe wird ua die Verschiebung des Gefahrenübergangs, des Beginns der Garantie- und Verjährungsfrist bewirkt und so ein zusätzlicher Druck auf den AN ausgeübt, den Mangel rasch zu beheben. Dies rechtfertigt sich nur dann, wenn der AG bei objektiver Betrachtung (unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Auswirkung des Mangels) ein gesteigertes Interesse an einer raschen und reibungslosen Mängelbeseitigung hat, wobei die allgemeine Verkehrsanschauung und das Verhältnis des Mangels zum Gebrauchszweck des konkreten Werkes maßgebend ist. Wesentlich sind daher Mängel, für

⁵⁹² *Gauch, Der Werkvertrag*⁴, Nr 2715.

⁵⁹³ Vgl *Gauch, Der Werkvertrag*⁴, Nr 1464.

die ein solches Behebungsinteresse besteht. Dazu gehören Mängel, die die Tauglichkeit des Werks zum üblichen oder vereinbarten besonderen Gebrauch unmittelbar und erheblich beeinträchtigen, sowie Mängel, aus denen ein Mangelfolgeschaden droht, und vor allem Mängel, die andere Personen an Leib und Leben gefährden. Maßgebend für die Beurteilung der Wesentlichkeit sind die Umstände, zur Zeit des Prüfungsabschlusses, die allgemeine Verkehrsanschauung und das Verhältnis des konkreten Mangels zum konkreten Werk. Ob die Beseitigung übermäßige Kosten verursacht, ist kein Grund, der die Zurückstellung des Werkes verursacht, da es nach Art 169 auf dieses Kriterium nicht ankommt.⁵⁹⁴

Die Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Mangel stimmt nicht mit der gesetzlichen Unterscheidung zwischen **voll erheblichem** und **minder erheblichem** Mangel überein. Minder erheblich sind Mängel dann, wenn das Werk weder unbrauchbar noch sonst wie unannehmbar ist. Der Besteller hat bei einem minder erheblichen Mangel wahlweise das Recht auf Preisminderung oder Verbesserung, sofern diese möglich ist und keine übermäßigen Kosten verursacht. Bei einem voll erheblichen Mangel steht dem Besteller wahlweise das Recht auf Wandlung, auf Preisreduktion oder auf Verbesserung zu, sofern die besonderen Voraussetzungen für Minderung und Preisminderung ebenfalls erfüllt sind.⁵⁹⁵ Dh die Einstufung des Mangel in „voll erheblich“ oder nicht entscheidet darüber, ob dem AG das Recht auf Wandlung zusteht oder nicht, vergleichbar ist der Begriff der „vollen Erheblichkeit“ nach schweizer Gesetz (nicht nach SIA) mit dem Begriff der „Wesentlichkeit“ nach altem österreichischem Gewährleistungsrecht.

Jeder Werkmangel ist entweder voll erheblich oder minder erheblich. **Unerhebliche** Mängel, die eine Mängelhaftung nicht rechtfertigen, gibt es im Werkvertragsrecht im Gegensatz zum Kaufvertragsrecht nicht. Es ist allerdings beizufügen, dass die Berufung des Bestellers auf einen Werkmangel im Einzelfall gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstoßen kann, zB dann, wenn der Mangel so geringfügig ist, dass er unter keinem Gesichtspunkt (auch nicht im Hinblick auf die subjektiven Belange des Bestellers) Beachtung verdient.⁵⁹⁶ Der Begriff des unerheblichen Mangels in der Schweiz ist demnach mit jenem in Österreich ident, jedoch existieren die Begriffe voll und minder erheblicher Mangel in Österreich nicht.

⁵⁹⁴ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 160 Anm 3; vgl auch *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2619 f.

⁵⁹⁵ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1487.

⁵⁹⁶ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1469.

B.2 Einschränkungen

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.45.2 Einschränkung 5.45.2.1 Ist ein Mangel auf (1) eine besondere Weisung des AG, (2) die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen, (3) das vom AG beigestellte Material oder (4) Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels dann frei, wenn (a) er im Sinne von 5.9 die vorgesehene schriftliche Mitteilung erstattet hat und der AG den vorgebrachten Bedenken nicht Rechnung getragen hat, oder (b) er diese Mängel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können.</p>	<p>6 21 Grundsatz Art. 165 Der Unternehmer haftet dafür, dass sein Werk (Art. 1) keine Mängel im Sinne von Art. 166 aufweist. Er haftet ohne Rücksicht auf die Ursache des Mangels (z. B. unsorgfältige Arbeit, Verwendung untauglichen Materials, eigenmächtiges Abweichen von Plänen und Vorschriften der Bauleitung) und unabhängig vom Verschulden. Vorbehalten bleiben Art. 166 Abs. 4 (Verschulden des Bauherrn oder der Bauleitung) und Art. 171 Abs. 2 (Schadenersatzpflicht des Unternehmers nur bei Verschulden).</p>
<p>5.45.2.2 Umfang Die Gewährleistung des AN wird durch das Bestehen einer Überwachung seitens des AG gemäß 5.21 nicht eingeschränkt</p>	<p>6 22 Begriff des Mangels Art. 166 [...] Kein Mangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werkes (oder Werkteils), den ausschliesslich der Bauherr oder eine Hilfsperson des Bauherrn (z. B. die Bauleitung) verschuldet hat (Selbstverschulden, Art. 369 OR), insbesondere ein Zustand, der auf einen Fehler in den Ausführungsunterlagen (Art. 99 ff.) zurückzuführen ist. Kein Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn der Unternehmer seine Anzeige- oder Abmahnungspflicht (Art. 25) verletzt hat.</p>
	<p>6 23 Haftung des Unternehmers in besonderen Fällen</p> <p>6 231 Selbst vorgeschlagene und berechnete Konstruktionen oder Ausführungsarten Art. 167 Der Unternehmer haftet namentlich auch für Mängel seines Werkes (Art. 1), die verursacht sind durch von ihm vorgeschlagene Konstruktionen oder Ausführungsarten sowie durch seine statische Berechnung und konstruktive Bearbeitung. Dagegen haftet er nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen, Gegebenheiten und Annahmen.</p> <p>6 232 Arbeiten von Subunternehmern, Regiearbeiten und Arbeiten mit vorgeschriebenen Baustoffen Art. 168 Für Arbeiten seiner Subunternehmer haftet der Unternehmer gemäss Art. 29 Abs. 2 und 5. Bezüglich der Haftung für Regiearbeiten gilt Art. 57. Für Arbeiten mit vorgeschriebenen Baustoffen gilt Art. 136 Abs. 2.</p>

Abbildung 43: Textvergleich ÖNorm - SIA: Einschränkungen

Obwohl gem Art 165 der SIA grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Ursache eines Mangels und unabhängig vom Verschulden des AN für Mängel gehaftet wird, ist es kein Mangel, wenn der vertragswidrige Zustand ausschliesslich durch Verschulden des Bauherrn oder seiner Hilfsperson herbeigeführt ist. Vor allem haftet der AN nicht für Mängel verursacht durch vom Bauherrn zur Verfügung gestellte, fehlerhafte Ausführungsunterlagen, sofern der AN seiner Anzeige- und Abmahnungspflicht nachgekommen ist. Ebenso haftet der AN gem Art 167 nicht für die Richtigkeit der durch den Bauherrn bekanntgegebenen Anforderungen (zB an Tragfähigkeit), Gegebenheiten (zB Baugrundart, Wasserstände von Fluss- und Grundwasser) und Annahmen (zB boden- und felsmechanische Kennwerte), sehr wohl aber für Mängel, die aus vom AN vorgeschlagenen Konstruktionen oder Ausführungsarten, durch seine statische Berechnungen oder konstruktive Bearbeitung resultieren.

Für Leistungen von vom AN beauftragte und ausgewählte Subunternehmer haftet der AN wie für seine eigene Leistung. Wird vom AG ein bestimmter Subunternehmer gewünscht und die Ausschreibungsunterlagen dahingehend abgeändert, trägt der AG die Folgen der mangelhaften Leistung des Subunternehmers, wenn der AN nachweist, dass er den Subunternehmer richtig eingesetzt und gehörig beaufsichtigt hat. Der AN haftet für Regiearbeiten ebenso wie für alle anderen von ihm durchgeführten Leistungen.

Ausgenommen sind Arbeiten, die der AG nicht unter der Leitung des AN ausführen lässt oder für der Bauleitung⁵⁹⁷ (des AG) für Nebenunternehmer zur Verfügung gestellte Arbeitnehmer, vor allem deshalb, weil es sich hierbei nicht *um Vertragsarbeiten des Unternehmers handelt, weshalb eine werkvertragliche Mängelhaftung schon aus diesem Grund entfällt.*⁵⁹⁸

Die ÖNorm schränkt die Haftung des AN ein, wenn ein Mangel auf eine besondere Weisung des AG, auf vom AG beigestellte Ausführungsunterlagen, vom AG beigestelltes Material oder Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen und der AN seiner Warnpflicht nachgekommen ist.

Die SIA schränkt die Haftung ein, wenn der AG den Mangel selbst verschuldet hat, insbesondere, wenn er auf Fehler in den Ausführungsunterlagen zurückzuführen ist.

Selbstverschulden des Bauherrn liegt vor, wenn er an der Entstehung des vertragswidrigen Zustandes mit einer Ursache beteiligt ist, die er erstens zu vertreten hat und die sich zweitens als alleinmaßgebliche Ursache dieses Zustandes darstellt. Vom Selbstverschulden, das zu einer völligen Haftungsbefreiung des AN führt, ist nach der Terminologie der Norm das Mitverschulden zu unterscheiden. Dies ist ein beschränktes Selbstverschulden, das zu einer Reduktion der Haftung führen kann.⁵⁹⁹ Das in der SIA bezeichnete Selbstverschulden ist also ident mit der Formulierung der ÖNorm „Ist ein Mangel auf ... zurückzuführen“.

Die SIA verweist bei dem Begriff „Ausführungsunterlagen“ auf Art 99 ff der SIA, wo konkret auf Weisungen des AG sowie Ausführungspläne und Baustofflisten eingegangen wird. Es ist also anzunehmen, dass die Weisungen, Ausführungspläne und Baustofflisten unter dem Begriff „Ausführungsunterlagen“ subsummiert werden. Auf vom AG beigestelltes Material oder Vorleistungen anderer Auftragnehmer geht die SIA nicht gesondert ein.

Jedoch legt Art 136 Abs 3 der SIA bezüglich der Verwendung der vom AG beigestellten Materialien fest, dass der AG auf Verlangen des AN mit Qualitätsuntersuchungen die Güte des Materials zu belegen hat, stellt der AN bei der Ausführung Qualitätsmängel solcher Baustoffe fest, so muss er dies unverzüglich der Bauleitung mitteilen. Missachtet der AG die Warnung, so trägt er die Folgen.

Bezüglich der Haftung für mangelhafte Leistungen von Vorunternehmern (Nebenunternehmern) schreibt *Gauch*⁶⁰⁰, dass sich die Mängelhaftung gleich verhält wie im Fall, in dem der Besteller mangelhaften Werkstoff zur Verfügung stellt. Der AN ist dann von der Mängelhaftung befreit, wenn er den ursächlichen Mangel in der Vorarbeit erkannt und angezeigt hat oder er den Mangel nicht erkennen musste.

Die SIA erwähnt nicht explizit, dass die Mängelhaftung des AN durch eine Überwachung der Leistungserbringung seitens AG nicht eingeschränkt wird. Jedoch gehört die Beaufsichtigung der Bauarbeiten grundsätzlich weder zu den Pflichten noch zu den Obliegenheiten des

⁵⁹⁷ Mit dem Begriff „Bauleitung“ ist gem SIA nicht die Bauleitung des AN - wie dies in Österreich verstanden wird - gemeint, sondern es handelt sich hierbei nach der Terminologie der ÖNorm um die örtliche Bauaufsicht.

⁵⁹⁸ *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2674.

⁵⁹⁹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 166 Anm 14.

⁶⁰⁰ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2038 f.

Bauherrn, weshalb ungenügende oder fehlerhafte Bauaufsicht kein Selbstverschulden des AG (auch kein beschränktes) begründet. Den Bauherrn trifft jedoch zumindest ein beschränktes Selbstverschulden, wenn seine Bauleitung die Ausführungsunterlagen des AN genehmigt, ohne den AN auf Fehler aufmerksam zu machen, die sie tatsächlich erkannt hat oder hätte erkennen müssen.⁶⁰¹

Wie die ÖNorm kettet auch die SIA die Einschränkung der Haftung an eine ordnungsgemäße Erfüllung der Warnpflicht seitens des AN. Während die ÖNorm eine schriftliche Rüge vorschreibt, muss eine Anzeige gem SIA ausdrücklich erfolgen, nicht aber unbedingt schriftlich (von vornherein schriftlich oder im nachhinein protokolliert), auch eine mündliche Anzeige ist durchaus wirksam. Hat der AN seine Anzeigepflicht verletzt, so liegt zwar kein Selbstverschulden des Bauherrn vor, das zu einer völligen Befreiung des AN führen würde, möglich ist aber ein Mitverschulden des AG, das eine Reduktion der Haftung rechtfertigen kann.⁶⁰²

Im Ergebnis ergibt sich somit kein Unterschied im Hinblick auf die Haftungseinschränkungen zwischen ÖNorm und SIA 118.

B.3 Fristen

ÖNorm dF 2002	SIA
5.45.3.2 Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übernahme der Leistung (5.41).	61 ABNAHME 6 11 Gegenstand und Wirkung Art. 157 [...] Mit der Abnahme ist das Werk (oder der Werkteil) abgeliefert. Es geht in die Obhut des Bauherrn über; dieser trägt fortan die Gefahr. Sowohl die Garantie- als auch die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bauherrn beginnen zu laufen (Art. 172 Abs. 2, Art. 180 Abs. 1).
5.45.3.3 Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt sie 3 Jahre ; für Leistungen der Haustechnik, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, 2 Jahre . ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gelten mindestens die gesetzlichen Gewährleistungsfristen gemäß § 933 ABGB.	6 3 GARANTIEFRIST (RÜGEFRIST) 6 31 Bestand und Dauer Art. 172 Ist nicht etwas anderes vereinbart, so besteht eine Garantiefrist (Rügefrist) von zwei Jahren. Hinsichtlich der Dauer der Garantiefrist (Rügefrist) gehen andere Normen des SIA oder im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellte Normen anderer Fachverbände vor, wenn sie Vertragsbestandteil sind (Art. 21). Die Garantiefrist (Rügefrist) beginnt für das Werk oder einzelne Werkteile mit dem Tag der Abnahme zu laufen.
5.45.3.5 Für Bauwerke bzw. haustechnische Anlagen vorübergehenden Bestandes endet die Gewährleistungsfrist spätestens mit dem Abbruch bzw. deren Demontage.	6 33 Neubeginn des Fristenlaufes Art. 176 Nach Behebung eines während der Garantiefrist (Rügefrist) gerügten Mangels findet für den instandgestellten Teil auf Anzeige des Unternehmers eine Prüfung und Abnahme nach Massgabe der Art. 157 ff. statt. Mit dem Tag der Abnahme beginnt die Garantiefrist (Rügefrist) für den instandgestellten Teil neu zu laufen. Unwesentliche Mängel unterbrechen die Garantiefrist (Rügefrist) nicht.
5.45.4.5 [...] Durch die behelfsmäßige Behebung tritt eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist im Sinne von 5.45.5 (1) ein.	6 34 Schlussprüfung Art. 177 Auf Verlangen der einen oder der anderen Seite ist vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) der Zustand des Werkes zur Beweissicherung gemeinsam festzustellen. Über diese Schlussprüfung wird ein Protokoll aufgenommen und von den Beteiligten unterschriftlich anerkannt.
5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß 5.45.3.3 für jene Teile der Leistung neu zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten. (2) Wird jedoch durch einen solchen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile oder der Gesamtleistung verhindert, verlängern sich die Fristen für diese Teile oder für die Gesamtleistung um die Zeit der Verhinderung. [...]	6 5 VERJÄHRUNG Art. 180 Die Mängelrechte des Bauherrn verjähren fünf Jahre nach Abnahme des Werkes oder Werkteils. Die Rechte aus Mängeln, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat, verjähren dagegen in 10 Jahren.
5.45.7 Ende der Gewährleistung Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei.	

Abbildung 44 Textvergleich ÖNorm - SIA: Fristen

⁶⁰¹ Vgl. *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 166 Anm 14.

⁶⁰² Vgl. *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 166 Anm 14.

In der SIA gibt es in Bezug auf die Haftung für Mängel zwei zu beachtende Fristen: die Garantiefrist (Rügefrist) und die Verjährungsfrist.

Die Dauer der Garantiefrist beträgt 2 Jahre, wobei andere Normen (soweit vereinbart) oder der Vertrag einen anderen Zeitraum vorsehen können und diese von der SIA 118 abweichende Vereinbarungen vorrangig gelten. Dies gilt nicht für „*nicht im Einvernehmen mit der SIA aufgestellte Normen anderer Fachverbände*“, hier bleibt weiterhin die SIA 118 maßgebend, mögen diese Normen auch abweichende Fristen vorsehen.⁶⁰³

Mängelrechte des AG verjähren lt Art 180 SIA 5 Jahre nach Abnahme des Werkes oder Werkteils, die Rechte aus Mängeln, die der Unternehmer absichtlich verschwiegen hat, verjähren erst 10 Jahre nach Übernahme.

Auf Bauwerke, die nach ihrer Zweckbestimmung eine sehr kurze Lebensdauer haben, also Bauwerke vorübergehenden Bestands, geht die SIA im Gegensatz zur ÖNorm zwar nicht ausdrücklich ein, *Gauch*⁶⁰⁴ schreibt jedoch, dass seiner Meinung nach diese nicht anders zu behandeln sind als Bauwerke längeren Bestands, weil sich eine Differenzierung zu kasuistischen Einzelfall-Lösungen führen würde, die mit der Anwendung einer generell-abstrakten Gesetzesregel nicht mehr vereinbar wären.

Weder die Garantie- noch die Verjährungsfrist sind mit der Gewährleistungsfrist des österreichischen Rechts vergleichbar. In der Garantiefrist müssen Mängel gerügt werden, dann kann auch nach Ablauf der Garantiefrist ein möglicher Anspruch noch durchgesetzt werden, was bei der Gewährleistungsfrist nicht der Fall ist. Eventuell vergleichbar ist dies mit dem System der ÖNorm dF 2000, in der eine Gewährleistungsfrist vorgesehen war und auch nach deren Ablauf, in der Frist gerügte Mängel noch innerhalb der Klagsfrist gesetzlich durchgesetzt werden konnten, der Unterschied besteht aber bei den verdeckten Mängeln, aus denen gem SIA auch nach Ablauf der Garantiefrist dem AG Ansprüche entstehen, was bei der ÖNorm nicht der Fall war.

Hinsichtlich der Fristen unterscheidet die SIA nicht wie die ÖNorm in bewegliche bleibende HT-Leistungen und alle anderen Bauleistungen, sondern legt eine einheitliche Frist für alle Leistungen, die unter Vereinbarung der SIA erstellt werden, fest.

