



Obwohl das Gewährleistungsrecht in der Bauwirtschaft eine viel größere Rolle spielt als in anderen Branchen, ist das Wissen darüber sowohl auf Auftraggeber- als auch Auftragnehmerseite gering. Hartnäckige Mythen und gefährliches Halbwissen haben ein für beide Seiten hohes Gefährdungspotenzial. Der Bau & Immobilien Report präsentiert einen ausführlichen Überblick, wann das Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt – und wann nicht.

Von Bernd Affenzeller

Im Vergleich zu anderen Branchen spielen die Gewährleistung bzw. das Gewährleistungsrecht in der Bauwirtschaft eine ungleich größere Rolle. Dafür gibt es laut Konstantin Pochmarski von Pochmarski Kober Rechtsanwälte mehrere Gründe. »Im Bau gibt es, anders als etwa im Maschinenbau, deutlich mehr Toleranzen. Dadurch kommt es zwangsläufig zu mehr Mängeln«, so Pochmarski. Dazu kommt die Thematik der Prototypen. »Wenn der hunderttausendste BMW vom Fließband läuft, kann man davon ausgehen, dass alles passt. Das ist bei Bauwerken, die in den meisten Fällen Prototypen sind, anders.« Mit diesen Voraussetzungen sei die Bau-

Fotos: iStock, Kober, Rechtsanwälte

Der vorliegende Artikel ist in enger Zusammenarbeit mit Pochmarski Kober Rechtsanwälte entstanden.

branche per se mängelanfällig, was Pochmarski aber nicht wertend verstanden wissen will. »Das bedeutet nicht, dass schlecht gearbeitet wird. Aber die Rahmenbedingungen erleichtern Mängel«, so der Rechtsanwalt. Auch die Erwartungen der Nutzer sind gestiegen. War es vor 50 Jahren noch im Rahmen des Möglichen, wenn ein Fenster leicht undicht ist, so ist das heute ein absolutes No-Go. Mit der modernen Haus- und Gebäudetechnik ist auch die Komplexität enorm gestiegen. »Was früher klassisches Handwerk war, ist heute Hochtechnologie«, so Pochmarski. Damit komme es naturgemäß zu Abweichungen zwischen dem objektiv Geschuldeten und dem subjektiv Erwarteten. »Nicht alles was subjektiv erwartet wird, ist auch objektiv geschuldet. Aber in diesem Spannungsfeld kommt es zu Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer«, erklärt Christina Kober die Gemengelage.

>> Risiko für beiden Seiten <<

Dass sich Bauherren oft auf das Gewährleistungsrecht berufen und versuchen, ihre Interessen – ob berechtigt oder unberechtigt – durchzubringen, liegt daran, dass ihnen mit dem »Zurückbehaltungsrecht des Werklohns« ein mächtiges Instrument in die Hand gegeben wurde. »Von dieser Möglichkeit wird auch gerne Gebrauch gemacht«, weiß Pochmarski. Schließlich kann der Bauherr damit seine Interessen viel besser vertreten als in anderen Bereichen. »Ein Bauherr kann sich wünschen, dass ein Bauunternehmen streng auf die Einhaltung des Arbeitsrechts achtet, de facto sind ihm aber die Hände

ZUR INFO

■ ÜBER POCHMARSKI KOBER RECHTSANWÄLTE GMBH:

KPK Rechtsanwälte ist eine Grazer Rechtsanwaltskanzlei mit Schwerpunkt im Zivil- und Baurecht. Zwei Rechtsanwälte und eine Rechtsanwaltsanwältin vertreten Auftraggeber und Auftragnehmer sowie sonstige am Bau Beteiligte.

Das Hauptaugenmerk liegt auf der rechtlichen Begleitung von Bauvorhaben während des gesamten Projektablaufes, sei es bei der Ausschreibung und Vergabe, Vertragsgestaltung, bei der Geltendmachung und Abwehr von Mehrkostenforderungen, Schadenersatzansprüchen und Gewährleistungsansprüchen oder im Streitfall außergerichtlich oder vor Gericht.

