

## Leistungsweigerungsrecht – optischer Mangel

### Sachverhalt:

Die Auftragnehmerin legte am **03.04.2017** ein **Angebot**, dass von der Auftragnehmerin am **04.04.2017** **angenommen** wurde, und zwar hinsichtlich der **Lieferung von Fenster- und Türelementen**.

Die **Lieferung** erfolgte in der Zeit **vom 24.04. bis 15.05.2017**. Die bestellte Ware war bei Anlieferung mit einer **Schutzfolie umwickelt**.

Nach ein paar Tagen erfolgte der Einbau und im Zuge dessen die **Entfernung der Schutzfolie**, wobei sich **Mängel in Form von Sprüngen oder Kratzern in manchen Gläsern** sowie das **Hervorquellen von Dichtstoff** bei der Dreifachisolierverglasung mancher Fenster ergab. Bei Abnahme der Schutzfolie wurde **mündlich reklamiert**, aber mit **Email vom 02.05.2017** dies **schriftlich wiederholt**.

Die **Rechnung** erfolgte am **15.05.2017**, wobei die Auftragnehmerin für ihre Produkte **Garantiezusagen** erteilt mit welcher garantiert wird, dass es bei einen Mangel der Fenster innerhalb der ersten fünf Jahre zu einem Tausch binnen 45 Tagen ab Bekanntgabe kommt. Bei der Rechnung war ein Garantieschein jedoch nicht angeschlossen.

Im **November 2017** kam es zu einer **Besprechung an Ort und Stelle**, wobei von der Auftragnehmerin sieben Fenster als mangelhaft anerkannt wurden, diese in der Folge ausgetauscht wurden, bei den übrigen Fenstern wurde ein Mangel nicht anerkannt

Die Ö-Nörm B3738 „Glas im Bauwesen-Isolierglas, Anforderungen an die **visuelle Qualität**“ schreibt vor, dass die Dicht- oder Klebmasse maximal 2 mm über den Randverbund in den Scheibenzwischenraum und auf die Glasscheibe ragen darf.

Der Sachverständige konnte dies nur durch eine genaue Messung feststellen. Dies war bei 15 Fenster der Fall wobei dies **keinen Einfluss auf die Funktionalität der Fenster** hat.

Die **Sanierung** ist **nur durch den Austausch** der fehlerhaften Isolierglas-Isoliergläser möglich.

Die 15 Fenster kosten € 14.424,12, Die **Wertminderung € 1.442,22**. Für die Auftragnehmerin entstehen bei **Austausch Kosten zwischen € 3.000,-- und € 5.000,--**.

### rechtliche Beurteilung:

Bei der Frage der **Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes**, ist vor allem auf die **Wichtigkeit einer Behebung** des Mangels Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als **geringer Nachteil** in Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten unverhältnismäßig sein (RS022044).

Der **Einwand** der Unverhältnismäßigkeit steht dem **Auftragnehmer** zu (5 Ob 127/11 d), wobei ihn dann im Prozess die **Beweislast für diese Unverhältnismäßigkeit** trifft (Peter

Bydlinsky in KBB<sup>6</sup> § 932 Rz18).

Die **Ö-Normwidrigkeit** gründet zwar eine **Mangelhaftigkeit an sich**, ist aber daher **nicht** gleichzeitig ein **taugliches Argument** für die Lösung der Frage der Verhältnismäßigkeit der Verbesserungskosten.

Bei der Unverhältnismäßigkeit einer Verbesserung wird der Auftragnehmer auf **bloße Geldansprüche- Preisminderung-** verwiesen. Es sind jedoch auch die für ihn damit verbundenen **zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen** (RS0121684).

Allein die Tatsache, dass ein allfälliger weiterer Käufer aufgrund dieser Ö-Normwidrigkeit eine Mängelrüge machen könnte, ist keine solche Unannehmlichkeit (5 Ob 41/22 y).

Soferne die **Unverhältnismäßigkeit** der Verbesserungskosten zu **bejahen** ist, hat der Auftragnehmer **keinerlei Anspruch mehr auf Verbesserung** bzw. Austausch und es geht auch der **Einwand des nicht gehörig erfüllten Vertrages** nach § 1052 ABGB in weiterer Folge **ins Leere** (RS0021925).

Das **Entgelt** wird in weiterer Folge **sofort fällig** (Michael Bdlinski in KBB<sup>6</sup> § 1170 Rz3).