⁶⁰³ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2679.

⁶⁰⁴ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2228 f.

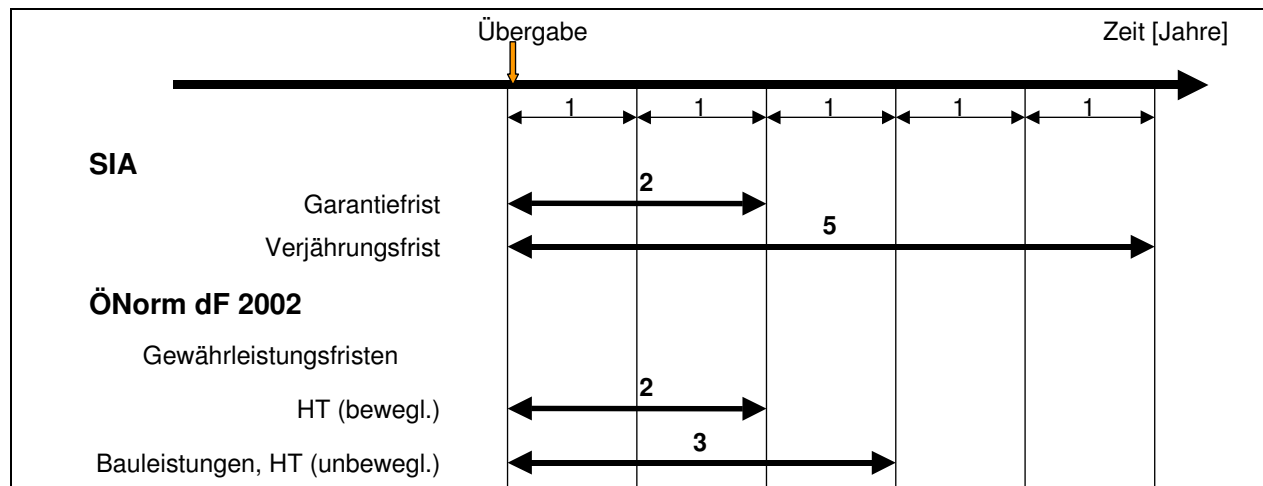


Abbildung 45: Vergleich Fristen ÖNorm - SIA

Vertragliche Abänderbarkeit

Den Parteien steht es frei, längere oder kürzere Verjährungsfristen zu vereinbaren. Eine Verlängerung kann nicht so weit gehen, dass die Verjährung mehr als 10 Jahre beträgt, bzw darf durch eine Verkürzung die Rechtsverfolgung nicht in unbilliger Weise erschwert werden.⁶⁰⁵

Hemmung/Unterbrechung

Ebenso wie in Österreich wird auch in der Schweiz zwischen der Hemmung und der Unterbrechung der Fristen unterschieden.

Das schweizer Obligationenrecht sieht folgende Gründe für die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährungsfrist vor.

Die Verjährung wird gehemmt, solange die Mängelrechte vor einem schweizer Gericht nicht geltend gemacht werden können, und nach hM (gesetzlich nicht genannt) auch die Aufforderung des Schuldners, der Gläubiger möge mit der Geltendmachung der Ansprüche eine gewisse Zeit lang warten, zB bis eine Prüfung des Werkes durch den AN selbst erfolgt ist oder ein beauftragtes Sachverständigengutachten vorliegt. Diese Gründe bewirken eine Fortlaufshemmung der Verjährungsfrist.⁶⁰⁶

Unterbrechungsgründe sind eine Anerkennungshandlung des AN oder die qualifizierte Rechtsverfolgung seitens AG (Klage, Einrede, Schuldbetreibung, Eingabe im Konkurs, Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch) und ebenso das Begehren um richterliche Ermächtigung zur Eigenverbesserung. Keine Unterbrechung erfolgt hingegen durch ein Begehren des AG zur Prüfung des Werkes durch einen amtlich ernannten Sachverständigen oder ein Gesuch um vorsorgliche Beweisaufnahme über den Mangel, ebenso wenig durch die private Erklärung der Mängelrüge oder private Ausübung der Mängelrechte.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 180 Anm 4.

⁶⁰⁶ Vgl *Gauch*, *Der Werkvertrag*⁴, Nr 2257 ff.

⁶⁰⁷ Vgl *Gauch*, *Der Werkvertrag*⁴, Nr 2265 ff.

Art 180 der SIA regelt nur Beginn und Ende der Verjährungsfrist. Sonst ist die Rechtslage nach Gesetz anzuwenden, soweit nichts anderes speziell vereinbart ist. Dies gilt für die Hemmung (Art 134 OR) und die Unterbrechung (Art 135 OR) der Verjährung.⁶⁰⁸

Wird ein innerhalb der Garantiefrist gerügter Mangel behoben, beginnt die Garantiefrist gem Art 176 mit der Übernahme des instandgestellten Teiles, sofern es sich um wesentliche Mängel handelt, neu zu laufen, für unwesentliche Mängel bewirkt eine Mangelbehebung keine Unterbrechung der Garantiefrist. (zur Definition des wesentlichen Mangels siehe Kap B.1.2) Die erneute Garantiefrist dauert so lange wie die ursprüngliche.⁶⁰⁹

Während nach ÖNorm durch eine Mangelbehebung eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist unabhängig von der Art und Schwere des Mangels eintritt, gilt dies nach der SIA nur für wesentliche Mängel. Die SIA sieht keine Hemmung der Garantiefrist für am vertragsgemäßen Gebrauch behinderter Leistungen durch einen Mangel vor.

Beginn und Ende der Fristen

Gem Art 157 SIA beginnen beide Fristen mit der Übernahme der Leistung zu laufen, ebenso löst gem ÖNorm die Übernahme den Beginn der Gewährleistungsfrist aus.

Gem Art 158 hat der AN die Vollendung der Leistung dem AG mündlich oder schriftlich anzuzeigen. Dieser hat das Werk innerhalb einer einmonatigen Frist zu übernehmen. Nur bei Vorliegen von wesentlichen Mängeln wird das Werk zurückgestellt und gilt nicht als übernommen. (zur Definition des wesentlichen Mangels siehe Kap B.1.2; zur Übernahme siehe Kap B.4)

Findet nach Anzeige der Vollendung der Leistung keine gemeinsame Prüfung statt, sei es weil keine der beiden Vertragsparteien eine Prüfung verlangt oder weil seitens des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk als übernommen. Unterbleibt die gemeinsame Prüfung deshalb, weil der AN die Mitwirkung unterlässt, findet keine Abnahme statt. Gleiches gilt sinngemäß für das Unterbleiben der Prüfung nach einer Mangelbehebung, wenn der AN die Vollendung der Mangelbehebung angezeigt hat und innerhalb der einmonatigen Frist keine Übernahme aus obigen Gründen erfolgt. (Art 164)

Die Teilabnahme entfaltet nach der SIA die gleiche Wirkung wie die Abnahme eines ganzen Werkes, jedoch nur und gerade für den abgenommenen Teil. Sie untersteht weiters den selben Regeln (Voraussetzungen, Genehmigung) wie die Abnahme des ganzen Werkes. Das für die Abnahme des gesamten Werkes Gesagte gilt auch für die Abnahme eines Werkteiles.⁶¹⁰

Ebenso wie in der ÖNorm die Schlussfeststellung auf Verlangen (oder nach vertraglicher Vereinbarung) vor Ende der Gewährleistungsfrist zwecks Feststellung der Mangelfreiheit der Leistung durchzuführen ist, sieht Art 177 der SIA auf Verlangen einer Partei eine Schlussprüfung vor, um den Zustand des Werkes zur Beweissicherung gemeinsam festzustellen.

⁶⁰⁸ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2732.

⁶⁰⁹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 176 Anm 9.

⁶¹⁰ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2644.

Die Verjährung bewirkt nicht den Untergang der Mängelrechte, sondern sie gibt dem AN ein Einrederecht, das bewirkt, dass die Mängelrechte nicht mehr auf dem Klageweg durchgesetzt werden können (demzufolge kann der Richter die Verjährung nicht von Amts wegen beachten). Die Forderungen aus den Mängelrechten können, wenn die Verjährung eingetreten ist, durch Klage nur dann durchgesetzt werden, wenn der AN die Verjährungseinrede unterlässt.⁶¹¹

⁶¹¹ Vgl. *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 180 Anm 3.

B.4 Geltendmachung + Beweislast

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.41.5 Bei einer förmlichen Übernahme ist eine Niederschrift zu verfassen, die von beiden Vertragspartnern zu unterfertigen ist und mit der der AN die Übergabe und der AG die Übernahme der Leistung erklären. In diese Niederschrift sind ferner aufzunehmen:</p> <p>(1) beanstandete Mängel an der erbrachten Leistung, Fristsetzung für ihre Behebung; hiebei hat jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel zu erfolgen;</p> <p>[...]</p>	<p>6 13 Abnahme des geprüften Werkes 6 131 Abnahme des mängelfreien Werkes Art. 159 Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) keine Mängel (Art. 166), so ist das Werk (oder der Werkteil) mit Abschluss der Prüfung abgenommen.</p> <p>6 132 Abnahme bei unwesentlichen Mängeln Art. 160 Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) Mängel, die im Verhältnis zum ganzen Werk (oder Werkteil) unwesentlich sind, so findet die Abnahme gleichwohl mit Abschluss der gemeinsamen Prüfung statt; doch hat der Unternehmer die festgestellten Mängel innert angemessener Frist, die der Bauherr ansetzt, zu beheben (Art. 169).</p>
	<p>6 133 Zurückstellung bei wesentlichen Mängeln Art. 161 Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) wesentliche Mängel, so wird die Abnahme zurückgestellt. Trotz der Zurückstellung kann das Werk (oder der Werkteil) dem Bauherrn in gegenseitigem Einverständnis zum Weiterbau oder zur Ingebrauchnahme überlassen werden. Der Bauherr setzt dem Unternehmer ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel. Der Unternehmer beseitigt die Mängel innerhalb der angesetzten Frist und zeigt dem Bauherrn den Abschluss der Verbesserung unverzüglich an. Darauf werden die beanstandeten Bauteile innert Monatsfrist nochmals gemeinsam geprüft. Zeigen sich keine wesentlichen Mängel mehr, so ist das Werk (oder der Werkteil) mit Abschluss dieser Prüfung abgenommen.</p> <p>6 134 Abnahme trotz wesentlicher Mängel Art. 162 Trotz wesentlicher Mängel erfolgt die Abnahme: - wenn der Bauherr nach Abschluss der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) nicht ohne Versäumnis Frist zur Behebung der festgestellten wesentlichen Mängel ansetzt (Art. 161 Abs. 2); alsdann gilt das Werk (oder der Werkteil) trotz dieser Mängel mit Abschluss der Prüfung als abgenommen; der Bauherr bleibt aber berechtigt, die Beseitigung der Mängel zu verlangen und gegebenenfalls die übrigen Mängelrechte gemäss Art. 169 und Art. 171 geltend zu machen - wenn sich bei der nochmaligen Prüfung nach Ablauf der gemäss Art. 161 Abs. 2 angesetzten Verbesserungsfrist immer noch wesentliche Mängel zeigen und der Bauherr nicht ohne Versäumnis, gestützt auf Art. 169, entweder weiterhin auf der Verbesserung beharrt oder vom Vertrag zurücktritt; alsdann gilt das Werk (oder der Werkteil) trotz dieser Mängel mit Abschluss der nochmaligen Prüfung (Art. 161 Abs. 3) als abgenommen, jedoch unbeschadet der Mängelrechte des Bauherrn (Art. 169, Art. 171) - wenn der Bauherr sein Minderungsrecht gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 ausübt; alsdann wird das Werk (oder der Werkteil) zugleich mit der Minderungserklärung abgenommen, sofern die Abnahme nicht schon früher stattgefunden hat.</p> <p>6 135 Abnahme bei Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln Art. 163 Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk (oder der Werkteil) für den Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt. Der betreffende Mangel hindert in keinem Falle, dass die Abnahme mit Abschluss der Prüfung eintritt; für ihn entfällt die Haftung des Unternehmers in dem Umfang, als der Mangel von der Bauleitung erkannt wurde. Stillschweigender Verzicht wird vermutet für erkannte Mängel, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (Art. 158 Abs. 3) nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Falle ist die Vermutung unwiderleglich.</p> <p>6 14 Abnahme ohne Prüfung Art. 164 Unterbleibt nach Anzeige der Vollendung (Art. 158 Abs. 1) die gemeinsame Prüfung innert Monatsfrist deswegen, weil entweder keine der Parteien die Prüfung verlangt oder von seiten des Bauherrn die Mitwirkung unterlassen wird, so gilt das Werk (oder der Werkteil) mit Ablauf dieser Frist dennoch als abgenommen. Keine Abnahme findet jedoch statt, solange die gemeinsame Prüfung deswegen unterbleibt, weil der Unternehmer die Mitwirkung unterlässt. Unterbleibt nach Anzeige der Verbesserung (Art. 161 Abs. 3) die nochmalige Prüfung des Werkes (oder des Werkteils) innert Monatsfrist, so gelten Abs. 1 und 2 sinngemäss.</p>

Abbildung 46: Textvergleich ÖNorm - SIA: Übernahme

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.45.3 Geltendmachung von Mängeln 5.45.3.1 Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme beanstandet wurden, ehestens nach dem Bekanntwerden, längstens jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist schriftlich bekannt zu geben (Mängelrüge). ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften ist die ehestmögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche.</p>	<p>6 32 Bedeutung 6 321 Recht zu jederzeitiger Mängelrüge Art. 173 Während der Garantiefrist (Rügefrist) kann der Bauherr in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und Art. 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen. Dieses Recht zur jederzeitigen Mängelrüge besteht auch für Mängel, die zur Vermeidung weiteren Schadens unverzüglich behoben werden müssen. Doch hat der Bauherr, der einen solchen Mangel nicht sofort nach der Entdeckung rügt, den weiteren Schaden selbst zu tragen, der bei unverzüglicher Behebung des entdeckten Mangels hätte vermieden werden können.</p>
<p>5.45.3.4 Werden Mängel innerhalb von 6 Monaten gerügt, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften entfällt diese Rügepflicht.</p>	<p>6 322 Haftung des Unternehmers Art. 174 Der Unternehmer haftet für alle Mängel (Art. 166), die der Bauherr während der Garantiefrist (Rügefrist) rügt (Art. 173). Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) gemäss Art. 163 als genehmigt gilt. Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist" zur Verbesserung eines gerügten Mangels an. Die Art. 169-171 sind anzuwenden. Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer. " Die Mängelbehebung darf i. d. Regel nicht bis zum Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) aufgeschoben werden.</p>
	<p>6 4 RECHTSLAGE NACH ABLAUF DER GARANTIEFRIST (RÜGEFRIST) 6 41 Wirkung des Fristablaufes Art. 178 Mit Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) erlischt das Recht des Bauherrn, vorher entdeckte Mängel zu rügen. Hingegen bleiben die Rechte des Bauherrn aus bereits gerügten Mängeln unter Vorbehalt der Verjährung (Art. 180) fortbestehen. Mängel, die schon während der Garantiefrist (Rügefrist) offensichtlich waren, gelten unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt, weshalb sie nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) nicht mehr gerügt werden können.</p>
	<p>6 42 Haftung für verdeckte Mängel Art. 179 [...] Der Unternehmer haftet für verdeckte Mängel, sofern sie vom Bauherrn sofort nach der Entdeckung gerügt werden (vgl. Art. 178 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 3 und 4). Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel an. Die Art. 169-171 sind anzuwenden. Der Unternehmer haftet indessen nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), welche die Bauleitung schon bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) hätte erkennen können; es sei denn, er habe die Mängel absichtlich verschwiegen. Im Falle einer Abnahme ohne Prüfung (Art. 164) haftet der Unternehmer nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), die der Bauherr durch Prüfung des abgenommenen Werkes (oder Werkteiles) noch vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) hätte erkennen können; es sei denn, der Unternehmer habe die Mängel absichtlich verschwiegen. Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Bauherrn.</p>

Abbildung 47: Textvergleich ÖNorm - SIA: Geltendmachung

Geltendmachung zum Zeitpunkt der Übernahme

Die SIA sieht wie auch die ÖNorm nach Fertigstellung der Leistung eine Übernahme vor.

Zeigen sich bei der Übernahme keine Mängel, so ist das Werk lt Art 159 mit Abschluss der bei der Übernahme durchzuführenden Prüfung übernommen.

Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung *Mängel, die im Verhältnis zum ganzen Werk (oder Werkteil) unwesentlich sind*, findet die Übernahme gem Art 160 statt. Der AN hat die Mängel innerhalb einer vom AG gesetzten angemessenen Frist zu beheben.

Art 161 und 162 regeln die Folgen des Vorliegens wesentlicher Mängel bei der gemeinsamen Prüfung:

Zeigen sich bei der gemeinsamen Prüfung *wesentliche Mängel*, so hat der AG dem AN ohne Versäumnis eine angemessene Frist zur Mangelbehebung zu setzen. Das Werk wird zurückgestellt, dh eine Übernahme findet nicht statt. Trotz Zurückstellung kann das Werk

dem Bauherrn in gegenseitigem Einverständnis zum Weiterbau oder zur Ingebrauchnahme überlassen werden. Der AN hat die Mängel innerhalb der vom AG gesetzten Frist zu beheben und danach dem AG unverzüglich den Abschluss der Verbesserung anzuzeigen. Die verbesserten Teile sind wieder innerhalb einer einmonatigen Frist zu übernehmen. Zeigen sich bei dieser Prüfung keine wesentlichen Mängel mehr, so ist das Werk mit Abschluss der Prüfung abgenommen. (Art 161)

Ohne Versäumnis bedeutet hier ohne vorwerfbares Zögern mit dem Zweck, dass der AG, will er die Abnahme verhindern, umgehend reagieren soll. Es wird ihm nur eine kurze Überlegensfrist eingeräumt, die nicht länger dauert, als ein sorgfältiger Bauherr braucht, um sich für die Aufforderung zur Mängelbeseitigung zu entscheiden.⁶¹² Bezüglich der Angemessenheit der Frist schreibt *Gauch*: *Die Ansetzung einer zu kurzen Frist setzt eine angemessene (längere) Frist in Gang. Doch gilt sie dann als angemessen, wenn der Unternehmer es unterlässt, gegen die zu kurze Dauer der angesetzten Frist umgehend zu protestieren.*⁶¹³

In folgenden drei Fällen erfolgt gem Art 162 trotz Vorliegen wesentlicher Mängel eine Abnahme des Werkes:

Setzt der AG nach Abschluss der gemeinsamen Prüfung nicht ohne Versäumnis eine Frist für die Mangelbehebung, so gilt das Werk als übernommen. Dem AG bleibt die Möglichkeit, seine Mängelrechte nach Art 169 und 171 zu fordern.