Weitere Infos: www.kpk-law.at



»Die Behebung eines vermeintlichen Mangels ist oft günstiger, als alles auszustreiten«, erklärt Christina Kober.

gebunden. Das ist beim Mangel anders«, ergänzt Kober.

Das Zurückbehaltungsrecht mag eine mächtige Waffe sein, sie birgt aber auch Gefahren – und zwar für beide Seiten. Natürlich für den Auftragnehmer, für den ein nicht bezahlter Werklohn bei einem größeren Projekt unternehmensgefährdend sein kann. »Ein Prozess dauert oft Jahre, das muss ein Bauunternehmen erst einmal durchstehen«, sagt Pochmarski. Aber auch für die Auftraggeber kann die Waffe zum Bumerang werden. Denn bei ungerechtfertigt zurückbehaltenem Werklohn hat der Auftragnehmer bei Geschäften zwischen Unternehmern Anspruch auf - nach aktuellem Stand - 8,58 % Verzugszinsen pro Jahr. »Das kann bei einem mehrjährigen Prozess teuer werden«, weiß Pochmarski.



GARANTIERT PROFESSIONELL.

Wir von LEYRER + GRAF halten unsere Versprechen nicht nur, wir garantieren sie sogar. Von Hochbau, Tiefbau, Energie + Telekom über Holztechnik bis hin zur Beton- und Asphaltherstellung – mit reibungslosen Projektablaufen bei bester Ausführungsqualität möchte LEYRER + GRAF die höchstmögliche Kundenzufriedenheit bieten. Auf uns können Sie bauen. Und vertrauen.

LEYRER + GRAF Baugesellschaft m.b.H.
Hochbau • Tiefbau • Energie + Telekom • Holztechnik | www.leyrer-graf.at

