

Teil 2

Gewährleistungsrecht

Von Bernd Affenzeller

Hartnäckige Mythen und gefährliches Halbwissen

In der letzten Ausgabe des Bau & Immobilien Report haben wir uns gemeinsam mit Pochmarski Kober Rechtsanwälte die Grundlagen des Gewährleistungsrechts in der Bauwirtschaft näher angesehen und festgestellt, dass es sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern große Wissenslücken gibt. In dieser Ausgabe gehen wir weiter in die Tiefe und widmen uns den Themen Gewährleistungsbehelfe und Schadenersatz.

Foto: iStock

28

Checkliste Gewährleistungsrecht: Gewährleistungsbehelfe & Schadenersatz

	Kurz gesagt	Im Detail
Die Gewährleistungsbehelfe	Modell der abgestuften Gewährleistungsbehelfe Primäre und sekundäre Rechtsbehelfe ■ Verbesserung ■ Austausch ■ Preisminderung ■ Wandlung »Zweite (und letzte) Chance!«	§ 932 Abs. 2 und 4 ABGB sieht ein zweistufiges System der Rechtsbehelfe vor : Zunächst ■ Verbesserung oder Austausch (= primäre Rechtsbehelfe) danach ■ Preisminderung oder Wandlung (= sekundäre Rechtsbehelfe) Art und Schwere des Mangels sind für die Wahl des Behelfs mit einer Ausnahme (Wandlung nur bei nicht geringfügigen Mängeln) unerheblich. Verbesserung und Austausch (= sekundäre Gewährleistungsbehelfe) sind in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken.
Die primären Gewährleistungsbehelfe	Vorrang der Naturalrestitution (Reparatur, Austausch) Beachte: Gattungsschuld ■ behebbar: Wahlrecht ■ unbehebbar: nur Austausch Speziesschuld ■ behebbar: nur Verbesserung ■ unbehebbar: nur sekundäre Rechtsbehelfe (Preisminderung oder Wandlung)	Der Übernehmer kann grundsätzlich zwischen Verbesserung und Austausch wählen. Allerdings steht dem Übernehmer dann kein Wahlrecht zu, wenn die Verbesserung bzw. der Austausch ■ unmöglich oder verglichen mit der anderen Abhilfe mit einem ■ unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist. Der Übergeber kann bei der Wahl zwischen Verbesserung und Austausch auch einwenden, dass diese – im Vergleich zur anderen Abhilfe – mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. → Eine unverhältnismäßige Abhilfe liegt dann vor, wenn die aufzuwendenden Kosten für den Übergeber verglichen mit der anderen Abhilfe unzumutbar sind (= Aufwand steht in keinem Verhältnis zur Mangelbedeutung). Die Unzumutbarkeit der Kosten bestimmt sich etwa nach dem Wert der Ware, der Bedeutung des Mangels. ■ Unter Verbesserung bzw. Nachbesserung versteht man die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Darunter fallen sämtliche Änderungen, die zur Beseitigung der Vertragswidrigkeit notwendig sind (etwa Nachtrag des Fehlenden, Reparatur, Austausch bestimmter Teile). ■ Beim Austausch wird der fehlerhafte Leistungsgegenstand durch einen anderen (mangelfreien) ersetzt. Der Austausch ist daher i.d.R. nur bei sogenannten Gattungsschulden möglich. Verbesserung und Austausch sind grundsätzlich auf Kosten des Übergebers durchzuführen.

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



Im Vergleich zu anderen Branchen spielt das Gewährleistungsrecht in der Bauwirtschaft eine ungleich größere Rolle. Das bedeutet laut Konstantin Pochmarski von KPK Rechtsanwälte aber nicht, dass in der Baubranche schlecht gearbeitet wird. Durch höhere Toleranzen, die laufende Produktion von Prototypen und steigende Komplexität sei die Baubranche per se mangelanfällig. Zudem kommt es naturgemäß zu Abweichungen zwischen ►

Quelle: Pochmarski Kober Rechtsanwälte GmbH

Beispiel

Ein Bauwerk wird mangelhaft errichtet. Der Übernehmer hat ein Wahlrecht zwischen Verbesserung (Reparatur) oder Austausch. Ist 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.

Der Übernehmer erwirbt im Baumarkt Fliesen und lässt diese in seinem Haus verlegen. Die Fliesen sind bereits zu einem Großteil verlegt, als dieser Flecken auf der Oberfläche der Fliesen bemerkt, die nicht entfernbar bzw. reparabel sind. In diesem Fall hat der Übernehmer Anspruch auf den Austausch der gesamten Fliesen, eine Verbesserung ist nicht möglich.