Zeigen sich bei nochmaliger Prüfung nach der Mangelbehebung noch immer wesentliche Mängel, hat der AG die Möglichkeit, gestützt auf Art 169, weiter auf Verbesserung ohne Versäumnis unter Setzung einer angemessenen Frist für die Behebung zu beharren, oder vom Vertrag zurückzutreten. Das Werk gilt dennoch mit Abschluss der nochmaligen Prüfung als abgenommen, dem AG bleiben jedoch die Mängelrechte nach Art 169 (Mängelrechte) und Art 171 (Schadenersatz).

Trotz Vorliegen von wesentlichen Mängeln bei der gemeinsamen Prüfung kann sich der AG auf sein Minderungsrecht berufen. Dann gilt zugleich mit der Minderungserklärung das Werk als übernommen, sofern die Abnahme nicht schon früher stattgefunden hat.

Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung einen Mangel zwar erkannt⁶¹⁴, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk oder der Werkteil im Hinblick auf diesen Mangel als genehmigt. Das Vorliegen dieses Mangels - unabhängig ob wesentlich oder nicht - verhindert nicht die Übernahme mit Abschluss der Prüfung. Hinsichtlich dieses Mangels ist der AN in so fern frei, als der AG den Mangel erkannt hat. Diese umständliche Formulierung bedeutet, dass nur die Haftung für den erkannten Mangel als solchen entfällt und nicht die Haftung für eventuell daraus resultierende Sekundärmängel.⁶¹⁵

⁶¹² Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 162 Anm 4.

⁶¹³ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 160 Anm 7.

⁶¹⁴ *Kenntnis des Mangels* setzt voraus, dass sowohl der Zustand als auch dessen Vertragswidrigkeit der Bauleitung bekannt sind; siehe *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 163 Anm 4.

⁶¹⁵ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 163 Anm 12.

Ein stillschweigender Verzicht wird vermutet, wenn ein allfälliges Prüfprotokoll erkannte Mängel nicht anführt oder wenn die Mängel offensichtlich waren, jedoch nicht geltendgemacht wurden. Bei Vorliegen von offensichtlichen, nicht geltendgemachten Mängeln ist die Vermutung eines Verzicht auf die Mängelrechte unwiderleglich. Offensichtliche Mängel liegen klar zutage, weshalb sie für die an der Prüfung beteiligte Bauleitung ohne weiters (gewissermaßen „auf den ersten Blick“) erkennbar sind. Unerkannte Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung zwar nicht offensichtlich sind, für die Bauleitung aber dennoch erkennbar waren, fallen nicht unter den Anwendungsbereich des Art 163 Abs 2, sondern unter Art 179 Abs 3⁶¹⁶ 617.

Soweit das Werk nach Art 163 als genehmigt gilt, entfällt die Mängelhaftung des AN. Mit dem Wegfall der Haftung hat der Bauherr sämtliche Mängelrechte für die von der Genehmigung erfassten Mängel verwirkt, unabhängig davon, ob der Mangel vom AN verschuldet ist oder nicht.⁶¹⁸

Sind demnach Mängel bei der Übernahme dem AG bekannt oder sind die Mängel offensichtlich und werden diese bekannten oder offensichtlichen Mängel nicht gerügt, so verliert der AG jegliche Rechte, die ihm aus der Mängelhaftung des AN zustünden. Die ÖNorm legt zwar auch fest, dass bei der Übergabe *jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel* zu erfolgen hat, jedoch verzichtet die ÖNorm auf die Festlegung von Konsequenzen bei Nichtbeachtung, woraus interpretiert wird, dass dies keinen Verlust der Gewährleistungsrechte zur Folge hat. Hier ergibt sich demnach ein gravierender Unterschied zwischen ÖNorm und SIA.

Geltendmachung innerhalb der Garantiefrist

Gem Art 173 kann der AG Mängel innerhalb der Garantiefrist jederzeit rügen. Der AG hat also nicht wie bei der ÖNorm die Verpflichtung zur unverzüglichen Mängelrüge. Auch wenn der Mangel zur Vermeidung weiterer Schäden unverzüglich behoben werden muss, ist der AG nicht zu einer Mängelrüge sofort nach Entdeckung des Mangels verpflichtet, sondern er hat die gesamte Garantiefrist hierfür Zeit. Für allfällige, durch die verspätete Rüge verursachte Schäden haftet dann allerdings der AG.

Der AN haftet für alle während der Garantiezeit gerügten Mängel. Ausgenommen sind Mängel, deren Haftung bereits durch eine fehlende Rüge bei der Übergabe verwirkt ist, also bei Übergabe offensichtliche bzw von der Bauleitung erkannte Mängel. Rügt der AG innerhalb der Garantiezeit einen Mangel, so hat er dem AN eine angemessene Frist für die Behebung zu setzen. Die Mangelbehebung darf idR nicht bis zum Ende der Garantiefrist verzögert werden.

⁶¹⁶ Der Unternehmer haftet indessen nicht für verdeckte Mängel [...], welche die Bauleitung schon bei der gemeinsamen Prüfung [...] hätte erkennen können [...].

⁶¹⁷ Vgl Gauch, Kommentar zur SIA-Norm, Art 163 Anm 16.

⁶¹⁸ Vgl Gauch, Der Werkvertrag⁴, Nr 2638.

Bei der Abnahme des Werkes ohne gemeinsame Prüfung kann der AG sämtliche Mängel bis zum Ablauf der Garantiefrist wirksam rügen.⁶¹⁹

Ist strittig, ob eine Vertragsabweichung vorliegt, so liegt die Beweislast beim AN, dh der AN hat zu beweisen, dass die von ihm erbrachte Leistung mangelfrei erstellt wurde.

Demnach kann der Bauherr einerseits während der Garantiefrist Mängel aller Art jederzeit rügen, gleichgültig, wann der Bauherr den Mangel erkannt hat. Andererseits muss der AG bestimmte Mängel bis zum Ablauf der Garantiefrist rügen, ansonst er seine Mängelrechte verwirkt (mit Ausnahme bei absichtlichem (arglistigem) Verschweigen des Mangels). Es sind dies Mängel, die der AG vor Ablauf der Garantiefrist entdeckt hat oder die schon während der Garantiefrist offensichtlich waren, weiters Mängel, die der Bauherr bereits bei der gemeinsamen Abnahmeprüfung des Werkes hätte erkennen können, und außerdem Mängel eines ohne gemeinsame Abnahmeprüfung abgenommenen Werkes, die der Bauherr bis zum Ablauf der Garantiefrist erkennen kann, wenn er das abgenommene Werk selbständig prüft.⁶²⁰

Offensichtliche Mängel müssen auf jeden Fall innerhalb der Garantiefrist gerügt werden. Der Einwand des Bauherrn, er habe einen zwar offensichtlichen Mangel vor Ablauf der Garantiefrist nicht entdeckt, ist von vornherein ausgeschlossen, weil Mängel, die schon während der Garantiefrist offensichtlich waren, nach Art 178 unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt gelten.⁶²¹

Geltendmachung nach Ablauf der Garantiefrist innerhalb der Verjährungsfrist

Mit Ablauf der Garantiefrist erlischt gem Art 178 das Recht des AG zur Mängelrüge. Der AG kann aber für bereits innerhalb der Garantiefrist gerügte Mängel nach wie vor seine Rechte geltend machen, solange diese nicht gem Art 180 verjähren.

Mängel, die schon während der Garantiefrist offensichtlich waren, gelten unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt. Nach Ablauf der Garantiefrist können sie nicht mehr gerügt werden.

Entdeckt der AG Mängel erst nach Ablauf der Garantiefrist, so handelt es sich um verdeckte Mängel. Diese müssen vom AG sofort nach Entdeckung gerügt werden. Der AG muss wiederum eine angemessene Frist für die Behebung setzen, Art 169 - 171 sind anzuwenden. Der AN haftet nicht für verdeckte Mängel, die die Bauleitung schon bei der gemeinsamen Prüfung bei der Abnahme hätte erkennen können, ausgenommen, der AN hat die Mängel absichtlich verschwiegen. Im Falle einer Abnahme ohne Prüfung haftet der AN dann nicht für verdeckte Mängel, hätte der AG diese noch vor Ende der Garantiefrist erkennen können, wieder ausgenommen absichtliches Verschweigen des Mangels seitens AN.

Mit Ablauf der Garantiefrist können also bis dahin offensichtliche Mängel nicht mehr gerügt werden, der AG hat keine Mängelrechte mehr. Verdeckte Mängel können allerdings auch nach Ablauf der Garantiefrist noch gerügt werden, hier kann der AG weiterhin seine Rechte

⁶¹⁹ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2640.

⁶²⁰ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2683 ff.

⁶²¹ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2711.

geltend machen. Vor Ablauf der Garantiefrist ist keine unverzügliche Mängelrüge bei Entdecken des Mangels erforderlich, nach dem Ende der Garantiefrist müssen Mängel sofort gerügt werden.

Unabhängig von Übernahme, Garantiefrist und 5-jähriger Verjährungsfrist können Mängel, die der AN absichtlich (arglistig) verschwiegen hat, immer bis zum Ende der 10-jährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden.

Beweislast

Eine Beweislastumkehr gibt es in der SIA nur im Falle des Streitigwerdens, ob ein vom AG behaupteter Mangel tatsächlich ein Mangel im Sinne einer Vertragsabweichung ist. Und zwar obliegt lt Art 174 Abs 3 der SIA während der Garantiefrist die Beweislast dem AN, während Art 179 letzter Absatz festlegt, dass für verdeckte Mängel diese Beweislast beim AG liegt. Dh mit Ablauf der Garantiefrist tritt eine Umkehr der Beweislast ein. Muss sich der AN innerhalb der Garantiefrist von der vom AG aufgestellten Behauptung der Mangelhaftigkeit der Leistung freibeweisen, so muss der AG dem AN die Mangelhaftigkeit für verdeckte Mängel, also solche, die erst nach Ende der Garantiefrist hervorkommen, nachweisen.

Die Beweislastumkehr tritt also gem SIA 2 Jahre nach der Übergabe ein, nach der ÖNorm dF 2002 bereits 6 Monate nach Abnahme des Werkes.

B.5 Recht auf Zurückbehalt des Werklohnes

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) [...] (2) [...] (3) Insoweit entsprechend (1) oder (2) jedoch über das Ende der ursprünglichen Gewährleistungsfrist hinaus zu gewährleisten ist, kann ab diesem Zeitpunkt nur mehr ein Haftungsrücklass in der Höhe von 10 % der Leistung, die an Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, einbehalten werden. Dies gilt auch für andere Teile der Leistung, deren vertragsmäßiger Gebrauch durch den behobenen Mangel behindert war. Der AN hat hiezu dem AG eine prüfbare Bezifferung des Wertes dieser Leistung bzw. dieser Teile der Leistung vorzulegen. Das Höchstausmaß diese Haftungsrücklasses beträgt weiterhin 2 % der Schluss- bzw. Teilschluss-Rechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich USt.). ANMERKUNG: Gilt nicht für Verbrauchergeschäfte.</p>	<p>6 6 SICHERHEITSLEISTUNG DES UNTERNEHMERS NACH DER ABNAHME</p> <p>6 61 Solidarbürgschaft Art. 181 Der Unternehmer leistet vor Auszahlung des Rückbehaltes (Art. 152) Sicherheit für seine Haftung wegen Mängeln, die bei der gemeinsamen Prüfung oder während der Garantiefrist (Rügefrist) gerügt werden. Die Sicherheit besteht in der Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft. Der Haftungsbetrag des Bürgen bemisst sich nach der Totalsumme, der vom Bauherrn für das gesamte Werk zu leistenden Vergütungen jeder Art. Er beläuft sich auf 10 % dieser Summe; übersteigt aber die Summe Fr. 200 000.-, so beläuft er sich auf 5 % der ganzen Summe, jedoch mindestens auf Fr. 20 000.- und höchstens auf Fr. 1 000 000.-. Die Bürgschaft ist für so lange zu leisten, bis alle zu verbürgenden Mängelrechte erloschen sind." Sind bis zum Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) keine Mängel gerügt worden, so kann der Unternehmer vom Bauherrn verlangen, dass dieser den Solidarbürgen sofort befreie. Ferner hat er Anspruch darauf, dass ihm der Bauherr zuhanden der Bürgen das Erlöschen allfälliger Mängelrechte schriftlich bestatige.</p>
<p>5.48.3 Haftungsrücklass 5.48.3.1 Von der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer) ist ein Haftungsrücklass in der Höhe von 2 % einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abgelöst ist. 5.47.3.4 Der Haftungsrücklass ist, soweit er nicht gemäß 5.48.3.3 in Anspruch genommen wurde, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist freizugeben (5.48.6). Sind jedoch Mängel zu beheben, gilt 5.45.5 (3) sinngemäß.</p>	<p>6 62 Bargarantie Art. 182 Ausnahmsweise kann anstelle der Solidarbürgschaft eine Bargarantie mit angemessener Verzinsung als Sicherheit vereinbart werden. Auf Verlangen des Unternehmers stellt der Bauherr das Guthaben des Unternehmers aus Bargarantie sicher.</p>
<p>5.41.8 [...] Wird die Leistung mit verbesserbaren Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass gemäß 5.48.3 das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gilt diese Beschränkung nicht. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abzulösen.</p>	<p>" Die Bürgschaft ist für die Dauer der Garantiefrist (Rügefrist) zu leisten. Die Verpflichtung des Bürgen dauert jedoch bis zur Behebung sämtlicher, vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) gerügten Mängel. Vorbehalten bleibt der Eintritt der Verjährung.</p>

Abbildung 48: Textvergleich ÖNorm - SIA: Rückbehalt Werklohn

Ebenso wie gem ÖNorm bei Abschlagszahlungen der Deckungsrücklass einbehalten wird, sieht Art 145 und Art 149 der SIA einen Rückbehalt als Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers bis zur Abnahme vor. Die Sicherheitsleistung des AN nach der Abnahme regeln die Art 181 und 182. Vor Auszahlung des Rückbehalts hat der AN eine Sicherheit für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung oder innerhalb der Garantiefrist gerügt werden, in Form einer Solidarbürgschaft einer namhaften Bank oder Versicherungsgesellschaft zu leisten.

Namhaft ist jede Bank oder Versicherungsgesellschaft, die die Bewilligung hat, in der Schweiz ihre Geschäfte vorzunehmen.⁶²²

Die Höhe des Haftungsbetrages richtet sich wörtlich nach *der Totalsumme, der vom Bauherrn für das gesamte Werk zu leistenden Vergütungen jeder Art*, also nach der Schlussrechnungssumme. Bei einer Schlussrechnungssumme bis zu 200.000 Schweizer Franken (129.032 €) ist eine Sicherheit von 10 % der Schlussrechnungssumme zu leisten, übersteigt die Schlussrechnungssumme 200.000 Franken, so reduziert sich die zu leistende Sicherheit auf 5 % der Schlussrechnungssumme, wobei mindestens ein Betrag von 20.000 Fr (12.903 €) und höchstens 1 Mio Fr (645.161 €) als Sicherheit zu leisten ist. Der AN hat die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit bis zum Ende der Garantiefrist. Ist keine Behebung innerhalb der Garantiefrist gerügter Mängel bei Ablauf der Garantiefrist ausständig, so kann der AN die Befreiung des Solidarbürgen verlangen und hat Anspruch auf (schriftliche) Bestätigung des Erlöschens allfälliger Mängelrechte zuhanden des Bürgen. Die Verpflichtung des Bürgen dauert jedoch bis zur Behebung sämtlicher, vor Ablauf der Garantiefrist gerügter Mängel, soweit die Mängelrechte des Bauherrn gem Art 180 nicht verjähren.

Den Einbehalt der Sicherheit in bar sieht die SIA (Art 182) nur ausnahmsweise vor. In einem solchen Fall ist die Sicherheit angemessen zu verzinsen. Das Wort „ausnahmsweise“ ist lt *Gauch*⁶²³ hier verwirrend, weil es zum Ausdruck bringen soll, dass die Norm eine Solidarbürgschaft und nicht eine Bargarantie verlangt, es brauchen keine Ausnahmefälle vorliegen, damit eine Bargarantie anstelle der Solidarbürgschaft vereinbart werden kann. Die Höhe der Verzinsung bleibt der Vereinbarung überlassen, wird nichts anderes vereinbart, ist ein Zinsfuss von 5 % angemessen.⁶²⁴

Während der Bareinbehalt nach SIA besonders vereinbart werden muss und nach Norm eine Solidarbürgschaft vereinbart ist, sieht die ÖNorm grundsätzlich einen Bareinbehalt vor, der durch eine unbare Sicherstellung abgelöst werden kann. Eine unbare Sicherstellung ist ebenso wie nach SIA in Form einer Bankgarantie oder in Form einer Rücklassversicherung möglich. Im Falle eines Einbehalts in bar erfolgt gem ÖNorm im Gegensatz zur SIA keine Verzinsung.

Die ÖNorm sieht eine wesentlich geringere Sicherheit für eine mangelhafte Leistung vor als die SIA, nämlich einen Haftungsrücklass von 2 % der Schlussrechnungssumme, während

⁶²² Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 181 Anm 8.

⁶²³ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 182 Anm 3.

⁶²⁴ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 182 Anm 6.

die SIA eine Sicherheit von 10 % festlegt. Die ÖNorm differenziert hier genauer je nachdem, ob Mängel bei der Übernahme vorhanden sind oder nicht, die SIA regelt dies einheitlich ab der Übernahme der Leistung, unabhängig davon, ob die Leistung mangelbehaftet ist.

Jedoch hat der AG auf gesetzlicher Basis auch das Recht auf Rückbehalt des Werklohnes bei Übernahme einer mangelhaften Leistung, wenn er einen Verbesserungsanspruch hat und die Verbesserung auch tatsächlich fordert, und zwar kann der AG die Zahlung des ausständigen Betrags bis zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld des AN zurückbehalten. Zinsen auf den rückbehaltenen Betrag stehen dem AN nicht zu. Das Rückbehaltungsrecht setzt nicht voraus, dass der Mangel eine bestimmte Größe oder Bedeutung hat, der AG darf auch dann die Vergütung zurückbehalten, wenn sich die Mängel auf untergeordnete Punkte beziehen und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes nicht ernstlich beeinträchtigen. Grundsätzlich kann der AG die gesamte noch ausstehende Vergütung zurückbehalten, jedoch ist er auf die Schranken von Treu und Glauben verwiesen. Sind die voraussichtlichen Verbesserungskosten geringer als die noch geschuldete Vergütung, so hat der Besteller nicht ohne weiteres das Recht, die ganze noch geschuldete Vergütung zurückzuhalten, sondern soviel sich nach Treu und Glauben betragsmäßig rechtfertigt, dh so viel, als erforderlich ist, um den konkreten Nachbesserungsanspruch ausgiebig zu sichern und darüber hinaus angemessenen Druck auf den Unternehmer auszuüben, damit dieser die geschuldete Nachbesserung umgehend vornehme. Bezüglich der Höhe des rückhaltbaren Betrags richtet sich *Gauch* nach der deutschen Gerichtspraxis, die den zulässigen Rückbehalt des öfteren auf das Zwei- bis Dreifache der zu erwartenden Verbesserungskosten festsetzt. *Gauch* fügt aber bei, dass es sich hierbei nur um einen Richtwert handelt, weil je nach Umständen des Einzelfalls ein höherer oder niedrigerer Betrag angemessen sein kann, zB wenn Gefahr besteht, dass die Behebung eines relativ geringen Mangels verschleppt wird oder der konkrete Unternehmer nicht gewillt ist, die Verbesserung vorzunehmen.⁶²⁵ Die ÖNorm beschränkt in P 5.41.8 den rückhaltbaren Betrag auf das Dreifache der voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme.

