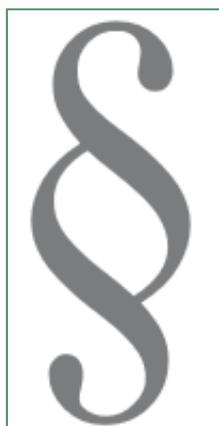
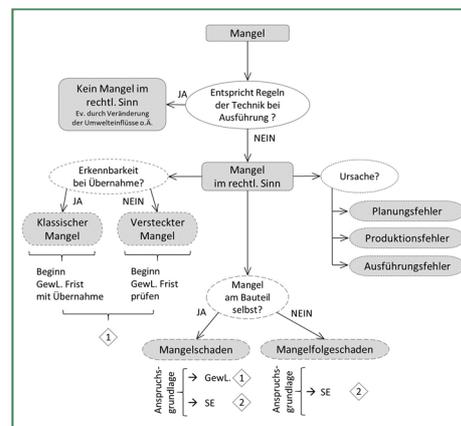
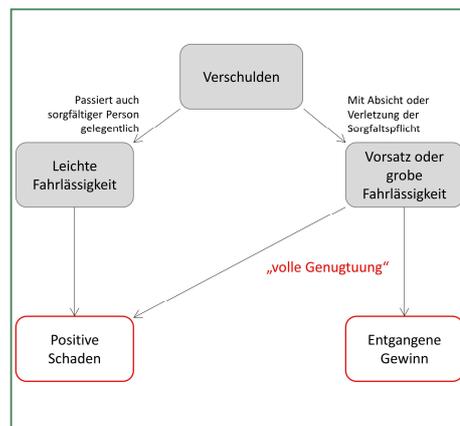
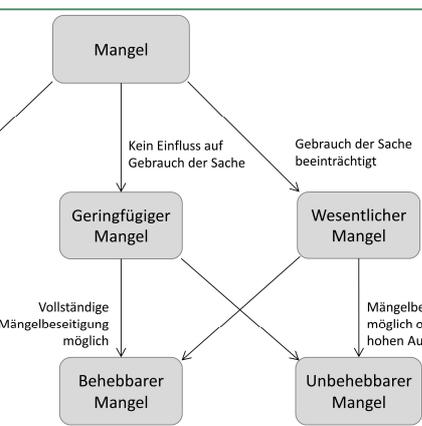


MASTERARBEIT



DER VESTECKTE (ODER VERDECKTE) MANGEL AM BAU – EINE BAUWIRTSCHAFTLICHE ANALYSE

Laura Ortis, BSc

Vorgelegt am
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

Betreuer
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Mitbetreuender Assistent
Mag.iur. Dipl.-Ing. BSc. Lena Paar

Graz am 13. August 2018

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen/Hilfsmittel nicht benutzt, und die den benutzten Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, am 13.08.2018



.....
(Unterschrift)

STATUTORY DECLARATION

I declare that I have authored this thesis independently, that I have not used other than the declared sources / resources, and that I have explicitly marked all material which has been quoted either literally or by content from the used sources.

Graz, 13 August 2018

date



.....
(signature)

Anmerkung

In der vorliegenden Masterarbeit wird auf eine Aufzählung beider Geschlechter oder die Verbindung beider Geschlechter in einem Wort zugunsten einer leichteren Lesbarkeit des Textes verzichtet. Es soll an dieser Stelle jedoch ausdrücklich festgehalten werden, dass allgemeine Personenbezeichnungen für beide Geschlechter gleichermaßen zu verstehen sind.

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die mir während meines Studiums und meiner Diplomarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck und Frau Mag.iur. Dipl.-Ing. BSc. Lena Paar.

Für die Betreuung von außeruniversitärer Seite bedanke ich mich bei Herrn Mag. Heinrich Lackner und Herrn Dipl.-Ing (FH) Herbert Holzleitner.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützten und mein Studium ermöglicht haben. Für die lektorische Abhilfe möchte ich mich bei Bianca bedanken. Vielen Dank an meine Freundinnen Simone und Stefanie, die mich durchwegs mit ihren positiven Mind-Sets angesteckt und dadurch meinen Uni-Alltag erleichtert haben. Zu guter Letzt ein großes Dankeschön an meinen Freund Michael der mir in jeder Lage zur Seite steht.

Graz, am 13.08.2018



(Unterschrift des Studierenden)

Kurzfassung

Diese Masterarbeit behandelt das bauvertragliche Thema des versteckten Mangels in der Bauwirtschaft. Zu Beginn werden die theoretischen Grundlagen der Haftung für Mängel und die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen bei mangelhafter Leistungserfüllung aufgearbeitet. Dabei liegt ein besonderes Augenmerk auf der Gewährleistung und auf dem Schadenersatz. Dafür werden einerseits die gesetzlich-rechtlichen Grundlagen und andererseits die Regelungen aus der ÖNORM B 2110:2013 erläutert. Die Grundlagen werden durchwegs anhand von kurzen Praxisbeispielen aus der Judikatur, in Form von analysierten OGH-Fällen, veranschaulicht. Anschließend wird der versteckte Mangel genauer erörtert, wobei zuerst seine aktuelle Relevanz in der Bauwirtschaft aufgezeigt wird und weiters die aktuelle Judikatur und unterschiedliche Rechtsmeinungen diskutiert werden. Durch die umfangreiche Aufarbeitung der rechtlichen Grundlagen zum Thema der Gewährleistung und des Schadenersatzes und der Analyse einiger OGH-Urteile, wird durch diese Arbeit die derzeit geltende Rechtslage bei versteckten Mängeln aufgezeigt. In weiterer Folge wird ein Klassifizierungssystem für den versteckten Mangel vorgestellt und normierte Abläufe bei Gewährleistungs- und Schadenersatzfällen werden anhand von Grafiken erarbeitet. Abschließend behandelt diese Arbeit den Umgang mit versteckten Mängeln und die wichtigsten Unterschiede zur rechtlichen Situation in Deutschland. Im Fazit werden mögliche Maßnahmen zur Vermeidung versteckter Mängel und der daraus entstandenen Schäden vorgeschlagen.

Abstract

This thesis analyses the latent defect in the building sector. In the first chapter, the theoretical framework including the liability for defects and the different claims for defects is discussed. Particular emphasis is given to the warranty and the compensation for damages. All statutory regulations and the regulation of the ÖNORM B 2110:2013 are outlined. To proof the theoretical basics, court cases of the supreme court will be analysed. Subsequently the main topic about the latent defect is studied in detail. Firstly, the relevance of the latent defect in the building sector is pointed out and secondly the judicature and the different legal interpretations are discussed. In this thesis, the current jurisdiction of the latent defect is explained by analysing the theoretical treatment of the legal basics concerning the statutory warranty and the compensation for defects. In addition, six court cases will be analysed. A classification system for the latent defect is developed and a standardised procedure for a warranty case and a case with compensation for defects is illustrated in graphics. Finally, the management of latent defects is analysed and the situation in Germany is shortly mentioned. In the conclusion, several possible measures to avoid a latent defect are recommended.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Methodik.....	1
1.2	Zielsetzung der Arbeit	2
2	Allgemeines, Definitionen	3
2.1	Die Bauleistung	3
2.2	Maßstäbe der Ausführung von Bauleistungen.....	3
2.3	Der Mangel	5
2.3.1	Einteilung des Mangelbegriffs	6
2.3.2	Der versteckte Mangel.....	7
2.4	Die Haftung	8
2.5	Zusammenfassung Kapitel 2: Allgemeines, Definitionen.....	8
3	Ansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung	9
3.1	Gewährleistung	9
3.1.1	Die Gewährleistungsbefehle	10
3.1.2	Gewährleistungsfrist.....	13
3.1.3	Beweislast.....	15
3.1.4	Die Übernahme.....	16
3.1.5	Ausschluss der Gewährleistungsansprüche	17
3.1.6	Die Gewährleistung in der ÖNORM B 2110.....	18
3.2	Garantie.....	21
3.3	Schadenersatz	21
3.3.1	Schaden.....	22
3.3.2	Kausalität	23
3.3.3	Rechtswidrigkeit.....	25
3.3.4	Verschulden.....	26
3.3.5	Rechtsbefehle bei Schadenersatz.....	26
3.3.6	Verjährungsfrist.....	29
3.3.7	Beweislast bei Schadenersatz	31
3.3.8	Gehilfenhaftung	33
3.3.9	Sachverständigenhaftung.....	35
3.3.10	Ausschluss der Schadenersatzansprüche	35
3.3.11	Schadenersatz in der ÖNORM B 2110	37
3.4	Schadenersatz statt Gewährleistung	39
3.4.1	Unterschiede bei Gewährleistung und Schadenersatz	40
3.4.2	Kombination von Gewährleistung und Schadenersatz	43
3.5	Zusammenfassung Kapitel 3: Ansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung	45
4	Der versteckte Mangel	46
4.1	Definition des versteckten Mangels	47
4.2	Relevanz des versteckten Mangels in der Bauwirtschaft	48
4.3	Unsicherheiten durch Zeitablauf	51
4.4	Gewährleistungsfrist bei versteckten Mängeln	52
4.4.1	Meinung von Bydliniski.....	53
4.4.2	Kritik an Bydliniski	55
4.4.3	Verjährung bei Zusicherung besonderer Eigenschaften.....	57

4.5	Urteile zu versteckten Mängeln.....	58
4.5.1	OGH Fall 4 Ob 202/16h am 20.12.2016.....	58
4.5.2	OGH Fall 8 Ob 365/65 am 18.02.1966.....	59
4.5.3	OGH Fall 9 Ob 50/10h am 28.07.2010.....	60
4.5.4	OGH Fall 7 Ob 103/14v am 09.04.2015.....	60
4.5.5	OGH Fall 5 Ob 53/12y am 09.08.2012.....	61
4.5.6	OGH Fall 9 Ob 75/07f am 19.12.2007.....	62
4.5.7	Schlussfolgerung aus den OGH Urteilen	63
4.6	Klassifizierung des versteckten Mangels	64
4.6.1	Allgemeine Klassifizierung.....	65
4.6.2	Ablauf bei Gewährleistungsanspruch.....	68
4.6.3	Ablauf bei Schadenersatzanspruch.....	70
4.7	Umgang mit dem versteckten Mangel in der Bauwirtschaft.....	72
4.7.1	Sicht des Auftraggebers	73
4.7.2	Sicht des Auftragnehmers	73
4.7.3	Umgang für beide Sichtweisen.....	75
4.8	Der versteckte Mangel in Deutschland	75
4.9	Zusammenfassung Kapitel 4: Der versteckte Mangel	78
5	Fazit & Ausblick	80
	Glossar	83
	Judikaturverzeichnis	85
	Gesetze	85
	OGH Urteile	85
	Normenverzeichnis	86
	Konsultationsverzeichnis	87
	Linkverzeichnis	88
	Literaturverzeichnis	89

Abbildungsverzeichnis

Bild 2-1: Wissensqualität (in Anlehnung an <i>Ellmer, Schremser</i>)	5
Bild 2-2: Einteilung der Mängelbegriffe	7
Bild 3-1: Rechtsansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung	9
Bild 3-2: Relative Berechnungsmethode des Preisnachlasses (in Anlehnung an <i>Kropik</i>)	11
Bild 3-3: Gewährleistungsbehelfe bei Mängeln (in Anlehnung an <i>Welser</i>)	12
Bild 3-4: Gewährleistungsfrist.....	14
Bild 3-5: Beweislastumkehr Gewährleistung	15
Bild 3-6: Schadensarten	23
Bild 3-7: Objektive Berechnungsmethode des Geldersatzes	27
Bild 3-8: Umfang des Ersatzanspruchs	28
Bild 3-9: Verjährungsfristen bei Schadenersatz	30
Bild 3-10: Beweislastumkehr Schadenersatz	32
Bild 3-11: Gehilfenhaftung	34
Bild 3-12: Ausschlussmöglichkeiten des Schadenersatzanspruches.....	36
Bild 3-13: Verjährungssituation im Vergleich.....	41
Bild 3-14: Umfang der Ansprüche im Vergleich	42
Bild 4-1: Symbolerklärung Klassifizierung und Abläufe	65
Bild 4-2: Allgemeine Klassifizierung	67
Bild 4-3: Ablaufdiagramm 1 – Gewährleistung	69
Bild 4-4: Ablaufdiagramm 2 – Schadenersatz	71

Tabellenverzeichnis

Tabelle 3-1: Vergleich Gewährleistung und Schadenersatz	44
Tabelle 4-1: Verjährungsfristen bei Mängelansprüchen nach § 13 der VOB/B....	76

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.a.R.d.T	allgemein anerkannte Regeln der Technik
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzw.	beziehungsweise
ebd.	ebenda
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
OIB	Österreichisches Institut für Bautechnik
OGH	Oberster Gerichtshof
QM	Qualitätsmanagement
S.	Seite
uU	unter Umständen
U-Wert	Wärmedurchgangskoeffizient
Vgl.	vergleiche
VOB	Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen
zB.	zum Beispiel

1 Einleitung

Bauen ist eine komplexe Aufgabe. An jedem Bauvorhaben und an jeder Baustelle treten Baumängel auf, unabhängig davon ob sie schwerwiegend oder unwesentlich, absichtlich zugefügt oder durch Zufall entstanden oder etwa gar nicht zu erkennen sind. Generell gibt es kein mangelfreies Bauvorhaben, da jedes Bauwerk individuell hergestellt wird und der Mensch nicht fehlerfrei arbeitet.

Immer wieder kommt es zu Mängeln an Gebäuden, deren Errichtung mehrere Jahre zurückliegt. In der zunehmenden Anzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen wird nicht selten der Begriff des versteckten Mangels genannt, wobei viele Beteiligte sich über dessen Besonderheiten und Konsequenzen gar nicht im Klaren sind.

Die vorliegende Arbeit widmet sich deshalb der Frage, was als versteckter Mangel zu verstehen ist, welche theoretischen Überlegungen ihm zu Grunde liegen und welche Rechtsansprüche sich daraus ableiten lassen. Da bei einem versteckten Mangel der Schaden oft erst Jahre nach Fertigstellung des Werkes auftritt bzw. erkennbar wird, ist die Rechtslage in diesen Fällen nicht ganz eindeutig. Wann spricht man von einem versteckten Mangel und welche bauvertraglichen Konsequenzen ergeben sich daraus? Hier gehen auch Expertenmeinungen auseinander.

Bei aufgetretenen Mängeln und Schäden hat der Auftraggeber unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für eine Mängelbeseitigung. In dieser Arbeit soll zunächst theoretisch erläutert werden, was ein Mangel und im speziellen Fall, ein versteckter Mangel ist, wann ein Recht auf Gewährleistung oder Schadenersatz besteht, wie die Verjährung geregelt ist und welche Partei zu welcher Zeit die Beweislast trägt. Diese theoretischen Fragestellungen werden mit bauvertraglich relevanten Praxisbeispielen aus der Judikatur untermauert. Darauf aufbauend wird auf den versteckten Mangel am Bau eingegangen. Dabei werden verschiedene Aspekte, die den versteckten Mangel betreffen, genauer angesprochen, wie beispielsweise die Relevanz des versteckten Mangels im Bauwesen und die derzeit bestehenden, unterschiedlichen Rechtsmeinungen zu diesem Thema. Des Weiteren werden durch ausführliche Fallanalysen die derzeitige Rechtssituation des versteckten Mangels erklärt.

1.1 Methodik

Diese Arbeit baut auf der vorherrschenden Literatur zu Mängeln im Bauwesen auf. Die gesetzlichen und normativen Regelungen sind die theoretische Grundlage für diese Arbeit. Ein umfassendes theoretisches Grundgerüst wird erstellt, indem die relevanten Gesetzesstellen zitiert und analysiert werden. Dabei werden die unterschiedlichen Regelungen in Öster-

reich und zum Teil auch die Regelungen in Deutschland miteinander verglichen. Ergänzend zu dieser rein deskriptiven Methode werden gerichtliche OGH-Fälle analysiert. Diese werden an passender Stelle den theoretisch behandelten Themenbereichen zugeordnet, um plakative Beispiele zu nennen. Zusätzlich werden aus den Fällen Schlussfolgerungen gezogen, wie mit versteckten Mängeln umzugehen ist. Für einen stärkeren Praxisbezug werden diverse aktuelle Fachartikel zu diesem Thema berücksichtigt. Außerdem werden Unterlagen zu einem Fachvortrag zum Thema des versteckten Mangels verwendet und ein informelles Expertengespräch geführt. Durch den Vortrag und das Gespräch können bisher in der Literatur nicht erfasste Tatsachen und mögliche zukünftige Entwicklungen erarbeitet werden.

1.2 Zielsetzung der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, die Rechtssituation des versteckten Mangels am Bau zu analysieren. Dabei werden alle geltenden Gesetzesregelungen erläutert und an praktischen Beispielen dargestellt. Daraus ergibt sich eine klare, vergleichende Zusammenstellung, welche die Unterschiede der verschiedenen Anspruchsgrundlagen bei Mängeln aufzeigt. Abschließend wird ein möglicher Umgang mit dem versteckten Mangel am Bau durch ein Klassifizierungssystem und durch normierte Ablaufdiagramme im Gewährleistungs- und Schadenersatzfall aufgezeigt.

2 Allgemeines, Definitionen

In diesem Kapitel werden allgemeine Grundbegriffe des Bauvertrages, die zum Verständnis dieser Arbeit notwendig sind, erklärt. Im Speziellen wird auf den Stand der Technik, den Baumangel und die Haftung bei Mängeln eingegangen.

2.1 Die Bauleistung

„Bauleistungen [...] sind jene Tätigkeiten, die zur Fertigstellung eines Bauvorhabens erforderlich sind.“¹

In der Werkvertragsnorm B 2110:2013 wird die Bauleistung wie folgt definiert:

„Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, Landschaftsbau und sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik.“²

2.2 Maßstäbe der Ausführung von Bauleistungen

Der Auftragnehmer muss Bauleistungen nach festgelegten technischen Regeln mit einem bestimmten Qualitätsstandard herstellen. Die Wissensqualität der technischen Standards wird allgemein durch drei unterschiedliche Stufen beschrieben:

- die anerkannten Regeln der Technik,
- den Stand der Technik,
- den Stand der Wissenschaft.

Die **allgemein anerkannten Regeln der Technik** sind *„technische Regeln, die in der Wissenschaft als theoretisch richtig geprüft und anerkannt worden sind und sich in der Praxis bereits über einen längeren Zeitraum bewährt haben, und zwar dadurch, dass sie von der überwiegenden Mehrheit der betreffenden Fachleute mit Erfolg angewandt worden sind. [...] Die technischen Normen repräsentieren notwendigerweise, aber nicht ausschließlich a. a. R. d. T.“³* Es ist die vertragliche Pflicht eines Auftragnehmers alle Bauleistungen nach den allgemein anerkannten Regeln der

¹ OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 52.

² AUSTRIAN STANDARDS INSTITUTE: ÖNORM B 2110:2013. Norm. S. 8.

³ OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 202.

Technik herzustellen, sonst spricht man von einem Baumangel.⁴ In Kapitel 2.3 wird genauer auf den Mangelbegriff eingegangen.

Der **Stand der Technik** wird hingegen erreicht „*wenn die Wirksamkeit fortschrittlicher, vergleichbarer Verfahren in der Betriebspraxis zuverlässig nachgewiesen werden kann (z.B. durch experimentelle Tests).*“ An den Stand der Technik werden „*[...] über die allgemein anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen gestellt.*“⁵

Das höchste Wissensniveau stellt der **Stand der Wissenschaft** dar, nämlich den „*in der Wissenschaft und technischen Forschung neuesten und realisierbar scheinenden Stand. Analog zum Stand der Technik müssen derartigen Techniken noch nicht Eingang in die Praxis gefunden haben.*“⁶

In Bild 2-1 ist das Zusammenwirken dieser drei Begriffe dargestellt. Es ist zu sehen, dass die Wissensqualität stetig zunimmt und durch die Weiterentwicklung der technischen Normen Wissen verbreitet werden kann. Der Stand der Wissenschaft wird im Laufe der Zeit zum Stand der Technik, der durch praktischen Anwendung zu allgemein anerkannten Regeln der Technik übergeht. Grundsätzlich beinhalten die technischen Normen die allgemein anerkannten Regeln der Technik. Kurz nach der Publikation kann eine Norm jedoch auch mehr, also einen Teil des aktuellen Standes der Technik, umfassen. Bevor eine neue Norm erscheint, kann es auch dazu kommen, dass die gültige Norm weniger als die anerkannten Regeln der Technik umfasst und somit eine vertragskonforme Erfüllung der Leistungspflicht unter der Einhaltung der Normen gar nicht mehr möglich ist. Aus der Grafik geht hervor, dass der Stand der Wissenschaft aus dem Jahr 2011 erst im Jahr 2019 als anerkannte Regeln der Technik angewandt wird.⁷

⁴ Vgl. a.a.O. S. 161.

⁵ A.a.O. S. 219.

⁶ Ebd.