Der Übernehmer kann wegen eines leicht behebbaren Fehlers in der Anlage keine neue Heizung (Austausch) verlangen, sondern nur die Reparatur (Verbesserung).

Der Übergeber kann für die Reparatur der mangelhaften Heizungsanlage keine Arbeitszeit, Material usw. verrechnen. Es geht ja darum, dass er den Mangel beheben muss.

29

Die Freiheit, wirklich gestalten zu können.

Fassadenlösungen von Sto setzen Maßstäbe bei Systemsicherheit und Individualität.



Fassaden individuell gestalten und effektiv dämmen.

Über Proportionen und Formgebung, Materialien, Oberflächen und Farben können Sie die Wertigkeit und Ausstrahlung erzeugen, die Sie sich für Ihr Gebäude wünschen. Sie wählen eines unserer ausdrucksstarken Materialien – wie Klinker, Stein, Glas, Putz, plastische Fassadenelemente – oder eine Kombination aus mehreren. Wir stellen die passende Systemlösung auf Basis einer vorgehängten, hinterlüfteten Fassade oder eines Wärmedämm-Verbundsystems zur Verfügung – technisch sicher und erprobt.

Mehr Informationen unter:
www.zukunft-fassade.at

sto

Bewusst bauen.

Checkliste Gewährleistungsrecht: Gewährleistungsbehelfe & Schadenersatz

<p>Die sekundären Gewährleistungsbehelfe</p>	<p>Preisminderung oder Wandlung Voraussetzungen: ■ Unmöglichkeit von Verbesserung und Austausch ■ Unverhältnismäßigkeit der Höhe des Aufwands des Übergebers ■ Verweigerung (bzw. Verzug) durch den Übergeber ■ Unzumutbarkeit (für den Übernehmer) wegen erheblicher Unannehmlichkeiten oder anderer triftiger Gründe in der Person des Übergebers</p>	<p>Sind Verbesserung und Austausch unmöglich bzw. mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, kann der Übernehmer zwischen Preisminderung und – bei Geringfügigkeit des Mangels – Wandlung, also der Vertragsaufhebung, wählen. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt. → Wenn also der Übergeber untätig bleibt oder wenn seine Bemühungen fehlschlagen (Übernehmer muss keinen dritten Versuch annehmen). → Achtung: Nimmt der Übernehmer die verspätete Verbesserung oder den verspäteten Austausch an, kann er nicht auf die sekundären Rechtsbehelfe (Preisminderung oder Wandlung) umsteigen. ■ Preisminderung bedeutet, dass der Preis der Sache auf den Wert der Sache angepasst wird. Der nun geminderte Preis entspricht dem Wert der mangelhaften Sache. → Die Preisminderung wird mit der »relativen Berechnungsmethode« durchgeführt, dabei wird das Verhältnis vom »Wert der mangelfreien Sache« zum »Wert der mangelhaften Sache« auf den gezahlten Kaufpreis angewandt ($W:w = P:p$). ■ Wandlung bedeutet, dass der Vertrag aufgehoben wird. Die Wandlung ist nur bei nicht geringfügigen Mängeln möglich. Umgekehrt steht damit die Preisminderung (auf zweiter Ebene) grundsätzlich bei jeder Art des Mangels zu. Ist der Mangel im Zeitpunkt der Übergabe bloß angelegt und tritt er erst später hervor (Weiterfressermangel), kommt es für die Frage der Geringfügigkeit auf den Zustand zum Zeitpunkt des Hervorkommens an.</p>
<p>Unmöglichkeit durch Selbstverbesserung des Übernehmers</p>	<p>Trotz Selbstverbesserung Kostenersatz; Gewährung der Ersatzkosten bis zu jenem Betrag, die der Übergeber selbst aufwenden hätte müssen</p>	<p>Die Verbesserung und der Austausch (primäre Rechtsbehelfe) sind auch dann unmöglich, wenn der Übernehmer den Mangel selbst verbessert hat oder auf eigene Kosten durch einen Dritten verbessern lässt. In diesem Fall kann sich der Übernehmer nicht auf die von ihm selbst herbeigeführte »Unmöglichkeit« der Verbesserung berufen und die »sekundären Rechtsbehelfe« verlangen. → Nach einer Entscheidung des OGH hat der Übernehmer einen Anspruch auf Kostenersatz bis zu jenem Betrag, den der Übergeber selbst für die Mängelbehebung (»zweite Chance«) aufwenden hätte müssen.</p>