Adolf Maurer, Bauhofleiter

Quelle: Pochmarski Kober Rechtsanwalt GmbH

Checkliste Gewährleistungsrecht

	Kurz gesagt	Im Detail	Beispiel
Gewährleistung: Begriff und Abgrenzung	<ul style="list-style-type: none"> Abweichen der tatsächlich geleisteten von der vertraglich geschuldeten Leistung Keine Vereinbarung notwendig Unabhängig von Verschulden oder Kausalität Dispositives Recht 	<p>Die Gewährleistung ist die bei entgeltlichen Verträgen gesetzlich angeordnete Haftung des Schuldners für Sach- und Rechtsmängel, welche die Leistung bei Gefahrenübergang aufweist (§§ 922–933b ABGB).</p> <ul style="list-style-type: none"> Die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen (§§ 922 ff ABGB) gelten für entgeltliche (bzw. gegenseitige) Rechtsgeschäfte; bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften besteht bloß eine eingeschränkte Gewährleistung (etwa bei der Schenkung). <p>Gewährleistungsrecht ist dispositives Recht, d.h. außerhalb des KSchG ist ein Ausschluss der Gewährleistung innerhalb der Sittenwidrigkeitsgrenzen (§ 879 ABGB) zulässig. Besondere Gewährleistungsbestimmungen gelten u.a. für Bestandverträge (§ 1096 ABGB), Werkverträge (§ 1167 ABGB), Verbrauchergeschäfte (§§ 8 ff KSchG).</p>	<p>Als »prominente« Baumängel sind etwa Risse im Putz und Mauerwerk, undichte Fenster- und Türleibungen, schlecht gegossene Estriche oder auch zu dünne oder schlecht befestigte Abdichtungsbahnen zu nennen.</p> <p>Zum Gewährleistungsausschluss im Rahmen der guten Sitten:</p> <ul style="list-style-type: none"> Bei Geschäften zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbrauchergeschäft) ist ein Gewährleistungsausschluss vor Kenntnis des Mangels gänzlich unzulässig. Zwischen Unternehmern (Unternehmergeschäft) sowie zwischen Privaten (Privatgeschäft) ist ein Gewährleistungsverzicht bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig, erstreckt sich aber nicht auf arglistig verschwiegene Mängel und das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften. Ein Ausschluss der Gewährleistungshaftung ist auch bei völliger Unbrauchbarkeit des Kaufobjekts unwirksam.
Gewährleistungstatbestand (Mangel)	<ul style="list-style-type: none"> Konkreter Fehlerbegriff muss im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen <p>Arten von Mängeln:</p> <ul style="list-style-type: none"> Sach- und Rechtsmangel Behebbarer – unbehebbarer Mangel Geringfügiger – nicht geringfügiger Mangel 	<p>§ 922 ABGB, der gemäß § 1167 ABGB auch auf Werkverträge zur Anwendung kommt, bestimmt, dass nicht nur für die ausdrücklich bedungenen (vertraglich versprochenen; subjektiver Fehler), sondern auch für die gewöhnlich dabei vorausgesetzten (objektiver Fehler) Eigenschaften Gewähr zu leisten ist.</p> <p>Auch ist dafür Gewähr zu leisten, dass die Sache der Beschreibung, einer Probe oder einem (Vorab-) Muster und den öffentlichen Äußerungen des Übergebers, Herstellers und »Anscheinsherstellers« entspricht (§ 922 Abs. 2 ABGB).</p> <ul style="list-style-type: none"> → Ganz allgemein werden durch diese Regelung die »berechtigten Käufererwartungen« geschützt. → Nach einer Entscheidung des EuGH ist darauf abzustellen, was der durchschnittlich abgeklärte Verbraucher in der fraglichen Situation objektiv erwartet hätte. Bedungene Eigenschaften eines Kaufgegenstandes sind solche, die im Vertrag zwischen Übergeber und Übernehmer vereinbart wurden. Ob eine Eigenschaft als bedungen anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind solche, die nicht im Vertrag individuell vereinbart sind, sondern bei einem Kauf generell von jedem Übernehmer vorausgesetzt bzw. erwartet werden dürfen. 	<p>Baumängel sind unzureichende Zustände technischer Natur, also die Abweichung des Ist-Zustandes eines Bauwerks vom geschuldeten Sollzustand. Liegen Baumängel vor, so ist es grundsätzlich wichtig, diese entsprechend zu dokumentieren. Dies bedeutet, dass man Fotos der Baumängel anfertigt und allenfalls sonstige Beweismittel (z.B. Werkstoffe) sichert.</p> <p>Zwischen Übergeber und Übernehmer wird eine besonders hohe Heizleistung vereinbart und von der konkreten Anlage nicht erbracht (subjektiver Fehler). Eine Heizungsanlage erbringt nicht die in der einschlägigen Ö-Norm verlangte Heizleistung; die Ö-Norm ist ein Indiz für die Verkehrsauffassung (objektiver Fehler).</p> <p>Beachte: Ist der Kaufgegenstand etwa eine neue Eigentumswohnung oder eine neu sanierte Wohnung, kann der Übernehmer andere Eigenschaften voraussetzen, als wenn der Kaufgegenstand eine gebrauchte Eigentumswohnung ist. Bei gebrauchten Eigentumswohnungen macht es auch einen Unterschied, ob eine fünf Jahre alte Wohnung gekauft wird oder eine 25 Jahre alte Wohnung.</p>
Sachmangel	<ul style="list-style-type: none"> Mangel in der Beschaffenheit (Qualitätsmängel) Zu wenig/zu viel Lieferung (Quantitätsmängel) 	<ul style="list-style-type: none"> → Ein Quantitätsmangel liegt vor, wenn die Sache nicht in der vereinbarten Anzahl geleistet wurde. → Der Qualitätsmangel ist dadurch gekennzeichnet, dass er der Sache körperlich anhaftet und ihre Substanz nicht der geschuldeten Leistung entspricht. 	<ul style="list-style-type: none"> Qualitätsmangel: Hierbei geht es nicht nur um Produkte und Waren, sondern auch Dienstleistungen wie Montagen. Verursacht z.B. die mangelhafte Montage der Heizung einen Schaden (Folgeschaden) an der Immobilie, kann der Übernehmer neben Gewährleistungsansprüchen auch Schadenersatz geltend machen. Quantitätsmangel: Der Übergeber liefert anstelle von 2.000 Stahlrohren nur 1.000 Stück.
Rechtsmangel	<ul style="list-style-type: none"> Nichteinräumung der vertraglich vereinbarten Rechtsposition Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Fehler 	<p>Für Rechtsmängel sind einige Besonderheiten zu beachten:</p> <ul style="list-style-type: none"> Beginn der Gewährleistungsfrist (ab Erkennbarkeit; § 933 Abs. 1 S. 2 ABGB); besondere Art der Verbesserung bei Schulden und Lasten (es gilt die Freistellungs- bzw. Depurierungspflicht, also die Pflicht des Übergebers, im Zweifel Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, zu vertreten). 	<p>Der Übernehmer erwirbt ein Grundstück, welches mit einer Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens belastet ist (privatrechtlicher Mangel).</p> <p>Der Übernehmer einer Immobilie erfährt erst nach dem Kauf des Hauses, dass das in der Natur errichtete Objekt keine Baugenehmigung hat (öffentlich-rechtlicher Mangel).</p>