Auch Nichtbeigabe eines Garantiescheins mit der Lieferung hat keinen Einfluss auf das Leistungsweigerungsrecht, da es sich hierbei um eine unwesentliche Nebenleistung handelt (RS0020017).

## Leistungsweigerungsrecht- Unverhältnismäßigkeit der Verbesserungskosten

### Sachverhalt:

Der Auftragnehmer hatte Bauleistungen zu erbringen.

Dabei wurde ihm vom Auftraggeber ein Bewehrungsplan übergeben, nach dem die Bewehrungseisen einzubauen sind. Diese Bewehrungseisen wurden von den Mitarbeitern der Auftragnehmerin **nicht zur Gänze** eingebaut. Dies entspricht **nicht dem Stand der Technik**, gefährdet jedoch die Tragsicherheit des Bauwerkes nicht, führt aber zu einer verstärkten Beweglichkeit und in weiterer Folge zu einer erhöhten Rissgefahr. Insbesondere im Zusammenhang mit Schneelasten bzw. Windlasten können Verformungen durch Biegungen und Risse entstehen.

### Rechtliche Beurteilung:

Das **Leistungsweigerungsrecht** setzt einen **Anspruch auf Verbesserung voraus** (RS0019929). Dieser Anspruch ist dann **nicht gegeben**, wenn die **Verbesserung** für den Auftragnehmer mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden** wäre.

Es ist nicht alleine die Höhe der Behebungskosten entscheidend.

Vielmehr geht es um die Wichtigkeit der Behebung des Mangels, der die nach dem Einzelfall zu beurteilen ist (RS0022044[T18]).

Aufgrund der Tatsache, dass der Mangel zu einer erhöhten Verformungs- und Rissgefahr führt, ist jedenfalls der Behebungsaufwand nie unverhältnismäßig.

Der **Einwand der mangelnden Fälligkeit** kann auch dann entgegen gesetzt werden, wenn der Auftraggeber das **mangelhafte Werk bereits übernommen** hat und erst **nachträglich Verbesserung verlangt** (7 Ob 173/20 x). Dadurch soll dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben sein, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern. Nur dann, wenn kein Verbesserungsanspruch mehr besteht, besteht auch kein Leistungsweigerungsrecht.

Dem **Auftragnehmer** trifft die **Behauptungs- und Beweislast** hinsichtlich des allfälligen **Wegfalls des Verbesserungsinteresses** des Auftraggebers.

Das Leistungsweigerungsrecht ist jedoch **dann gegeben**, wenn der Auftraggeber hinsichtlich **eines bestehenden Mangels** die vom Auftragnehmer vorgeschlagene **Verbesserungsweise ablehnt**, jedoch die **Verbesserung anderer** unabhängig hiervon bestehender **Mängel zulässt** (3 Ob 176/20 h).

Das Leistungsweigerungsrecht **fällt** jedoch dann **weg**, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer vom Mangel **überhaupt nicht verständigt** und Maßnahmen setzt, die den **Reparaturaufwand beträchtlich erhöhen** (6 Ob 77/12 k).

## Leistungsweigerungsrecht – unverhältnismäßiger Verbesserungsaufwand

### Schverhalt:

Die Auftragnehmerin erhielt im **Mai bzw. Juni 2011** im Zuge einer Tewosansanierung, **Baumeister- und Zimmermannsarbeiten** durchzuführen.

Diese Arbeiten wurden **nicht fachgerecht ausgeführt**. Es kann einerseits Wasser in die Dachkonstruktion eindringen und die darunter liegende Wärmedämmung schädigen.

Andererseits kann Starkwind die Holzdachkonstruktion verformen und dadurch Folgeschäden verursachen.

Zur Behebung der Mängel ist ein Aufwand von € 260.000,-- erforderlich. Der gesamte Werklohn betrug € 700.000,--.

### rechtliche Beurteilung:

§ 1052 ABGB gewährt dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht am Entgelt bis zur **gehörigen Erfüllung des Vertrages**.

Die **Einrede** der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages kann dabei auch noch **nach Abnahme des Werkes bei Unkenntnis von Mängeln** erhoben werden und zwar so lange dem Auftraggeber ein **Verbesserungsanspruch** zusteht (RS0018507 [T5]).

Das Leistungsverweigerungsrecht umfasst das **gesamte Entgelt**

**Ausnahme:**schikanöse Zurückbehaltung.

**Faustregel:**Mängelbehebungskosten **unter 5 %** des zurückbehaltenen Betrages.

Der **Auftragnehmer ist behauptungs- und beweispflichtig** für die schikanöse Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes. (4 Ob 52/22 h).