⁷ Vgl. ELLMER, H.; SCHREMSENER, R.: Der "Stand der Technik" als Kostentreiber? Sind Stand und Regel der Technik Synonyme?. In: ZVB, 6/2018. S. 281f.

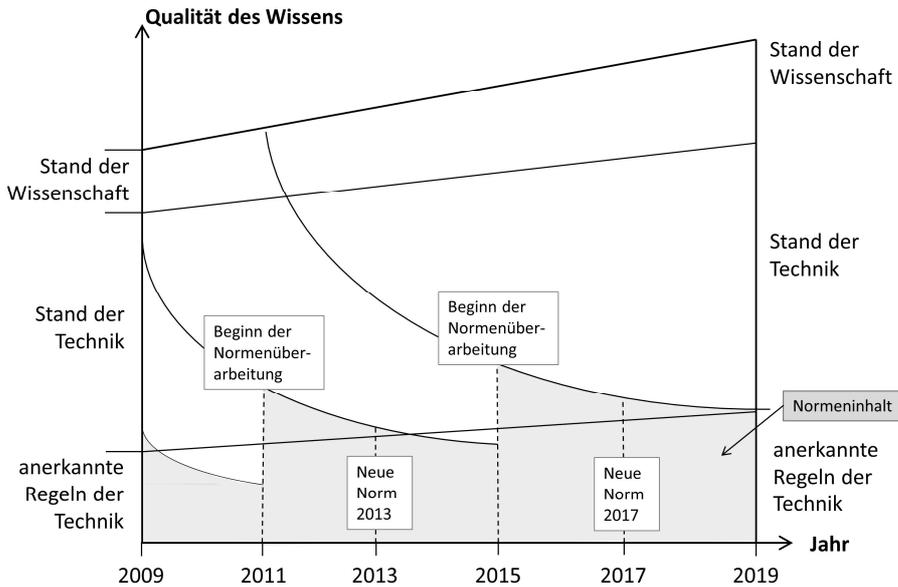


Bild 2-1: Wissensqualität (in Anlehnung an Ellmer, Schremser⁸)

2.3 Der Mangel

„Allgemein wird von einem M. gesprochen, wenn die rechtlich bedungenen bzw. die gewöhnlich vorausgesetzten Anforderungen an die Eigenschaften einer Sache oder an die Handlungen oder Eigenschaften einer Person nicht erfüllt werden.“⁹

Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften zählt generell, dass eine Bauleistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Dazu gehören einerseits alle technischen ÖNORMEN, andererseits auch alle Praktiken die sich bewährt haben und üblicherweise angewandt werden. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften benötigen, im Gegensatz zu bedungenen, keine zusätzliche Vereinbarung.¹⁰

Die speziellen Eigenschaften der Leistung können durch eine Leistungsbeschreibung oder ein Muster genau definiert werden, jedoch ist auch eine stillschweigende Vereinbarungsform zulässig.¹¹ Beispielsweise ist eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft, die, dass eine Wand gerade ist. Hingegen ist eine bedungene Eigenschaft zum Beispiel die spezielle Dämmwirkung einer Wand.

⁸ Vgl. a.a.O. S. 284.

⁹ OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 160f.

¹⁰ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 16ff.

¹¹ Vgl. SCHOPF, A.: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft mit 70 Musterbriefen. S. 146.

Ein Baumangel ist im rechtlichen Kontext ein **Sachmangel**. Ein Sachmangel ist eine Abweichung vom Geschuldeten, wenn die Sache nicht dem Vertrag entspricht. Dem gegenüber steht der **Rechtsmangel**, welcher im bauvertraglichen Bereich eine untergeordnete Rolle spielt. Ein Rechtsmangel besteht, wenn ein Vertragspartner den anderen nicht die vertraglich geschuldete, rechtliche Position verschafft.¹²

2.3.1 Einteilung des Mangelbegriffs

Eine genauere Einteilung der Mängel ist für die möglichen Rechtsansprüche von Bedeutung. Es wird generell zwischen wesentlichen, geringfügigen und unerheblichen sowie zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln unterschieden.¹³

Ein **wesentlicher** Mangel liegt vor, wenn die fertiggestellte Leistung nicht benützt werden kann oder in ihrem Gebrauch beeinträchtigt ist. Dem gegenüber steht der **geringfügige** Mangel, der keinen Einfluss auf die Verwendung der Sache hat, beispielsweise optische Mängel wie Unebenheiten des Bodens, die nicht im Toleranzbereich liegen.¹⁴

Unerhebliche Mängel lösen, im Gegensatz zu geringfügigen, gar keine Ansprüche aus und müssen akzeptiert werden, beispielsweise Oberflächenunebenheiten die innerhalb des vorgeschriebenen Toleranzbereichs liegen.¹⁵

Eine vollständige Mängelbeseitigung ist für einen **behebbaren** Mangel technisch möglich. Ein **unbehebbarer** Mangel kann jedoch entweder gar nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen beseitigt werden.¹⁶

In Bild 2-2 sind die bereits angeführten Mängelbegriffe grafisch dargestellt, wobei eine kurze Erklärung die Einteilung der Mängelbegriffe unterstützt.

¹² Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 173.

¹³ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 11.

¹⁴ Vgl. ebd.

¹⁵ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 383.

¹⁶ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 174.

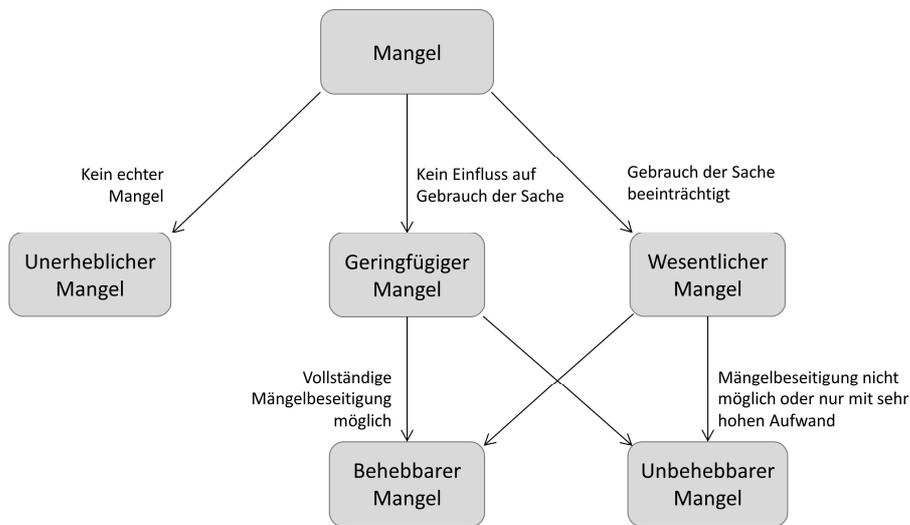


Bild 2-2: Einteilung der Mängelbegriffe

Der Mangel muss sich jedoch nicht auf die mangelhafte Sache selbst beschränken, sondern kann sich ausweiten. Verursacht ein Mangel in weiterer Folge einen Schaden, handelt es sich dabei um einen **Mangelfolgeschaden**. Dieser Schaden geht über die mangelhafte Sache (den **Mangelschaden**) selbst hinaus und betrifft dessen Umgebung. Beispielsweise wird durch ein undichtes Rohr der Fußboden durchfeuchtet, dabei ist der Mangelschaden das undichte Rohr an sich und der Mangelfolgeschaden der daraus entstandene Schaden am Fußboden.¹⁷

Weiters gibt es den Begriff des **Begleitschadens**, der während der Mängelbehebung an anderen Gütern entsteht. Beispielsweise wird das defekte Rohr durch den Installateur ausgetauscht, jedoch wird dabei der Fußboden durch dessen Lötlampe beschädigt.¹⁸

2.3.2 Der versteckte Mangel

Der versteckte Mangel wird in Österreich und Deutschland auch **als verdeckter** oder manchmal als **verborgener, verbauter** oder **geheimer** Mangel bezeichnet. Es handelt sich dabei aber nicht um einen Mangel, der vom Auftragnehmer unter bösen Absichten und Arglist versteckt wurde. Der versteckte Mangel ist lediglich ein Baumangel der nicht gleich erkannt werden konnte. Im Kapitel 4 wird der Begriff des versteckten Mangels genauer definiert, der Umgang damit erklärt und unterschiedlichen Meinungen dazu diskutiert.

¹⁷ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 42f.

¹⁸ Vgl. ebd.

2.4 Die Haftung

Im Allgemeinen gibt es zwei unterschiedlichen Arten der Haftung:¹⁹

- die Vertragshaftung,
- die Deliktshaftung.

Bei der **Vertragshaftung** besteht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten. Dabei haftet der Schädiger für seine Vertragsverletzung gegenüber seinen Vertragspartner.²⁰

Bei der **Deliktshaftung** muss der Schädiger für seine Vertragsverletzung gegenüber Dritte Ersatz leisten.²¹

Im bauvertraglichen Kontext handelt es sich meist um eine Vertragshaftung zwischen den zwei Vertragsparteien. Es kann jedoch auch zu schadenersatzrechtlicher Haftung gegenüber Dritten kommen, wenn beispielsweise eine nicht beteiligte Person, wie etwa ein Passant, zu Schaden kommt.

2.5 Zusammenfassung Kapitel 2: Allgemeines, Definitionen

In diesem Kapitel wurden allgemeine Begriffe wie die Bauleistung, die Haftung und der Mangel definiert. Zunächst muss geklärt werden, wann eine Bauleistung als mangelhaft zu qualifizieren ist. Nach den gesetzlichen Regelungen spricht man von einem Mangel, wenn die Leistung nicht die allgemein vorausgesetzten oder die speziell zugesicherten Eigenschaften besitzt. Die allgemein vorausgesetzten Eigenschaften werden von den allgemein anerkannten Regeln der Technik umfasst, welche in den technischen Normen festgelegt sind. In diesem Kontext sind die Begriffe Regeln der Technik, Stand der Technik und Stand der Wissenschaft voneinander abzugrenzen. Besteht im rechtlichen Sinn ein Mangel kann dieser in verschiedenen Zusammenhängen gesehen werden. Man kann zwischen dem wesentlichen, geringfügigen und unerheblichen, dem behebbaren und unbehebaren Mangel und zwischen Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und Begleitschaden differenzieren. Kommt es unter Berücksichtigung gewisser Voraussetzungen zur Haftung für den eingetretenen Mangel wird zwischen der Vertragshaftung und der Deliktshaftung unterschieden.

¹⁹ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 362.

²⁰ Vgl. ebd.

²¹ Vgl. ebd.

3 Ansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung

Der Besteller einer Leistung kann sich bei Auftreten eines Mangels auf unterschiedliche Rechtsansprüche stützen. Der Auftragnehmer haftet bei unterschiedlichen Voraussetzungen für seine Leistung aus dem Titel der Gewährleistung, der Garantie oder des Schadenersatzes.²²

In diesem Kapitel werden die drei genannten Anspruchsgrundlagen, wie in Bild 3-1 dargestellt, genau erklärt und am Ende wird auf den Unterschied zwischen der Gewährleistung und dem Schadenersatz eingegangen. Diese theoretischen Grundlagen werden zusätzlich durch Fallbeispiele des Obersten Gerichtshofs erläutert, welche mit grauer Farbe hinterlegt sind.

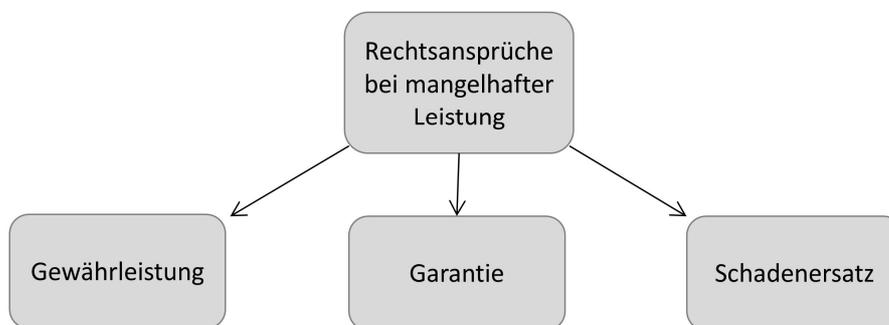


Bild 3-1: Rechtsansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung

3.1 Gewährleistung

Der Auftragnehmer haftet für die Mangelfreiheit seiner Leistungen gegenüber dem Auftraggeber bei der Übernahme der Bauleistung.²³

In § 922 (1) ABGB wird die Gewährleistung wie folgt definiert:

*„Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass sie Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat [...]“*²⁴

Besteht ein Sachmangel ist der Auftragnehmer zur Gewährleistung verpflichtet. Dabei ist es nicht erforderlich, dass diesem ein Vergehen oder ein Verstoß gegen seine Sorgfaltspflichten nachgewiesen werden kann. Allein die Existenz einer mangelhaften Leistung verpflichtet zur Gewährleistung.²⁵

²² Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 11.

²³ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 6.

²⁴ ABGB. § 922 (1).

²⁵ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 6.

Das Recht auf Gewährleistung ist nachgiebiges, dispositives Recht. Es ist generell zulässig durch vertragliche Vereinbarungen, Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen zu erwirken, solange sich diese Anpassungen im Bereich des Gesetzes- und Sittengemäßen befinden. Hingegen sind Abänderungen der zwingenden Rechtsvorschriften nicht erlaubt. Beispiele dafür sind das Arbeitnehmerschutzgesetz, das Produkthaftungsgesetz oder das Konsumentenschutzgesetz.²⁶

Die Gewährleistung kann individuell angepasst werden, siehe in Kapitel 3.1.2 oder gänzlich ausgeschlossen werden, siehe Kapitel 3.1.5.

3.1.1 Die Gewährleistungsbehelfe

Der Rechtsanspruch des Auftraggebers aus der Gewährleistung wird als Gewährleistungsbehelf bezeichnet. Dieser Anspruch ist in § 932 des ABGB festgelegt.²⁷

Die **primären Gewährleistungsbehelfe** sind die Verbesserung und der Austausch. Der Auftraggeber hat bei Mangelhaftigkeit zunächst Recht auf die Herstellung des mangelfreien Zustandes. Dabei kann der Mangel entweder ausgebessert oder die mangelhafte Sache ausgetauscht werden.²⁸

Die **sekundären Gewährleistungsbehelfe**, Preisminderung oder Wandlung, können nur bei gewissen Voraussetzungen in Anspruch genommen werden, wie in § 932 ABGB geregelt ist, wenn:²⁹

- eine Verbesserung technisch nicht möglich ist (unbehebbarer Mangel), oder
- eine Verbesserung mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden ist, oder
- der Auftragnehmer die Verbesserung in der angemessenen Frist nicht durchführt, oder
- der Auftragnehmer die Verbesserung verweigert, oder
- die Verbesserung dem Auftraggeber aus triftigen Gründen nicht zumutbar ist oder ihm erhebliche Unannehmlichkeiten hervorrufen würde.

²⁶ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 13f.

²⁷ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 19f.

²⁸ Vgl. ebd.

²⁹ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. S. 965.

Handelt es sich um einen geringfügigen Mangel, ist nach Meinung von *Welser*, die **Preisminderung** die einzige angebrachte Alternative zur Verbesserung. Jedoch darf ein geringfügiger Mangel nicht mit einem unerheblichen Mangel verwechselt werden, der gar keine Gewährleistungsansprüche auslöst.³⁰

Die Höhe der Preisminderung muss immer im Verhältnis zum entstandenen Mangel stehen. Dabei sollte der Wert des Objektes mit und ohne Mangel bewertet werden und daraus ein passender Preisnachlass mit der relativen Berechnungsmethode ermittelt werden, wie durch die Formel in Bild 3-2 dargestellt. Durch die Preisminderung bleibt der Werkvertrag bestehen, es kommt lediglich zur Anpassung des Werklohns. Die Berechnung muss auf der Preisbasis des Vertrages beruhen, unter dem Motto: Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis.³¹

$$\frac{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes}}{\text{objektiver Wert des mangelhaften Werkes}} = \frac{\text{vereinbarter Werklohn}}{\text{geminderter Werklohn}}$$

Bild 3-2: Relative Berechnungsmethode des Preisnachlasses (in Anlehnung an Kropik³²)

Handelt es sich um einen wesentlichen Mangel besteht das Recht auf **Wandlung**. Dabei stellt sich die Frage, ob der wesentliche Mangel eine so hohe Relevanz hat, dass eine Auflösung des Vertrages eine adäquate Folge wäre. Kommt es zu einer Wandlung kann der Auftraggeber den gezahlten Werklohn und der Auftragnehmer sein mangelhaftes Werk zurückfordern.³³

In Bild 3-3 ist der Auswahlprozess für die Gewährleistungsbehelfe dargestellt. Zuerst muss geklärt werden, um welche Art des Mangels es sich handelt, um in weiterer Folge, unter Berücksichtigung der herrschenden Umstände, den passenden Gewährleistungsbehelf zu ermitteln.

³⁰ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 24f.

³¹ Vgl. WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Praxisleitfaden. Der österreichische Bauvertrag. S. 103f.

³² Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 400.

³³ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 24f.

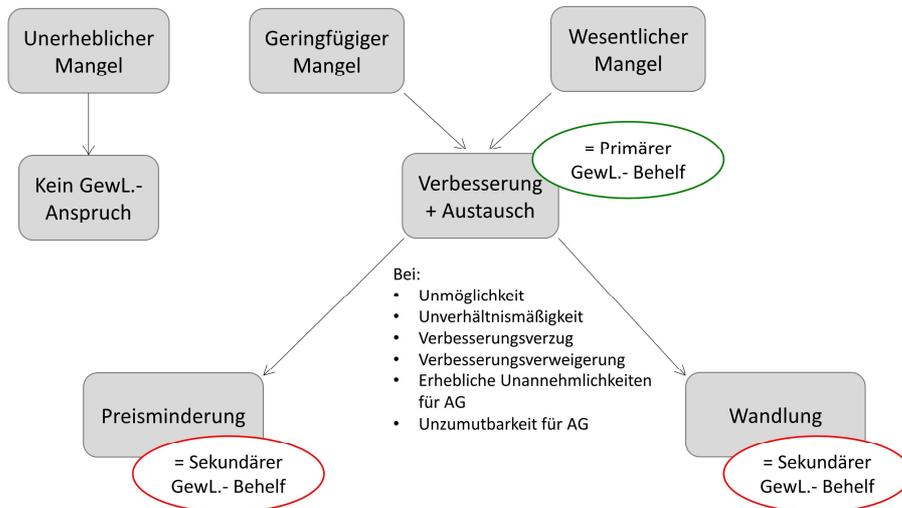


Bild 3-3: Gewährleistungsbefehle bei Mängeln (in Anlehnung an *Welser*³⁴)

In manchen Fällen kann es dazu kommen, dass ein Mangel nicht einfach ausgetauscht oder verbessert werden kann, da er unbehebbar ist. Man spricht von einer **Unbehebbarkeit**, wenn eine Mängelbehebung technisch nicht möglich ist oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchgeführt werden kann.³⁵ Siehe dazu die Einteilung der Mängelbegriffe in Bild 2-2.

Ist eine Beseitigung eines unbehebbaaren Mangels nur möglich, indem dadurch der gesamte Charakter des Werkes verändert wird, kommt es zu **Sowiesokosten**. Für diese Mängelbehebung werden zusätzliche Leistungen notwendig, die nicht im ursprünglichen Vertrag geregelt waren. Wäre das Werk gleich so ausgeführt worden, wären diese Kosten von vornherein zu bezahlen gewesen. Der Auftraggeber muss selbst für die Sowiesokosten aufkommen, da der Auftragnehmer diese auch bei mangelfreier Herstellung des Werkes gefordert hätte. Für die Kosten der mangelhaften Erfüllung des Werkes muss natürlich der Auftragnehmer aufkommen.³⁶

Der OGH hat im **Fall 6 Ob 85/05a am 3.11.2005** über eine angemessene Verbesserungsfrist und die Unzumutbarkeit der Verbesserung entschieden:

Dabei wurde eine Einbauküche vom Auftragnehmer geliefert und montiert, wobei jedoch Mängel auftraten. Nachdem der Auftraggeber die Mängel gerügt hat, setzte er eine Verbesserungsfrist von 14 Tagen. Jedoch sagte er den Mängelbesichtigungstermin mit dem Küchenlieferanten frühzeitig ab, wodurch dieser keine Chance hatte einen Verbesserungsvorschlag zu machen. Erst nach längerem Hin und Her wurde rund drei Monate nach der Mängelrüge ein Sanierungskonzept vorgeschlagen. Nachdem dieses

³⁴ Vgl. a.a.O. S. 19.

³⁵ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 174.