► >> Kulante Bauunternehmen <<

Pochmarski und Kober empfehlen ihren Klienten – egal ob Auftraggeber oder Auftragnehmer –, nicht alles auszustreiten. »Auftraggeber müssen aufpassen, das Zurückbehaltungsrecht nicht schikanös einzusetzen, das ist rechtswidrig«, sagt Kober. Für Auftragnehmer wiederum ist es oft günstiger, einen – auch vermeintlichen – Mangel zu beheben, als alles auszudiskutieren. »Es ist nicht immer einfach nachzuweisen, ob etwas eine bestellte, erwartete Eigenschaft ist oder nicht«, erklärt Kober. Zum Problem der Beweisführung kommt immer das Ungemach eines verärgerten Bauherrn und das Risiko, dass doch im Sinne des Auftraggebers ent-



»Es wird auch in Zukunft zu Vertragsänderungen und unterschiedlichen Sichtweisen kommen. Alles andere ist Illusion! Aber die Verträge müssen so gestaltet werden, dass diese nicht zwangsläufig im Streit enden«, ist Konstantin Pochmarski überzeugt.

schieden wird. Deshalb sind auch viele Bauunternehmen bei der Mängelbehebung kulant. Vor allem wirtschaftlich geringfügige Mängel empfiehlt Pochmarski sofort zu beheben, um Streitigkeiten zu reduzieren. »Ist der Gang vor Gericht unausweichlich, sollte der Prozess nicht auch noch mit Kleinigkeiten belastet werden.«

>> Gefährliche Wissenslücken <<

Obwohl das Gewährleistungsrecht sowohl für Auftraggeber als auch Auftragnehmer eine wesentliche Rolle spielt, ist es um das Wissen darüber eher schlecht bestellt. So geistert selbst bei professionellen Auftraggebern immer wieder der Begriff

qualityaustria
Erfolg mit Qualität

Das neue qualityaustria Kursprogramm 2022 ist da!



Jetzt informieren!



www.qualityaustria.com/kursprogramm 

»Der »versteckte Mangel« ist ein Mythos wie das Ungeheuer von Loch Ness. Da behaupten auch viele, es gesehen zu haben.«

des »versteckten Mangels« herum. »Dem werden fast mythische Auswirkungen zugeschrieben«, zeigt sich Pochmarski verwundert und vergleicht den »versteckten Mangel« mit dem Ungeheuer von Loch Ness. »Von dem behaupten auch viele, es

gesehen zu haben.« Ähnliches gilt für den außergerichtlich gerügten Mangel. »Nur eine rechtzeitig eingebrachte Klage oder die Anerkenntnis des Mangels durch den Auftragnehmer unterbricht die Verjährung«, erklärt Kober.