B.6 Besonderer Rückgriff

Bestimmungen über einen möglichen Rückgriff auf Vorunternehmer auch nach dem Ende von Garantie- oder Verjährungsfristen gibt es - zum Unterschied zur ÖNorm - in der SIA keine. Nur hinsichtlich der Haftung von Architekt und Ingenieur legt das OR in der Schweiz Besonderheiten fest.

Art 371 OR bestimmt, dass die Ansprüche aus mangelhaften Werken für den Besteller gleich jenen Ansprüchen aus Kaufverträgen verjähren, dh die Verjährungsfrist beträgt 1 Jahr. Ausgenommen sind Leistungen unbeweglicher Bauwerke, für diese beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre. Hiervon betroffen sind die Leistungen des Unternehmers, der das Bauwerk erstellt, sowie die Leistungen von Architekten oder Ingenieuren, *die zum Zwecke der Erstellung [des Bauwerkes] Dienste geleistet haben.*

⁶²⁵ Vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2377 ff.

Die Begriffe Architekt und Ingenieur haben einen weiten Sinn, der auch die Fachplaner einschließt, dh der Ingenieur ist nicht nur der Bauingenieur, sondern auch ein Elektro- oder Maschineningenieur, ein Geologe und Geotechnik-Ingenieur.⁶²⁶

Und zwar beginnt die Verjährungsfrist für alle oben genannten Leistungen - also auch für Leistungen von Architekten und Ingenieuren - zum Zeitpunkt der Abnahme des Werkes, dh bei Übergabe des Bauwerkes vom Unternehmer an den Besteller. Hintergrund dieser einheitlichen Frist und des gemeinsamen Fristbeginns ist, dass Mängel, deren Ursache schon zB in den Plänen oder dem Bodengutachten für das zu errichtende Bauwerk enthalten sind, sich gewöhnlich erst bei der Erstellung des Werkes zeigen. Architekt und Unternehmer sind demnach hinsichtlich der Verjährung gleichgestellt, außer das Bauwerk entspricht nicht den Kriterien eines unbeweglichen Bauwerkes sowie bei der Unterbrechung der Verjährung.⁶²⁷

Hinsichtlich der vom Architekten bzw Ingenieur zu leistenden Haftung handelt es sich zumeist um Schadenersatzansprüche des Bestellers, weil der Schaden, bezogen auf das eigene Werk (zB Erstellung eines Planes) ein Mangelfolgeschaden ist. Üblicherweise wird hier der Schaden in Geld ersetzt, da es sich um einen Schaden am Bauwerk handelt, das der Architekt bzw Ingenieur nicht selbst hergestellt haben.⁶²⁸

⁶²⁶ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2299.

⁶²⁷ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2296 ff.

⁶²⁸ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2735 ff.

B.7 Rechte aus der Gewährleistung

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.45.4 Rechte aus der Gewährleistung 5.45.4.1 Der AG kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) fordern.</p>	<p>6 24 Rechte des Bauherrn bei Mängeln (Mängelrechte)</p>
<p>5.45.4.2 Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten.</p>	<p>6 241 Recht auf Verbesserung, Minderung und Rücktritt Art. 169</p>
<p>5.45.4.3 Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.</p>	<p>Bei jedem Mangel hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht nach Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Recht auf Verbesserung, Art. 160, Art. 161 Abs. 2, Art. 162, Art. 174 Abs. 2, Art. 179 Abs. 2). Soweit der Unternehmer Mängel innerhalb der vom Bauherrn angesetzten Frist nicht behebt, ist der Bauherr berechtigt, nach seiner Wahl:</p> <ol style="list-style-type: none"> entweder weiterhin auf der Verbesserung zu beharren; dies jedoch nur dann, wenn die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Der Bauherr kann die Verbesserung statt durch den Unternehmer auch durch einen Dritten ausführen lassen oder sie selbst vornehmen, beides auf Kosten des Unternehmers (Art. 170) oder einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug von der Vergütung zu machen (Minderung, Art. 368 Abs. 2 OR). Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) den Mangel mitverschuldet, so ist der Abzug entsprechend zu verringern oder vom Vertrag zurückzutreten; dies jedoch nur dann, wenn die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden ist und die Annahme dem Bauherrn nicht zugemutet werden kann (Art. 368 Abs. 1 und 3 OR). Mit dem Rücktritt wird der Bauherr von der Pflicht zur Leistung einer Vergütung befreit; bereits bezahlte Vergütungen kann er zurückfordern. Das Werk steht dem Unternehmer zur Verfügung; es kann vom Bauherrn aus dem Grundstück entfernt werden, und zwar auf Kosten des Unternehmers, wenn dieser die Entfernung nicht innerhalb einer angemessenen Frist selbst vornimmt. <p>Hat sich der Unternehmer ausdrücklich geweigert, eine Verbesserung vorzunehmen, oder ist er hierzu offensichtlich nicht imstande, so stehen dem Bauherrn die Mängelrechte gemäss Abs. 1 Ziff. 1-3 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu.</p>
<p>5.45.4.4 Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.</p>	<p>6 242 Kosten der Verbesserung Art. 170</p>
<p>5.45.3.6 Ermöglichung der Mängelbehebung Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen.</p>	<p>Die Kosten einer Verbesserung (Art. 169) trägt der Unternehmer; eingeschlossen sind die Kosten zur Beseitigung aller Schäden, die an andern Arbeiten wegen der Mängelbeseitigung entstehen, sowie allfällige Mehrkosten der Bauleitung. Kosten, die dem Bauherrn auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden wären, trägt der Bauherr. Hat der Bauherr (oder eine Hilfsperson des Bauherrn) einen Mangel mitverschuldet, so sind die Verbesserungskosten zwischen Unternehmer und Bauherrn angemessen zu verteilen.</p>
	<p>6 323 Besichtigungsrecht des Unternehmers Art. 175 Der Unternehmer ist berechtigt, das Werk während der Garantiefrist (Rügefrist) nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen.</p>

Abbildung 49: Textvergleich ÖNorm - SIA: Rechte aus der Gewährleistung

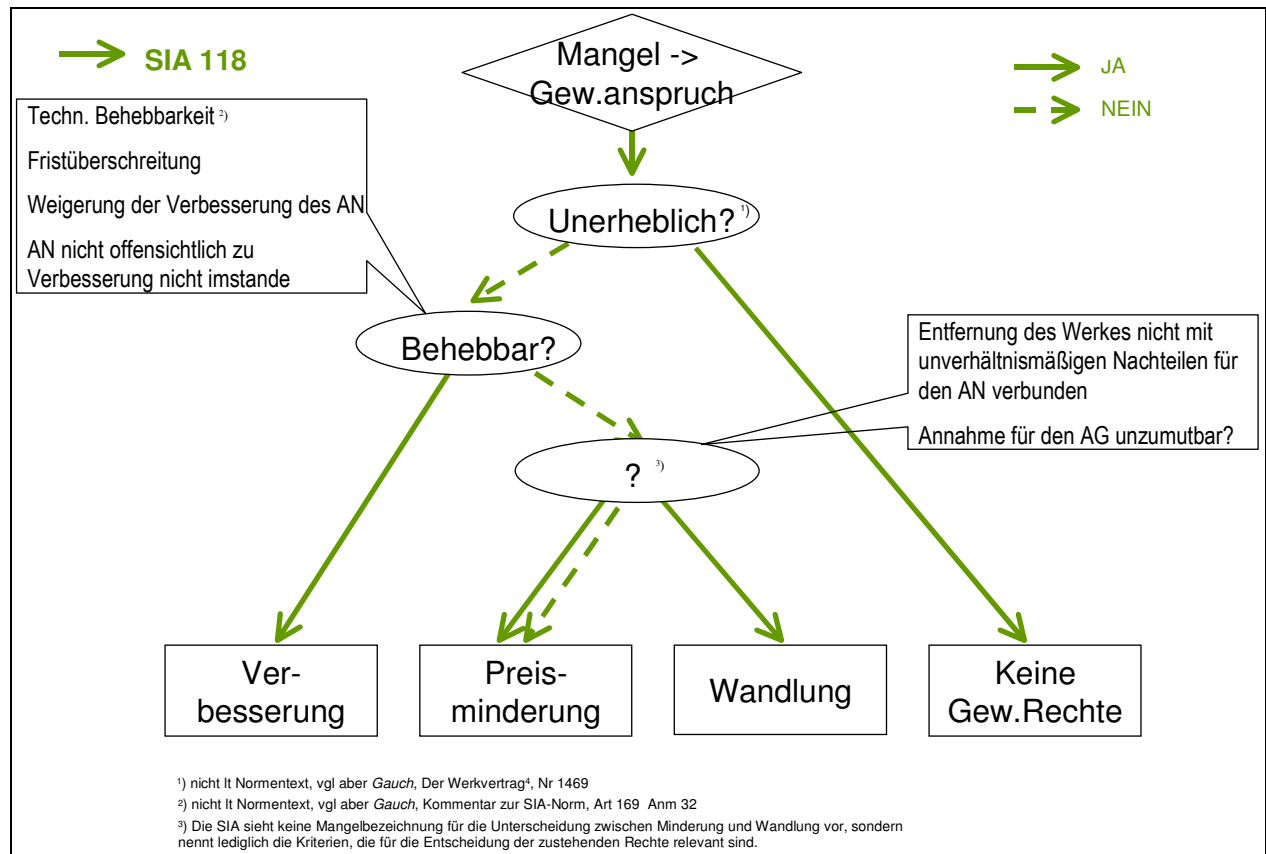


Abbildung 50: Rechte aus der Gewährleistung SIA

Art 169 der SIA regelt die Rechte des AG aus Mängeln, die das Werk aufweist. Grundsätzlich stehen nach SIA - wie auch nach ÖNorm - dem AG die Verbesserung, die Minderung und der Rücktritt (Wandlung) zur Verfügung, um ein durch mangelhafte Leistung verursachtes Ungleichgewicht im Vertragsverhältnis wieder auszugleichen.

Sind alle Voraussetzungen für Ansprüche aus einer mangelhaften Leistung erfüllt, so stellt sich zunächst die Frage nach der Erheblichkeit eines Mangels. **Unerhebliche** Mängel, die eine Mängelhaftung nicht rechtfertigen, gibt es zwar im schweizer Werkvertragsrecht nicht, allerdings schreibt *Gauch*⁶²⁹, dass die Berufung des Bestellers auf einen Werkmangel im Einzelfall gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstoßen kann, zB dann, wenn der Mangel so geringfügig ist, dass er unter keinem Gesichtspunkt (auch nicht im Hinblick auf die subjektiven Belange des Bestellers) Beachtung verdient. Nichts anderes meint § 932 Abs 2 ABGB aF hinsichtlich der Unerheblichkeit eines Mangels, weshalb in der obigen Darstellung der Rechte auch die Frage nach der Unerheblichkeit miteinbezogen wurde.

Die SIA legt ebenso wie die VOB und die ÖNorm den Vorrang der Verbesserung fest. Tritt ein Mangel auf, hat der AG zunächst einzig das Recht auf Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist. Nur wenn sich der AN ausdrücklich weigert, das Werk zu verbessern, oder zur Mangelbeseitigung offensichtlich nicht imstande ist, kann der AG schon vor Ablauf der vom ihm gesetzten Frist für die Verbesserung auf die anderen Mängelrechte zurückgreifen. Gleiches gilt lt *Gauch* für objektiv unbehebbarer Mängel: *Ist die*

⁶²⁹ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1469.

*Mängelbeseitigung [...] (objektiv) unmöglich, so kann der Bauherr (obwohl die Norm sich darüber ausschweigt) ohne vorgängige Aufforderung zur Nachbesserung, also unmittelbar auf die übrigen Mängelrechte greifen, soweit sie ihm zustehen.*⁶³⁰

Zusammenfassend ist ein Mangel gem SIA dann „unbehebbar“, wenn er entweder objektiv unbehebbar ist, oder der AN sich weigert, die Verbesserung durchzuführen, der AN offensichtlich nicht zur Verbesserung imstande ist bzw die Verbesserung des Werkes aus einem nicht aus der Sphäre des AG stammenden Grund in der angemessenen Frist unterbleibt. Hierbei ist irrelevant, ob den AN an der Nichteinhaltung der Frist ein Verschulden trifft oder nicht, und zwar auch dann, wenn die Ursache einer Verzögerung in vorübergehenden Leistungshindernissen (zB ungünstige Witterungsverhältnisse, Streik, Ausfall von Maschinen oder verspätetem Eintreffen von gekauftem Material) liegt. Lediglich Verzögerungen, die seinem eigenen Risikobereich entstammen, hat der AG allerdings selbst zu vertreten.⁶³¹

Trifft keine dieser Bedingungen zu, so ist der Mangel als behebbar einzustufen, der AG hat einzig das Recht auf Verbesserung. Ist der Mangel im obigen Sinne unbehebbar, kann sich der AG auch auf die anderen Mängelrechte berufen. Die Möglichkeit, Wandlung zu fordern, wird allerdings durch zwei Bedingungen eingeschränkt: die Annahme muss für den AG unzumutbar sein und die Entfernung des Werkes darf nicht mit unverhältnismässigen Nachteilen für den AN verbunden sein.

Beharrt der AG trotz Fristablauf ohne Mangelbehebung weiter auf Verbesserung, so steht ihm dies frei, sofern die Verbesserung im Verhältnis zu seinem Interesse an der Mängelbeseitigung keine übermässigen Kosten verursacht. Der AG kann die Verbesserung auf Kosten des AN auch durch einen Dritten ausführen lassen oder selbst vornehmen. Dh der AG hat das Recht auf Ersatzvornahme. Die SIA-Norm weicht hier von den gesetzlichen Bestimmungen ab. Der Anspruch auf Kostenersatz ist ein Aufwendungs- und kein Schadenersatzanspruch, hängt also nicht vom Verschulden des Unternehmers ab.⁶³² Das Risiko von Mehrkosten, zB weil der Dritte unwirtschaftlich arbeitet, belastet den AN. Sofern der AG selber und nicht durch einen Dritten verbessert, sind seine eigenen Arbeitsleistungen zum Reinlohn (ohne Zuschlag für Gewinn und Gemeinkosten) zu vergüten, für verwendete Materialien sind die Einstandspreise zu verrechnen.⁶³³

Ebenso wie es die ÖNorm bestimmt, ist auch nach Art 175 SIA der AN berechtigt, das Werk während der Garantiefrist nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen.

Die Voraussetzungen für Minderung und Wandlung nach dem schweizer OR gelten auch bei Anwendung der SIA, weshalb die diesbezüglich gemachten Kommentare auch hier Gültigkeit haben.⁶³⁴

⁶³⁰ *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2659; vgl auch *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 32.

⁶³¹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 10.

⁶³² Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 17.

⁶³³ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 17.

⁶³⁴ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2661.

Verweigerung der Verbesserung

Der AG kann ua dann, wenn der AN sich weigert, die Verbesserung vorzunehmen, auf die Setzung einer Frist verzichten, und sofort auf die übrigen Mängelrechte zurückgreifen. Die Weigerung muss allerdings deutlich und entschieden sein. Entschieden ist sie dann, wenn sie ernsthaft und endgültig ist. Das Motiv für die Verweigerung ist nicht relevant. Aus der zweckentsprechenden Auslegung des Art 169 Abs 2 ergibt sich, dass es genügt, wenn der AN sich weigert, die Verbesserung sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist vorzunehmen oder sie auf seine Kosten auszuführen, soweit er die Kosten zu tragen hat. Nicht erforderlich ist, dass der AN die Verbesserung überhaupt ablehnt. Ebenso ist ausreichend, wenn der AN das Vorliegen des Mangels oder seine Mängelhaftung strikt bestreitet, indem er zB erklärt „die Sache gehe ihn definitiv nichts an“.⁶³⁵

Unfähigkeit des AN

Zur Verbesserung offensichtlich nicht imstande ist der Unternehmer dann, wenn klar zu Tage liegt, dass er unfähig ist, einen bestimmten Mangel überhaupt, sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist zu beheben. Dass Art 169 Abs 2 auch die Unfähigkeit des AN zu einer sach- oder fristgerechten Verbesserung erfasst, ergibt sich wiederum aus einer zweckentsprechenden Auslegung. Der Grund, weshalb der AN außerstande ist, den Mangel (überhaupt, sachgerecht oder fristgerecht) zu beheben, ist unter dem Gesichtspunkt des Art 169 Abs 2 unerheblich. Er kann zB in mangelhaften Kenntnissen, fehlender Erfahrung, fehlenden Einrichtungen, Krankheit oder darin liegen, dass der AN über kein geeignetes Personal oder Gerät verfügt. Ob eine offensichtliche Unfähigkeit vorliegt, beurteilt sich aber immer auch unter Einbezug von Subunternehmern, die an den Herstellungsarbeiten befugterweise mitbeteiligt waren und bereit sind, bei der Beseitigung eines Mangels mitzuwirken. Auf neue Subunternehmer, die der AN gerade für die Mängelbeseitigung beziehen könnte und dürfte, kommt es nur insoweit an, als deren Bezug zweifelsfrei gesichert ist.⁶³⁶

Von praktischer Bedeutung ist dies auch, wenn eine beschleunigte Mängelbeseitigung erforderlich und der AN offensichtlich außerstande ist, eine angemessen verkürzte Verbesserungsfrist einzuhalten.⁶³⁷

Unzumutbarkeit der Annahme für den AG

Unzumutbar ist die Annahme, wenn dem AG nach Recht und Billigkeit nicht zugemutet werden kann, das mangelhafte Werk zu behalten. Der Grund kann (muss aber nicht) in der (gänzlichen und definitiven) Unbrauchbarkeit des Werkes liegen. Die Unbrauchbarkeit des Werkes stellt nur eine Möglichkeit der Unzumutbarkeit der Annahme dar.

Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit sind die gegenseitigen Interessen der Vertragspartner abzuwiegen, wobei immer der Einzelfall zu beachten ist. Anhand von Art und

⁶³⁵ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 30 f; und vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1800 u 2667.

⁶³⁶ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 32; vgl auch *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 2668.

⁶³⁷ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 34.