³⁶ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 23f.

vom Auftraggeber abgelehnt wurde, brachte der Unternehmer nach weiteren vier Monaten die Werklohnklage ein. Weiters forderte der Auftraggeber die Wandlung aufgrund Unzumutbarkeit der Verbesserung.³⁷

Der OGH entschied, dass 14 Tage als Verbesserungsfrist ohne Möglichkeit der Besichtigung, auf jeden Fall zu kurz seien, insbesondere weil die Mängel nicht an der Benützung der Sache hinderten, sondern rein optischer Natur waren. Weiters war die Unzumutbarkeit der Verbesserung nicht nachvollziehbar, da die Unannehmlichkeiten durch die Arbeiten in der Küche auf jeden Fall geringer wären als bei der, vom Auftraggeber priorisierten, Wandlung, wenn eine ganz neue Küche eingebaut wird. Man spricht hier von unvermeidbaren „Sowieso-Beeinträchtigungen“, die in keinem Fall den Vorrang der Verbesserung verhindern können.³⁸

3.1.2 Gewährleistungsfrist

Der **Zeitpunkt** der Übernahme spielt bei Gewährleistungsansprüchen eine wichtige Rolle. Der Unternehmer haftet für alle Mängel die bei der Übernahme der Leistung vorhanden sind. Die Gewährleistungsfrist ist eine Klagsfrist. Wird nach Ablauf der Frist ein Mangel eingeklagt, gilt der Anspruch auf Gewährleistung als präkludiert und ist somit nicht mehr gerichtlich durchsetzbar.³⁹

Eine Ausnahme zum Beginn der Gewährleistungsfrist gibt es im Fall der Zusage besonderer Eigenschaften durch den Auftragnehmer. In diesem Fall beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit Erkennbarkeit des Mangels. Der Auftraggeber muss dabei aber beweisen, dass genau die Sache mit den speziell zugesicherten Eigenschaften mangelhaft ist.⁴⁰ Die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften wird in Kapitel 4.4.3 dargelegt.

Der **Zeitraum** in dem auftretende Mängel einen Gewährleistungsfall darstellen, ist von ebenso großer Bedeutung. Die Regelung zur Gewährleistungsfrist ist in § 933 (1) des ABGB festgelegt. Die Frist beginnt mit dem Tag der Übernahme. Im Allgemeinen haftet der Unternehmer für beweglichen Gegenstände zwei Jahre und für unbewegliche Gegenstände drei Jahre.⁴¹

Beispielsweise haftet ein Dachdecker für die befestigten Dachziegel drei Jahre, werden die Dachziegel jedoch nur geliefert und nicht verbaut besteht nur eine zweijährige Gewährleistungsfrist. Das Schema der Verjährungsfrist des Gewährleistungsrechts ist in Bild 3-4 dargestellt.

³⁷ Vgl. BYDLINSKI, P.: Gewährleistung am Beispiel eines Werkvertrages. In: Zak. Zivilrecht aktuell, 6/2006. S. 105ff.

³⁸ Vgl. ebd.

³⁹ Vgl. GÖLLES, H.; LINK, D.: ÖNORM-Bauvertrag - Praxiskommentar. S. 368.

⁴⁰ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 90f.

⁴¹ Vgl. a.a.O. S. 89f.

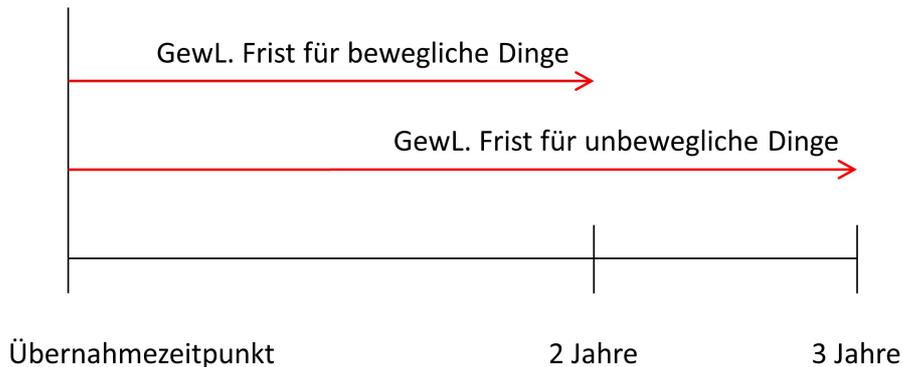


Bild 3-4: Gewährleistungsfrist

Eine **Anpassung** der Gewährleistungsfrist ist generell möglich, da die gesetzliche Gewährleistungspflicht ein dispositives Recht ist und somit verändert werden darf. Im ABGB § 933 (1) wird eine Verkürzung oder Verlängerung der Gewährleistungsfrist explizit erlaubt. Eine Fristenänderung wird entweder direkt im Bauvertrag oder in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vertragspartners festgelegt. Die AGBs sind jedoch nur dann gültig, wenn sie der Inhaltskontrolle nach § 879 (3) des ABGB standhalten und somit keine Partei stark benachteiligen. *Karasek* schreibt, dass eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nur dann zulässig ist, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt.⁴²

Ein Beispiel zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist ist das **OGH Urteil 6 Ob 100/10i vom 24.06.2010**:

Dabei wurde dem Auftraggeber zugesichert, er habe im Fall des Auftretens von Mängeln das einseitige Wahlrecht zwischen der sofortigen Geltendmachung von Verbesserungs- oder Preisminderungsansprüchen und der Verlängerung der Gewährleistungsfrist von drei auf zehn Jahre. Im konkreten Fall kam es nach ungefähr drei Jahren zu leichten Mängeln am Vollwärmeschutz des Gebäudes. Der Auftraggeber nutzte sein Wahlrecht und entschied sich die weitere Entwicklung des Mangels abzuwarten und die Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre zu verlängern. Der OGH hat diese Vereinbarung als zulässig angesehen und in diesem Fall keine Benachteiligung des Auftragnehmers erkannt, da diesem schon bei Vertragsunterzeichnung die maximale Gewährleistungsfrist von zehn Jahren bekannt war.⁴³

⁴² Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. S. 62.

⁴³ Vgl. MICHL, G. J.: Gröbliche Benachteiligung bei Verlängerung der Gewährleistung. In: ZVB, 10/2010. S. 389ff.

3.1.4 Die Übernahme

Die Übernahme der Bauleistung ist die Ablieferung des Werkes vom Auftragnehmer an den Auftraggeber und sie bewirkt folgende drei Konsequenzen:⁴⁶

- die Werkleistung gilt als erbracht,
- die Gefahrentragung für die Werkleistung geht vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber über und
- die Gewährleistungsfrist beginnt.

Der Zeitpunkt der Übernahme des Werkes spielt für die Gewährleistungspflicht eine wichtige Rolle. Alle Mängel die erst nach diesem Zeitpunkt auftreten, befinden sich nicht im Gewährleistungsumfang. Die Übernahme eines Bauwerkes erfolgt in der Regel förmlich. Bei der förmlichen Übernahme begutachten Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam das Bauwerk und fertigen ein Übernahmeprotokoll an, in welchem alle vorhandenen Mängel aufgelistet werden. In der Niederschrift werden neben den gerügten Mängeln auch vereinbarte Fristen, vereinbarte Vertragsstrafen und etwaige Überschreitungen der Leistungsfristen festgehalten. Das Datum dieses unterfertigten Protokolls ist der Übernahmzeitpunkt.⁴⁷

Eine andere Art der Übernahme ist die formlose Übernahme. Das Werk gilt als übernommen, sobald es in die Verfügungsmacht des Auftraggebers übergeht. Das kann beispielsweise durch die bestimmungsgerechte Benützung des Objektes oder die Entgeltzahlung durch den Auftraggeber geschehen.⁴⁸

Die weiteren Rechtsfolgen der Übernahme sind der Beginn der Gewährleistungsfrist und die Gefahrenübertragung für das Werk vom Auftragnehmer zum Auftraggeber hin. Wird das Werk, nach der Übernahme, zufällig beschädigt oder zerstört, haftet der Auftraggeber selbst dafür. Die Übernahme zieht auch einen Gewährleistungsverzicht für alle nicht gerügten aber offensichtlichen Mängel mit sich. Der allgemeine Gewährleistungsanspruch für versteckte Mängel bleibt jedoch erhalten.⁴⁹ In Kapitel 4.4 wird näher auf die Gewährleistung bei versteckten Mängeln eingegangen.

⁴⁶ Vgl. WENUSCH, H.: ÖNORM B 2110. Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht. S. 566.

⁴⁷ Vgl. KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. S. 439ff.

⁴⁸ Vgl. a.a.O. S. 444ff.

⁴⁹ Vgl. a.a.O. S. 449f.

3.1.5 Ausschluss der Gewährleistungsansprüche

Gewährleistungsansprüche können unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Die Gewährleistungsbestimmungen des ABGB sind nachgiebiges Recht und können deshalb von den Vertragspartnern individuell geregelt werden. Dabei ist zunächst eine genaue Trennung zwischen Verbrauchergeschäften und Unternehmergeschäften vorzunehmen.⁵⁰

Im § 9 (1) KSchG werden die Regelungen für Verbrauchergeschäfte festgelegt: *„Gewährleistungsrechte des Verbrauchers [...] können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist unwirksam, doch kann bei der Veräußerung gebrauchter beweglicher Sachen die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird. [...]“*⁵¹

Bei Unternehmergeschäften sind die Ausschlussmöglichkeiten größer. Hier ist der Verzicht auf einzelne Gewährleistungsbehelfe, wie beispielsweise die Einschränkung der Gewährleistung auf die Verbesserung, zulässig. Jedoch gibt es eine Einschränkung für Werkverträge. Bei der Herstellung eines Werkes ist der Vorwegverzicht aller zukünftigen Ansprüche nicht zulässig, da das Werk zunächst hergestellt und begutachtet werden muss. Erst bei der Übernahme kann ein Verzicht vereinbart werden.⁵²

Ein Gewährleistungsverzicht umfasst alle Mängel (auch versteckte) die normalerweise vorausgesetzte Eigenschaften betreffen. Mängel an ausdrücklich oder schlüssig zugesicherten Eigenschaften sowie arglistig verschwiegene Mängel sind nicht umfasst. Ein allgemeiner Gewährleistungsverzicht schließt den Anspruch auf Ersatz der Mangelschäden, aber nicht der Mangelgeschäden, aus.⁵³

Im OGH **Fall 3 Ob 238/15v vom 20.01.2016** wurde ein umfassender Gewährleistungsausschluss bei Kauf einer gebrauchten Immobilie vereinbart:

In einem Inserat wurde der sehr gute bis gute Zustand der Immobilie öffentlich angepriesen. Zusätzlich wurde der Käuferin vor Vertragsunterzeichnung eine absolute Trockenlegung und Isolierung der Wände zugesichert. Daraufhin wurde der Kaufvertrag mit umfassenden Gewährleis-

⁵⁰ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 75.

⁵¹ KSchG. § 9 (1).

⁵² Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 77ff.

⁵³ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 94f.

tungsverzicht unterzeichnet. Das Objekt wies jedoch massive Feuchtigkeitsschäden an den Wänden und unzulässige Elektroinstallationen auf. Diese Mängel waren für die Käuferin nicht erkennbar.⁵⁴

Der OGH entschied, dass die Käuferin ein Recht auf Wandlung hat, da der Verkäufer auch bei einem Gewährleistungsverzicht für ausdrücklich zugesagte Eigenschaften einzustehen hat.⁵⁵

3.1.6 Die Gewährleistung in der ÖNORM B 2110

In der Werkvertragsnorm B 2110:2013 wird die Gewährleistung unter Punkt 12.2 geregelt. In den meisten Punkten entspricht die ÖNORM den gesetzlichen Bestimmungen des ABGB. Jedoch werden insbesondere der Haftungsrücklass, die Geltendmachung von Mängeln und einige Bestimmungen zur Übernahme genauer geregelt.

Regelungen der ÖNORM die den Auftraggeber in einem Verbrauchergeschäft in irgendeiner Weise benachteiligen, haben aufgrund des KSchG keine Anwendbarkeit.⁵⁶

Der **Haftungsrücklass** wird vom Auftraggeber bis zum Ende der Gewährleistungsfrist von der Schlussrechnung zurückbehalten. Dieser ist eine Absicherung für den Auftraggeber falls nach der Übernahme Mängel am Werk auftreten. Dieser muss den zurückbehaltenen Betrag spätestens 30 Tage nach Ablauf der Frist wieder freigeben, wenn er nicht in Anspruch genommen wurde. Nach der Freigabe ist der Auftragnehmer grundsätzlich frei von weiteren Gewährleistungsansprüchen. Der Haftungsrücklass kann für Verbesserungsarbeiten durch den Auftraggeber oder für Ersatzvornahmen durch Dritte verwendet werden. Die ÖNORM begrenzt die Höhe des Haftungsrücklasses in Punkt 8.7.3 mit zwei Prozent (inkl. Mehrwertsteuer) des Rechnungsbetrags der Schlussrechnung.⁵⁷

Die ÖNORM regelt folgende drei Aspekte, bezüglich der **Geltendmachung von Mängeln**, abweichend zum ABGB:⁵⁸

- die verpflichtende Mängelrüge,
- die Schlussfeststellung,
- die Sonderbestimmungen des Fristenverlaufes.

Die **Mängelrüge** schreibt dem Auftraggeber eine schriftliche Bekanntgabe aller Mängel vor, die erst nach der Übernahme auftreten. Dabei sollte der Auftraggeber, ehestens nach Kenntnis über den Schaden, den Auftragnehmer informieren. Dies wird in Punkt 12.2.3.1 der ÖNORM geregelt.

⁵⁴ Vgl. FRAD, T.: Bemerkenswerte baurechtliche Entscheidungen des OGH im Jahr 2016. In: bau aktuell, 6/2017. S. 239.

⁵⁵ Vgl. ebd.

⁵⁶ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 33.

⁵⁷ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 345.

⁵⁸ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 33.

Wird ein Mangel nicht gerügt kann es zum Verlust der Gewährleistungsansprüche kommen, jedoch wird diese Situation in der ÖNORM nicht explizit angesprochen. Diese Regelung gilt nicht für Verbrauchergeschäfte. Eine fehlende Mängelrüge von offensichtlichen Mängeln bei der Übernahme bedeutet nach Punkt 10.6.2 einen Verzicht auf alle Gewährleistungsansprüche für diese Mängel.⁵⁹

Kropik gibt, unter anderen, folgende Gründe an, warum die Pflicht der Mängelrüge für den Auftraggeber von Bedeutung ist:⁶⁰

- Es kann bei Versäumnis der Mängelrüge zu einer Vergrößerung des Schadens oder zu einem Mangelfolgeschaden kommen.
- Der Auftraggeber haftet für die vergrößerten oder zusätzlichen Schäden selbst, da er der Schadensminderungspflicht unterliegt.
- Aufgrund der verspäteten Mängelrüge, könnte der Auftragnehmer seine Gewährleistungsansprüche gegenüber seinen Lieferanten verlieren, und somit vom Auftraggeber Schadenersatz fordern.

Kurz vor dem Ende der Gewährleistungsfrist sieht die ÖNORM eine **Schlussfeststellung** vor, wobei die Mangelfreiheit des Werkes begutachtet werden soll. Die Schlussfeststellung sollte innerhalb der Gewährleistungsfrist stattfinden. Kann sie aus besonderen Gründen (zB. Extremwetter) oder aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, nicht vor dem Ende der Frist stattfinden, verlängert sich die Gewährleistungsfrist bis zur Schlussfeststellung. Werden bei der Schlussfeststellung weitere Mängel festgestellt, müssen diese aufgrund der Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers behoben werden. Am Ende wird eine Niederschrift angefertigt, welche die Mangelfreiheit des Werkes belegt. Dies bedeutet aber nicht zeitgleich das Ende der Gewährleistungsfrist, da der Auftraggeber auf etwaige behobene Mängel erneut einen Anspruch auf Gewährleistung hat.⁶¹

Die Unterbrechung der Gewährleistungsfrist ist eine **Sonderbestimmung des Fristenverlaufes** und wird in der ÖNORM in Punkt 12.2.5 geregelt. Wie bereits erwähnt, beginnt die Gewährleistungsfrist nach einer Mängelbehebung für die ausgebesserten Teile erneut. Konnten jedoch aufgrund dieses Mangels, andere Teile des Werkes nicht benützt werden, kommt es zur Fristhemmung, dabei verlängert sich auch deren Gewährleistungsfrist um die Zeit der Nutzungsunterbrechung. Wenn sich aus diesen Gründen eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für einige Teile ergibt,

⁵⁹ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 394f.

⁶⁰ Vgl. a.a.O. S. 395f.

⁶¹ Vgl. KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. S. 453ff.

darf vom Auftraggeber nicht mehr der gesamte Haftungsrücklass zurückbehalten werden. Dieser wird in der ÖNORM in Punkt 8.7.3 auf 10 % der Leistung beschränkt, auf die noch Gewähr zu leisten ist.⁶²

Bezüglich der **Übernahme der Leistung** spezifiziert die ÖNORM in Punkt 10 folgende Regelungen:

- das Einbehaltungsrecht des Auftraggebers,
- die Verweigerung der Übernahme.

Übernimmt der Auftraggeber trotz Mängel das Werk, ist er berechtigt, neben dem Haftungsrücklass zusätzlich einen Teil des Werklohnes einzubehalten. Im ABGB § 1170 wird das **Einbehaltungsrecht des Auftraggebers** geregelt. Der Auftraggeber muss generell erst nach Fertigstellung des vollständigen und mangelfreien Werkes, das Entgelt bezahlen. Bis dahin darf der Auftraggeber seine Zahlung zurückbehalten, wobei die Höhe des Einbehalts im ABGB nicht begrenzt wird. Lediglich das allgemeine Schikaneverbot beschränkt die Summe des Einbehalts, wenn es sich um sehr geringe Mängel handelt.⁶³

Die ÖNORM spezifiziert die Regelung des § 1170 ABGB, da die Herstellung eines mangelfreien Bauwerkes, in kurz bemessener Bauzeit, unmöglich ist. Der Auftragnehmer hat, nach Punkt 8.3.2, das Recht schon vor der Gesamtfertigstellung einen Teil seines Entgelts, durch Teilrechnungen, zu fordern. Weiters ist die Höhe des Werklohneinbehaltes durch den Auftraggeber in Punkt 10.4 begrenzt. Dieser ist berechtigt das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der zu erwartenden Kosten für eine Mängelbehebung zurückzubehalten.⁶⁴

Eine **Verweigerung der Übernahme** ist laut ÖNORM Punkt 10 bei folgenden Gründen möglich:⁶⁵

- wesentlicher Gebrauchsbeeinträchtigung,
- wesentlichen Mängeln,
- fehlende Unterlagen.

Eine wesentliche Gebrauchsbeeinträchtigung liegt dann vor, wenn kein sicherer Gebrauch möglich ist oder die Sache nicht nach dem vereinbarten Gebrauch benützt werden kann. Ein wesentlicher Mangel ist ein nicht geringfügiger Mangel und berechtigt den Auftraggeber zur Wandlung. Fehlende Unterlagen welche die Bauleistung betreffen, wie Bedienungsanleitungen oder Wartungshinweise, begründen eine Übernahmeverweigerung.⁶⁶ Die Wandlung wird in Kapitel 3.1.1 detaillierter definiert.

⁶² Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 34f.

⁶³ Vgl. KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. S. 167f.

⁶⁴ Vgl. ebd.

⁶⁵ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 34.

⁶⁶ Vgl. ebd.

3.2 Garantie

Die Garantie ist im Gegensatz zur Gewährleistung nicht gesetzlich verbindlich und beruht auf ein freiwilliges Angebot des Auftragnehmers. Wurde eine Garantieerklärung vertraglich festgelegt, ist sie verpflichtend einzuhalten, wobei sie keinen Einfluss auf die gesetzlich gültige Gewährleistungspflicht hat. Der Garantiezeitraum kann für einen längeren oder kürzeren Zeitraum als die gesetzliche Gewährleistungsfrist festgelegt werden.⁶⁷

Es wird zwischen einer echten und einer unechten Garantie unterschieden. Die **unechte** Garantiezusage wird vom Vertragspartner zugesagt. Diese kann sich entweder auf eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht beschränken oder den gesamten Umfang erhöhen. Der Vertragspartner garantiert beispielsweise die Mangelfreiheit seiner Leistung innerhalb eines Garantiezeitraumes, wobei nicht unterschieden wird ob der Mangel schon zum Zeitpunkt der Übernahme existiert hat oder nicht. Die **echte** Garantie wird vom Hersteller, einen Dritten, ausgesprochen, wodurch er die Mangelfreiheit einer Sache zusichert. Was genau die Garantieleistungen umfassen wird im Garantievertrag individuell vereinbart.⁶⁸

3.3 Schadenersatz

Das Recht auf Schadenersatz besteht für jeden, dem durch eine schuldhaft Tat, ein Schaden zugefügt wurde.⁶⁹

In §§ 1293ff ABGB ist das Recht auf Schadenersatz geregelt: „*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern [...]*“⁷⁰

Für den Anspruch auf Schadenersatz müssen folgende vier Voraussetzungen erfüllt und bewiesen werden:⁷¹

- Schaden,
- Kausalität,
- Rechtswidrigkeit,
- Verschulden.

⁶⁷ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 12f.

⁶⁸ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 107f.

⁶⁹ Vgl. WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Der österreichische Bauprozess. S. 198.

⁷⁰ ABGB. § 1295 (1).

⁷¹ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 255.