<p>Gewährleistung und Schadenersatz</p>	<p>Verschulden des Übergebers Mangelschaden: Mangelhaftigkeit der veräußerten Sache Mangelfolgeschaden: Folge der Mangelhaftigkeit der veräußerten Sache</p>	<p>Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, kann der Übernehmer von ihm auch Schadenersatz fordern (§ 933a Abs. 1 ABGB). Dabei müssen die Voraussetzungen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erfüllt sein: ■ Schaden ■ Kausalität ■ Rechtswidrigkeit ■ Verschulden Auch hier hat der Übernehmer zunächst nur einen Anspruch auf Verbesserung oder Austausch. Im Unterschied zur Gewährleistung beginnt die Verjährungsfrist erst ab Kenntnis des Übernehmers vom Schaden (= Mangel) und von der Person des Schädigers (= Übergeber). → Bei beweglichen Sachen beträgt die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB drei Jahre. → Unabhängig von der Kenntnis des Übernehmers verjährt der Schadenersatzanspruch jedenfalls nach 30 Jahren. Im Unterschied zur Gewährleistung kann der Übernehmer nicht nur den Mangelschaden, sondern auch den Mangelfolgeschaden geltend machen.</p>
<p>Abgrenzung zur Nichterfüllung</p>	<p>■ Gewährleistung: Leistung ist erfolgt, jedoch mangelhaft ■ Verzug: Leistung ist zwar möglich, erfolgt jedoch nicht</p>	<p>Die mangelhafte Leistung stellt eine Nichterfüllung bzw. nicht gehörige Erfüllung dar. Es liegt nicht nur ein Mangel i.S.d. §§ 922, 923 ABGB vor, sondern gleichzeitig bei ■ behebbarem Mangel: Verzug, weil die Leistung nicht auf die vereinbarte Weise erbracht werden kann (§ 918 ABGB), ■ unbehebbarem Mangel: nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 920, 1447 ABGB). Das Konkurrenzproblem zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung ist wie folgt zu lösen: → Vor Annahme der Leistung als Erfüllung stehen dem Übernehmer nur Ansprüche aus der Nichterfüllung nach § 918 ff ABGB zu → Nach Annahme die Gewährleistungsansprüche nach §§ 922 ff ABGB</p>
<p>Abgrenzung zur Anderslieferung (Aliud)</p>	<p>Falschlieferung Unterschied zwischen Gattungs- und Speziesschuld</p>	<p>Stadium der Nichterfüllung: Für den Übernehmer bedeutet dies, dass er keine Gewährleistungsrechte gegen den Übergeber geltend machen kann, sondern die Rechte aus der Nichterfüllung (Verzug nach §§ 918 ff ABGB oder nachträgliche Unmöglichkeit nach §§ 920 ff ABGB). Hier ist zwischen Gattungsschuld und Speziesschuld zu unterscheiden: ■ Speziesschuld: Jede Leistung, die nicht dem Vertrag entspricht, ist eine Anderslieferung ■ Gattungsschuld: Die gelieferte Sache gehört einer anderen Gattung an (entscheidend ist die Verkehrs-sitte)</p>

Quelle: Pochmarski Kober Rechtsanwälte GmbH

Dass die Reparatur eines mangelhaften Fensters mit Lärmbelästigungen verbunden ist, wird der Übernehmer hinnehmen müssen, unter Umständen nicht aber den umfangreichen und zu extremem Schmutz führenden Ausbau des gesamten Parkettbodens, um eine geringfügige Unebenheit zu verbessern. Unzumutbarkeit wird auch angenommen, wenn ein Verbesserungsversuch fehlschlägt: Der Übergeber erhält eine zweite, aber keine dritte Chance.

Der Übergeber hat zwei Betonmischmaschinen, von denen er meint, sie hatzen eine Mischung von je 800 kg. Da er für eine keinen Bedarf hat, bietet er sie dem Übergeber für EUR 1.200.- (statt EUR 2.000.- Marktpreis) an. Der Übernehmer stellt bei der ersten Verwendung fest, dass die Maschine nur 500 kg Mischung hat. Er beschwert sich beim Übergeber. Dieser entgegnet, auch eine 500-kg-Maschine würde noch EUR 1.400.- kosten, der Übernehmer habe also jedenfalls ein gutes Geschäft gemacht. Der Einwand des Übergebers geht hier aber ins Leere. Es geht nicht darum, dass der Übernehmer »immer noch« ein gutes Geschäft macht, sondern darum, dass es genauso gut ist wie das Ursprungsgeschaft (subjektive Äquivalenz). Daher muss der Übernehmer für die kleine Maschine nur EUR 840.- bezahlen, die Preisminderung beträgt EUR 360.-.