Ausmaß des Mangels ist zu beurteilen, ob die konkrete Vertragsabweichung unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände die Wandlung rechtfertigen. Die zu berücksichtigenden Umstände umfassen nicht nur den Mangel selbst, sondern sämtliche Umstände wie zB das Verschulden des AN bzw beschränktes Selbstverschulden des AG, leichte Behebbarkeit des Mangels, die Sinnlosigkeit der Verbesserung bei einer funktionsuntauglichen Maschine, weil die Mangelbehebung zu lange dauern würde, das nachträgliche Verhalten des AN, etc.⁶³⁸

Ist das Werk gänzlich (nicht nur teilweise) und definitiv (nicht nur vorübergehend) unbrauchbar, ist eine Annahme nicht zumutbar und somit die Wandlung gerechtfertigt.⁶³⁹

Unverhältnismäßigkeit der Nachteile der Entfernung des Werkes für den AN

Eine Voraussetzung für die Wandlung ist, dass die Entfernung des Werkes nicht unverhältnismäßige Nachteile für den AN bringen darf. Hintergrund ist der Grundsatz, dass wirtschaftlich wertvolle Güter nach Möglichkeit erhalten und nicht zerstört werden sollen.⁶⁴⁰

Ob dies der Fall ist, ist eine Ermessenfrage und nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, insbesondere nach dem Wert, den das Werk in Verbindung mit dem Grundstück hat, und nach der Wertminderung, die es im Falle einer Trennung erlitte. Nicht unverhältnismäßig ist die Entfernung dann, wenn das mangelhafte Werk für den AG unbrauchbar ist oder wenn die Vermögenseinbusse, die der AN im Falle der Preisminderung hätte, ebenso erheblich wäre wie die Wandlung.⁶⁴¹

Voraussetzung für die Wandlung ist auch, dass die „Rückgewähr des Werkes nach der Natur der Sache möglich“ ist. Dies ist nicht der Fall, wenn sich das Werk nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen für den AN wieder entfernen lässt. Ist eine Rückgewähr des Werkes nach der Natur der erbrachten Werkleistung schlechterdings (auch in zerstörtem Zustand) ausgeschlossen, so erhält der Besteller unter keinen Umständen ein Wandlungsrecht.⁶⁴²

Übermäßigkeit der Verbesserungskosten im Verhältnis zum Verbesserungsinteresse des AG

Der AG kann nach Fristablauf ohne Mangelbeseitigungserfolg nicht weiter auf Verbesserung beharren, wenn die Verbesserungskosten im Verhältnis zum Verbesserungsinteresse des AG nicht übermäßig sind.

Das Interesse des AG an der Mangelbeseitigung ist zu beurteilen, wobei das Interesse im wirtschaftlichen und/oder auch im nicht wirtschaftlichen Nutzen bestehen kann⁶⁴³, und den

⁶³⁸ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1561.

⁶³⁹ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1565 ff.

⁶⁴⁰ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1573.

⁶⁴¹ Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1575.

⁶⁴² Vgl *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1563.

⁶⁴³ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 13.

dem AN anfallenden Kosten ohne Unternehmergewinn bzw auch abzüglich eines auf den AG entfallenden Kostenteiles (zB bei Mitverschulden) gegenüberzustellen.⁶⁴⁴

Übermäßig sind die Kosten schon dann, wenn das Interesse, das der AG an der Mängelbeseitigung hat, die Kosten der Nachbesserung vernünftigerweise nicht mehr zu rechtfertigen vermag, ein grobes Missverhältnis ist nicht verlangt. Unerheblich ist das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und der geschuldeten Vergütung. Ob die Kosten übermäßig sind, hat der Richter im Streitfall nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. In keinem Fall übermäßig sind die Kosten jedoch dann, wenn sie geringer sind als der durch den betreffenden Mangel verursachte Minderwert des Werkes, wenn die Mängelbeseitigung mehr kostet, als sich der Unternehmer durch die mangelhafte Herstellung des Werkes (oder Werkteiles) eingespart hat, oder wenn der Mangel behoben werden muss, um einen gesetzeswidrigen Zustand des Werkes oder eine Gefahr für Leib und Leben (des Bauherrn oder Dritter) zu beseitigen.⁶⁴⁵

Wandlung

Die Wandlung - auch nach schweizer OR als Wandlung bezeichnet - nennt die SIA Rücktritt. Ist die Entfernung des Werkes nicht mit unverhältnismäßigen Nachteilen für den Unternehmer verbunden und ist die Annahme des mangelhaften Werkes dem AG nicht zumutbar, kann der AG vom Vertrag zurücktreten. Mit dem Rücktritt vom Vertrag wird der AG von der Pflicht zur Vergütung der Leistung frei, bereits bezahlte Vergütungen kann er zurückfordern. Das Werk selbst steht dem AN zur Verfügung. Der AG kann die Beseitigung des Werkes verlangen bzw, falls der AN diesem Begehren innerhalb einer angemessenen Frist nicht nachkommt, das Werk auf Kosten des AN entfernen lassen.

Der Rücktritt bezieht sich stets auf den ganzen Werkvertrag. Der AG hat kein Recht, den Werkvertrag bloß für einzelne Teile aufzuheben, auch wenn diese zur Teilabnahme gestellt wurden, nur wenn der Vertrag die Herstellung verschiedener Werke umfasst.⁶⁴⁶

Verbesserung

Die Kosten der Verbesserung trägt selbstverständlich der AN, einschließlich jener Kosten, zur Beseitigung aller Schäden, die an anderen Arbeiten wegen der Mängelbeseitigung entstehen, ebenso allfällige Mehrkosten der Bauleitung. Kosten, die dem Bauherrn auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden wären, trägt der Bauherr (Sowiesokosten). Bei Mitverschulden des AG oder seiner Gehilfen am Mangel, sind die Verbesserungskosten angemessen zu verteilen. (Art 170)

Das Nachbesserungsrecht des Bauherrn richtet sich auf die Beseitigung des Mangels, nicht auf die Herstellung eines neuen Werkes. Eine Ausnahme stellt die objektive Unmöglichkeit der Verbesserung dar. In einem solchen Fall (und nur dann) ist der Bauherr, obwohl sich Gesetz und Norm darüber ausschweigen, auch berechtigt, die Neuherstellung eines

⁶⁴⁴ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 15.

⁶⁴⁵ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 14.

⁶⁴⁶ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 21.

mängelfreien Werkes zu verlangen, wenn dies dem Unternehmer keine übermäßigen Kosten verursacht.⁶⁴⁷

Preisminderung

Der Umfang der Minderung bestimmt sich nach der Relativen Methode. Die volle Vergütung ist in dem Verhältnis zu kürzen, in dem der Wert des mängelfrei gedachten Werkes zum Wert des mangelhaften steht. Oder anders ausgedrückt: Die Vergütung wird prozentuell um soviel herangesetzt, als das Werk prozentuell wert ist. Eine derart komplexe Berechnung führt häufig zu Schwierigkeiten, weshalb in der Praxis oft eine vereinfachtes Vorgehen angewendet wird, indem die geschuldete Vergütung um den Betrag der Verbesserungskosten reduziert wird.⁶⁴⁸

Ist bei der Berechnung der Höhe des Vergütungsabzug ein Mitverschulden des AG zu berücksichtigen, ist die Minderung entsprechend zu reduzieren.

Beim Minderwert bleibt eine Verminderung des Verkaufswertes, die trotz tadelloser Mängelbeseitigung deshalb zurückbleibt, weil der frühere Mangel dazu führt, dass das Werk im Geschäftsverkehr geringer bewertet wird (merkantiler Minderwert) außer Betracht, es handelt sich hierbei um einen Mangelfolgeschaden, für den der AN nach Art 171 (Schadenersatz) einzustehen hat.⁶⁴⁹

Vergleich ÖNorm - SIA

Im Ergebnis ist sowohl in der Schweiz als auch in Österreich (nach der Natur der Sache) die technische Behebbarkeit eines Mangels für die Wahlmöglichkeit des AG hinsichtlich seiner Mängelrechte relevant. Ebenso ist ein Mangel „unbehebbar“, wenn der AN sich weigert eine Verbesserung vorzunehmen bzw bei der Behebung die Frist überschreitet. Gem der ÖNorm kann sich der AN bereits bei der ersten Verbesserung auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes für die Mangelbehebung berufen und bei Zutreffen der Unverhältnismäßigkeit das Verbesserungsbegehren des AG ablehnen. Gem SIA sind die Kosten der Mängelbeseitigung erst im zweiten Schritt, nämlich wenn die Verbesserung innerhalb der angemessenen Frist nicht durchgeführt wurde und der AG weiter auf der Mängelbeseitigung beharrt, ein Grund für den AN, den Wunsch des AG zu verweigern. Mit der Verbesserung verbundene Unannehmlichkeiten für den AG sind nach der SIA überhaupt nicht relevant für die Beurteilung der „Behebbarkeit“ eines Mangels. Die Unzumutbarkeit aus triftigen in der Person des AN liegenden Gründen beschreibt die SIA mit den Worten „ist er [der AN] hiezu offensichtlich nicht imstande“. Ist ein Mangel unbehebbar, entscheidet dessen Geringfügigkeit in der ÖNorm, ob der AG Wandlung fordern kann. Diesen Begriff beschreibt die ÖNorm nicht näher und sie legt - im Gegensatz zur SIA - auch keine Randbedingungen fest. Die Randbedingungen der SIA sind die Nachteile für den AN, die mit der Entfernung

⁶⁴⁷ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 4 und 32.

⁶⁴⁸ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 18; sehr detailliert hierzu siehe *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1651 ff.

⁶⁴⁹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 169 Anm 18.

des Werkes verbunden sind, und die Zumutbarkeit der Annahme für den AG. Eine Mangelbezeichnung, äquivalent zum geringfügigen Mangel, gibt es in der SIA nicht.

Die in der ÖNorm ausführlich beschriebene und an Bedingungen geknüpfte Möglichkeit der Wahl zwischen Verbesserung und Austausch für den AG widmet sich die SIA nicht. Bei der Preisminderung ist sowohl bei der SIA als auch bei der ÖNorm die relative Berechnungsmethode anzuwenden, die Möglichkeit zur Teilwandlung gibt es in der Schweiz nicht, wenn gewandelt wird, so ausschließlich der gesamte Vertrag.

B.8 Schadenersatz

ÖNorm dF 2002	SIA
<p>5.47 Schadenersatz, allgemein 5.47.1 Hat ein Vertragspartner in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten dem anderen schuldhaft einen Schaden zugefügt, hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz wie folgt: 5.47.1.1 bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns (volle Genugtuung); 5.47.1.2 bei leichter Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens : (1) bei Rücktritt ohne Begrenzung (2) in allen anderen Fällen mit folgenden Begrenzungen: – bei einer Auftragssumme bis 200.000,00 Euro höchstens 10.000,00 Euro – bei einer Auftragssumme über 200.000,00 Euro bis zu 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens 650.000,00 Euro.</p> <p>ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften bleiben Schadenersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG für leicht fahrlässig verursachte Personenschäden unberührt. Weiters kann bei Verbrauchergeschäften, sofern eine Sache zur Bearbeitung übernommen wurde, die Beschränkung der Haftung aus leichter Fahrlässigkeit nur dann vereinbart werden, wenn dies im einzelnen ausgehandelt wird.</p> <p>5.47.2 Die Beträge gemäß 5.47.1.2 sind zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches wertgesichert nach dem Index der Verbraucherpreise 2000, beginnend mit dem 1. Jänner 2002.</p> <p>5.47.3 Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen eines bei der Übernahme vorhandenen Mangels der Leistung obliegt nach 10 Jahren ab der Übernahme die Beweislast für das Verschulden dem AG.</p> <p>5.47.4 Für einen Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit der Sache selbst liegt, ist vorrangig die Verbesserung oder der Austausch zu fordern, soweit dies tunlich und wirtschaftlich zumutbar ist.</p>	<p>6 243 Weiteres Mängelrecht: Recht auf Schadenersatz Art. 171 Ist wegen eines Mangels ein Schaden entstanden (z. B. Brandschaden oder Schaden infolge Betriebsstörung), so hat der Bauherr neben und ausser den Rechten nach Art. 169 das Recht auf Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR. Jedoch hat er kein Recht, Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 geltend zu machen. Der Unternehmer ist von der Ersatzpflicht befreit, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 97 OR). Für Schaden, den seine Hilfspersonen verursacht haben, haftet er, wie wenn er ihn selbst verursacht hätte (Art. 101 OR). Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach Art. 99 OR.</p>

Abbildung 51: Textvergleich ÖNorm - SIA: Schadenersatz

Der Schadenersatz gem Art 171 der SIA-Norm ist neben der Verbesserung, Minderung und dem Rücktritt ein weiteres Mängelrecht des Bestellers, es umfasst aber nur den Mangelfolgeschaden. Ein Mangelfolgeschaden ist wegen eines Mangels entstanden, dh seine Ursache ist ein Werkmangel (Charakter des natürlichen Kausalzusammenhanges), und ist eine weitere Folge „außerhalb“ des Mangels, die dem AG trotz ordnungsgemäßer Nachbesserung, trotz Minderung oder Rücktritt verbleibt oder verbleiben würde. Die auf das Vorhandensein des Mangels beschränkte Entwertung des Werkes ist kein Mangelfolgeschaden. Zu unterscheiden ist ein Mangelfolgeschaden von einem Sekundärmangel, der seine Ursache auch im Primärmangel hat.⁶⁵⁰ ZB ist ein durch ein nicht ordentlich hergestelltes Fundament (Primärmangel) verursachter Riss im Mauerwerk im 1.OG ein Sekundärmangel, durch diesen Riss im Mauerwerk dringt Feuchtigkeit in eine Wohnung ein, ein an dieser Wand stehender Kasten wird beschädigt (zB Schimmelbildung an der Hinterseite des Kastens). Der am Möbelstück entstandene Schaden wird als

⁶⁵⁰ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 171 Anm 2; vgl auch *Gauch*, Der Werkvertrag⁴, Nr 1848 ff.

Mangelfolgeschaden bezeichnet. Für Sekundärmängel stehen dem AG die Mängelrechte gem Art 169 der SIA-Norm zu.

Der AG kann jedoch nicht Schadenersatz nach Art 97 ff OR anstelle der Mängelrechte nach Art 169 geltend zu machen. Dh er kann nicht zwischen Schadenersatz oder Mängelrechten nach Art 169 wählen, sondern er hat für Primär- und Sekundärmängel die Rechte nach Art 169 und für Mangelfolgeschäden das Schadenersatzrecht nach Art 171 zur Verfügung.

Art 171 legt eine Beweislastumkehr für das Verschulden ohne zeitliche Begrenzung fest, dh die Beweislast für das Vorliegen seiner Unschuld liegt beim AN. Für durch seine Hilfspersonen verursachte Schäden haftet der AN wie für selbst verursachte. Die Pflicht zum Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt im Gegensatz zu den übrigen Mängelrechten grundsätzlich ein Verschulden des Unternehmers voraus.

Nach Art 99 OR haftet ein Schuldner im allgemeinen für jedes Verschulden, wobei sich das Maß der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäftes richtet und insbesondere milder beurteilt wird, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt.

Für die Verjährung des Schadenersatzrechts nach Art 171 gilt das Gleiche wie für die Verjährung der übrigen Mängelrechte nach Art 169, das bedeutet eine Verjährungsfrist von 5 Jahren bzw 10 Jahren bei arglistigem Verschweigen. Auch hinsichtlich der Geltendmachung ist der Schadenersatz nach Art 171 den übrigen Mängelrechten nach Art 169 gleichgestellt: Mit Ablauf der Garantiefrist verwirkt der Bauherr alle Rechte für jene Mängel, die er vor Ablauf der Frist zwar erkannt, aber nicht gerügt hat. Das gilt auch für das Schadenersatzrecht nach Art 171, gleichgültig, ob ein Mangelfolgeschaden bereits entstanden ist oder später noch entsteht.⁶⁵¹

Rechte des Bauherrn, die keine Mängelrechte sind, fallen nicht unter den Anwendungsbereich des Art 180, zB das Schadenersatzrecht, das sich aus einem selbständigen Erfolgsversprechen des Unternehmers herleitet oder das Recht auf Ersatz eines Schadens, der zwar durch Vertragsverletzung des AN entstanden ist, jedoch kein Mangelfolgeschaden ist. Diese Schadenersatzrechte verjähren nach Maßgabe der Art 127 ff OR.⁶⁵² Art 127 OR legt eine Verjährungsfrist von 10 Jahren fest, nur in gesondert genannten Fällen eine 5-jährige Frist, die jedoch für die Erstellung einer Bauleistung nicht relevant sind.

Vergleich ÖNorm - SIA

In der Schweiz kann der AG seine Forderung nicht wahlweise auf Gewährleistung oder Schadenersatz stützen, sondern der Mangel selbst ist nach den Mängelrechten des Art 169 auszugleichen, für Mangelfolgeschäden ist Art 171 heranzuziehen. Die ÖNorm legt auch beim Schadenersatz den Vorrang der Verbesserung fest.

Schadenersatzansprüche verjähren nach der ÖNorm 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, nach SIA tritt die Verjährung 10 Jahre nach Übergabe ein.

⁶⁵¹ Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 178 Anm 4.

⁶⁵² Vgl *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm, Art 180 Anm 2.

Die Schadenersatzsummen sind in der SIA nicht wie in der ÖNorm der Höhe nach beschränkt. Eine Beweislastumkehr für das Verschulden ist in der Schweiz für die gesamte Verjährungsfrist festgelegt.

C Gewährleistung - FIDIC

C.1 Der Mangel

ÖNorm dF 2002	CONS	P & DB
<p>5.45 Gewährleistung 5.45.1 Umfang Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden können.</p>	<p>11.1 Completion of Outstanding Work and Remedying Defects In order that the Works and Contractor's Documents, and each Section, shall be in the condition required by the Contract (fair wear and tear excepted) by the expiry date of the relevant Defects Notification Period or as soon as practicable thereafter, the Contractor shall: a) complete any work which is outstanding on the date stated in a Taking-Over Certificate, within such reasonable time as is instructed by the Engineer, and b) execute all work required to remedy defects or damage, as may be notified by (or on behalf of) the Employer on or before the expiry date of the Defects Notification Period for the Works or Section (as the case may be). [...]</p> <p>11.2 Cost of Remedying Defects All work referred to in sub-paragraph (b) of Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects] shall be executed at the risk and cost of the Contractor, if and to the extent that the work is attributable to: a) any design for which the Contractor is responsible b) Plant, Materials or workmanship not being in accordance with the Contract, or c) failure by the Contractor to comply with any other obligation. [...]</p>	<p>11.2 Cost of Remedying Defects All work referred to in sub-paragraph (b) of Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects] shall be executed at the risk and cost of the Contractor, if and to the extent that the work is attributable to: a) design of the works, other than a part of the design for which the Employer is responsible (if any) b) Plant, Materials or workmanship not being in accordance with the Contract, c) improper operation or maintenance which was attributable to matters for which the Contractor is responsible (under Sub-Clause 5.5 to 5.7 or otherwise), or d) failure by the Contractor to comply with any other obligation. [...]</p>

Abbildung 52: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Umfang

C.1.1 Mangelhaftigkeit der Leistung

Klausel 11.1 legt eine Mangelanzeigefrist (*Defects Notification Period*, Rügefrist) fest, an deren Ende sich die Leistung, alle Teilleistungen sowie alle vom AN beizustellenden Unterlagen in einem dem Vertrag entsprechenden Zustand zu befinden haben.