Diese Mythenbildung und gefährliches Halbwissen gibt es auf beiden Seiten, was Pochmarski und Kober immer wieder überrascht. Schließlich ist dem Gewährleistungsrecht in der Ö-NORM B2110 ein eigenes, gut aufbereitetes Kapitel gewidmet. »Sich damit nicht auseinanderzusetzen, ist schon selbstgefährdend«, sagt Pochmarski. Deshalb hat der Bau & Immobilien Report gemeinsam mit Pochmarski Kober Rechtsanwälte die vorliegende Übersicht erarbeitet, um zu zeigen, was Teil des Gewährleistungsrechts ist – und was nicht.

>> Weniger Prozesse <<

Aufgrund der hohen Gerichtsgebühren und der – durch die notwendige Hinzuziehung von Sachverständigen – langen Dauer der Prozesse, nimmt die Bereitschaft, vor Gericht zu ziehen, kontinuierlich ab. Für Konstantin Pochmarski eine gute und sinnvolle Entwicklung: »Nicht jeder Streit muss vor Gericht enden. Man kann auch gemeinsam nach Lösungen suchen, etwa mit Hilfe eines Schiedsgutachters.« Dieser müsse sinnvollerweise aber schon bei Projektbeginn genannt werden.

»Denn ist man erst einmal im Streit, wird man sich kaum auf einen Schiedsgutachter einigen können«, so Pochmarski. Für die beiden Rechtsanwälte steht außer Zweifel, dass es auch in Zukunft auf Baustellen zu Vertragsveränderungen und unterschiedlichen Sichtweisen kommen wird. »Alles andere ist eine Illusion!« Das Ziel müsse deshalb sein, Verträge so zu gestalten, dass diese nicht zwangsläufig im Streit enden.

Lesen Sie in der nächsten Ausgabe alles zu den Themen »Gewährleistungsbefehle« und »Schadenersatz«.