3.3.1 Schaden

Nach § 1293 ABGB ist der Schaden wie folgt definiert: „Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.“⁷²

Baumängel sind Vermögensschäden, auch **materielle Schäden** genannt, welche eine Minderung des Vermögens des Geschädigten erwirken.⁷³

Neben Vermögensschäden gibt es **immaterielle Schäden**, die das Vermögen nicht mindern und generell nicht in Geld messbar sind. Das kann einerseits eine Körperverletzung andererseits auch ein Gefühlsschaden sein.⁷⁴

Im Bereich der Vermögensschäden wird zwischen dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn unterschieden. Der **positive Schaden** ist die Vermögensminderung des Geschädigten, welche durch einen Schaden an der Sache selbst entsteht, dazu zählen auch alle Kosten der Mängelbeseitigung. Der **entgangene Gewinn** hingegen ist die, durch den Schaden hervorgerufene, Verhinderung in Zukunft erwerbstätig Gewinne zu erwirtschaften. Besteht ein Haftungsanspruch für den positiven Schaden und für den entgangenen Gewinn spricht man von der **vollen Genugtuung**.⁷⁵ Kurz gibt dazu ein bauwirtschaftliches Beispiel: Kalkuliert ein Unternehmer in seinen Preis den unternehmerischen Gewinn ein, wird dieser in einem schadenersatzrechtlichen Fall als positiver Schaden und nicht als entgangener Gewinn gewertet. Denn mit Vertragsabschluss hat der Unternehmer Anspruch auf seinen Werklohn, inklusive kalkulierten Gewinn, welcher deshalb als rechtlich gesicherte Position zu erwarten war.⁷⁶

Der positive Schaden teilt sich wiederum auf in den **realen Schaden** und den **rechnerischen Schaden**. Der reale Schaden ist die mangelhafte Sache an sich und der rechnerische Schaden die Minderung des Vermögens des Geschädigten, beispielsweise also die Reparaturkosten.⁷⁷ Diese Aufteilung ist in Bild 3-6 dargestellt und mit kurzen Erklärungen ergänzt.

⁷² ABGB. § 1293.

⁷³ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 256.

⁷⁴ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 365.

⁷⁵ Vgl. a.a.O. S. 363f.

⁷⁶ Vgl. KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. S. 500.

⁷⁷ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 21.

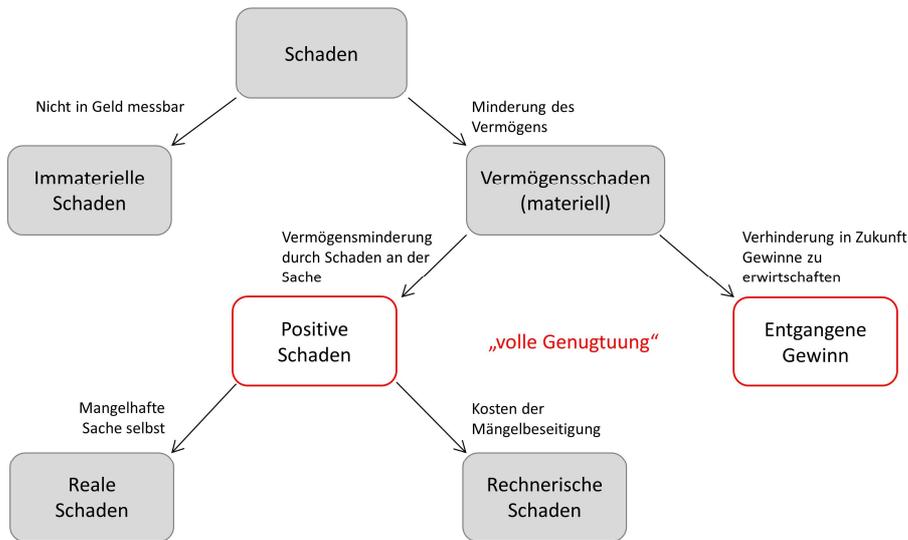


Bild 3-6: Schadensarten

3.3.2 Kausalität

Die Kausalität beschreibt, ob ein bestimmtes Handeln, entweder aktives Tun oder Unterlassen, der Grund für einen Mangel war und diesen ursächlich hervorgerufen hat. Um die Kausalität nachzuweisen wird die Kausalitätsprüfung oder Äquivalenztheorie angewandt. Dabei handelt es sich um ein Gedankenmodell bei dem die vermeintliche Schadensursache weggedacht wird oder die ausgebliebene, pflichtgemäße Handlung dazu gedacht wird. Fällt dabei der Mangel weg, ist die Kausalität nachgewiesen und das Verschulden gilt als Ursache für den Mangel.⁷⁸

Jedoch darf bei dieser Überlegung die Adäquanz nicht unberücksichtigt bleiben. Ein Verschulden kann nur dann für einen Mangel kausal sein, wenn dieser unter gewöhnlichen Umständen entsteht. Handelt es sich um eine außergewöhnliche Anordnung von Ereignissen ist die Ursache nicht kausal und der Schädiger haftet nicht.⁷⁹

Wenn mehrere natürliche oder juristische Personen für einen Schaden verantwortlich sind, kommt es zur **Solidarhaftung** der beteiligten Parteien. Die Solidarhaftung wird in § 1302 des ABGB wie folgt geregelt:

Im Allgemeinen haftet jeder nur für sein eigenes Verschulden aber „[...] wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen, so haften Alle für Einen, und Einer für Alle [...]“⁸⁰

⁷⁸ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 259f.

⁷⁹ Vgl. WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Der österreichische Bauprozess. S. 200.

⁸⁰ ABGB. § 1302.

Wenn das Verhalten mehrerer Personen einen Schaden hervorrufen konnte, aber nicht festgestellt werden kann, wer den Schaden wirklich verursacht hat, spricht man von der **alternativen Kausalität**. Aufgrund dieser Unbeweisbarkeit des direkten kausalen Zusammenhangs kommt es zur Solidarhaftung. Das bedeutet, dass alle in Frage kommenden Schädiger gemeinsam für den Schaden haften.⁸¹

Eine weitere Art der Solidarhaftung tritt bei der **kumulativen Kausalität** auf. Dabei gibt es mehrere Ursachen für einen Schaden, wobei jede alleine ausgereicht hätte um den Schaden herbeizuführen. Wird dabei im Gedankenmodell der Äquivalenztheorie eine Ursache weggedacht, kommt es aufgrund der zweiten Ursache trotzdem zum Schaden. Auch in diesem Fall haften alle Beteiligten solidarisch, weil nicht mehr genau zu rekonstruieren ist, welche Ursache den Schaden hervorgerufen hat.⁸²

Die dritte Art der Solidarhaftung ist die **überholende Kausalität**. Dabei gibt es wieder mehrere Ursachen für einen Schaden, jedoch führt eine Ursache den Schaden tatsächlich herbei. Die andere Ursache hätte denselben Schaden zu einem späteren Zeitpunkt verursacht. Man spricht auch von der zeitlich gedehnten, kumulativen Kausalität. In diesem Fall kommt es nicht zur solidarischen Haftung. Nur der Schädiger, der den Schaden tatsächlich verursacht hat, haftet.⁸³

Der OGH befasste sich im **Fall 4 Ob 22/16p vom 24.05.2016** mit der alternativen Kausalität, welche jedoch bemerkenswerterweise nicht nachgewiesen werden konnte:

Der Beklagte verlegte im Jahr 2005 einen Parkettboden auf den bereits bestehenden Blindboden. Unter dem neuen Parkett legte er zusätzlich eine Dämmmatte, ohne zuvor die Feuchtigkeit des Blindbodens zu messen. Eine Feuchtigkeitsmessung wäre nach ÖNORM B 2218 (Verlegung von Holzfußböden) zwar vorgeschrieben, diese wurde aber nicht vereinbart. Ob der Boden zur Zeit der Verlegung feucht war ist nicht nachvollziehbar, jedoch war der Blindboden im Jahr 2013 völlig verfault. Die Dämmmatte verhinderte das ausdiffundieren der Feuchtigkeit, was den Faulprozess beschleunigt hat. Als kausale Ursache kommen jedoch mehrere Möglichkeiten in Betracht: die Feuchtigkeit in der Rohdecke aufgrund schlechter Abdichtung, ein Feuchteintritt im Zuge des Umbaus oder ein feuchter Blindboden (was der AN durch eine Messung erkennen hätte können). Die Kausalität konnte laut OGH nicht konkret nachgewiesen werden, da die unterlassene Feuchtigkeitsmessung des Blindbodens nur eine von mehreren Schadensursachen war und somit kam es zu keiner Haftung des Beklagten.⁸⁴

⁸¹ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 373f.

⁸² Vgl. a.a.O. S. 375.

⁸³ Vgl. a.a.O. S. 375f.

⁸⁴ Vgl. HUSSIAN, W.: Beweislast der Vertragserfüllung. In: bau aktuell, 4/2016. S. 147ff.

3.3.3 Rechtswidrigkeit

Ein Verhalten ist rechtswidrig, wenn es gegen ein Gesetz, den Vertrag oder die guten Sitten verstößt. Es wird zwischen der Vertragshaftung und der Deliktshaftung unterschieden. Bei der Vertragshaftung verstößt das Verhalten des Vertragspartners gegen vertragliche Pflichten. Bei der Deliktshaftung hingegen steht das Verhalten nicht im Zusammenhang mit einem Vertrag. Dabei werden die Schutzgesetze, also konkrete gesetzliche Verhaltensnormen oder absolut geschützte Rechtsgüter verletzt. Absolut geschützte Rechtsgüter sind Gesundheit, Freiheit, Eigentum und Leben.⁸⁵ Beispielsweise gilt die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, wie die nicht ordnungsgemäße Absicherung einer Baustelle, als eine deliktische Handlung. Die Vertrags- und Deliktshaftung werden auch in Kapitel 2.4 angesprochen.

Gölles gibt einige konkrete Beispiele an, wann es zur schadenersatzrechtlichen Haftung bei Vertragsverletzung im bauvertraglichen Kontext kommen kann. Der Auftragnehmer kann gegenüber dem Auftraggeber unter anderem bei folgenden Gegebenheiten schadenersatzpflichtig, weil rechtswidrig, werden:⁸⁶

- für mangelhafte Leistungserbringung (Mangelschaden),
- für Folgeschäden (Mangelfolgeschaden),
- für die Beschädigung des Vermögens des Auftraggebers,
- bei Verzug der Leistungserbringung aus Verschulden des Auftragnehmers,
- bei Vertragsrücktritt des Auftraggebers aus Verschulden des Auftragnehmers.

Der Auftraggeber kann unter anderem gegenüber dem Auftragnehmer in folgenden Fällen schadenersatzpflichtig, weil rechtswidrig, werden:⁸⁷

- bei einer Störung der Leistungserbringung aus Verschulden des Auftraggebers,
- bei Verletzung seiner Koordinierungspflicht.

⁸⁵ Vgl. KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. S. 491f.

⁸⁶ Vgl. GÖLLES, H.; LINK, D.: ÖNORM-Bauvertrag - Praxiskommentar. S. 374.

⁸⁷ Vgl. a.a.O. S. 375.

3.3.4 Verschulden

Anspruch auf Schadenersatz besteht nur, wenn dem Schädiger ein rechtswidriges Verhalten tatsächlich vorgeworfen werden kann. Der Geschädigte muss das Verschulden des Schädigers beweisen. Es werden drei Verschuldensformen unterschieden:⁸⁸

- Vorsatz,
- grobe Fahrlässigkeit,
- leichte Fahrlässigkeit.

Bei vorsätzlichen Verhalten wird der Schaden absichtlich herbeigeführt.⁸⁹ Hingegen wird bei grober Fahrlässigkeit die gebotene Sorgfaltspflicht außer Acht gelassen. Eine ordentliche Person mit durchschnittlichen fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, hätte in dieser Situation den Schaden nicht verschuldet.⁹⁰ Die leichte Fahrlässigkeit umfasst die Verhaltensweise einer sorgfältigen Person.⁹¹

Als Vorliegen eines Verschuldens geben *Pochmarski/Hirn* folgendes einfaches Beispiel an: „*Wenn ein Werkunternehmer gegen die Regeln der Technik verstößt, trifft ihn ein Verschulden.*“⁹²

Teilweise kann es dazu kommen, dass sich die bestehenden technischen Vorschriften als korrekturbedürftig erweisen und es trotz der Einhaltung der Regeln der Technik zu einem Mangel am Bauwerk kommt. In so einen Fall trifft den Auftragnehmer keine Schadenersatzpflicht, weil ihn kein Verschulden trifft. Jedoch besteht während der Gewährleistungsfrist eine verschuldensunabhängige Gewährleistungspflicht bei Mangelhaftigkeit, obwohl die technischen Standards eingehalten wurden.⁹³

3.3.5 Rechtsbehelfe bei Schadenersatz

Werden die vier genannten Voraussetzungen: Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden, nachgewiesen, besteht ein Anspruch auf Schadenersatz.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. S. 1037.

⁸⁹ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 260f.

⁹⁰ Vgl. ebd.

⁹¹ Vgl. ebd.

⁹² POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018. S. 100.

⁹³ Vgl. STRAUBE, M. P.; CAR, M.; KROPIK, A.: Bauleistung. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 19f.

⁹⁴ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. S. 1031.

Der allgemeine Anspruch auf Schadenersatz bei Mängeln stützt sich auf §§ 1293ff ABGB. Zusätzlich verweist § 933a ABGB auf den Schadenersatz, wobei sich dieser speziell auf Mangelschäden bezieht.

Ebenso wie bei den Gewährleistungsansprüchen, gilt im Schadenersatzrecht bei materiellen Schäden primär der Anspruch auf **Naturalrestitution**, also das Recht auf Verbesserung oder Austausch. Ein Anspruch auf **Geldersatz** besteht, wie in § 933a (2) ABGB geregelt ist, wenn:⁹⁵

- eine Verbesserung technisch nicht möglich ist (unbehebbarer Mangel), oder
- eine Verbesserung mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden ist, oder
- der Auftragnehmer die Verbesserung in der angemessenen Frist nicht durchführt, oder
- der Auftragnehmer die Verbesserung verweigert, oder
- die Verbesserung dem Auftraggeber aus triftigen Gründen nicht zumutbar ist oder ihm erhebliche Unannehmlichkeiten hervorrufen würde.

Die **Höhe des Geldersatzes** umfasst im Allgemeinen bei Mangelschäden die Mängelbehebungskosten oder die objektive Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache. Zusätzlich zu Mangelschäden nach § 933a ABGB, kann auch für Mangelfolgeschäden und Begleitschäden nach §§ 1293ff ABGB Schadenersatz gefordert werden. Dieser Ersatzanspruch gilt bei der Gewährleistung nicht, wo lediglich der verursachte Schaden an der Sache selbst aber nicht der Mangelfolgeschäden zu ersetzen ist.⁹⁶

Geldersatz = Wert des mangelfreien Werkes – Wert des mangelhaften Werkes

Bild 3-7: Objektive Berechnungsmethode des Geldersatzes

Der **Umfang des Ersatzanspruches** ist aber abhängig vom Verschuldensgrad. Dabei wird zwischen leichter Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz unterschieden.⁹⁷

Bei leichter Fahrlässigkeit muss lediglich der **positive Schaden** ersetzt werden. Die Höhe des positiven Schadens wird mit der objektiven Schadensberechnung ermittelt.⁹⁸

⁹⁵ Vgl. SCHWARZ, H.; STRAUBE, M.: ÖN B 2110, Pkt 5.47: Schadenersatz, allgemein. In: Kommentar zur ÖNORM B 2110. S. 344f.

⁹⁶ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 41f.

⁹⁷ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 391.

⁹⁸ Vgl. a.a.O. S. 392.
Der positive Schaden wird in Kapitel 3.3.1 genau definiert.

Welser/Zöchling-Jud geben dazu ein Beispiel: „Zerstört A leicht fahrlässig die barocke Standuhr des B, so hat er deren objektiven (Markt-)Wert zu ersetzen. Dass B die Uhr am Tag darauf um den doppelten Betrag einem Liebhaber hätte verkaufen können, spielt keine Rolle. Auch dass B mehr als den objektiven Wert für den Ankauf der Uhr verwendet hat, bleibt außer Betracht.“⁹⁹

Bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz hat der Geschädigte Anspruch auf **volle Genugtuung**, dabei muss neben dem positiven Schaden auch der entgangene Gewinn beglichen werden. Der Geschädigte kann durch den Schadenersatzanspruch verlangen, in dieselbe Vermögenssituation gesetzt zu werden, in der er sich ohne das schädigende Verschulden befinden würde. Aus diesem Grund werden auch die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten berücksichtigt.¹⁰⁰

Ein Beispiel von *Welser/Zöchling-Jud* zum subjektiven Wert einer Sache: „Ein Gemälde hat einen Verkehrswert von € 8.000,-. Im Vermögen des Geschädigten ist es aber € 20.000,- wert, weil es Bestandteil einer Sammlung ist, die als Ganzes einen höheren Wert hat als die Summe der Einzelstücke.“¹⁰¹

In Bild 3-8 ist die Höhe des Ersatzanspruchs in Abhängigkeit des Verschuldensgrades dargestellt.

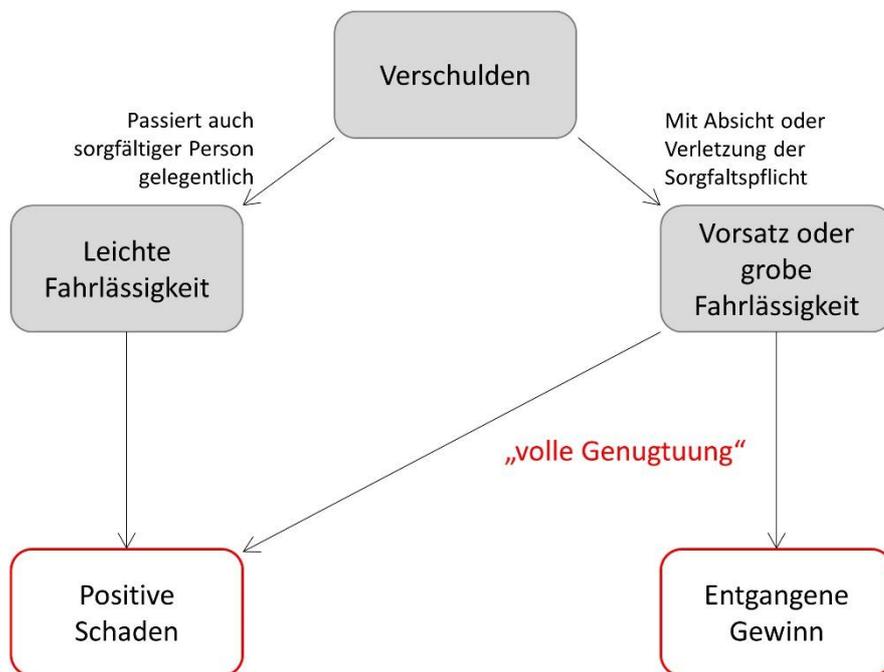


Bild 3-8: Umfang des Ersatzanspruchs

⁹⁹ Ebd.

¹⁰⁰ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 40ff.

¹⁰¹ WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 393.

Bei der Schadensberechnung muss der sogenannte **Vorteilsausgleich** beachtet werden. Wird ein Mangel beseitigt und dadurch die Qualität der Sache stark verbessert und die Nutzungsdauer verlängert, hat der Auftraggeber dadurch einen Vorteil erlangt, der dem Schadenersatzpflichtigen auszugleichen ist. *Welser* gibt dazu ein Beispiel aus dem Tunnelbau an: Dabei kam es durch Korrosion zu Fehlern an den Leuchtmitteln in einem Tunnel. Diese wurden nach fünf Jahren ausgetauscht. Die alten Leuchtmittel hätte eine Nutzungsdauer von zehn Jahren gehabt und die neuen haben eine längere Nutzungsdauer von fünfzehn Jahren. Dieser Vorteil des Auftraggebers muss bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden.¹⁰²

Im OGH **Fall 8 Ob 9/17g vom 22.02.2017** wurde aufgrund eines unbeheblichen Mangels eine Ersatzvornahme durch ein anderes Unternehmen durchgeführt. Kann ein Mangel nicht behoben werden, hat der Auftraggeber normalerweise Anspruch auf Geldersatz, in diesem Fall wurden ihm die Mängelbehebungskosten der Ersatzvornahme ausgeglichen:

Es ging um die Herstellung einer Lichtkuppel. Diese wurde entgegen der Planung nicht mit einer Stahlkonstruktion, sondern mit einer Blecheinfassung hergestellt. Dieser Anschluss war jedoch nicht wasserdicht. Der Auftraggeber entschied sich daraufhin eine ganz neue Pultdachkonstruktion herstellen zu lassen, für die er ein drittes Unternehmen beauftragte.¹⁰³

In diesem Fall war zwar eine mangelfreie Herstellung der im Vertrag vereinbarten Leistung unmöglich, es konnte aber eine alternative Leistung ausgeführt werden. Dabei musste jedoch bewiesen werden, dass ein „wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch“, sich in dieser Situation auch für diese Ersatzvornahme entschieden hätte. Hier musste der Auftragnehmer die Ersatzvornahme des anderen Unternehmens bezahlen, wobei diese Kosten höher waren als sein Eigenkosten.¹⁰⁴

3.3.6 Verjährungsfrist

Ein Schadenersatzanspruch kann innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers geltend gemacht werden. Im Gegensatz dazu, beginnt die Gewährleistungsfrist mit der Übernahme der Leistung. Die Schadenersatzfrist beginnt dann zu laufen, wenn dem Geschädigten der Sachverhalt in dem Maße bekannt ist, dass eine erfolgreiche Klage möglich wäre. Es besteht jedoch eine Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten. Dieser darf sich auf keinen Fall passiv verhalten. Hätte

¹⁰² Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 16f.