Eine **Unverhältnismäßigkeit der Verbesserungskosten** ist dann anzunehmen, wenn die Beeinträchtigung für den Auftragnehmer als wesentlich anzusehen ist. Dann sind sogar über den Wert des Werkes liegende Kosten für die Verbesserung aufzunehmen.

Es ist auch dann von Unverhältnismäßigkeit nicht auszugehen, wenn ein **redlicher und vernünftiger Verkehrsteilnehmer** die Reparatur **auch auf eigene Kosten** durchführen würde. (4 Ob 44/14 w).

Wenn bei üblichen Witterungsverhältnissen wie Regen oder Starkwind die Gefahr von Nässeintritten besteht und Folgeschäden erfolgen können, ist von Unverhältnismäßigkeiten nicht zu sprechen (4 Ob 52/22 h).

Das **Leistungsweigerungsrecht erlischt** dann, wenn die Fertigstellung des Werkes durch den **Auftraggeber verhindert oder unmöglich gemacht** wird oder er noch das unvollendete Werk **von einem Dritten vervollständigen** lässt (6 Ob 306/00a).

Das **Leistungsweigerungsrecht entfällt auch** bei **fehlender nötiger Kooperation** zur Bewerkstellung der Mängelbehebung durch den Werkbesteller (Verschregen in Kletecka/Schauer ABGB ON 1.08 § 1052 Rz31).

**Beachte:**

Sollte bei Vorliegen eines Mangels und Zurückbehaltung eines Teiles des Werklohnes durch den Auftraggeber durch diesen die zur Behebung **notwendige Kooperation** nicht erfolgen, so ist diese zu dokumentieren um dennoch zum ausstehenden Werklohn zu gelangen.

## **Beweislast Mangelschaden/Mangelfolgeschaden**

### **Sachverhalt:**

Die Auftraggeberin beauftragt die Auftragnehmerin mit Trockungs-Boden und Malerarbeiten zur Sanierung eines Wasserschadens im Einfamilienhaus. Die Auftraggeberin behauptete nicht sach- und fachgerechte Durchführung der Arbeiten und zwar beim Laminatboden, bei den Malerarbeiten und rügte die Beschädigung einer Fliese.

Der im Parterre verlegte Laminatboden entsprach in etwa der Klasse und Güte des vorhandenen Bodens und ist weder eklatant höher- noch minderwertiger. Es ist eine Überspannung gegeben, wodurch sich der Boden aufwölbte und kann diesedurch Entlastungsschnitte behoben werden. Der Auftragnehmer war zur Verbesserung bereit, dieAuftragnehmer verweigerten jedoch diese.

Bei den Malerarbeiten wurde eine nicht TÜV-Zertifizierte Farbe verwendet. Es besteht aber kein eklatanter Unterschied zu zertifizierten Produkten. Eine Gesundheitsschädlichkeit der Farbe ist ebenfalls nicht feststellbar.

Im Zuge der Arbeiten wurde durch die Auftragnehmerin im Vorraum des Erdgeschosses eine Bodenfliese beschädigt. Die verlegten Fliesen sind nicht mehr erhältlich. Die Behebung des Schadens kann dadurch erfolgen, dass die beschädigte 30 mm breite Bodenübergangsschiene gegen eine neue 40 mm breite ausgetauscht wird, womit der Sprung in der Fliese überdeckt wird. Aufgrund des bereits erlangten Alters der Fliesen wurde bereits eine 50-%ige Nutzungsdauer erreicht und sind auch weitere Vorschäden vorhanden, und zwar im Ausmaß von 10 %.

### **rechtliche Beurteilung:**

Gemäß **§ 924 Satz 1 ABGB** leistet der Auftraggeber Gewähr für jene **Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind**.

**§ 924 Satz 2 ABGB** enthält eine **Vermutung**, dass ein **Mangel** bereits **bei der Übergabe vorhanden** war; dies **bis zum Beweis des Gegenteils**. Und zwar dann, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt.

Der **Auftragnehmer** der sich auf die **Vermutung berufen** will, muss jedoch die **Mangelhaftigkeit der Sache** sowie das **Hervorkommen des Mangels innerhalb der Sechsmonatefrist beweisen** (6 Ob 123/15 d; RS0124353[T6]).