Der AN ist verpflichtet, alle für die Beseitigung von Mängeln und Schäden, die der AG bis zum Ende der *Defects Notification Period* gerügt hat, erforderlichen Arbeiten auf eigenes Risiko und eigene Kosten durchzuführen, insoweit sie auf Ursachen aus der Risikosphäre des AN zurückzuführen sind. Der CONS-Vertrag zählt hier folgende drei Möglichkeiten auf:

- Planungsleistungen (*any design*), für die der AN verantwortlich ist,
- Anlage, Materialien bzw Arbeitsqualität (*Plant, Materials, workmanship*) entsprechen nicht dem Vertrag oder
- ein Versäumnis einer Obliegenheit seitens des AN.

Der P&DB-Vertrag nennt hier inhaltlich die gleichen Punkte, ergänzt um unsachgemäße Bedienung (*operation*) oder Wartung (*maintenance*) zurückzuführen auf Ursachen, für die der AN verantwortlich ist.

Ist bei einem CONS-Vertrag auch die Erbringung einer Planungsleistung durch den AN vereinbart, ist der AN selbstverständlich auch dafür verantwortlich. Das vom AN Geplante hat gem Sub-Klausel 4.1 - nach Ausführung bzw Fertigstellung - auch tauglich für den

vertraglich vereinbarten Gebrauch (*fit for such purposes for which the part is intended as are specified in the Contract*) zu sein. Bei einem P&DB-Vertrag ist - gemäß der Vertragsart, bei der üblicherweise der AN die gesamte Planungsleistung übernimmt - die Tauglichkeit für den vertraglich vereinbarten Gebrauch für die gesamte erstellte Leistung (Planung und Ausführung) zu gewährleisten (*When completed, the Works shall be fit for the purposes for which the Works are intended as defined in the Contract.*)

Die ÖNorm beschreibt genau, wie eine Leistung beschaffen sein soll und wofür der AN haftet, nämlich für im Vertrag bedungene und gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, dass die Leistung einer eventuell vorhandenen Probe oder einem Muster entsprechen muss bzw eine dem Vertrag bzw der Natur des Geschäfts entsprechende Verwendung möglich sein muss. Die FIDIC-Verträge gehen nicht explizit auf gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, Proben oder Muster ein, ebenso wenig auf eine Verwendung der Leistung entsprechend der Natur des Geschäfts, sondern sie beschränken sich auf die Formulierung „in the condition required by the Contract“ und es werden die Ursachen jener Mängel und Schäden, für die der AN einzustehen hat, also die Risikosphäre des AN, detaillierter behandelt. Der AN schuldet den vereinbarten Gebrauch nur für jene Leistungen, die er auch geplant hat.

C.1.2 Mangelbegriffe

FIDIC benennt Mängel nicht wie die ÖNorm, es gibt keine „wesentlichen“, „behebaren“, „unbehebaren“, „verdeckten“ oder „geringfügigen Mängel“. Im Hinblick auf die Mängelhaftung (Klausel 11) werden nur die beiden Begriffe **defect** (Mangel) und **damage** (Schaden) verwendet. Sub-Klausel 4.2 (lit c) spricht weiters in Zusammenhang mit der *Performance Security* von *default*: *The Employer shall not make a claim under the Performance Security, except for amounts to which the Employer is entitled under the Contract in the event of: [...] failure by the Contractor to remedy a **default** within 42 days after receiving the Employer's notice requiring the default to be remedied [...]*. In der Übersetzung des CONS-Vertrages des VBI wird diese Passage mit „eines Versäumnisses des Unternehmers, einer Pflichtwidrigkeit abzuhelpfen“ übersetzt, also *default* mit Pflichtwidrigkeit. ME handelt es sich bei diesem Punkt ua um die Mängelhaftung, der der AN nicht nachkommt, und deshalb der AG das Recht hat, auf die *Performance Security* zu greifen. In diesem Fall wäre das Wort *default* als Überbegriff zu *defect* und *damage* zu sehen und umfasst beide Begriffe und auch andere Pflichtwidrigkeiten des AN.

C.2 Einschränkungen

ÖNorm 2002 dF 2002	CONS/P&DB
<p>5.45.2 Einschränkung 5.45.2.1 Ist ein Mangel auf (1) eine besondere Weisung des AG, (2) die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen, (3) das vom AG beigestellte Material oder (4) Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels dann frei, wenn (a) er im Sinne von 5.9 die vorgesehene schriftliche Mitteilung erstattet hat und der AG den vorgebrachten Bedenken nicht Rechnung getragen hat, oder (b) er diese Mängel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können.</p>	<p>11.1 Completion of Outstanding Work and Remedying Defects In order that the Works and Contractor's Documents, and each Section, shall be in the condition required by the Contract (fair wear and tear excepted) by the expiry date of the relevant Defects Notification Period or as soon as practicable thereafter, [...]</p>
<p>5.45.2.2 Umfang Die Gewährleistung des AN wird durch das Bestehen einer Überwachung seitens des AG gemäß 5.21 nicht eingeschränkt</p>	<p>11.2 Cost of Remedying Defects [...] If and to the extent that such work is attributable to any other cause, the Contractor shall be notified promptly by (or on behalf of) the employer, and Sub-Clause 13.3 [Variation Procedure] shall apply.</p>
	<p>3.1 Engineer's Duties and Authority [...] any approval, check, certificate, consent, examination, inspection, instruction, notice, proposal, request, test, or similar act by the Engineer (including absence of disapproval) shall not relieve the Contractor from any responsibility he has under the Contract, including responsibility for errors, omissions, discrepancies and non-compliances.</p>

Abbildung 53: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Einschränkungen

Sub-Klausel 11.1 legt fest, dass der AN zwar für einen dem Vertrag entsprechenden Zustand der Leistung, aller Teilleistungen sowie aller vom AN beizustellenden Unterlagen haftet, nimmt jedoch hiervon ausdrücklich Mängel aufgrund von Abnutzung und Verschleiß (*fair wear and tear excepted*) aus. Die ÖNorm erwähnt diese beiden Punkte zwar nicht ausdrücklich, da die Gewährleistung aber eine Haftung für Mängel ist, die die Leistung bereits bei der Übergabe aufweist, gibt es diesbezüglich keinen Unterschied zwischen den beiden Standardvertragswerken.

Während die ÖNorm jene Fälle aufzählt, in denen der AN nicht haftet, betrachtet FIDIC die Mängelhaftung von der anderen Seite, in dem in Sub-Klausel 11.2 jene Fälle aufgezählt werden, in denen der AN haftet (siehe Kap C.1.1). In allen Fällen, in denen eine Mängel- oder Schadensbehebung aus anderen als den genannten Gründen erforderlich ist, ist der AN unverzüglich⁶⁵³ (*promptly*) zu informieren und Sub-Klausel 13.3 *Variation Procedure* anzuwenden. Sub-Klausel 13.3 regelt die Vorgehensweise bei Leistungsänderungen seitens des AG.

In der ÖNorm ist ein Haftungsausschluss an die Erfüllung der Prüf- und Warnpflicht gebunden. FIDIC erwähnt die Prüf- und Haftpflicht nicht ausdrücklich, jedoch haftet der AN gem Sub-Klausel 11.2 lit c (CONS-Vertrag) bzw lit d (P&DB-Vertrag) bei Versäumnis einer seiner Verpflichtungen. Sub-Klausel 1.8 legt fest, dass, wenn eine Partei einen Irrtum oder Fehler (*error or defect*) technischer Art in einem Dokument, welches zur Ausführung der Arbeiten erstellt wurde, bemerkt, sie die andere Partei sofort von diesem Irrtum oder Mangel zu informieren hat. Ein eindeutiger Hinweis in Richtung Prüf- und Warnpflicht findet sich in Sub-Klausel 4.7 „Absteckungen“. Der AG ist für Fehler in den festgelegten oder angeordneten Bezugspunkten verantwortlich, jedoch hat der AN vor ihrer Verwendung zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um ihre Richtigkeit zu verifizieren. Wenn der AN bei der Ausführung aufgrund eines Fehlers der Bezugspunkte eine Verzögerung erleidet bzw Mehrkosten entstehen, kann er, wenn nicht ein erfahrener Unternehmer diesen Fehler

⁶⁵³ In VBI, FIDIC-Vertragsmuster (Red Book), S 151 ist „promptly“ ebenso mit „umgehend“ übersetzt wie das Wort „accordingly“ der Sub-Klausel 11.1.

entdeckt und Verzögerungen oder Mehrkosten vermieden hätte, den *Engineer* davon in Kenntnis setzen und hat gem Sub-Klausel 20.1 Anspruch auf Bauzeitverlängerung bzw Vergütung der Mehrkosten.

Sub-Klausel 3.1 legt die Rechte und Pflichten des *Engineers* fest. Lit c hält explizit fest, dass der AN durch keine Handlung des *Engineers* von seiner Haftung und Verantwortung aus dem Vertrag befreit ist. In diesem Punkt stimmen FIDIC und ÖNorm (P 5.45.2.2) inhaltlich überein.

C.3 Fristen

ÖNorm dF 2002	CONS/P&DB
5.45.3.2 Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übernahme der Leistung (5.41).	1.1.3.7 Defects Notification Period means the period for notifying defects in the Works or a Section (as the case may be) under Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects], as stated in the Appendix of Tender (with any extension under Sub-Clause 11.3 [Extension of Defects Notification Period]), calculated from the date on which the Works of Section is completed as certified under Sub-Clause 10.1 [Taking Over of the Works and Sections].
5.45.3.3 Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt sie 3 Jahre ; für Leistungen der Haustechnik, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, 2 Jahre . ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gelten mindestens die gesetzlichen Gewährleistungsfristen gemäß § 933 ABGB.	11.3 Extension of Defects Notification Period The Employer shall be entitled to Sub-Clause 2.5. [Employer's Claims] to an extension of the Defects Notification Period for the Works or a Section if and to the extent that the Works, Section or major item of Plant (as the case may be, and after taking over) cannot be used for the purposes for which they are intended by reason of a defect or damage. However, a Defects Notification Period shall not be extended by more than two years. If delivery and/or erection of Plant and/or Materials was suspended under Sub-Clause 8.8 [Suspension of Work] or Sub-Clause 16.1 [Contractor's Entitlement to Suspended Work], the Contractor's obligations under this Clause shall not apply to any defects or damage occurring more than two years after the Defects Notification Period for the Plant and/or materials would otherwise have expired.
5.45.3.5 Für Bauwerke bzw. haustechnische Anlagen vorübergehenden Bestandes endet die Gewährleistungsfrist spätestens mit dem Abbruch bzw. deren Demontage.	11.9 Performance Certificate Performance of the Contractor's obligations shall not be considered to have been completed until the Engineer has issued the Performance Certificate to the Contractor, stating the date on which the Contractor completed his obligations under the Contract. The Engineer shall issue the Performance Certificate within 28 days after the latest of the expiry dates of the Defects Notification Periods, or as soon thereafter as the Contractor has supplied all the Contractor's Documents and completed and tested all the Works, including remedying any defects. A copy of the Performance Certificate shall be issued to the Employer. Only the Performance Certificate shall be deemed to constitute acceptance of the Works.
5.45.4.5 [...] Durch die behelfsmäßige Behebung tritt eine Unterbrechung der Gewährleistungsfrist im Sinne von 5.45.5 (1) ein.	11.10 Unfulfilled Obligations After the Performance Certificate has been issued, each Party shall remain liable for the fulfilment of any obligation which remains unperformed at that time. For the purposes of determining the nature and extent of unperformed obligations, the Contract shall be deemed to remain in force.
5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß 5.45.3.3 für jene Teile der Leistung neu zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten. (2) Wird jedoch durch einen solchen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile oder der Gesamtleistung verhindert, verlängern sich die Fristen für diese Teile oder für die Gesamtleitung um die Zeit der Verhinderung. [...]	11.11 Clearance of Site Upon receiving the Performance Certificate, the Contractor shall remove any remaining Contractor's Equipment, surplus material, wreckage, rubbish and Temporary Works from the Site. If all these items have not been removed within 28 days after the Employer receives a copy of the Performance Certificate, the Employer may sell or otherwise dispose of any remaining items. The Employer shall be entitled to be paid the costs incurred in connection with, or attributable to, such sale or disposal and restoring the Site. Any balance of the moneys from the sale shall be paid to the Contractor. If these moneys are less than the Employer's costs, the Contractor shall pay the outstanding balance to the Employer.
5.45.7 Ende der Gewährleistung Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei.	

Abbildung 54: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Fristen

Der FIDIC-Vertrag legt eine Mängelanzeigefrist (*Defects Notification Period*) fest, innerhalb welcher dem AN Mängel angezeigt werden können. Eine Frist für die endgültige Verjährung von Mangelbeseitigungsansprüchen legen die FIDIC-Bedingungen nicht fest.

Die Dauer der *Defects Notification Period* wird im Begleitschreiben zum Angebot (*Appendix to Tender*) festgelegt. Im Anhang liegt den FIDIC-Vertragsbedingungen ein Muster für dieses Begleitschreiben bei, in dem die *Defects Notification Period* mit einem Zeitraum von 365

Tagen eingetragen ist. Diese Frist ist von den Vertragsparteien individualvertraglich zu vereinbaren bzw wird in den besonderen Angebotsbestimmungen festgelegt.

Die FIDIC-Bedingungen sehen eine einheitliche *Defects Notification Period* für alle Leistungen vor unabhängig davon, ob es sich unbewegliche Leistungen oder beweglich bleibende HT-Leistungen handelt. Die im *Appendix to Tender* angegebene Frist von 1 Jahr ist bedeutend kürzer als die nach ÖNorm vorgesehenen 3 Jahre.

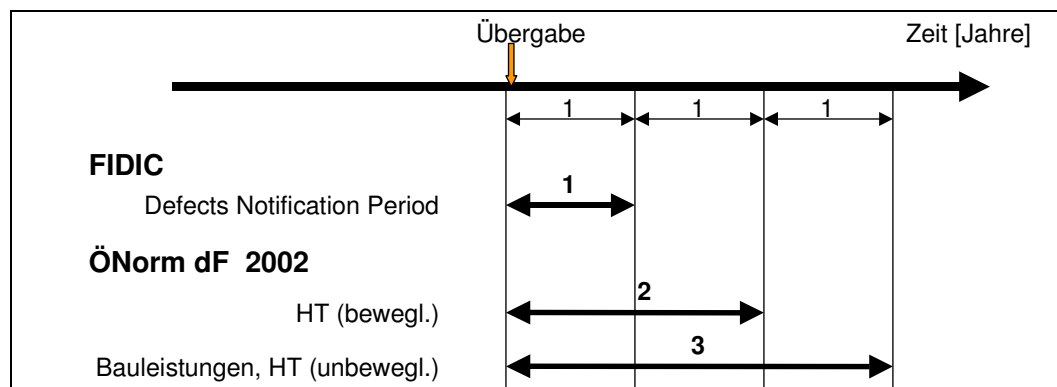


Abbildung 55: Vergleich Fristen ÖNorm - FIDIC

Vertragliche Abänderbarkeit

Es steht den Vertragsparteien frei, jeden anderen Zeitraum als 365 Tage zu vereinbaren, dh es ist sowohl die Vereinbarung einer kürzeren wie auch einen längeren Frist möglich.⁶⁵⁴ *Totterdill*⁶⁵⁵ schreibt diesbezüglich, dass eine Änderung der Frist bei bestimmten Projekten notwendig sein kann, zB eine Verlängerung bei elektrischen, mechanischen oder Gebäudeservice-Leistungen, für Bauwerke ist normalerweise eine 1-jährige Frist ausreichend.

Unabhängig davon, ob der Vertrag auf der ÖNorm oder FIDIC beruht, kann die Frist für die Mängelhaftung vertraglich verändert werden.

Hemmung/Unterbrechung

Klausel 11.3 legt eine mögliche Verlängerung der *Defects Notification Period* fest. Der AG hat das Recht, die *Defects Notification Period* zu verlängern, wenn die Leistung, Teilleistungen oder ein wesentlicher Bestandteil der Anlage wegen eines Mangels oder Schadens nicht für den beabsichtigten Zweck verwendet werden kann. Dennoch soll die *Defects Notification Period* nicht um mehr als 2 Jahre verlängert werden.

Wurde die Leistungserbringung wegen einer Anordnung des *Engineers* (Sub-Klausel 8.8) unterbrochen oder deshalb, weil der AG oder der *Engineer* gewissen Verpflichtungen nicht nachkommen (zB Zahlung) und der AN deshalb zur Unterbrechung der Leistungserbringung berechtigt ist (Sub-Klausel 16.1), kann der AN nicht mehr für Verpflichtungen gem Klausel 11

⁶⁵⁴ Vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 252.

⁶⁵⁵ Vgl *Totterdill*, FIDIC user's guide, S 163.

zu einem späteren Zeitpunkt als 2 Jahre nach Ablauf der ursprünglichen *Defects Notification Period* herangezogen werden.

Gem den FIDIC-Vereinbarungen kommt es nicht automatisch zu einer Unterbrechung oder Hemmung der Frist, wenn zB eine Mängelbehebung erfolgt, sondern es wird nur das Recht des AG zur Verlängerung der Frist festgelegt. Der AG kann sich dieses Rechts nicht wahllos bedienen, sondern nur dann, wenn ein Mangel oder Schaden die Verwendung der Leistung verhindert, und er ist auch bei der Fristverlängerung zeitlich beschränkt.

Es ist nicht festgelegt, ob der AG nur das Recht hat, die Frist für jenen Teil der Leistung zu verlängern, dessen zweckentsprechende Verwendung wegen des Schadens oder Mangels nicht möglich war, oder für die gesamte Leistung.

Glaubt der AG, ein Recht auf Verlängerung der *Defects Notification Period* zu haben, so muss er dies gem Sub-Klausel 2.5 dem AN so bald wie möglich, nachdem dem AG die Umstände bekannt geworden sind (*as soon as practicable after the Employer became aware of the event or circumstances giving rise to the claim*), und vor Ende der *Defects Notification Period* mitteilen.⁶⁵⁶

Beginn und Ende der Frist

Die Mängelanzeigefrist beginnt mit der Übernahme gem Klausel 10.1. Die Leistung soll vom AG übernommen werden oder gilt als übernommen, wenn sie vom AN dem Vertrag entsprechend fertiggestellt und eine Abnahmebestätigung (***Taking-Over Certificate***) ausgestellt ist. Frühestens 14 Tage vor Fertigstellung kann der AN beim AG um die Ausstellung eines *Taking-Over Certificate* ansuchen. Innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt des Ansuchens um Ausstellung eines *Taking-Over Certificate* hat der *Engineer* ein solches auszustellen, wenn die Leistung dem Vertrag entspricht, wobei kleinere Arbeiten noch ausständig sein (*minor outstanding work*) und Mängel, die den Gebrauch der Leistung für den beabsichtigten Zweck nicht wesentlich beeinträchtigen, noch vorhanden sein dürfen. Entspricht die Leistung nicht dem Vertrag, so muss der *Engineer* den Antrag auf Ausstellung eines *Taking-Over Certificate* mit der Angabe von Gründen zurückweisen und für die Ausstellung des *Taking-Over Certificate* noch erforderliche Arbeiten spezifizieren. Stellt der *Engineer* innerhalb der 28-tägigen Frist kein *Taking-Over Certificate* aus oder weist er deren Antrag auf Ausstellung zurück, obwohl die Leistung dem Vertrag entspricht, dann gilt die Leistung mit dem letzten Tag der 28-tägigen Frist als übernommen.