¹⁰³ Vgl. HUSSIAN, W.: Kosten der Ersatzvornahme beim faktisch unbeheblichen Mangel. In: bau aktuell, 3/2017. S. 117f.

¹⁰⁴ Vgl. ebd.

der Geschädigte gewisse Umstände ohne besonderen Aufwand, bei angemessener Erkundigung schon früher erkennen können, beginnt die Verjährungsfrist schon zu diesem Zeitpunkt.¹⁰⁵

Werden jedoch zunächst Verbesserungsversuche durchgeführt die nicht gelingen oder wird die Verbesserung vom Auftragnehmer verweigert, beginnt die Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt an dem feststeht, dass ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist.¹⁰⁶

Ist zu Beginn der Frist die Höhe des Schadens noch nicht bekannt, kann eine Feststellungsklage gegen den bekannten Schädiger ausgesprochen werden. Damit kann eine Verjährung verhindert werden, bevor es zur Leistungsklage kommt.¹⁰⁷

Des Weiteren gibt es eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren ab der Übernahme der Leistung. Wird in dieser Zeit der Schaden nicht geltend gemacht, verjährt der Anspruch auf Schadenersatz. Wird also beispielsweise ein Schaden erst 29 Jahren nach der Übernahme bekannt, hat der Geschädigte nur mehr ein Jahr Zeit seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen.¹⁰⁸

Die absolute und die relative Verjährungsfrist sind in Bild 3-9 dargestellt, wobei die absolute Frist (30 Jahre) mit dem Zeitpunkt der Übernahme und die relative Frist (3 Jahre), davon unabhängig, mit Kenntnis von Schaden und Schädiger beginnt.

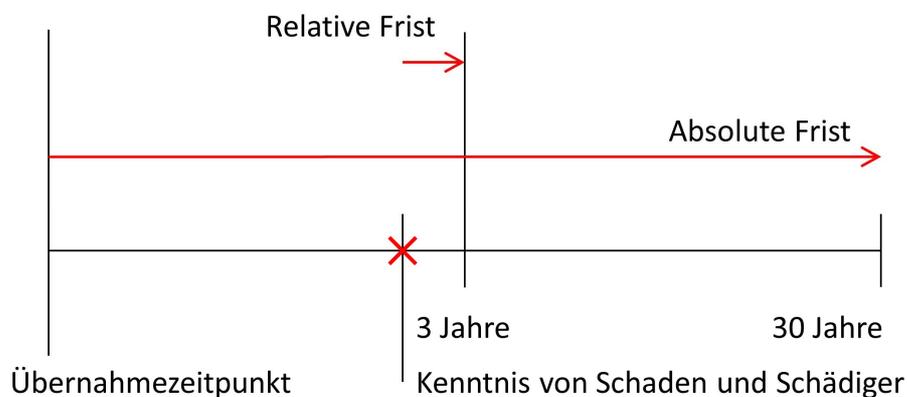


Bild 3-9: Verjährungsfristen bei Schadenersatz

Im OGH **Fall 6 Ob 232/15h vom 30.03.2016** ging es um die Verjährungssituation bei Mangelfolgeschäden:

Bei der Errichtung einer Produktionshalle kam es 2007 zum Verzug und zu groben Mängeln. Die Halle hätte planmäßig ab 2008 vermietet werden sollen. Die beklagte Firma sagte mehrfach einer Mängelbeseitigung zu,

¹⁰⁵ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 423.

¹⁰⁶ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 25.

¹⁰⁷ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 84.

¹⁰⁸ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 25.

welche jedoch bis 2011 erfolglos war. 2012 kam es zur Klage wodurch der Mietentgang durch Schadenersatz gefordert wurde. Im Allgemeinen beginnt der Schadenersatz ab Kenntnis des Primärschadens, etwaige Folgeschäden lösen keinen neuen Fristenverlauf aus. Um eine Verjährung zu verhindern, müsste eine Feststellungsklage eingebracht werden. Die Ausnahme bildet jedoch das Dauerdelikt, wobei kontinuierlich durch aktives Tun oder durch Unterlassung ein Schaden verursacht wird. Dabei beginnt für jede weitere Schädigung, die Verjährungsfrist neu zu laufen. In diesem Fall kam es trotz bekannter Mängel nach mehr als vier Jahren, aufgrund der wiederholten Pflichtverletzung von Seiten des Beklagten, zu keiner Verjährung des Schadenersatzanspruches für den Mietentgang.¹⁰⁹

In einem anderen **Fall 7 Ob 12/17s vom 17.05.2017** befasste sich der OGH mit der Verjährungssituation, wenn der Geschädigte ein Laie ist und keine Kenntnisse über die Schadensursache hat:

Es handelte sich um die Errichtung eines Bürogebäudes 2002, wo es zu Schäden an den Jalousie-Elementen kam. Der Auftraggeber war in diesem Fall ein Laie. Ein Sachverständiger fand 2011 heraus, dass die falsch eingebaute Raffstoreanlage einen Hitzestau im Scheibenzwischenraum hervorriefte und es dadurch zu einem kompletten Ausfall aller Jalousien und zur Verschlechterung der Isolierwirkung der Fenster kam.¹¹⁰

Die Verjährung des Schadenersatzes beginnt im Allgemeinen ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, wobei sich der Geschädigte nicht passiv verhalten darf, sondern einer Erkundigungsobliegenheit unterliegt. In diesem Fall hatte der Geschädigte als Laie gar keinen Einblick in die maßgeblichen Schadensursachen. Die Verjährungsfrist beginnt hier erst zu laufen, wenn der Geschädigte durch einen Sachverständigen die Ursachen des Schadens in Erfahrung bringt. Die Einholung eines Privatgutachtens ist zwar im Regelfall keine Pflicht, jedoch kann es als Obliegenheit angesehen werden, wenn es keine anderen Möglichkeiten der Erhöhung des Wissensstandes gibt und das Kostenrisiko dem AG zumutbar ist.¹¹¹

3.3.7 Beweislast bei Schadenersatz

Im Allgemeinen muss bei Schadenersatz der Geschädigte das Verschulden des vermeintlichen Schädigers nachweisen. Dabei gilt eine Unschuldsumvermutung nach § 1296 ABGB. Handelt es sich jedoch um ein Vertragsverhältnis, liegt die Beweislast beim Schädiger. Nach § 1298 ABGB muss der Schädiger beweisen, dass ihn kein Verschulden an der Vertragsverletzung trifft. Diese Beweislastumkehr gilt jedoch nur bei einem

¹⁰⁹ Vgl. FRAD, T.: Bemerkenswerte baurechtliche Entscheidungen des OGH im Jahr 2016. In: bau aktuell, 6/2017. S. 242f.

¹¹⁰ Vgl. HUSSIAN, W.: Beginn der Verjährung bei Schadenersatz. In: bau aktuell, 4/2017. S. 167f.

¹¹¹ Vgl. ebd.

Verschuldensgrad von leichter Fahrlässigkeit. Bei Vergehen mit Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gilt weiterhin die Unschuldsvermutung des vermeintlichen Schädigers. Zusätzlich gilt die Beweislastumkehr zu Gunsten des Geschädigten nur in den ersten zehn Jahren nach der Übernahme einer Sache.¹¹²

Die Beweislastumkehr wird in § 933a (3) ABGB wie folgt geregelt:

„Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.“¹¹³

In den ersten zehn Jahren nach der Übergabe bzw. Übernahme trägt der Schädiger die Beweislast bei Verschulden mit leichter Fahrlässigkeit. Nach Ablauf der zehn Jahre muss der Geschädigte dem Schädiger ein Verschulden nachweisen.¹¹⁴ In folgendem Bild 3-10 ist der Zeitpunkt der Beweislastumkehr durch einen Zeitstrahl grafisch dargestellt.

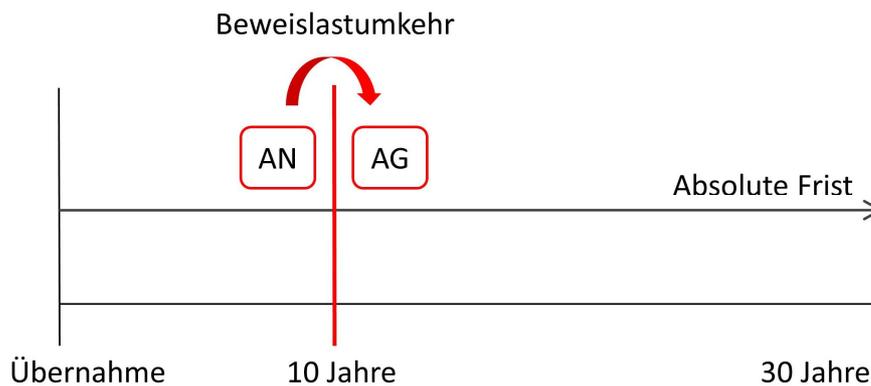


Bild 3-10: Beweislastumkehr Schadenersatz

Im OGH **Fall 9 Ob 83/15v vom 25.02.2016** wurde die Beweislast und der Umfang der Beweisführung eines schadenersatzrechtlichen Anspruches behandelt.

Der beklagte Auftragnehmer stellte Bodenschutzplatten für einen bereits verlegten Boden in einer Schule her, welche den Boden während der Bauarbeiten schützen sollten. Die Platten wurden von der Klägerin verlegt, wobei erst bei der Entfernung der Schutzplatten bemerkt wurde, dass der Schriftzug der Platten auf den Terrazzoboden abgefärbt hat. Es kam zu einer sofortigen Mängelrüge 2010, jedoch weigerte sich der Beklagte die Mängelbeseitigung durchzuführen. Die Klägerin beauftragte selbst einen Sachverständigen, der den Schaden begutachtete und ließ in weiterer Folge den Boden reinigen, abschleifen und imprägnieren. Die beklagte

¹¹² Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 23f.

¹¹³ ABGB. § 933a (3).

¹¹⁴ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 23f.

Firma argumentierte, dass es dafür eine viel günstigere Variante gegeben hätte. Generell ist der Schädiger verpflichtet für alle zweckmäßigen Kosten der Schadensbehebung aufzukommen. Der Geschädigte trägt jedoch die Beweislast für die Zweckmäßigkeit seiner Aufwendungen. Die Klägerin konnte nachweisen, dass all ihre Maßnahmen den Zweck der Mangelbeseitigung hatten. Der Schädiger könnte demgegenüber nur beweisen, dass der Geschädigte durch seine Aufwendungen die Schadensminderungspflicht vernachlässigt hat. Es konnte jedoch nicht bewiesen werden, dass der Klägerin bestimmte andere Maßnahmen zumutbar waren, die zu geringeren Kosten geführt hätten.¹¹⁵

3.3.8 Gehilfenhaftung

Schadenersatzrechtlich besonders relevant ist die Gehilfenhaftung im Bauwesen. Neben dem allgemeinen Grundsatz, dass man für sein eigenes Verhalten volle Verantwortung trägt, haftet ein Auftragnehmer für die Tätigkeiten seines Gehilfen. Für den Geschädigten ist es wahrscheinlicher, einen erfolgreichen Schadenersatzanspruch gegenüber seinen direkten Vertragspartner, anstatt gegenüber dem schadensverursachenden Gehilfen, geltend zu machen. Es wird dabei zwischen den Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB und den Besorgungsgehilfen nach § 1315 ABGB unterschieden.¹¹⁶

Setzt der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten einen Gehilfen ein, bedient er sich eines so genannten **Erfüllungsgehilfen**. Gegenüber Dritten, am Vertrag unbeteiligten Personen, ist er ein **Besorgungsgehilfe**.¹¹⁷

Kurbos gibt dazu ein Beispiel: „Ein Baggerfahrer beispielsweise, der mit seinem Bagger den PKW des Bauherren überrollt und auch noch drei weitere PKWs von Fremden, die zufällig am Straßenrand parken, demoliert, gilt also dem Bauherren gegenüber als Erfüllungsgehilfe (da dieser Baggereinsatz zumindest vom Grundgedanken her der Vertragserfüllung dient), wohingegen er im Verhältnis zu den übrigen Geschädigten lediglich Besorgungsgehilfe ist.“¹¹⁸

Für seinen Erfüllungsgehilfen haftet der Auftragnehmer, für dessen Verschulden gegenüber dem Auftraggeber, wie für sein eigenes. Für seinen Besorgungsgehilfen haftet der Auftragnehmer generell nicht. Ist der Ge-

¹¹⁵ Vgl. WAGNER, L.-M.: Zur Behauptungs- und Beweislast. In: ZVB, 6/2016. S. 276f.

¹¹⁶ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 422f.

¹¹⁷ Vgl. KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis. S. 196.

¹¹⁸ Ebd.

hilfe jedoch untüchtig oder gar wissentlich gefährlich, haftet der Auftragnehmer auch für den Schaden, den der Besorgungsgehilfe einem uneteiligten Dritten, mit dem kein Vertragsverhältnis besteht, zufügt.¹¹⁹

Kurbos ergänzt dafür sein Beispiel: „Im Beispielsfall haftet man also dem Bauherrn gegenüber, wie wenn man den Bagger selbst gelenkt hätte, den übrigen Geschädigten gegenüber aber gar nicht (ausgenommen, der Baggerfahrer hätte bereits derartige Schäden auf dem Gewissen und wäre als gefährlicher Baggerfahrer anzusehen oder er hätte gar keine Ausbildung für die Bedienung derartiger Baumaschinen).“¹²⁰

In Bild 3-11 sind die unterschiedlichen Beziehungen zwischen den beteiligten Personen bei den beiden Arten der Gehilfenhaftung dargestellt. Dabei liegt der Hauptunterschied in der fehlenden vertraglichen Beziehung zwischen dem Auftragnehmer und dem Geschädigten.

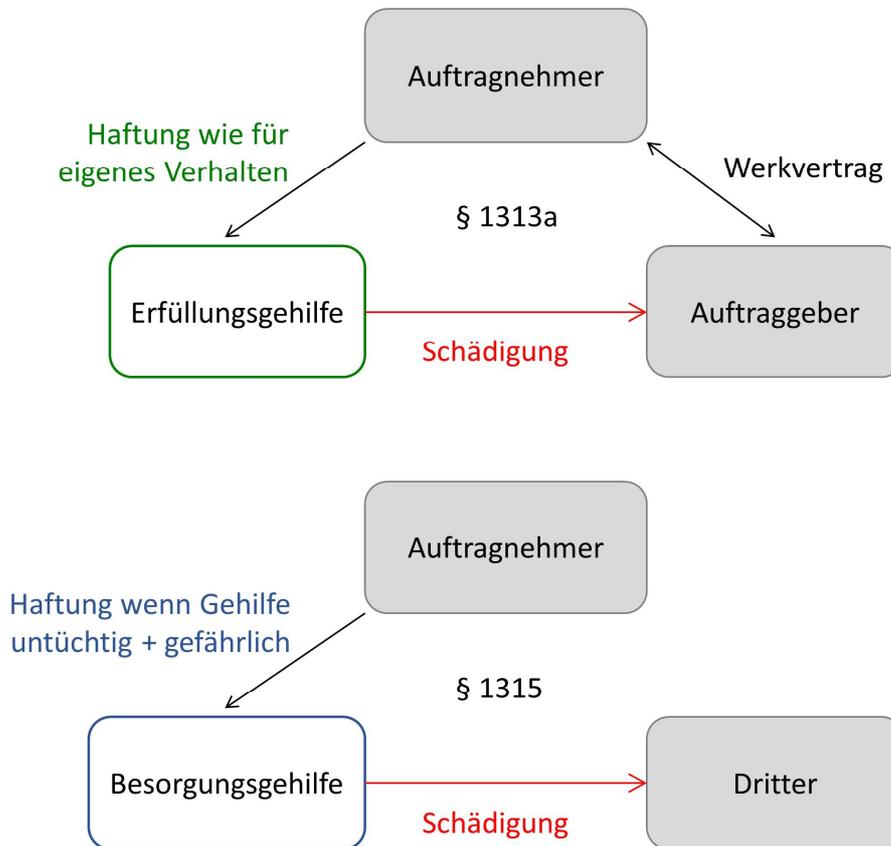


Bild 3-11: Gehilfenhaftung

¹¹⁹ Vgl. ebd.

¹²⁰ Ebd.

3.3.9 Sachverständigenhaftung

Sachverständige unterliegen einem strengeren Maßstab bezüglich ihrer Verschuldenseinstufung. Der allgemeine Verschuldensmaßstab nach § 1297 ABGB, schreibt jeder Person mit normalen Verstand gewöhnliche Fähigkeiten voraus, wofür sie auch haftbar ist. Sachverständigen Personen werden jedoch mehr als die gewöhnlich, vorausgesetzten Fähigkeiten zugesprochen. Für sie wird der Verschuldensmaßstab angehoben, wobei von ihnen durchschnittliche Fähigkeiten ihrer Berufsgruppe vorausgesetzt werden. Zu den Sachverständigen gehören alle Personen, die eine Tätigkeit ausüben, welche besonderes Können oder Fachwissen voraussetzt.¹²¹

In § 1299 ABGB wird die Sachverständigenhaftung wie folgt definiert:

„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; [...] gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. [...]“¹²²

3.3.10 Ausschluss der Schadenersatzansprüche

Schadenersatzansprüche können, ebenso wie Gewährleistungsansprüche, nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Bei Schadenersatzansprüchen hängt die Möglichkeit eines Ausschlusses vom Grad des Vergehens ab. Im Allgemeinen ist ein Schadenersatzausschluss für Mängel die vorsätzlich herbeigeführt wurden nicht zulässig. Bei grob fahrlässig verursachten Mängeln besteht eine Unsicherheit, da hier die Umstände des konkreten Falls in die Entscheidung miteinfließen. Der Ausschluss der Ersatzpflicht für leicht fahrlässig herbeigeführte Mängel ist hingegen erlaubt.¹²³

Das KSchG verhindert in § 6 (1) Z9 die Ausschlussmöglichkeit der Schadenersatzpflicht für Personenschäden und Schäden die durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz herbeigeführt worden sind.¹²⁴

Die unterschiedlichen Ausschlussmöglichkeiten bei Verbraucher- und Unternehmensgeschäften sind in Bild 3-12 grafisch dargestellt, wobei zwischen den drei Verschuldensgraden differenziert werden muss.

¹²¹ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 419ff.

¹²² ABGB. § 1299.

¹²³ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 79ff.

¹²⁴ Vgl. KSchG. § 6 (1) Z9.

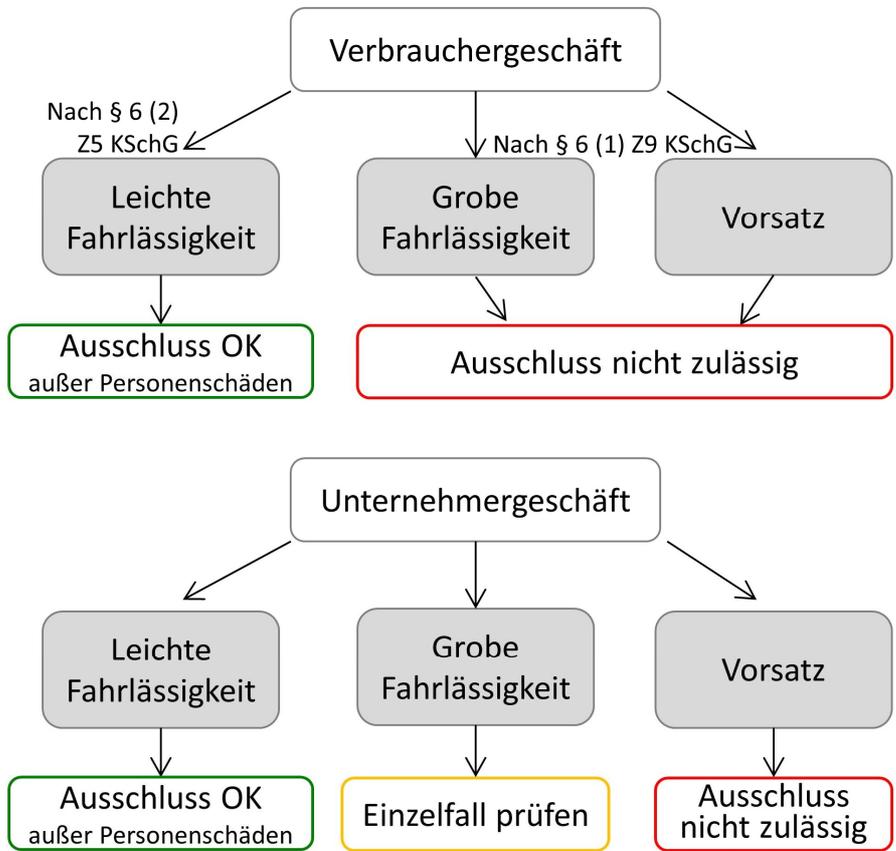


Bild 3-12: Ausschlussmöglichkeiten des Schadenersatzanspruches

Eine **Verkürzung** der Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Generell ist eine Verkürzung bei Verbrauchergeschäften gar nicht, sondern nur bei Unternehmergeschäften zulässig. Wie stark die Frist verkürzt werden darf, wird nicht pauschal vorgegeben, jedoch gelten einige allgemeine Regeln: Die Verjährungsfrist sollte nicht so stark verkürzt werden, dass ein Geschäftspartner dabei stark benachteiligt wird.¹²⁵ Diese Bedingung ist im Zuge einer Interessenabwägung jedoch im Einzelfall zu prüfen. Zusätzlich sollte dem Vertragspartner nicht zu wenig Zeit bleiben, die Sache zu prüfen und seinen Anspruch geltend zu machen. Ein weiterer wichtiger Punkt ist, dass die Verjährungsfrist nicht kürzer sein soll, als die Zeit in der normalerweise Mängel auftreten. Dies wäre ein Fall des versteckten Mangels.¹²⁶

¹²⁵ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. S. 57.