Nach **§ 933a Abs 1 ABGB** kann der Auftraggeber, wenn durch den Auftragnehmer der Mangel verschuldet wurde, vom Auftragnehmer auch **Schadenersatz** fordern.

Dem **Auftraggeber** obliegt der **Beweis** dafür, dass der **Mangel für den Mangelfolgeschaden kausal** war

(6 Ob 105/20 i; Zöchling-Jud in Kletecka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 933a Rz45).

Zum **Schaden der Fliesen** und behaupteten Austausch des gesamten Fliesenbodens:

Gemäß **§ 1323 ABGB** ist ein Schaden in erster Linie durch **Zurückversetzen in den vorigen Stand – Naturalherstellung** auszugleichen.

Nur wenn dies **nicht möglich oder untunlich** ist, soll der Schätzwert vergütet werden.

Die **Naturalherstellung** scheidet bei **Untunlichkeit** nur dann aus, wenn sie einen **unverhältnismäßig hohen Aufwand an Kosten und Mühe erfordert** (RS0030117).

Es ist zu fragen, ob ein verständig wirtschaftlich denkender Auftraggeber den vollständigen Austausch der Fliesen trotz eines die objektive Wertminderung übersteigenden Instandsetzungsaufwandes durchführen lassen würde (9 Ob 3/22 i).

**beachte:**

Beginn des Laufes der Gewährleistung hat der Auftragnehmer zu beweisen

**Tipp:**

- 1.) **Übergabedatum** genauest protokollieren und unterfertigen lassen
- 2.) **Ö-Norm B2110** sieht ohnedies **Schriftform** vor- Übergabsprotokoll
- 3.) die **Unterfertigung** hat durch den **Auftraggeber** zu erfolgen

# Zeitphasen & Handlungsoptionen des Verbrauchers Digitalen Leistungen

Vertrags- Fälligkeit  
schluss

Bereitstellung  
§ 17 I VGG

Ablauf der Nachfrist  
§ 24 IV Z 4 VGG

Verzug	Gewährleistung		Wahlrecht
<ol style="list-style-type: none"><li>1. Aufforderung zur Bereitstellung (§ 7d I 1 KSchG)</li><li>2. Rücktrittserklärung (§ 7d I 2 KSchG)</li></ol>	Aufforderung zur Mangelbeseitigung	angemessene Frist (§ 21 VGG; Ausnahmen: § 20 IV Z 1-3, 5 VGG)	<p>1. Preisminderung (§ 22 VGG) + Fortbestand des Vertrags</p> <p>oder</p> <p>2. Rücktrittserklärung (§ 23 VGG)</p> <p>Rechtsfolgen: Umwandlung in ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis mit spezifischem Rücktrittsfolgenrecht (§§ 24-26 VGG)</p>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Rücktrittsfolgenrecht (§ 7d II KSchG, §§ 24-26 VGG)</li><li>• Nichterfüllungsschaden (§ 921 S 1 ABGB)</li></ul>	<p>Sonderkündigungsrecht bei „Änderung der digitalen Leistung“ (§ 27 VGG)</p> <p>Rechtsfolgen: §§ 27 III, 24-26 VGG</p>		



# Zeitphasen und Rechtsbehelfe im Überblick

**Vertrags-  
schluss**

**Ablauf der Nachfrist**  
§§ 6 IV Z 4, 24 IV Z 4 VGG

	<b>Verzug</b>	<b>Gewährleistung</b>		<b>Wahlrecht</b>
	<ol style="list-style-type: none"> <li><b>Nachfristsetzung</b> (§ 7c Abs 1 S 1 KSchG) bzw <b>Aufforderung zur Bereitstellung</b></li> <li><b>Rücktrittserklärung</b> (§ 7d I 2 KSchG)</li> </ol> <ul style="list-style-type: none"> <li>Rücktrittsfolgenrecht (§ 7c Abs 3 § 7d II KSchG, §§ 24-26 VGG)</li> <li>Nichterfüllungsschaden (§ 921 S 1 ABGB)</li> </ul>	<b>Aufforderung zur Mangelbeseitigung</b>	<b>angemessene Frist</b> (§§ 13, 21 VGG; Ausnahmen: §§ 12 IV, 20 IV IV VGG)	<ol style="list-style-type: none"> <li><b>Preisminderung</b> (§§ 14, 22)  oder</li> <li><b>Auflösung des Vertrags</b> (§§ 15, 23 VGG)</li> </ol>