Innerhalb von 28 Tagen nach dem Ende der letzten *Defects Notification Period* - werden Teilabnahmen durchgeführt, können mehrere Fristen vereinbart sein - oder sobald der AN alle von ihm zu erbringenden Unterlagen (*Contractor's Documents*) beigestellt, alle Arbeiten inklusive Mängelbehebung abgeschlossen und getestet hat, hat der *Engineer* eine Erfüllungsbescheinigung (***Performance Certificate***) auszustellen. Nur dieses *Performance Certificate* soll dem AN die Anerkennung der Leistung bescheinigen. Eine Kopie ist dem AG zu übermitteln.

⁶⁵⁶ Vgl. *Totterdill*, FIDIC user's guide, S 166.

Gem Sub-Klausel 11.10 bleibt auch nach Ausstellung des *Performance Certificate* jede Vertragspartei für die Erfüllung aller Verpflichtungen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgeführt sind, verantwortlich und haftet dafür. Das Ende der *Defects Notification Period*, sagt nur aus, dass nach Ablauf dieser Frist keine Mängel mehr gerügt werden können. Eine Frist für die Verjährung der Ansprüche aus der Mängelhaftung legt FIDIC nicht fest. Den Parteien ist daher anzuraten, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts hier eine angemessene Verjährungsfrist festzuschreiben. So empfiehlt auch FIDIC in der Anleitung zur Erstellung der besonderen Vertragsbedingungen die Überprüfung dieser Klausel.⁶⁵⁷

Die Mängelbeseitigungspflichten aus dem Vertrag erlöschen grundsätzlich, wenn bei Ablauf der *Defects Notification Period* keine unerledigten Mängelanzeigen seitens des *Engineers* oder des AG vorliegen.

Mit dem Erhalt des *Performance Certificate* hat der AN lt Sub-Klausel 11.11 die Baustelle zu räumen und jegliche Baustelleneinrichtung und -ausstattung (*Contractor's Equipment*), überschüssiges Material, Abbruchmaterial, Abfall und Schutt sowie Leistungen vorübergehenden Bestands zu entfernen. Hat der AN die Baustelle 28 Tage nach Erhalt des *Performance Certificate* nicht komplett geräumt, so kann der AG über die verbleibenden Gegenstände frei disponieren und sie verkaufen. Der AG hat ein Recht darauf, die ihm durch einen Verkauf, durch Entsorgung oder Wiederherstellung der Ordnung auf der Baustelle entstehenden Kosten ersetzt zu bekommen.

Der Erlös aus dem Verkauf abzüglich jener Kosten, die dem AG durch den Verkauf entstanden sind, ist dem AN auszubezahlen. Sind die entstehenden Kosten höher als der Erlös, so hat der AN dem AG die fehlende Summe zu vergüten.

Sowohl in der ÖNorm wie auch in den FIDIC-Bedingungen ist der Fristbeginn mit der Übernahme festgelegt. Während die ÖNorm das Ende für eine mögliche Geltendmachung der Mängelansprüche mit der Festlegung der 2- bzw 3-jährigen Gewährleistungsfrist exakt bestimmt, legt FIDIC dies nicht fest, sondern bestimmt nur eine Frist, nach deren Ablauf Mängel nicht mehr gerügt werden können. Eine Verjährung der Ansprüche richtet sich nach jeweils gültigem Recht bzw vertraglichen Vereinbarungen.

⁶⁵⁷ Vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 254 u 263.

C.4 Geltendmachung + Beweislast

ÖNorm dF 2002	CONS/P&DB
<p>5.41.5 Bei einer förmlichen Übernahme ist eine Niederschrift zu verfassen, die von beiden Vertragspartnern zu unterfertigen ist und mit der der AN die Übergabe und der AG die Übernahme der Leistung erklären. In diese Niederschrift sind ferner aufzunehmen: (1) beanstandete Mängel an der erbrachten Leistung, Fristsetzung für ihre Behebung; hierbei hat jedenfalls eine Beanstandung auffälliger Mängel zu erfolgen; [...]</p>	<p>10.1 [...] The Engineer shall, within 28 days after receiving the Contractor's application: a) issue the Taking-Over Certificate to the Contractor, stating the date on which the Works or Section were completed in accordance with the Contract, except for any minor outstanding work or defects which will not substantially affect the use of the Works or Section for the intended purpose (either until or whilst this work is completed and these defects are remedied); or b) reject the application, giving reasons and specifying the work required to be done by the Contractor to enable the Taking-Over Certificate to be issued. The Contractor shall then complete this work before issuing a further notice under this Sub-Clause.</p> <p>11.1 [...] If a defect appears or damage occurs, the Contractor shall be notified accordingly, by (or on behalf of) the Employer.</p>
<p>5.45.3 Geltendmachung von Mängeln 5.45.3.1 Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme beanstandet wurden, ehestens nach dem Bekanntwerden, längstens jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist schriftlich bekannt zu geben (Mängelrüge). ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften ist die ehestmögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche.</p>	
<p>5.45.3.4 Werden Mängel innerhalb von 6 Monaten gerügt, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften entfällt diese Rügepflicht.</p>	

Abbildung 56: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Geltendmachung

Geltendmachung zum Zeitpunkt der Übernahme

Die Übernahme bedeutet auch bei den FIDIC-Verträgen den Gefahrenübergang der Leistung. Für die Übernahme ist es nicht erforderlich, dass das Werk gänzlich mangelfrei bzw fertiggestellt ist, vielmehr sieht Sub-Klausel 10.1 vor, dass der *Engineer* innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt eines Ansuchens des AN auf Ausstellung eines *Taking-Over Certificate*, entweder für die vertragskonforme Leistung ein solches *Taking-Over Certificate* auszustellen hat, wobei kleinere Arbeiten noch ausständig sein (*minor outstanding work*) und Mängel, die den Gebrauch der Leistung für den beabsichtigten Zweck nicht wesentlich beeinträchtigen, noch vorhanden sein dürfen, oder den Antrag mit Angabe von Gründen und einer Auflistung der noch fehlenden Leistungen abzulehnen hat. Über einen Verlust von Ansprüchen aus Mängeln, die bei der Übergabe offensichtlich waren oder dem AG bzw dem *Engineer* bekannt waren oder von diesen erkannt hätten werden müssen, treffen die FIDIC-Verträge ebenso wie die ÖNorm keine Aussage.

Geltendmachung innerhalb der *Defects Notification Period*

Kommen innerhalb der *Defects Notification Period* Mängel oder Schäden hervor, so ist der AN durch den AG oder in dessen Namen innerhalb der Mängelanzeigefrist entsprechend⁶⁵⁸ (*accordingly*) zu verständigen.

FIDIC beschreibt die Art und Weise, wie der AN zu verständigen ist, lediglich mit dem Wort *accordingly*. Ob dies „schriftlich“ bedeutet oder die Verständigung auch mündlich ausreicht, äußert sich FIDIC hier nicht, ebenso wenig wie hinsichtlich einer zeitlichen Interpretation des Begriffs *accordingly*. In Sub-Klausel 1.3 *Communications* ist allerdings festgehalten, dass, wo auch immer die FIDIC-Bedingungen die Übermittlung oder Ausstellung von

⁶⁵⁸ Das Wort „*accordingly*“ wird in den vom VBI herausgegebenen Erläuterungen zu den FIDIC-Verträgen mit „umgehend“ übersetzt.

Genehmigungen, Bescheinigungen, Einwilligungen, Feststellungen, Benachrichtigungen und Anfragen (*approvals, certificates, consents, determinations, notices and requests*) vorsehen, diese schriftlich zu übermitteln sind. Für Genehmigungen, Bescheinigungen, Einwilligungen und Feststellungen (*approvals, certificates, consents and determinations*) ist weiters festgelegt, dass diese nicht unbegründet zurückgehalten oder verspätet abgesendet werden dürfen. Dies umfasst jedoch nicht die hier erforderliche Benachrichtigung.

Die ÖNorm sieht hingegen eine Verpflichtung zur ehesten schriftlichen Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungspflicht vor.

Geltendmachung nach Ablauf der *Defects Notification Period*

Das Ende der *Defects Notification Period* bedeutet für den AG das Ende der Möglichkeit der Mängelrüge, aber nicht das Ende einer möglichen Durchsetzung der Mängelansprüche. Es gibt keine Hinweise darauf, dass versteckte Mängel auch nach Ablauf der *Defects Notification Period* noch gerügt werden könnten. *Totterdill* schreibt hinsichtlich der Geltendmachung von versteckten Mängel, die bis nach Ausstellung des *Performance Certificate* nicht festgestellt wurden, dass der AN auch nach Ausstellung des *Performance Certificate* für eine Mangelbehebung dieser versteckten Mängel herangezogen werden kann, wenn das anzuwendende Gesetz dies vorsieht.⁶⁵⁹

Eine Verjährungsfrist entsprechend der Gewährleistungsfrist der ÖNorm, nach deren Ablauf eine Anspruchsdurchsetzung nicht mehr möglich ist, legen die untersuchten FIDIC-Verträge nicht fest.

Beweislast

Der AN muss alle für die Behebung von Mängeln und Schäden erforderlichen Arbeiten, die der AG vor Ende der *Defects Notification Period* rügt, durchführen. Auf sein eigenes Risiko und seine Kosten muss der AN aber nur jene Mängel und Schäden beheben, die auf die in Sub-Klausel 11.2 aufgezählten Gründe zurückzuführen sind, also im Risikobereich des AN liegen (vom AN erstellte Planungsleistungen, nicht dem Vertrag entsprechende Ressourcen und Qualitäten, Verletzung einer AN-Pflicht). Auf die Beweislast oder deren Umkehr wird hier nicht eingegangen. *Totterdill* schreibt bzgl der Sub-Klausel 11.2, dass lit c (Verletzung einer AN-Pflicht) ein sehr weites Fallspektrum aufweist und der AG die Verfehlung des AN einer seiner Pflichten nachweisen muss.⁶⁶⁰

Hinsichtlich der Beweislast bei einer Verlängerung der *Defects Notification Period* schreibt *Totterdill* weiters, dass der AG zu beweisen hat, dass die (Teil)Leistung oder ein Hauptteil der Anlage wegen eines Mangels oder Schadens nicht für den vorgesehenen Zweck verwendet werden kann.⁶⁶¹

Ist die Ursache eines Mangels oder Schadens vorerst nicht eindeutig und demnach nicht feststellbar, ob der AG oder der AN für die Beseitigung aufzukommen hat, kann der *Engineer*

⁶⁵⁹ Vgl *Totterdill*, FIDIC user's guide, S 170.

⁶⁶⁰ Vgl *Totterdill*, FIDIC user's guide, S 165.

⁶⁶¹ Vgl *Totterdill*, FIDIC user's guide, S 166.

gem Sub-Klausel 11.8 den AN zur Nachforschung hinsichtlich der Mangelursache anhalten. (siehe Kap C.7) Ob der *Engineer* bei Streitfragen - wie in vielen anderen Fällen - Entscheidungsgewalt hat, ist nicht eindeutig in den FIDIC-Bedingungen beschrieben. In Klausel 11 ist nicht auf ein Einschreiten des *Engineers* gem Sub-Klausel 3.5 hingewiesen, was darauf schließen lässt, dass FIDIC dies auch nicht vorsieht.

Allerdings listet *Mallmann*⁶⁶² die einzelnen Aufgaben und Befugnisse des *Engineers* auf. In dieser Liste erwähnt er explizit die *Feststellung und Beseitigung von Verzug oder Mängeln*. Kommt hier keine für die Beteiligten zufriedenstellende Lösung zustande, kann das (unabhängige) *Dispute Adjudication Board* angerufen werden, um eine Streitbeilegung zu erzielen.

Daraus ist mE zu schließen, dass die Beweislastumkehr bei Übergabe stattfindet, dh während der *Defects Notification Period* liegt die Beweislast beim AG.

C.5 Recht auf Zurückbehalt des Werklohnes

ÖNorm dF 2002	CONS/P & DB
<p>5.45.5 Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (1) [...] (2) [...] (3) Insoweit entsprechend (1) oder (2) jedoch über das Ende der ursprünglichen Gewährleistungsfrist hinaus zu gewährleisten ist, kann ab diesem Zeitpunkt nur mehr ein Haftungsrücklass in der Höhe von 10 % der Leistung, die an Stelle der mangelhaften Leistung getreten ist, einbehalten werden. Dies gilt auch für andere Teile der Leistung, deren vertragsmäßiger Gebrauch durch den behobenen Mangel behindert war. Der AN hat hierzu dem AG eine prüfbare Bezifferung des Wertes dieser Leistung bzw. dieser Teile der Leistung vorzulegen. Das Höchstausmaß diese Haftungsrücklasses beträgt weiterhin 2 % der Schluss- bzw. Teilschluss-Rechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich USt.). ANMERKUNG: Gilt nicht für Verbrauchergeschäfte.</p>	<p>4.2 Performance Security The Contractor shall obtain (at his cost) a Performance Security for proper performance, in the amount and currencies stated in the Appendix to Tender. If an amount is not stated in the Appendix to Tender, this Sub-Clause shall not apply. The Contractor shall deliver the Performance Security to the Employer within 28 days after receiving the Letter of Acceptance, and shall send a copy to the Engineer. The Performance Security shall be issued by an entity and from within a country (or other jurisdiction) approved by the Employer, and shall be in the form annexed to the Particular Conditions or in another form approved by the Employer. The Contractor shall ensure that the Performance Security is valid and enforceable until the Contractor has executed and completed the Works and remedied any defects. If the terms of the Performance Security specify its expiry date, and the Contractor has not become entitled to receive the Performance Certificate by the date 28 days prior to the expiry date, the Contractor shall extend the validity of the Performance Security until the Works have been completed and any defects have been remedied. The Employer shall not make a claim under the Performance Security, except for amounts to which the Employer is entitled under the Contract in the event of: (a) failure by the Contractor to extend the validity of the Performance Security as described in the preceding paragraph, in which event the Employer may claim the full amount of the Performance Security, (b) failure by the Contractor to pay the Employer an amount due, as either agreed by the Contractor or determined under Sub-Clause 2.5 [Employer's Claims] or Clause 20 [Claims, Disputes and Arbitration], within 42 days after this agreement or determination, (c) failure by the Contractor to remedy a default within 42 days after receiving the Employer's notice requiring the default to be remedied, or (d) circumstances which entitle the Employer to termination under Sub-Clause 15.2 [Termination by Employer], irrespective of whether notice of termination has been given. The Employer shall indemnify and hold the Contractor harmless against and from all damages, losses and expenses (including legal fees and expenses) resulting from a claim under the Performance Security to the extent to which the Employer was not entitled to make the claim. The Employer shall return the Performance Security to the Contractor within 21 days after receiving a copy of the Performance Certificate.</p>
<p>5.48.3 Haftungsrücklass 5.48.3.1 Von der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme (Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer) ist ein Haftungsrücklass in der Höhe von 2 % einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abgelöst ist. 5.47.3.4 Der Haftungsrücklass ist, soweit er nicht gemäß 5.48.3.3 in Anspruch genommen wurde, spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist freizugeben (5.48.6). Sind jedoch Mängel zu beheben, gilt 5.45.5 (3) sinngemäß.</p>	<p>11.5 Removal of Defective Work If the defect or damage cannot be remedied expeditiously on the Site and the Employer gives consent, the Contractor may remove from the Site for the purposes of repair such items of Plant as are defective or damaged. This consent may require the Contractor to increase the amount of the Performance Security by the full replacement cost of this items, or to provide other appropriate security.</p>
<p>5.41.8 [...] Wird die Leistung mit verbesserbaren Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass gemäß 5.48.3 das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. ANMERKUNG: Bei Verbrauchergeschäften gilt diese Beschränkung nicht. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch eine unbare Sicherstellung gemäß 5.48.4 abzulösen.</p>	

Abbildung 57: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Rückbehalt Werklohn

662 *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 124.

Klausel 4.2 verpflichtet den AN, auf seine Kosten eine Sicherheit (*Performance Security*) für eine ordnungsgemäße Leistung zur Verfügung zu stellen. Höhe und Währung sind im *Appendix to Tender* (Beilage zum Angebot) zu bestimmen, ist dort kein Betrag festgelegt, so besteht für den AN keine Verpflichtung, eine Sicherheit zu leisten.

Die festgelegte Summe ist vom AN innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt des *Letter of Acceptance* (Angebotsannahme, Annahmeerklärung des AG) zu leisten, der *Engineer* erhält eine Kopie. *Als Sicherheiten kommen Bürgschaften und Garantien von international agierenden Großbanken in Betracht.*⁶⁶³

*Die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Vertragswerke von FIDIC überlassen es der Bestimmung des AG, welche Form von Sicherheiten durch den AN zu besorgen ist. Der AG muss hierzu in den Besonderen Vertragsbedingungen entsprechende Anforderungen aufstellen. Dabei kann er sich der im Anhang zu den Mustervertragsbedingungen abgedruckten Formulare bedienen. FIDIC enthält dort Muster für eine Bürgschafts- (Annex D - Surety Bond) und eine Garantieerklärung (Annex C - Demand Guarantee).*⁶⁶⁴

Der AN hat sicherzustellen, dass die *Performance Security* gültig und bis zur Fertigstellung des Werkes inklusive der Mängelbeseitigung durchsetzbar ist. Ist der AN 28 Tage vor Ende der Laufzeit der *Performance Security* noch nicht berechtigt, das *Performance Certificate* zu erhalten, hat der AN die Laufzeit der *Performance Security* entsprechend bis zur Fertigstellung der Leistung inklusive Mängelbeseitigung zu verlängern.

Der AG darf aus der *Performance Security* keine Forderungen stellen, außer in folgenden Fällen und in der im Vertrag festgelegten Höhe:

- a) Versäumnis der Laufzeitverlängerung der *Performance Security*; in diesem Fall kann der AG die gesamte Sicherheitssumme beanspruchen,
- b) Versäumnis des AN, dem AG die fällige Summe auszubezahlen, der der AN zugestimmt hat oder die unter Klausel 2.5 oder Klausel 20 festgelegt wurde, 42 Tage nach deren Vereinbarung oder Festsetzung,
- c) Versäumnis des AN, einen Mangel (*default*)⁶⁶⁵ innerhalb von 42 Tagen nach Erhalt der Aufforderung zur Mängelbeseitigung zu beheben,
- d) Umstände, die den AG mit der Beendigung des Vertrags gem Klausel 15.2 ermächtigen, unabhängig davon, ob eine Anzeige zur Vertragsbeendigung erfolgte.