¹²⁶ Vgl. ebd.

Im OGH **Fall 10 Ob 93/11s vom 14.02.2012** entschied das Gericht über die Angemessenheit der Frist zu Geltendmachung von Mängel und den daraus resultierenden Ausschluss der Schadenersatzansprüche.

Die Klägerin war zuständig für die Lieferung, Montage und Reinigung von Fensterkonstruktionen. Sie beauftragte dafür die Beklagte, als Subunternehmerin, mit den Reinigungsarbeiten. In den AGBs der Beklagten war ein Schadenersatzausschluss enthalten. Darin wurde der Schadenersatz für alle leicht fahrlässig verursachten Schäden, die nicht innerhalb von drei Tagen vom Auftraggeber schriftlich geltend gemacht werden, ausgeschlossen. Grob fahrlässiges Verhalten müsse vom Geschädigten nachgewiesen werden. Während der Reinigungsarbeiten wurden die Fenster durch Mitarbeiter des Subunternehmens stark zerkratzt, denn die mit Lehmspritzern verschmutzten Fenster wurden mithilfe einer falschen Methode gereinigt. Die Fenster konnten danach nicht mehr verwendet werden. Der OGH entschied, dass die Rügefrist von drei Tagen sittenwidrig sei, da sie einen Vertragspartner stark benachteiligt und keine sachliche Rechtfertigung für diese kurze Frist nachvollziehbar ist. Eine angemessene Frist wäre nach Rechtsprechung ungefähr 14 Tage. Zusätzlich entschied das Gericht, dass es sich um grob fahrlässig verursachte Schäden handle, da die Reinigungsmethode nicht dem Stand der Technik entsprach und die Mitarbeiter, trotz Konsultation mit der Beklagten, die Reinigungsarbeiten fortsetzten und insgesamt 129 m² Glasflächen beschädigten.¹²⁷

3.3.11 Schadenersatz in der ÖNORM B 2110

Der Anspruch auf Schadenersatz ist in der ÖNORM B 2110:2013 in Punkt 12.3 geregelt. In der ÖNORM wird hauptsächlich die **Schadenersatzbeschränkung** festgelegt. Wie bereits erwähnt wird bei der Höhe des Ersatzanspruches der Verschuldensgrad berücksichtigt. Bei vorsätzlichen Handeln oder bei grober Fahrlässigkeit besteht Anspruch auf Ersatz des gesamten Schadens und auf den entgangenen Gewinn. Bei Schäden die durch leichte Fahrlässigkeit verursacht wurden, begrenzt die Regelung der ÖNORM die Höhe der Haftungssumme, wobei diese Begrenzung nicht für Verbrauchergeschäfte gilt.¹²⁸

¹²⁷ Vgl. HUSSIAN, W.: Nichtigkeit einer Vertragsklausel in AGB, nach der Schäden innerhalb von drei Tagen geltend zu machen sind. In: bau aktuell, 3/2012, S. 102ff.

¹²⁸ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 46ff.

Der Schadenersatzanspruch kann bei leichter Fahrlässigkeit folgende Summen nicht überschreiten:¹²⁹

- € 12.500,00 bei einer Auftragssumme bis € 250.000,00,
- 5 % der Auftragssumme aber maximal € 750.000,00 bei einer Auftragssumme über € 250.000,00.

Keine Einschränkung der Schadenersatzsumme für ein Verschulden mit leichter Fahrlässigkeit gibt es bei Personenschäden und bei Rücktritt vom Vertrag. Kommt es zur Vertragsaufhebung entweder durch einen Vertragsrücktritt oder durch Wandlung, wegen einer vertragswidrigen Handlung eines Vertragspartners, muss der gesamte Schaden ersetzt werden. Dabei wird der Geschädigte so gestellt wie er bei vertragsgemäßer Erfüllung stehen würde.¹³⁰

Allgemein kann die Beschränkung des Schadenersatzes bei leicht fahrlässigen Handeln für den Auftraggeber problematisch sein. Wird beispielsweise, durch einen leicht fahrlässig verursachten Begleitschaden, die gesamte Liegenschaft des Auftraggebers zerstört, haftet der schuldige Auftragnehmer nur beschränkt für die sehr hohe Schadenssumme.¹³¹

Langer zweifelt jedoch die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung in speziellen Fällen an. Beispielsweise könnte die Beschränkung des Schadenersatzes unwirksam werden, wenn mit den eingetretenen Mängeln nicht gerechnet werden konnte und sie nicht kalkulierbar waren, was häufig bei Mangelfolgeschäden der Fall ist. Aus diesen Grund, dürfen die Haftungsbeschränkungen bei Verbrauchergeschäften nicht generell in den AGBs geregelt sein, sondern müssen explizit verhandelt werden.¹³²

Zusätzlich zum Schadenersatz wird in der ÖNORM B 2110:2013 in Punkt 12.4 die **besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer** geregelt. Dabei handelt es sich um eine besondere Form der alternativen Kausalität, wobei mehrere Auftragnehmer solidarisch haften. Die Solidarhaftung wird in Kapitel 3.3.2 näher erläutert.

Tritt während der Bauzeit ein Bauschaden auf und kann der Schädiger nicht ausfindig gemacht werden, spricht man von einem nicht zuordenbaren Baumangel. Alle Auftragnehmer, die zur Zeit der Beschädigung an der Baustelle tätig waren, haften solidarisch für den entstandenen Schaden. Die ÖNORM begrenzt die Höhe der Beteiligung auf maximal 0,5 % der jeweiligen ursprünglichen Auftragssumme.¹³³

¹²⁹ Vgl. AUSTRIAN STANDARDS INSTITUTE: ÖNORM B 2110:2013. Norm. S. 42.

¹³⁰ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 46ff.

¹³¹ Vgl. ebd.

¹³² Vgl. LANGER, H.: Die Bauvertragsnorm B 2110 / 2000. S. 105.

¹³³ Vgl. SCHOPF, A.: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft mit 70 Musterbriefen. S. 176.

3.4 Schadenersatz statt Gewährleistung

Vor einer Grundsatzentscheidung des OGH im Jahr 1990 wurde die Meinung vertreten, dass der Mangelschaden nur durch das Recht aus der Gewährleistung und der Mangelfolgeschaden durch schadenersatzrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden kann. Durch eine gerichtliche Entscheidung im Jahr 1990 hat sich diese Rechtsprechung geändert. Für einen Mangelschaden kann nun entweder (verschuldensunabhängig) Gewährleistung nach § 922 ABGB oder (verschuldensabhängig) Schadenersatz nach § 933a ABGB gefordert werden. Für einen Mangelfolgeschaden kann jedoch nur das Schadenersatzrecht nach §§ 1293ff ABGB geltend gemacht werden. Diese Regelung erspart in Schadenersatzfällen die genaue Unterscheidung zwischen dem Schaden selbst und dem, daraus entstandenen, Mangelfolgeschaden.¹³⁴

Durch die Grundsatzentscheidung **OGH 1 Ob 536/90 vom 07.03.1990** entstand die volle Konkurrenz zwischen Schadenersatz und Gewährleistung, indem beide Ansprüche für Mangelschäden als zulässig erklärt wurden:

In diesem Fall kam es zum Einfrieren von Wasserleitungen bei einem Dachbodenausbau im Bereich der Außenwände. Neben diesem Mangelschaden an den Wasserleitungen kam es jedoch zu keinen weiteren Mangelfolgeschäden. Innerhalb der Gewährleistungsfrist wurde keine Verbesserung gefordert und kein Gewährleistungsanspruch geltend gemacht. Erst vier Jahre nach der Übernahme des Dachbodens, wurde durch ein Gutachten die Installationsfirma als Schädiger festgestellt. Der Mangelschaden war auf die fehlerhafte Installation der Wasserleitungen zurückzuführen.¹³⁵

„Der OGH hat darin die seit langem strittige Frage, ob ein Gewährleistungsmangel auch mit Schadenersatzansprüchen geltend gemacht werden kann, zumindest für das Werkvertragsrecht ausdrücklich bejaht.“¹³⁶

Vor dieser Entscheidung wurde für Mängel, die keine weiteren Folgeschäden verursacht haben, kein Schadenersatzanspruch zugesprochen. *Kurschel* gibt dazu ein plakatives Beispiel: *„Hat zB ein Unternehmer die Wände des bestellten Biohauses vereinbarungswidrig nicht mit imprägnierten Naturfasern, sondern mit Industrieabfällen gefüllt, so läßt sich uU kein über den Mangel hinausgehender "Mangelfolgeschaden" finden: das Haus ist weder eingestürzt, noch weist es sonstige Beschädigungen auf. Der Besteller war daher bei strenger Anwendung der bisherigen Rechtsprechung auf die Gewährleistungsbehelfe beschränkt, während er nun auch schadenersatzrechtlich vorgehen kann.“¹³⁷*

¹³⁴ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 10.

¹³⁵ Vgl. OGH 1 Ob 536/90, 07.03.1990.

¹³⁶ KURSCHHEL, I.: Schadenersatz statt Gewährleistung. In: *ecolex*, 1990. S. 276.

¹³⁷ A.a.O. S. 277.

Eine weitere positive Konsequenz dieser Entscheidung, dass sowohl Mangelschäden als auch Mangelfolgeschäden mit schadenersatzrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden können, ist der Wegfall der klaren Trennung dieser beiden Schadensarten. Vor dieser Entscheidung musste beispielsweise zwischen dem unterdimensionierten Dachstuhl und dem einsturzgefährdeten Dach unterschieden werden. Nun können beide Schäden gemeinsam durch Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Allerdings muss weiterhin bei der verschuldensunabhängigen Gewährleistungspflicht eine Unterscheidung zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden getroffen werden, da sich die Gewährleistungspflicht rein nur auf den Mangelschaden beschränkt.¹³⁸

3.4.1 Unterschiede bei Gewährleistung und Schadenersatz

Im Fall von Mangelschäden sollten die genauen Unterschiede der Rechtslage von Gewährleistung und Schadenersatz bekannt sein, da diese beide Ansprüche auslösen können. Für einen Auftragnehmer könnte unter Umständen ein Gewährleistungsanspruch einfacher durchzusetzen aber ein Schadenersatzanspruch vorteilhafter sein.

Die wichtigsten Unterschiede zwischen dem Anspruch auf Gewährleistung und auf Schadenersatz sind:

- die Voraussetzungen für den Anspruch,
- die Verjährungssituation,
- der Umfang des Ersatzes,
- die Höhe des Ersatzes,
- der Vorteilsausgleich.

Ein **Anspruch** auf Gewährleistung besteht innerhalb der Gewährleistungsfrist für jeden auftretenden Mangel der zur Zeit der Übernahme der Leistung vorhanden ist. Das objektive Vorhandensein eines Mangels löst die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers aus. Dabei ist es nicht nötig, dem Auftragnehmer ein Vergehen, beispielsweise in Form einer Verletzung seiner Sorgfaltspflicht, nachzuweisen.¹³⁹

Eine Schadenersatzpflicht besteht hingegen nur für eine rechtswidrige und schuldhafte Schadensverursachung. Dem Geschädigten muss neben einem rechtswidrigen Verhalten durch Vertragsverletzung auch ein ursächliches Verschulden nachgewiesen werden. Es muss bewiesen werden, dass dieser den Schaden kausal durch vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln verursacht hat.¹⁴⁰

¹³⁸ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 10.

¹³⁹ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 6.

¹⁴⁰ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 40.

Um den Gewährleistungsanspruch zu nützen, muss ein Mangel während Gewährleistungsfrist geltend gemacht werden. Die **Verjährungsfrist** beginnt zum Zeitpunkt der Übernahme der Leistung und endet nach zwei Jahren für bewegliche Sachen und nach drei Jahren für unbewegliche Sachen.¹⁴¹

Ein großer Vorteil des Schadenersatzanspruches, ist die Möglichkeit seiner längeren Geltendmachung. Der Anspruch verjährt erst 30 Jahre nach der Übernahme. Sobald jedoch Mängel auftreten und der Schädiger bekannt ist, muss der Schadenersatzanspruch innerhalb von drei Jahren geltend gemacht werden.¹⁴² Die unterschiedliche Verjährungssituation des Gewährleistungsanspruches und des Schadenersatzanspruches ist in Bild 3-13 dargestellt.

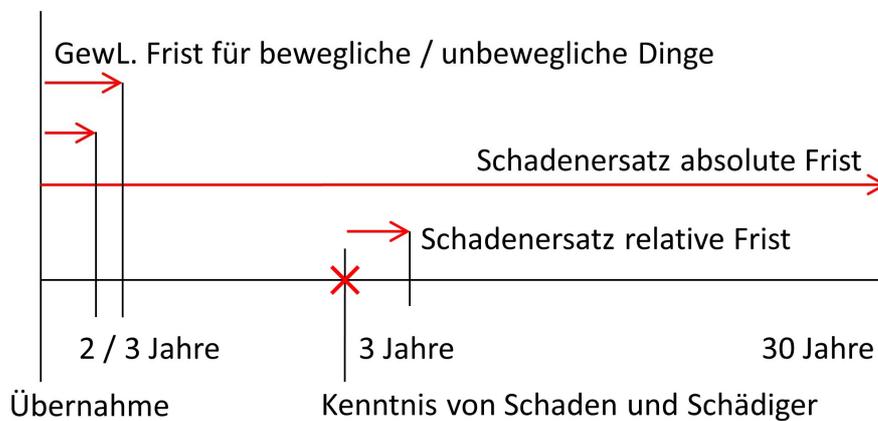


Bild 3-13: Verjährungssituation im Vergleich

¹⁴¹ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 17. Die Gewährleistungsfrist wird Kapitel 3.1.2 näher erläutert.

¹⁴² Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 40f. Die Schadenersatzfrist wird Kapitel 3.3.6 näher erläutert.

Der **Umfang** des Anspruches ist bei Schadenersatz höher als bei Gewährleistung. Im Gegensatz zur Gewährleistung, wo nur der verursachte Schaden an der Sache selbst ersetzt wird, kann Schadenersatz auch für Mangelgeschäden und Begleitschäden gefordert werden, wie in Bild 3-14 dargestellt.¹⁴³

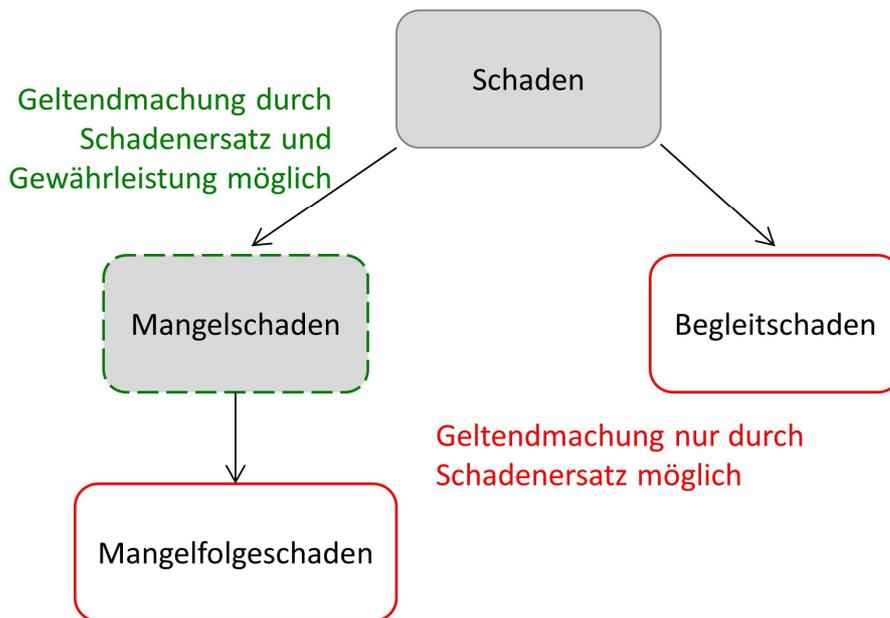


Bild 3-14: Umfang der Ansprüche im Vergleich

Die **Höhe** des Ersatzanspruches nach dem Gewährleistungsrecht kann von der Höhe des Geldersatzes nach dem Schadenersatzrecht abweichen. Die Höhe der Preisminderung muss immer im Verhältnis zum entstandenen Mangel stehen und wird mit der relativen Berechnungsmethode ermittelt.¹⁴⁴

Die Höhe des Geldersatzes des Schadenersatzes besteht im Allgemeinen bei Mangelschäden aus den Mängelbehebungskosten oder der objektiven Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache. Der Umfang des Ersatzanspruches ist aber abhängig vom Verschuldensgrad. Der Anspruch kann entweder nur den positiven Schaden oder auch den entgangenen Gewinn umfassen, wobei der Geschädigte in dieselbe

¹⁴³ Vgl. a.a.O. S. 42f.
Der Umfang bei Schadenersatzanspruches wird in Kapitel 3.3.5 näher erläutert.

¹⁴⁴ Vgl. WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Praxisleitfaden. Der österreichische Bauvertrag. S. 103f.
Die Höhe der Preisminderung wird in Kapitel 3.1.1 näher erläutert.

Vermögenssituation gesetzt werden muss, in der er sich ohne das schädigende Verschulden befinden würde.¹⁴⁵ Die Schadenersatzsumme ist jedoch bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110:2013, für leicht fahrlässig verursachte Schäden, auf eine maximale Höhe begrenzt.¹⁴⁶

Im Schadenersatzrecht besteht das Recht auf einen **Vorteilsausgleich**, wenn durch die Mängelbehebung die Qualität der Sache stark verbessert wird. Dieser Vorteil des Auftraggebers wird durch einen Abzug seiner Ansprüche ausgeglichen. Diese Möglichkeit der Anpassung „neu für alt“ ist im Gewährleistungsrecht nicht möglich.¹⁴⁷

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Vorteil der Gewährleistung in der einfachen Handhabung liegt, da kein Verschulden nachgewiesen werden muss. Der Vorteil des Schadenersatzes hingegen liegt in der verlängerten Geltendmachung.¹⁴⁸

Dazu kommt, dass die Gewährleistungsansprüche in der Höhe ihres Umfangs auf Verbesserungskosten und Preisminderung beschränkt sind. Hingegen ist die Höhe des Schadenersatzanspruches, in Abhängigkeit des Verschuldensgrades, unbegrenzt, da er neben dem Schaden selbst auch die Folgeschäden umfasst.¹⁴⁹

3.4.2 Kombination von Gewährleistung und Schadenersatz

Kommt es zu Mangelschäden und zu Mangelfolgeschäden, ist eine Kombination beider Ansprüche möglich. Beispielsweise kann neben dem Verbesserungsanspruch des Mangelschadens auch der Ersatz des Mangelfolgeschadens gefordert werden.¹⁵⁰

Jedoch schließen sich beide Ansprüche gegenseitig aus. Für einen Mangelschaden kann entweder der Schadenersatzanspruch oder der Gewährleistungsanspruch geltend gemacht werden (sofern beide Ansprüche bestehen). Wenn beispielsweise für einen Mangelschaden eine Preisminderung als sekundärer Gewährleistungsbehelf gefordert wird, kann kein Schadenersatz gefordert werden. Eine Preisminderung führt durch eine Entgeltanpassung zu einer Vertragsänderung, dadurch gilt der Schaden als beglichen und ein Schadenersatzanspruch erlischt.¹⁵¹

¹⁴⁵ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 42f. Die Höhe des Geldersatzes wird in Kapitel 3.3.5 näher erläutert.

¹⁴⁶ Vgl. a.a.O. S. 46f. Die Begrenzung der Schadenersatzsumme wird in Kapitel 3.3.11 näher erläutert.