Quelle: Pochmarski Kober Rechtsanwälte GmbH

Checkliste Gewährleistungsrecht

	Kurz gesagt	Im Detail	Beispiel
18	Geringfügiger – nicht geringfügiger Mangel / behebbarer – nicht behebbarer Mangel	Vertragliche Vereinbarung als objektiver Maßstab Ob ein Mangel geringfügig ist oder nicht, zeigt die vertragliche Vereinbarung. ■ Wurden dem Vertragsgegenstand bestimmte Eigenschaften beigemessen, liegt ein nicht geringfügiger Mangel vor, wenn der Vertragsgegenstand diese Eigenschaften nicht aufweist. ■ Nicht geringfügig ist ein Mangel auch, wenn dieser die Brauchbarkeit des Gegenstandes so weit einschränkt, dass diese nicht der gewöhnlich vorausgesetzten Verwendung entspricht. → Weist ein Gegenstand zwar einen Mangel auf, doch schränkt dieser Mangel die Brauchbarkeit des Gegenstandes in keiner Art oder nur minimal ein (kleinere Kratzer, minimale Abweichungen der Wandfarbe), liegt nur ein geringfügiger Mangel vor. Behebbar ist ein Mangel dann, wenn er sich mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln beseitigen lässt (z.B. durch Reparatur oder Austausch der Sache).	Die Verbesserung (primärer Rechtsbehelf) einer mangelhaften Sache ist nur möglich, sofern es sich um einen behebbaren Mangel handelt.
	Zeitpunkt und Beweislast	Der Mangel muss zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein (§ 924 S. 1 ABGB). Gewährleistungsansprüche können nach § 924 ABGB nur wegen Mängeln erhoben werden, die im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges (Ablieferung der Sache) schon vorhanden waren. Daneben enthält § 924 S. 2 ABGB auch eine Vermutungsregelung, wonach ein Mangel im Zeitpunkt der Übergabe schon vorgelegen ist, wenn er binnen sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Weicht der Gefahrenübergang von jenem der Übergabe ab (z.B. Annahmeverzug), so hat der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorhanden zu sein. Es gilt die Beweislastumkehr in den ersten sechs Monaten nach Übergabe (Vermutungsfrist, § 924 ABGB). Die Vermutung gilt dann nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist (§ 924 Abs. 3 ABGB).	Wird ein Mangel am Bauwerk (fehlerhafte Kellerabdichtung, Rissbildung im Putz) innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe entdeckt, trägt der Übergeber die Beweislast dafür, dass die Ursache bei der Übergabe noch nicht vorhanden war. Wird ein Mangel am Bauwerk mehr als sechs Monate nach der Übergabe entdeckt, trägt der Übernehmer die Beweislast dafür, dass die Ursache bei der Übergabe bereits vorhanden war.
	Geltendmachung und Verjährung	Gerichtlich durch Klage- oder Einrede (§ 933 Abs. 1 ABGB) Ab Übergabe zwei Jahre bei beweglichen Sachen und drei Jahre bei unbeweglichen Sachen Bei unbeweglichen Sachen wie Häusern, Wohnungen etc. gilt die dreijährige Gewährleistungsfrist und beginnt mit der Übergabe des Objektes. Bei beweglichen Objekten beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre ab Übergabe . Bei Rechtsmängeln beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit Kenntnis. Wenn eine zunächst bewegliche Sache zu einem unselbstständigen Teil einer unbeweglichen Sache verarbeitet wird (etwa Fliesen, welche fest mit dem Unterbau verklebt werden), gilt auch für diese die dreijährige Frist. ■ Rückgriff: Hat ein Unternehmen einem Verbraucher Gewähr geleistet, stehen ihm nach § 933b ABGB Rückgriffsansprüche gegen seinen Lieferanten zu. Er ist dabei nicht an die Fristen des § 933 ABGB gebunden. Der Unternehmer hat seinen Anspruch binnen zwei Monaten nach Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht geltend zu machen (die absolute Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre ab Leistungserbringung).	Bei einem erst zu errichtenden oder im Bau befindlichen Haus beginnt die (dreijährige) Gewährleistungsfrist mit der endgültigen Überlassung zum Gebrauch. Die Frist für unbewegliche Sachen gilt nicht nur für die Veräußerung unbeweglicher Sachen (Immobilien), sondern auch für Arbeiten daran (Anstreichen, Verputzen, Installationen). Besondere Vorsicht ist geboten, wenn ein Haus von einer Privatperson gebraucht gekauft wird. Zwischen Privaten können Gewährleistungsansprüche vertraglich ausgeschlossen werden. In diesen Fällen kann es daher dazu kommen, dass auch grobe Baumängel nicht mehr gegenüber der verkaufenden Partei geltend gemacht werden können.
	Zurückbehaltungsrecht	Liegt ein Mangel vor, kann in gewissen Fällen der Werklohn zurückbehalten werden. Ein kleiner Mangel berechtigt nicht dazu, überhaupt keine Zahlungen zu leisten. Ist das Werk mangelhaft und fordert der Übernehmer deshalb Verbesserung, ist er berechtigt, den Werklohn bis zur vollständigen Mängelbehebung einzubehalten (»Zurückbehaltungsrecht«). Das Zurückbehaltungsrecht besteht nur so lange, wie der Übernehmer einen Anspruch auf Verbesserung hat. Fällt dieser weg, endet auch das Zurückbehaltungsrecht. Das Zurückbehaltungsrecht darf nicht schikanös ausgeübt werden. Von Schikane spricht man, wenn zwischen der Bedeutung des Mangels für den Übernehmer und der Höhe des offenen Betrages ein krasses Missverhältnis besteht. → Verhältnismäßig geringfügige Mängel berechtigen den Übernehmer nicht dazu, den gesamten oder große Teile des Betrages einzubehalten.	Wegen einer vergleichsweise harmlosen Unebenheit an einer Wand im Keller mit Behebungskosten von rund 200 Euro darf etwa einem Werkunternehmer, der mit umfangreichen Arbeiten an einem Einfamilienhaus beauftragt worden war, nicht der gesamte Restwerklohn von 100.000 Euro vorenthalten werden.



**SIE BAUEN.
WIR LIEFERN.**

**KnaufNow.
So geht
Bestellung heute.**

INTERESSE AN KNAUFNOW?

Kontaktieren Sie Ihren Knauf Ansprechpartner oder melden Sie sich an unter: www.knaufnow.at