Der AG hat den AN schadlos zu halten gegen Schäden, Verlust oder Ausgaben inklusive Gerichtsgebühren und -kosten (*legal fees and expenses*) aus Forderungen aus der *Performance Security*, soweit der AG nicht berechtigt ist, diese Forderungen zu stellen.

Kann ein Schaden oder Mangel nicht rasch vor Ort behoben werden, kann der AN lt Klausel 11.5 mit der Zustimmung des AG von der Baustelle abziehen, um defekte Bestandteile der Anlage zu reparieren. Hierfür (Zustimmung des AG) kann es erforderlich sein, dass der AN

⁶⁶³ Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 198.

⁶⁶⁴ Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 198.

⁶⁶⁵ Vgl Kap AC.1.2

die Summe der *Performance Security* um (*increase by*) die volle Höhe der Wiederbeschaffungskosten dieser Gegenstände erhöht oder eine andere Sicherheit zur Verfügung stellt.

Der AG hat die *Performance Security* an den AN innerhalb von 21 Tagen nach Erhalt des *Performance Certificate* zurückzustellen.

Die ÖNorm legt die Höhe des einzubehaltenden Hafrücklass mit 2% der Schlussrechnungssumme exakt fest, FIDIC lässt dies offen und macht die *Performance Security* der im *Appendix to Tender* festgelegten bzw vereinbarten Summe abhängig bzw legt fest, dass eine fehlende Angabe des Betrages den Verzicht des AG auf eine *Performance Security* bedeutet. In der ÖNorm ist vorgesehen, dass der AG während der Leistungserbringung einen Deckungsrücklass in der Höhe von 5% einbehalten kann, der dann nach der Fertigstellung bei Legung der Schlussrechnung in den Haftungsrücklass umgewandelt wird. FIDIC sieht keine Minderung der *Performance Security* bei Fertigstellung der Leistung vor, sondern spricht nur von einer Sicherheit, die vom AN 28 Tage nach Erhalt des *Letter of Acceptance* bis 21 Tage nach Erhalt des *Performance Certificates* zu leisten ist. FIDIC verzichtet auch auf Bestimmungen, die die Reduktion des Rückbehalts bei Verlängerung der *Defects Notification Period* vorsehen, sondern macht die Freigabe nur von der Ausstellung des *Performance Certificates* abhängig, das erst ausgestellt wird, wenn die letzte *Defects Notification Period* verstrichen ist. Das Vorliegen von Mängeln bei Übernahme hat somit ebenso keinen Einfluss auf die Höhe der Sicherheit. FIDIC legt eine Frist von 42 Tagen nach Erhalt der Aufforderung zur Mangelbehebung fest, nach deren Ablauf der AG auf die Sicherheit zurückgreifen darf, erfolgt seitens AN keine Mangelbeseitigung. Die ÖNorm enthält darüber keine zeitliche Angabe. Ein Einbehalt der Sicherheit in bar ist in den FIDIC-Bedingungen nicht vorgesehen.

C.6 Besonderer Rückgriff

Die Regelung aus der RL der EU bezüglich eines Rückgriffs auf Lieferanten und Vorunternehmer ist in den FIDIC-Bestimmungen nicht enthalten.

C.7 Rechte aus der Gewährleistung

ÖNorm dF 2002	CONS	P & DB
<p>5.45.4 Rechte aus der Gewährleistung 5.45.4.1 Der AG kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) fordern.</p>	<p>11.2 Cost of Remedying Defects All work referred to in sub-paragraph (b) of Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Work and Remedying Defects] shall be executed at the risk and cost of the Contractor, if and to the extent that the work is attributable to: [...]</p>	
<p>5.45.4.2 Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten.</p>	<p>11.4 Failure to Remedy Defects If the Contractor fails to remedy any defect or damage within a reasonable time, a date may be fixed by (or on behalf of) the Employer, on or by which the defect or damage is to be remedied. The Contractor shall be given reasonable notice of this date. If the Contractor fails to remedy the defect or damage by this notified date and this remedial work was to be executed at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2. [Cost of Remedying Defects], the Employer may (at his option):</p>	
<p>5.45.4.3 Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den AG zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.</p>	<p>a) carry out the work himself or by others, in a reasonable manner and at the Contractor's cost, but the Contractor shall have no responsibility for this work; and the Contractor shall subject to Sub-Clause 2.5 [Employer's Claims] pay to the Employer the costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage;</p>	
<p>5.45.4.4 Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.</p>	<p>b) require the Engineer to agree or determine a reasonable reduction in the Contract Price in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations]; or c) if the defect or damage deprives the Employer of substantially the whole benefit of the Works or any major part of the Works, terminate the Contract as a whole, or in respect of such major part which cannot be put to the intended use. Without prejudice to any other rights, under the Contract of otherwise, the Employer shall then be entitled to recover all sums paid for the works or for such part (as the case may be), plus financing costs and the costs of dismantling the same, clearing the Site and returning Plant and Materials to the Contractor.</p>	
<p>5.45.3.6 Ermöglichung der Mängelbehebung Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen.</p>	<p>11.5 Removal of Defective Work If the defect or damage cannot be remedied expeditiously on the Site and the Employer gives consent, the Contractor may remove from the Site for the purposes of repair such items of Plant as are defective or damaged. This consent may require the Contractor to increase the amount of the Performance Security by the full replacement cost of this items, or to provide other appropriate security.</p>	
	<p>11.6 Further Tests If the work of remedying of any defect or damage may affect the performance of the Works, the Engineer may require the repetition of any of the tests described in the Contract. The requirement shall be made by notice within 28 days after the defect or damage is remedied. These tests shall be carried out in accordance with the terms applicable to the previous tests, except that they shall be carried out at the risk and cost of the Party liable, under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], for the cost of the remedial work.</p>	<p>11.6 Further Tests If the work of remedying of any defect or damage may affect the performance of the Works, the Engineer may require the repetition of any of the tests described in the Contract, including Tests on Completion and/or Tests after Completion. The requirement shall be made by notice within 28 days after the defect or damage is remedied. These tests shall be carried out in accordance with the terms applicable to the previous tests, except that they shall be carried out at the risk and cost of the Party liable, under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], for the cost of the remedial work.</p>
	<p>11.7 Right of Access Until the Performance Certificate has been issued, the Contractor shall have such right of access to the Works as is reasonably required in order to comply with this Clause, except as may be inconsistent with the Employer's reasonable security restrictions.</p>	<p>11.7 Right of Access Until the Performance Certificate has been issued, the Contractor shall have the right of access to all parts of the Works and to records of the operation and performance of the Works, except as may be inconsistent with the Employer's reasonable security restrictions.</p>
	<p>11.8 Contractor to Search The Contractor shall, if required by the Engineer, search for the cause of any defect, under the direction of the Engineer. Unless the defect is to be remedied at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Cost of the search plus reasonable profit shall be agreed or determined by the Engineer in accordance with Sub-Clause 3.5. [Determinations] and shall be included in the Contract Price.</p>	

Abbildung 58: Textvergleich ÖNorm - FIDIC: Rechte aus der Gewährleistung

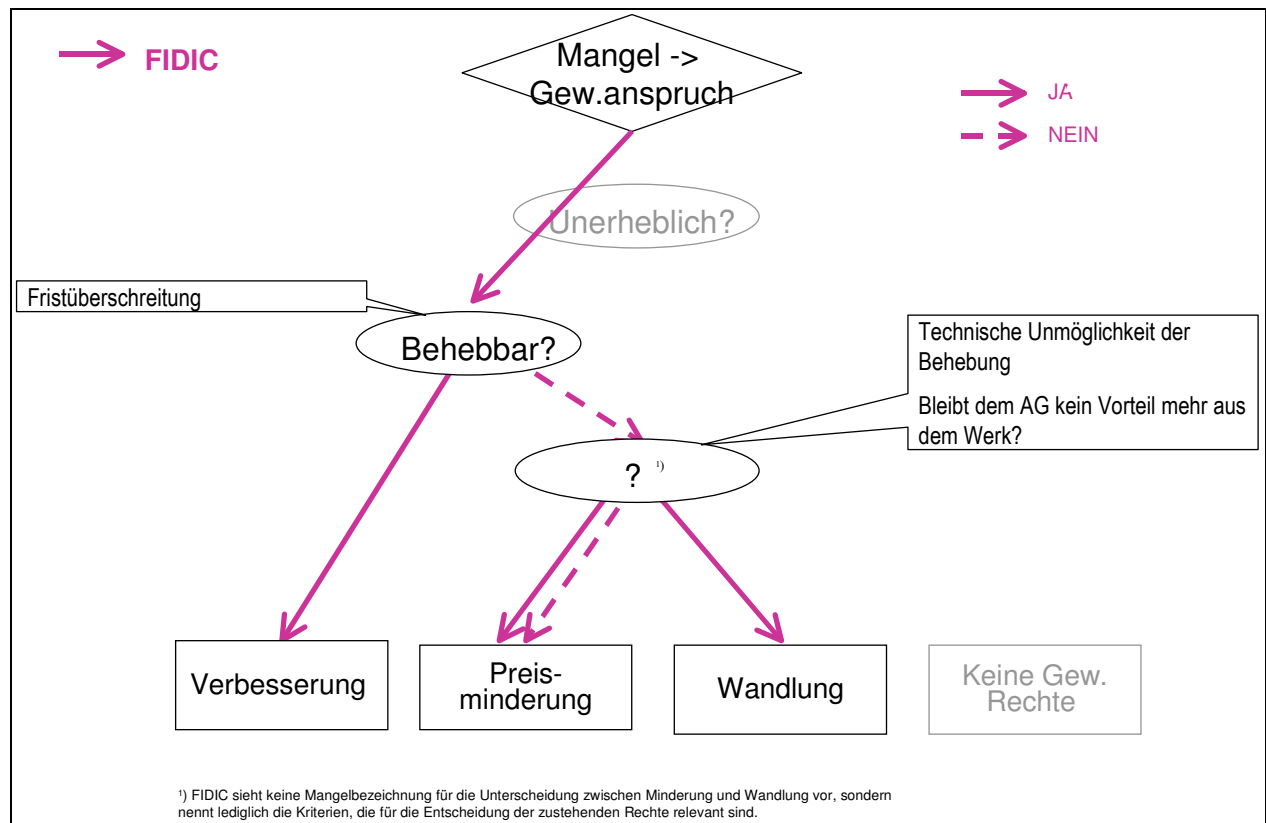


Abbildung 59: Rechte aus der Gewährleistung FIDIC

Der AN ist gem Klausel 11.2 verpflichtet, alle erforderlichen Arbeiten (gem Klausel 11.1 Pkt b) für die Beseitigung von Mängeln und Schäden, die der AG bis zum Ende der *Defects Notification Period* gerügt hat, auf eigenes Risiko und auf eigene Kosten durchzuführen, insoweit sie auf Planungsleistungen (*any design*) des AN, auf eine nicht dem Vertrag entsprechende Anlage, nicht dem Vertrag entsprechende Ressourcen und Qualitäten (*Plant, Materials, workmanship*) oder auf ein Versäumnis einer Verpflichtung seitens des AN zurückzuführen sind.

Behebt der AN einen Mangel oder einen Schaden nicht innerhalb einer angemessenen (*reasonable*) Zeit, kann nach Sub-Klausel 11.4 der AG oder in seinem Namen ein Datum festgelegt werden, bis zu welchem die Beseitigung des Mangels oder des Schadens zu erfolgen hat. Der AN ist über dieses Datum angemessen zu informieren.

Erfolgt die Mangel- oder Schadensbeseitigung auch bis zu diesem vom AG gesetzten Zeitpunkt nicht und sind die Arbeiten gem Sub-Klausel 11.2 auf Kosten des AN durchzuführen, hat der AG die Wahl (*at his option*) zwischen:

- Behebung des Mangels auf eine angemessene Art und Weise durch den AG oder durch Dritte auf Kosten des AN, wobei der AN keinerlei Verantwortung für diese Arbeiten hat; gem Sub-Klausel 2.5 hat der AN dem AG jene angemessenen Kosten (*costs reasonable incurred*), die dem AG durch die Behebung des Schadens bzw durch Beseitigung des Mangels entstehen, zu vergüten.
- Aufforderung des AG an den *Engineer* entsprechend Sub-Klausel 3.5 einer angemessenen Preisminderung (*reasonable reduction in the Contract Price*) zuzustimmen oder diese festzusetzen;

- Ist der Mangel derart gravierend, dass der AG keinen Vorteil aus dem Werk oder aus dem Großteil des Werkes mehr hat, hat der AG das Recht auf Wandlung oder Teilwandlung hinsichtlich jenes Teils, der nicht mehr für den beabsichtigten Gebrauch tauglich ist und in diesen auch nicht mehr versetzt werden kann.

Kann der Schaden oder Mangel nicht rasch vor Ort behoben werden, kann der AN lt Sub-Klausel 11.5 mit der Zustimmung des AG von der Baustelle abziehen, um defekte Bestandteile der Anlage zu reparieren, wobei uU die *Performance Security* zu erhöhen ist (siehe Kap C.5).

Können die Mangel- bzw Schadensbeseitigungsarbeiten die Ausführung/Qualität der Leistung beeinträchtigen, kann der *Engineer* lt Klausel 11.6 die Wiederholung von im Vertrag vorgesehenen Tests verlangen. Diese Forderung ist innerhalb von 28 Tagen nach der Mangel- bzw Schadensbeseitigung anzuzeigen. Diese Tests sind entsprechend (*with the terms applicable to*) den vorherigen Tests durchzuführen, wobei sie auf Kosten und Risiko dessen auszuführen sind, der gem Klausel 11.2 für die Kosten der Mangel- bzw Schadensbeseitigung haftet bzw verantwortlich ist.

Lt Klausel 11.7 hat der AN bis zur Ausfertigung des *Performance Certificates* das Recht auf Zutritt zum Objekt, soweit dies erforderlich ist, um Arbeiten im Sinne der Klausel 11 durchzuführen, ausgenommen dies lässt sich nicht mit den Sicherheitsrestriktionen des AG vereinbaren.

Lt Klausel 11.8 hat der AN, sofern es der *Engineer* fordert, unter dessen Leitung nach der Ursache eines Mangels zu suchen. Sofern der Mangel nicht auf Kosten des AN (gem Klausel 11.2) zu beheben ist, hat der *Engineer* den Kosten für die Suche plus einen angemessenen Gewinn zuzustimmen bzw diese festzusetzen gem Klausel 3.5 und diese Summe in den Vertragspreis zu inkludieren.

Ist ein Mangel vorhanden und dessen Ursache nicht bekannt, so kann der *Engineer* den AN auffordern, die Ursache des Mangels unter Leitung des *Engineers* zu untersuchen. Die Kosten für die Suche nach der Mangelursache sind dem AN inkl einem angemessenen Gewinn zu vergüten, sofern die Ursache nicht aus der Sphäre des AN stammt. Die Höhe der Summe wird entweder vom *Engineer* festgesetzt oder er muss die vom AN vorgelegten Kosten bestätigen.

Wandlung

Nach den FIDIC-Bestimmungen ist sowohl eine Wandlung wie auch eine Teilwandlung möglich, sofern alle Voraussetzungen gegeben sind. Diese sind erstens, dass der AN es verabsäumt hat, den Mangel bzw Schaden innerhalb angemessener Zeit nach der Aufforderung des AG zu beheben und auch dieser Aufforderung in der danach vom AG gesetzten Frist nicht nachgekommen ist, und zweitens, dass der AG im Wesentlichen des gesamten Vorteils der Leistung oder des Großteils der Leistung (*substantially the whole benefit of the Works or any major part of the Works*) beraubt wurde. Sind diese Bedingungen erfüllt, so kann der AG entweder den gesamten Vertrag beenden oder hinsichtlich jenes Teils, der nicht mehr für den beabsichtigten Gebrauch instandgesetzt werden kann, unbeschadet anderer Rechte des AG aus dem Vertrag. Der AG ist andernfalls dazu

berechtigt, alle bisher für die Leistung oder Teilleistung bezahlten Beträge zurückzufordern, inklusive Finanzierungskosten und Kosten für den Abbruch, Räumung der Baustelle und Anlage und Materialien dem AN zu retournieren.

Preisminderung

Die Preisminderung erfolgt gem Sub-Klausel 11.4 nicht - nicht wie gem ÖNorm - nach der relativen Berechnungsmethode, sondern der AG fordert den *Engineer* auf, eine angemessene Preisreduktion entweder mit den Parteien auszuhandeln oder, falls es hierbei zu keiner Einigung kommt, festzusetzen.

C.8 Schadenersatz

Klausel 17 *Risk and Responsibility* regelt den Schadenersatz und Beschränkungen des Schadenersatzes. Sub-Klausel 17.1 verpflichtet den AN, den AG von Schäden freizustellen, die Dritte gegen ihn geltend machen könnten.

Um eine ausufernde und unvorhersehbare Haftung zu vermeiden, wird durch Sub-Klausel 17.6 die unternehmerische Haftung auf einen individualvertraglich zu vereinbarenden Maximalwert begrenzt. Es ist kein bestimmter Betrag festgeschrieben. Legt der Vertrag keine Summe fest, so entspricht die Haftungshöchstgrenze dem vereinbarten Vertragspreis. Bestimmte Haftungsgründe nimmt Sub-Klausel 17.6 allerdings aus, und zwar ist dies die Haftung unter den Sub-Klauseln 4.19 „Elektrizität, Wasser und Gas“, 4.20 „Ausrüstung des Bestellers und „Free-Issue“-Materialien“, 17.1 „Haftungsfreistellungen“ und 17.5 „Schutz vor Urheber- und gewerblichen Schutzrechten“.⁶⁶⁶

Grundsätzlich haftet keine Partei der anderen für Folgeschäden. Sub-Klausel 17.6 schließt insbesondere Ansprüche wegen Verlusts des Gebrauchswertes, entgangenen Gewinns, entgangener Verträge oder sonstiger indirekter Schäden aus, wobei Ansprüche des AN nach dessen berechtigter Kündigung und Freistellungsansprüche aus Klausel 17.1 ausgenommen sind.⁶⁶⁷

Bei grober Fahrlässigkeit oder betrügerischem Verhalten sind die genannten Haftungsbegrenzungen ausgeschlossen. Dh bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten wird die Haftung auch auf entfernte Folgeschäden des Vertragspartners erweitert.⁶⁶⁸

Bei grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verhalten schließt auch die ÖNorm Haftungsbeschränkungen aus, die Vertragspartner haben Anspruch auf volle Genugtuung. Bei leichter Fahrlässigkeit ist der Haftungsanspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens begrenzt, wobei die ÖNorm, sofern es nicht zum Rücktritt kommt, in Abhängigkeit der Auftragssumme betragsmäßig Grenzen festsetzt.

⁶⁶⁶ Vgl dazu VBI, FIDIC-Vertragsmuster (Red Book), S 185.

⁶⁶⁷ Vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 261.

⁶⁶⁸ Vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardvertragsbedingungen, S 261.