¹⁴⁷ Vgl. POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018. S. 101. Der Vorteilsausgleich wird in Kapitel 3.3.5 näher erläutert.

¹⁴⁸ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 2f.

¹⁴⁹ Vgl. SCHOPF, A.: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft mit 70 Musterbriefen. S. 186.

¹⁵⁰ Vgl. WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. S. 38f.

¹⁵¹ Vgl. ebd.

In folgender Tabelle 3-1 sind die wichtigsten Unterschiede zwischen Gewährleistung und Schadenersatz aufgelistet.

Tabelle 3-1: Vergleich Gewährleistung und Schadenersatz

	Gewährleistung	Schadenersatz
Umfang	Mangel	Mangelschaden, Mangelfolgeschaden, Begleitschaden
Anspruch	verschuldensunabhängig	verschuldensabhängig
Verjährung	2 Jahre (Bewegliches) 3 Jahre (Unbewegliches) Dispositiv: Anpassung zulässig ÖNORM: Pkt. 12.2.5: Sonderregelung für Unterbrechungen	3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger 30 Jahre absolut
Auftreten Mangel	Muss bei Übernahme vorhanden sein	Muss innerhalb der absoluten Frist auftreten
Beweislast	AG AN in ersten 6 Monaten (Verm. Mangelhaftigkeit)	Geschädigte Schädiger in ersten 10 Jahren (Nachweis v. Schaden + Schädiger)
Ansprüche	1. Verbesserung oder Austausch 2. Preisminderung oder Wandlung	1. Naturalrestitution 2. Geldersatz
Höhe	Preisminderung im Verhältnis zu vereinbarten Werklohn	Geldersatz abhängig von Verschuldensgrad: nur positiver Schaden oder volle Genugtuung ÖNORM: Pkt. 12.3: Begrenzung
Ausschluss	Ja, zB. Verzicht auf einzelne Behelfe § 9 KSchG beschränkt Ausschluss	Ja, bei leicht fahrlässigen Vergehen § 6 KSchG beschränkt Ausschluss
Vorteilsausgleich	nicht zulässig	zulässig

3.5 Zusammenfassung Kapitel 3: Ansprüche bei mangelhafter Leistungserfüllung

Die drei unterschiedlichen Haftungsansprüche bei Mängeln (Gewährleistung, Garantie und Schadenersatz) unterscheiden sich stark voneinander und eine klare Differenzierung ist von Nöten, wobei die Garantie im bauvertraglichen Kontext eher eine untergeordnete Rolle spielt.

Ein Auftragnehmer muss für alle Mängel an der von ihm erbrachten Leistung Gewähr leisten. Die **Gewährleistungspflicht** besteht nur für Mängel die zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren und endet nach zwei bzw. drei Jahren nach diesem Zeitpunkt. Er haftet jedoch nur für Mangelschäden, also Mängel die an der von ihm erbrachten Leistung selbst auftreten. Die Gewährleistungsansprüche beschränken sich zunächst auf den Verbesserungsanspruch oder den Austausch der mangelhaften Leistung. Unter gewissen Voraussetzungen kann der Auftraggeber auch Preisminderung oder Wandlung verlangen. Die Gewährleistungspflicht setzt kein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers voraus, jedoch muss nach Ablauf von sechs Monaten vom Auftraggeber bewiesen werden, dass der Mangel schon zur Übernahme vorhanden war.

Ein Recht auf **Schadenersatz** besteht hingegen nur, wenn dem Auftragnehmer ein kausales, rechtswidriges Verschulden direkt nachgewiesen werden kann. Der Ersatzanspruch umfasst neben den Mangelschäden auch alle Mangelfolgeschäden, welche durch die schadhafte Leistung verursacht worden sind. Sobald der Schaden und der Schädiger bekannt sind beginnt die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen, innerhalb welcher eine Klage eingebracht werden muss. Insgesamt verjährt der Schadenersatzanspruch 30 Jahre nach dem Zeitpunkt der Übernahme. Auch hier beschränken sich die Ansprüche zunächst auf die Naturalrestitution, wobei unter bestimmten Voraussetzungen der verschuldensgradabhängige Geldersatz gefordert werden kann.

Die wichtigsten Unterschiede zwischen dem Anspruch auf Gewährleistung und dem Anspruch auf Schadenersatz sind für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer von großer Bedeutung. Insbesondere, da für Mangelschäden eine Konkurrenz zwischen den beiden Anspruchsgrundlagen besteht. Es kann entweder verschuldensunabhängig Gewährleistung oder verschuldensabhängig Schadenersatz gefordert werden.

4 Der versteckte Mangel

Dieses Kapitel widmet sich dem Thema des versteckten Mangels in der Bauwirtschaft. Zuerst soll geklärt werden, was überhaupt der versteckte Mangel ist und welche Relevanz er in der Baubranche hat. Daraufhin wird das Thema der Gewährleistung für versteckte Mängel eingehend diskutiert, wobei auf die Rechtsprechung und einige unterschiedliche Rechtsmeinungen eingegangen wird. Zu den einzelnen Themenbereichen werden OGH-Fälle angeführt und analysiert. Abschließend wird eine Klassifizierung des versteckten Mangels durchgeführt und ein allgemeiner Ablauf eines Gewährleistungsfalls und eines Schadenersatzfalls dargestellt.

Ein versteckter Mangel ist ein klassischer Baumangel dessen Besonderheit in seiner fehlenden Erkennbarkeit liegt. Der Mangel an sich ist vorhanden, jedoch kann er als solcher nicht erkannt werden. Diese Problematik führt dazu, dass der Anspruch auf Ersatz der versteckten, mangelhaften Leistung eventuell verloren geht. Es ist möglich, dass für den versteckten Mangel kein Anspruch auf Gewährleistung besteht, da er innerhalb der Gewährleistungsfrist nicht erkannt werden kann. Insbesondere der Umgang mit Mängeln, die erst viele Jahre nach der Übernahme des Gebäudes auftreten, ist schwierig. Je größer dieser Zeitraum ist, desto eher wird die Meinung vertreten, dass der Auftragnehmer nach so langer Zeit keine Forderungen erfüllen muss. Jedoch stellt sich demgegenüber die Fragestellung, warum Auftraggeber für eine Leistung, die schon zur Zeit der Übernahme mangelhaft war, keinen Ersatz bekommen sollten, nur weil man dies nicht erkennen konnte?

Ein typisches Beispiel für einen versteckten Mangel sind Setzungsrisse an Gebäuden. Ein möglicher Ablauf wäre beispielsweise folgender: Bei der Übernahme eines Neubaus werden keine Risse festgestellt und das Gebäude wird mangelfrei übergeben. Das Gebäude wurde mit einer Flachgründung hergestellt. Fünf Jahren nach der Übernahme treten im Gebäude größere Risse auf. Diese sind auf die fehlende, aber erforderliche, Tiefgründung des Gebäudes zurückzuführen. Ein Gewährleistungsrecht besteht jedoch nur für Mängel, die zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Wären die Risse innerhalb der Gewährleistungsfrist von drei Jahren aufgetreten, bestünde kein Zweifel an der Rechtslage. In diesem Fall würde es sich klar um einen Gewährleistungsfall handeln. Der Mangel ist die fehlerhaft ausgeführte Gründung, welcher durch das Auftreten der Risse erkennbar wurde. Dieser Mangel bestand auch schon zur Zeit der Übernahme, jedoch konnte er bei der Besichtigung nicht als solcher erkannt werden. Fünf Jahre nach der Übernahme ist das Recht auf Gewährleistung bereits verjährt. Somit hat der Auftraggeber keine Möglichkeit im Sinne des verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechtes eine Forderung zu stellen. Aufgrund dieser Lücke im Gewährleistungsrecht treten immer öfter Streitigkeiten auf. Der Auftraggeber kann sich in so einem Fall auf das verschuldensabhängige Schadenersatzrecht stützen.

4.1 Definition des versteckten Mangels

Eine eindeutige Definition für den versteckten Mangel gibt es in der Literatur nur bedingt, da er eine Sonderform des klassischen Mangels ist. Eine dezidierte Erwähnung des versteckten Mangels ist weder in den Gesetzen noch in den ÖNORMEN zu finden. Er kommt im Baubetrieb zwar regelmäßig vor, wird jedoch rechtlich nicht anders behandelt als der „klassische“ Mangel.

Ein klassischer **Mangel** ist die Abweichung der tatsächlichen Eigenschaften einer Bauleistung von den geforderten Eigenschaften. Der SOLL-Zustand einer Bauleistung wird entweder durch die allgemein anerkannten Regeln der Technik oder durch gesonderte Vereinbarungen festgelegt.¹⁵² Das Adjektiv **versteckt** wird auch als verborgen beschrieben. Eine verborgene Eigenschaft wird laut Definition der Kenntnis anderer entzogen.¹⁵³ Ist die fehlende Eigenschaft einer Leistung versteckt, bedeutet dies, dass sie nicht sichtbar oder erkennbar ist. Der **versteckte Mangel** wird in der Literatur auch als verdeckter, verborgener, geheimer oder verbauter Mangel bezeichnet. All diese Adjektive weisen auf dasselbe Merkmal hin: Der Mangel ist vorhanden aber niemand weiß davon.

Welser/Jud definieren den versteckten Mangel in der Literatur wie folgt: „Es gibt auch Sachmängel, die im Ablieferungszeitpunkt schon ihrer Natur nach nicht erkennbar, also zu dieser Zeit von niemanden feststellbar sind.“¹⁵⁴

Folgende Tatbestandsmerkmale definieren einen versteckten Mangel:

- das Vorhandensein eines Mangels (Abweichung vom Bau-SOLL),
- das Vorhandensein zum Zeitpunkt der Übernahme,
- die fehlende Erkennbarkeit zum Zeitpunkt der Übernahme,
- die Erkennbarkeit erst durch einen Mangelfolgeschaden.

Ein versteckter Mangel wird bei der Übernahme einer Leistung nicht gerügt, weil er nicht erkannt werden kann, obwohl die Ursache dafür zur Zeit der Übernahme sehr wohl schon vorhanden war. Die Ursachen können beispielsweise ein fehlerhaftes Material oder ein Verarbeitungsfehler sein. Der kausale Schaden hat sich jedoch bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht visuell erkennbar gemacht.¹⁵⁵

Versteckte Mängel befinden sich oft im Innenleben eines Bauwerks und werden deshalb nicht sogleich erkannt. Erst wenn ein Mangelfolgeschaden auftritt wird durch eine Ursachenforschung der ursprüngliche Mangel

¹⁵² Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 160f.

¹⁵³ <https://www.duden.de/rechtschreibung/verbergen>. Datum des Zugriffs: 27.Juli.2018.

¹⁵⁴ WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. S. 88.

¹⁵⁵ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 8f.

erkennbar. Um einen verbauten Mangel zu sehen, müsste das Bauteil dafür aufgebrochen werden. Ein Beispiel für einen versteckten Mangel geben *Pochmarski/Hirn* mit der fehlerhaften Anbringung einer Dampfbremse an einem Dach. Diese wird dabei mit Klammern anstelle von Breitkopfnägeln befestigt, wodurch im Laufe der Zeit Risse in der Folie entstehen. Dieser versteckte Mangel ist auch bei sehr sorgfältiger Untersuchung des Objektes nicht sichtbar, sondern wird erst nach einiger Zeit durch auftretende Wasserflecken im Gebäude erkennbar.¹⁵⁶

4.2 Relevanz des versteckten Mangels in der Bauwirtschaft

In der Bauwirtschaft ist das Problem „versteckter Mangel“ ein aktuelles Thema, wobei unter Experten eine gewisse Verunsicherung herrscht.¹⁵⁷ Mängel können an allen Produkten auftreten und in weiterer Folge Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche auslösen. Warum ist der versteckte Mangel jedoch speziell in der Baubranche von besonders großer Bedeutung?

Wie hoch die Zahl der versteckten Mängel in der Baubranche ist, wurde bisher nicht erhoben, da sich dies als sehr schwierig herausstellen würde. Insbesondere, weil der versteckte Mangel rechtlich nicht anders als der klassische Mangel behandelt wird. Einerseits werden versteckte Mängel die erst nach einigen Jahren auftreten, zum Teil gar nicht als solche gemeldet, da die Betroffenen keine erfolgreichen Ansprüche erwarten. Andererseits werden manche Mängel als versteckt tituliert, obwohl deren tatsächliches Vorhandensein zum Zeitpunkt der Übernahme gar nie nachgewiesen werden konnte.

Im Allgemeinen ist die Baubranche ein stark mangelanfälliger Wirtschaftszweig. Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass Bauwerke als Unikate hergestellt werden und somit die Vorteile einer Serienproduktion nicht genutzt werden können. Ein Großteil der Bauleistungen wird von Menschen direkt an der Baustelle ausgeführt, wodurch durchwegs der Unsicherheitsfaktor Mensch hinzukommt. Menschen arbeiten generell nicht fehlerfrei. Zusätzlich sind Baustellen vielen weiteren Einflussfaktoren ausgesetzt. Die Witterung, die ortsspezifischen Baustellenbedingungen, die Art des Gebäudes und die Bauzeit unterscheiden sich von Bauwerk zu Bauwerk. Jedes Bauvorhaben wird individuell abgewickelt. Durch das Zusammenspiel all dieser Faktoren ist die Herstellung eines mangelfreien Bauwerkes nicht möglich.

¹⁵⁶ Vgl. POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018. S. 98.

¹⁵⁷ Aktuell diskutiert wurde das Thema unter anderem auch bei einem Vortrag der Rechtsanwaltskanzlei Müller Partner. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018

Die Sonderform „versteckter Mangel“ tritt regelmäßig in der Baubranche auf. Dieser kann naturgemäß bei der Übernahme nicht sogleich als solcher erkannt werden. Die fehlende Erkennbarkeit ist durch folgende zwei Gründe erklärbar:

- Der Mangel ist hinter einer Konstruktion versteckt und dadurch von außen nicht sichtbar.
- Der Mangel besteht an der Sache selbst, hat sich jedoch noch nicht visuell erkennbar gemacht.

Beide Möglichkeiten sind in der Baubranche sehr häufig. Der erste Fall des verbauten Mangels kann bei jedem Bauvorhaben vorkommen. Bauteile bestehen in der Regel aus mehreren Schichten, sei es ein Fußbodenaufbau, ein Dachaufbau oder eine Wandkonstruktion. Kommt es innerhalb dieser Ebenen zu einem Schaden, ist dieser für den Außenstehenden nicht sichtbar. Solche Mängel werden meist erst nach längerer Zeit durch das Weiterfressen des Schadens bis zur Oberfläche augenscheinlich.

Der zweite Fall besteht, wenn eine Leistung mangelhaft erfüllt wurde, dies aber nicht visuell sichtbar ist. Dazu folgendes Beispiel: Das Bauteil wird mit einer schlechteren Betonqualität als gefordert eingebaut. Diese Tatsache ist nicht visuell erkennbar. Erst nach einiger Zeit treten an dem Bauteil Beschädigungen auf, da der Beton nicht derart säurebeständig ist, wie er laut Vertrag sein sollte. Dieser Mangel gilt als versteckter Mangel, da er zur Zeit der Übernahme vorhanden ist, jedoch noch kein sichtbarer Schaden daraus entstanden ist.

Der versteckte Mangel löst einige Diskussionen über seine juristische Existenz aus. Technisch gesehen gibt es zweifelsohne Mängel, die nicht gleich erkennbar, sondern versteckt sind. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es den versteckten Mangel auch in der Rechtswirklichkeit gibt, er demnach besondere Rechtsfolgen auslöst. *Pochmarski/Hirn* vergleichen den versteckten Mangel gar mit dem Mythos über das Monster von Loch Ness. Der versteckte Mangel, sei wie Nessie, zwar schon seit vielen Jahren bekannt, jedoch wurde er bisher nicht in der Judikatur eingefangen bzw. geregelt.¹⁵⁸

Die Problematik bei versteckten Mängeln ist der mögliche Verlust des Anspruchs auf Ersatz bei mangelhafter Leistung. Im Allgemeinen hat ein Auftraggeber bei mangelhafter Leistungserfüllung Anspruch auf Gewährleistung. Der versteckte Mangel stellt in der Baubranche ein Sonderthema des Gewährleistungsrechts dar. Es ist möglich, dass für den versteckten Mangel keine Gewährleistung eingefordert werden kann, da er innerhalb der Gewährleistungsfrist nicht erkannt wird. Dadurch widerspricht er dem

¹⁵⁸ Vgl. POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018. S. 97.

allgemeinen Prinzip der Gewährleistung, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist für alle in der Frist auftretenden Mängel Gewähr zu leisten. Die Verjährungsfrist ist durch den Beginn und die vorgegebene Dauer klar festgelegt. Nach Ablauf dieser gesetzlichen oder vertraglich geregelten Frist ist kein Anspruch auf Gewährleistung möglich. Sonderregelungen für versteckte Mängel gibt es nicht. Juristisch wird der versteckte Mangel in keiner Weise berücksichtigt, wodurch es zu Streitigkeiten kommen kann, da sich Auftraggeber in ihrem Recht auf Gewährleistung übergangen fühlen können.

Der Auftraggeber hat in so einem Fall die Möglichkeit, den Ersatz für den Mangel durch das Schadenersatzrecht einzuklagen. Der Zeitraum bis zur Erkennbarkeit eines Baumangels kann die gesetzliche Gewährleistungsfrist von drei Jahren leicht überschreiten. Das Schadenersatzrecht hingegen lässt eine Mängelrüge bis zu 30 Jahre nach der Übernahme zu. Innerhalb dieses viel längeren Zeitraumes ist eine fristgerechte Einbringung einer Klage auf Ersatz einfacher möglich. Jedoch sollte der Unterschied dieser beiden Anspruchsgrundlagen nicht unberücksichtigt bleiben. Der Schadenersatzanspruch umfasst eine viel umfangreichere Beweiserbringung als der Gewährleistungsanspruch.

Derzeit werden vor Gericht immer mehr Fälle abgewickelt, bei denen nach 15 bis 20 Jahren manchmal sogar erst nach 25 Jahren Mängel auftreten. Während dieser Zeit wurden die Objekte bereits bestimmungsgemäß benutzt. Diese Mängel werden oft als „versteckte Mängel“ gerügt, wobei den Beteiligten oft nicht klar ist, welche Konsequenzen zu erwarten sind.¹⁵⁹

Folgende Fragestellungen können dabei aufkommen:¹⁶⁰

- Können nach einem so langen Zeitraum Mängel überhaupt noch erfolgreich geltend gemacht werden?
- Muss der Auftragnehmer nach so vielen Jahren noch auf etwaige Mängelansprüche vorbereitet sein?

Die große Zeitdifferenz zwischen Fertigstellung des Werkes und dem Auftreten des Mangels birgt einige Unsicherheiten und Probleme in sich, welche im folgenden Kapitel 4.3 diskutiert werden.

¹⁵⁹ Vgl. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018.

¹⁶⁰ Vgl. ebd.

4.3 Unsicherheiten durch Zeitablauf

Liegt ein Fall schon einige Jahre zurück, wird es immer schwieriger Vorkommnisse und Grundlagen zu rekonstruieren und dementsprechend eine eindeutige Beweislage vorzulegen.

Es spielen einige Faktoren zusammen, warum es problematisch ist, Fälle aufzuarbeiten, die 15 bis 20 Jahren zurückliegen:¹⁶¹

- die Rekonstruktion relevanter Fakten wird umso schwerer je länger ein Sachverhalt zurückliegt,
- das Erinnerungsvermögen der Beteiligten schwindet,
- Unterlagen wurden bereits vernichtet,
- Daten sind nicht mehr verfügbar (besonders vor der digitalen Zeit),
- der Zustand der vom AN erbrachten Leistungen verändert sich und entspricht nicht mehr dem Zustand im Zeitpunkt der Übernahme,
- Normen und Regelungen haben sich verändert.

Diese Unsicherheiten können zu einer mangelnden Beweislage führen. Zunächst sollten grundsätzliche Fragestellungen zum Thema der Ersatzansprüche bei auftretenden Mängeln geklärt werden. Aus juristischer Sicht sind folgende zwei Fragestellungen von Bedeutung, um in weiterer Folge einen erfolgreichen Prozess führen zu können:¹⁶²

- Handelt es sich um einen Gewährleistungsanspruch oder einen Schadenersatzanspruch?
- Wer trägt die Beweislast?

Wie bereits in Kapitel 3.4.1 geklärt, ist ein großer Unterschied zwischen Gewährleistung und Schadenersatz die Voraussetzung für die Anspruchsgrundlage. Während bei Gewährleistung lediglich das Vorhandensein des Mangels den Anspruch auslöst, muss bei Schadenersatz der Schaden, das Verschulden, die Kausalität und die Rechtswidrigkeit nachgewiesen werden. Die Art der Anspruchsgrundlage ist sehr relevant, da sie den Umfang der Beweisführung vorgibt.¹⁶³

Die zweite Schlüsselfrage ist, wer diese Beweisführung erbringen muss. Die Beweislast ist abhängig von der Anspruchsgrundlage. Bei Gewährleistungsansprüchen trägt in den ersten sechs Monaten nach Übernahme der Auftragnehmer die Beweislast und danach der Auftraggeber. Bei

¹⁶¹ Vgl. KALL, B.; LACKNER, H.: Der "versteckte Mangel". Des einen Freud, des anderen Leid?. Vortragsfolien. S. 6.