Daher ist es für den Bauunternehmer wichtig, genaue Informationen über die durchgeführten Reparaturmanahmen einzuholen und zu prüfen, ob diese vom Umfang her gerechtfertigt waren und ob er diese nicht kostengünstiger hätte durchführen können, weil er dem Bauherrn in diesen Fällen nicht den vollen Kostenersatz leisten muss.

Die Tatsache, dass eine Dampfbremse wider den Regeln der Technik nicht verklebt ist, ist bautechnisch ein Fehler. Dieser Fehler wird im Gewährleistungsrecht als **Mangel** bezeichnet und im Schadenersatzrecht als (**Mangel-**)**Schaden**. Kommt es zu Wassereintritten aufgrund des Fehlers bzw. Mangels bzw. Mangelschadens und führt dies zur Beschädigung von Mauerwerk und/oder in weiterer Folge zu Mietzinsminderungsanspruchen, so handelt es sich um sogenannte **Mangelfolgeschäden**.

Bietet der Übergeber eine mangelhafte Leistung zur Übergabe an, wie beispielsweise eine schief errichtete Mauer, besteht keine Verpflichtung des Übernehmers, diese anzunehmen. Der Übergeber befindet sich weiterhin in Verzug.

Wenn der Übergeber etwa ein Kunststofffenster schuldet, jedoch ein (für sich gesehen völlig mangelfreies) Holzfenster liefert.



Konstantin Pochmarski: »Bei Mangelverschuldung kann in bestimmten Fällen auch Schadenersatz gefordert werden.«



Christina Kober: »Nicht alles, was subjektiv erwartet wird, ist auch objektiv geschuldet.«

dem objektiv Geschuldeten und dem subjektiv Erwarteten. »Nicht alles, was subjektiv erwartet wird, ist objektiv geschuldet. Aber in diesem Spannungsfeld kommt es zu Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer«, erklärt Christina Kober von KPK Rechtsanwälte.

Pochmarski und Kober empfehlen ihren Klienten, zuerst gemeinsam nach Lösungen zu suchen und nicht gleich die Messer zu wetzen.

Für Auftragnehmer ist es zudem oft günstiger, einen – auch vermeintlichen – Mangel zu beheben, als alles auszustreiten. Und Auftraggeber haben zwar mit dem »Zurückbehaltungsrecht des Werklohns« ein mächtiges Instrument in der Hand, müssen aber aufpassen, dies nicht »schikanös« zu verwenden. Zudem hat der Auftragnehmer bei ungerechtfertigt zurückgehaltenem Werklohn gegenubner Unternehmen Anspruch auf – aktuell – 8,58 % Verzugszinsen pro Jahr.

>> Gewährleistungsbehelfe & Schadenersatz <<

Kommt es zu einer tatsächlichen Abweichung der erbrachten Leistung vom vertraglich Geschuldeten,

greift im österreichischen Gewährleistungsrecht das Modell der abgestuften Gewährleistungsbehelfe. Die primären Gewährleistungsbehelfe sollen dem Übergeber die Möglichkeit bieten, durch Verbesserung oder Austausch Vertragskonformität herzustellen. Ist das nicht möglich, kann mittels der sekundären Gewährleistungsbehelfe Preisminderung oder Vertragsauflösung begehrt werden.

Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, kann der Übernehmer in bestimmten Fällen auch Schadenersatz fordern. Auch hier hat der Übernehmer zunächst nur einen Anspruch auf Verbesserung oder Austausch. Im Unterschied zur Gewährleistung kann der Übernehmer nicht nur den Mangelschaden sondern auch den Mangelfolgeschäden geltend machen. Das ist vor allem dann relevant, wenn es in Folge des eigentlichen Mangels (zB einem undichten Installationsrohr) zu einem Folgeschäden wie etwa Wassereintritten durch undichte Stellen kommt, was zur Beschädigung von Mauerwerk und/oder in weiterer Folge zu Mietzinsminderungsanspruchen führen kann. ■

ZUR INFO

■ **ÜBER POCHMARSKI KOBER RECHTSANWÄLTE GMBH:** KPK Rechtsanwälte ist eine Grazer Rechtsanwaltskanzlei mit Schwerpunkt im Zivil- und Baurecht. Zwei Rechtsanwälte und eine Rechtsanwaltsanwarterin 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