¹⁶² Vgl. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018

¹⁶³ Vgl. KALL, B.; LACKNER, H.: Der "versteckte Mangel". Des einen Freud, des anderen Leid?. Vortragsfolien. S. 13f.

Schadenersatzansprüchen trägt der Auftragnehmer in den ersten zehn Jahren die Beweislast und danach der Auftraggeber. Der Zeitpunkt der Beweislastumkehr ist, insbesondere in der juristischen Praxis, von besonders großer Bedeutung.¹⁶⁴

Besteht ein Gewährleistungsanspruch könnte dieser jedoch schon verjährt sein, wenn der versteckte Mangel erst nach Ende der Verjährungsfrist erkennbar wird. Die einzige weitere Möglichkeit auf einen Ersatz besteht für den Auftraggeber im Schadenersatzrecht. Dabei stellt sich natürlich die Frage, ob der schwierige Beweisführungsprozess erfolgreich abgewickelt werden kann. Jedoch sprechen manche Rechtsanwälte aus Erfahrung, wenn sie sagen, dass nahezu 99% der Fälle von versteckten Mängeln einen Schadenersatzanspruch auslösen.¹⁶⁵

4.4 Gewährleistungsfrist bei versteckten Mängeln

Zum Beginn der Gewährleistungsfrist für versteckte Mängel gibt es unterschiedliche Rechtsmeinungen. Während die eine Rechtsmeinung besagt, dass für versteckte Mängel, die erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist von zwei bzw. drei Jahren auftreten, die Frist auf 30 Jahren verlängert werden soll, vertritt ein anderer Teil der Juristen die Rechtsmeinung, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist erst durch die Erkennbarkeit des Mangels ausgelöst wird.¹⁶⁶

Die nach *Kall/Lackner* verbreitete Annahme, dass für versteckten Mängel eine 30-jährige Gewährleistungspflicht besteht, kann jedoch in jedem Fall verneint werden.¹⁶⁷ Die derzeit geltende, eindeutige Rechtsprechung beschreiben *Pochmarski/Hirn* folgendermaßen: „*Ein Gewährleistungsberechtigter verliert seine Ansprüche unverschuldet zufolge Verjährung, ohne in der Lage gewesen zu sein, diese erkennen zu können oder gar geltend machen zu können.*“¹⁶⁸

Dazu die Grundsatzentscheidung des **OGH 1 Ob 536/90 vom 07.03.1990** zum Fristenverlauf der versteckten Mängel:

In diesem Fall kam es zum Einfrieren von Wasserleitungen im Bereich der Außenwände. Dabei handelte es sich um einen versteckten Mangel, da dieser frühestens zu Beginn der nächsten Frostperiode erkennbar werden konnte.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Vgl. a.a.O. S. 31f.
In Bild 3 5 und Bild 3 10 ist die Beweislastumkehr grafisch dargestellt.

¹⁶⁵ Vgl. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018

¹⁶⁶ Vgl. MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. S. 17f.

¹⁶⁷ Vgl. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018

¹⁶⁸ POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018. S. 99.

¹⁶⁹ Vgl. OGH 1 Ob 536/90, 07.03.1990.

„Gemäß § 933 Abs. 1 ABGB sind Gewährleistungsansprüche, betreffen sie unbewegliche Sachen, binnen drei Jahren, [...] gerichtlich geltend zu machen. Die Frist beginnt vom Tage der Ablieferung an zu laufen, nur bei Rechtsmängeln ab dem Tag, an welchem der von einem Dritten auf die Sache erhobene Anspruch dem Erwerber bekannt wurde. Für geheime, also bei der Ablieferung nicht erkennbare Mängel sieht das Gesetz keine abweichende Regelung für den Beginn des Fristenlaufes vor. Bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen – wie jenen des Beklagten – beträgt die Frist drei Jahre, sie ist vom Zeitpunkt der Übernahme durch den Besteller an zu berechnen [...].“¹⁷⁰

Wie aus dieser Entscheidung zu erkennen, wird der Beginn der Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln anders geregelt als bei Sachmängeln. Die Verjährung bei Rechtsmängeln beginnt erst, wenn dem Geschädigten der Mangel bekannt wird. Dies ist der Fall, da Rechtsmängel durch eine Begutachtung der Sache nicht erkannt werden können.¹⁷¹ Diese Regelung hat eine Diskussion über eine Anpassung des Gewährleistungsbeginns für Sachmängel entfacht, welche eine analoge Verjährungssituation für Sach- und Rechtsmängel erwägt.¹⁷²

4.4.1 Meinung von Bydlinski

Bydlinski spricht sich für eine Anpassung des Gewährleistungsbeginns bei versteckten Mängeln aus.

Im Wesentlichen nennt er zwei Gründe für die gesetzlich gültigen, kurzen Gewährleistungsfristen des ABGB:¹⁷³

- zum einen sollen langwierige Prozesse mit Beweisschwierigkeiten vermieden werden,
- zum anderen soll der Schuldner nach längerer Zeit nicht mehr mit Ansprüchen des Gläubigers rechnen müssen.

Bereits in den 80er Jahren wurde der Beginn der Gewährleistungsfrist durch den Gesetzgeber ganz klar geregelt. Auch für Mängel die in der Gewährleistungsfrist gar nicht hervorkommen können und der Auftraggeber eindeutig nachweisen kann, dass diese schon zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren, haftet der Auftragnehmer nicht.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Ebd.

¹⁷¹ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 176.
Der Unterschied zwischen Sachmangel und Rechtsmangel wird in Kapitel 2.3 näher erläutert.

¹⁷² Vgl. WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. S. 88.

¹⁷³ Vgl. BYDLINSKI, P.: Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht. In: Recht der Wirtschaft, 8/1986. S. 236.
[Anm. zum Autor: Peter Bydlinski ist Universitätsprofessor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz. Seine Meinung zum Beginn der Gewährleistungsfrist der versteckten Mängel wurde in einer Veröffentlichung im Jahr 1986 bekannt.]

¹⁷⁴ Vgl. ebd.

Bydlinski möchte diese strenge Fristenregelung auflockern und bietet zwei Lösungsvorschläge:¹⁷⁵

- die Vertragsauslegung,
- die teleologische Reduktion des § 933 (1) ABGB.

Die **Vertragsauslegung** ist eine Anpassung der Gewährleistungsfrist in den einzelnen Bauverträgen, wobei die gesetzliche Bestimmung bei gewissen Fällen eingeschränkt werden soll. Das ist im Allgemeinen zulässig, da das Gewährleistungsrecht ein dispositives Recht und somit anpassbar ist. Eine Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung wäre die ausdrückliche Zusicherung besonderer Eigenschaften der Leistung. Diese Vereinbarung führt zu einer Abänderung der gesetzlichen Regelung, denn dadurch wird der Beginn der Gewährleistungsfrist stillschweigend auf den Zeitpunkt der sicheren Erkennbarkeit verschoben. Jedoch könnte diese Regelung auch unwirksam werden, wenn beide Vertragsparteien von dieser stillschweigenden Änderung der Gewährleistungsbedingungen nicht gewusst haben. *Bydlinski* sieht eine Zusicherung von einer Eigenschaft, die erst lange Zeit später festgestellt werden kann, als völlig sinnlos an, wenn der Auftraggeber dafür niemals einen Gewährleistungsanspruch erheben kann. Denn bevor der Mangel überhaupt erkennbar ist, hat die Gewährleistungsfrist schon längst geendet.¹⁷⁶ Die Gewährleistung von zugesicherten Eigenschaften wird in Kapitel 4.4.3 näher erläutert.

Eine **teleologische Reduktion** ist eine Interpretation einer Gesetzesbestimmung, die sich auf den Sinn und Zweck dieser Regelung bezieht. Unter der teleologischen Reduktion der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist eine Ablehnung der Regelung für spezielle Fälle gemeint. Für bestimmte Arten von Mängeln sollte der Anwendungsbereich der gesetzlichen Fristenregelung geändert werden. *Bydlinski* denkt dabei im Konkreten an versteckte Mängel, die zum Zeitpunkt der Übernahme nur mit unvertretbarem Aufwand oder sogar nur durch Zerstörung der Sache entdeckt werden können. Dabei soll jedoch nicht der Einzelfall beachtet werden, sondern der Normalfall. Dazu gibt *Bydlinski* ein Beispiel: Fehler an Wasserrohren werden in der Regel direkt beim Einbau bemerkt. Für diese Art von Mangel soll die gesetzliche Gewährleistungsfrist gelten. Im Einzelfall kann es durch besondere Umstände dazu kommen, dass der Mangel an der Wasserleitung trotzdem nicht erkannt werden kann, dieser Sonderfall soll durch diese abweichende Regelung nicht berücksichtigt werden. *Bydlinski* spricht sich stark für eine teleologische Reduktion aus, da es sonst in manchen Fällen sogar dazu kommen kann, dass der Auftragnehmer von seiner Haftung gänzlich freigestellt wird. Der Auftragnehmer muss sich einer-

¹⁷⁵ Vgl. ebd.

¹⁷⁶ Vgl. a.a.O. S. 236f.

seits im Klaren sein, dass auch einige Zeit nach der Übernahme fehlerhafte Leistungen erkennbar werden können. Andererseits hat der Auftraggeber den, nach längerer Zeit immer schwierigeren, Beweis zu führen, dass der Mangel schon zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden war.¹⁷⁷

Bydlinski sieht den Vorteil in der teleologischen Reduktion, denn dadurch könnte die Gewährleistungsregelung auch für die Gruppe der versteckten Mängel, gerecht werden. Dies wäre durch eine besondere Vertragsauslegung nicht immer möglich, denn dabei wirken auch individuelle Parteiwillen mit.¹⁷⁸

4.4.2 Kritik an Bydlinski

Bydlinski's Meinung wird jedoch nicht uneingeschränkt geteilt. So sieht beispielsweise *Kurschel* die Schwierigkeit in seiner Überlegung in der Abgrenzung der versteckten Mängel. Nach *Bydlinski* soll die Gewährleistungsfrist zum Zeitpunkt der „generellen Erkennbarkeit“ beginnen. Wie dieser Zeitpunkt jedoch bestimmt wird, bleibt fraglich. Welche Mängel sind bei der Übernahme „generell nicht erkennbar“ und ab welchen Zeitpunkt sind sie „generell erkennbar“? Wird der Maßstab dieser Erkennbarkeit mit dem durchschnittlichen Wissen eines Sachverständigen oder dem konkreten Wissen der Vertragspartner bemessen? *Kurschel* bezweifelt, dass der Auftragnehmer Jahre nach der Übernahme noch gewährleistungspflichtig ist, wenn kein bestimmtes Ende dieser Frist festgelegt werden kann. Weiters hält sie es für unwahrscheinlich, dass der Auftraggeber nach so langer Zeit das Vorhandensein des Mangels zur Zeit der Übernahme noch beweisen kann.¹⁷⁹

Kurschel erkennt die Möglichkeiten der Vertragsauslegung als ausreichend an. Ein späterer Beginn der Gewährleistungsfrist kann durch besondere Vereinbarungen geregelt werden, wie beispielsweise die ausdrückliche Zusicherung von Eigenschaften oder eine spezielle Frist bei bestimmten Mängeln, die allgemein erst später erkennbar werden.¹⁸⁰

Auch *Krejci* übt Kritik an *Bydlinski*'s Überlegungen, wobei einige Ansichtspunkte jedoch mit *Bydlinski*'s Meinung übereinstimmen. *Krejci* sieht keinen Grund, warum die Gewährleistungsfrist für zugesicherte Eigenschaften später beginnt als jene für gewöhnlich erwartete Eigenschaften, insbesondere wenn bekannt ist, dass diese nicht innerhalb der Frist geprüft werden

¹⁷⁷ Vgl. a.a.O. S. 238f.

¹⁷⁸ Vgl. a.a.O. S. 239.

¹⁷⁹ Vgl. KURSCHTEL, I.: Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S. 99.

¹⁸⁰ Vgl. a.a.O. S. 101.

können. Er plädiert deshalb dafür, die Mängel in Fallgruppen einzuteilen.¹⁸¹

An dieser Stelle sollte jedoch angemerkt werden, dass Ende der 1980er Jahre noch vor dem neuen Gewährleistungsrecht 2002, die Gewährleistungsfrist für bewegliche Dinge auf sechs Monate begrenzt war.¹⁸² Somit endete beispielsweise die Gewährleistungsfrist einer Sache die im Frühjahr erworben wurde schon bevor der Winter begonnen hat. Dadurch konnte die Frostsicherheit dieser Sache nicht mehr rechtzeitig vor dem Ende der Frist erprobt werden.¹⁸³

Krejci möchte deshalb einen Erwartungszeitraum festlegen, in dem der Mangel typischerweise auftritt und der abhängig von der Art des Mangels ist. Kommt es in dieser Zeit zu einem Gewährleistungsmangel ist dieser Anspruch zu akzeptieren, wobei zusätzlich eine absolute Verjährungsfrist, wie bei Schadenersatzansprüchen, eingeführt werden soll. Dadurch wird vermieden, dass der Erwerber eine Sache nur lagert und nicht erprobt und eventuell erst Jahre nach dem Erwerb einen Mangel erkennt. Der Maßstab für die Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit sollte nach *Krejci* möglichst objektiv sein. Ein subjektiver Maßstab wäre ungerecht, da in diesem Fall der unachtsame Erwerber den Vorteil hätte noch viel später einen Gewährleistungsanspruch erheben zu können. Dadurch entsteht auch im Gewährleistungsrecht eine Erkundigungsobliegenheit des Erwerbers. *Krejci* erkennt die Erschwernisse, die durch die Einteilung der Mängel in Gruppen und davon abhängige Fristen auftreten, jedoch sieht er Handlungsbedarf an der geltenden Regelung, worin alle später erkennbaren Mängel ignoriert werden.¹⁸⁴

Auch *Welser/Jud* kritisieren die Meinung von *Bydlinski*: Die Verlagerung des Beginns der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit, wenn dieser typischerweise zum Zeitpunkt der Ablieferung nicht sichtbar ist, sehen *Welser/Jud* sehr kritisch.¹⁸⁵ „Diese Auffassung stand schon zum bisherigen Gesetzestext in offenem Widerspruch. Sie empfahl sich auch [...] nicht, weil der Beginn der Frist klar feststellbar sein muß und nicht von subjektiven Gegebenheiten abhängen soll. Das Festhalten an der objektiven Anknüpfung der Übergabe ist daher zu begrüßen.“¹⁸⁶

Wilhelm stimmt den bestehenden gesetzlichen Regelungen zu, dass die Gewährleistung mit dem Zeitpunkt der Prüfungsmöglichkeit durch den

¹⁸¹ Vgl. KREJCI, H.: Reform des Gewährleistungsrechtes. S. 139f.

¹⁸² Vgl. WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. S. 85f.

¹⁸³ Vgl. KREJCI, H.: Reform des Gewährleistungsrechtes. S. 139.

¹⁸⁴ Vgl. a.a.O. S. 140ff.

¹⁸⁵ Vgl. WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. S. 88.

¹⁸⁶ Ebd.

Empfänger beginnt. Im Gesetz ist keine Sonderregelung für Mängel vorgesehen, die trotz Prüfungsmöglichkeit, nicht erkennbar sind. In so einem Fall wäre die schwierige Abgrenzung des „nicht erkennbaren Mangels“ vom „klassischen Mangel“ notwendig. Der Lösungsvorschlag der teleologischen Reduktion nach *Bydlinski* erscheint *Wilhelm* als verfehlt, da eine vernünftige Aussage über den Zustand der Sache zur Zeit der Ablieferung, nur in einer gewissen zeitlichen Nähe dazu möglich ist. Durch dieses Hin-ausschieben würden seiner Meinung nach nur Streitigkeiten entstehen.¹⁸⁷

4.4.3 Verjährung bei Zusicherung besonderer Eigenschaften

Der Gewährleistungsanspruch für besonders zugesicherte Eigenschaften wird in § 922 ABGB geregelt. Im Gegensatz zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer Sache, werden besondere Eigenschaften durch getroffene Verabredungen vereinbart.¹⁸⁸

Wie es bereits *Bydlinski* durch die Lösungsmöglichkeit der Vertragsauslegung vorgeschlagen hat, ist die einzige Ausnahme der gesetzlichen Regelung für den Beginn der Gewährleistung, die Zusicherung besonderer Eigenschaften. Haben die Vertragspartner eine bestimmte Eigenschaft vereinbart, die typischerweise erst einige Zeit nach der Übernahme nachweisbar ist, wird dadurch der Beginn der Gewährleistungsfrist auf den **Zeitpunkt der Erkennbarkeit dieser Eigenschaft** verschoben.¹⁸⁹ Da die Gewährleistungsfrist nicht laufen soll, solange das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft nicht überprüft werden kann, kommt es in diesem Fall zu einer stillschweigenden Verlängerung der Gewährleistungsfrist.¹⁹⁰

Wenusch kritisiert diese Regelung jedoch in einer Anmerkung. Dass die Gewährleistungsfrist schon abläuft, bevor der Mangel erkannt werden kann „[...] ist aber nicht nur dann der Fall, wenn eine Zusicherung gegeben wurde – als Begründung für eine differenzierte Betrachtung taugt der Umstand daher wohl nicht. [...] Eine (allenfalls schlüssige) Verlängerung der Gewährleistungsfrist kommt möglicherweise bei der Zusage einer bestimmten Haltbarkeitsdauer in Frage: Eine solche auf alle „geheimen“ Mängel auszudehnen, passt schon alleine deshalb nicht, weil Mängel grundsätzlich okkult sind [...]“¹⁹¹

Die Zweckmäßigkeit und der Umgang mit dieser abweichenden Verjährungsregelung wird in Kapitel 4.5.7 und Kapitel 4.7 näher erläutert.

¹⁸⁷ Vgl. WILHELM, G.: Beginn der Gewährleistungsfrist. In: *ecolex*, 1991. S. 84f.

¹⁸⁸ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 73.

¹⁸⁹ Vgl. a.a.O. S. 90f.

¹⁹⁰ Vgl. WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. S. 88.

¹⁹¹ WENUSCH, H.: Wieder einmal: Ein versteckter Mangel. In: *ZRB*, 1/2016. S. 27.

4.5 Urteile zu versteckten Mängeln

In diesem Kapitel werden sechs OGH Fälle über versteckte Mängel untersucht, um die aktuelle Rechtsprechung zu diesem Thema aufzuzeigen. Wie in Kapitel 4.4.3 theoretisch erläutert, wurden bei einigen Fällen Zusicherungen für spezielle Eigenschaften getroffen, woraus sich eine abweichende Regelung der Gewährleistungsfrist ergibt.

4.5.1 OGH Fall 4 Ob 202/16h am 20.12.2016

Mit dem Urteil des OGH am 20.12.2016 wurde im Fall 4 Ob 202/16h der Gewährleistungsbeginn für Mängel an besonders zugesicherten Eigenschaften in einem Verbrauchergeschäft ausdrücklich auf deren Erkennbarkeit festgelegt:¹⁹²

In diesem Fall hat die klagende Verbraucherin, die Beklagte, im Jahr 2007 mit der Neueindeckung eines Daches beauftragt. Nach den AGBs der Beklagten gewährleistet diese: *„eine dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Fehlerfreiheit des Werkes in Werkstoff und Verarbeitung [...] während der Dauer der gesetzlichen Fristen.“* Zusätzlich wurde in den AGBs geregelt, dass alle etwaigen mündlichen Aussagen der Mitarbeiter, nicht verbindlich seien.

Im Jahr 2013 traten an den Dachziegeln Risse und Verfärbungen auf. Diese Mängel sind entweder auf einen Produktfehler oder eine falsche Materialeignung zurückzuführen. Bis zu diesem Zeitpunkt waren diese Mängel nicht erkennbar. Es handelte sich um versteckte Mängel, die erst nach fünf Jahren erkennbar wurden.

Die Klägerin forderte eine Verbesserung in Form einer kompletten Neueindeckung des Daches. Sie stützte ihre Forderung auch auf die Aussage eines Mitarbeiters der Beklagten, nachdem das Dach jahrzehntelang halten würde. Durch diese Zusage einer Eigenschaft, beginnt die Gewährleistungsfrist erst ab Erkennbarkeit des Mangels.

Die Beklagte ging von einer Verjährung der Gewährleistungsansprüche aus, da die mündlichen Zusagen der Mitarbeiter laut der AGBs nicht verbindlich sind. Zusätzlich bestritt sie ein Verschulden, da die Mangelhaftigkeit der Dachziegel bei Einbau nicht erkennbar war.

Bei der Zusicherung einer besonderen Eigenschaft, käme es zwar zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist. In den AGBs wurde jedoch ein Formvorbehalt auf die Schriftlichkeit von Zusagen eingebaut. Diese Erklärung ist jedoch nicht gültig, da es sich um ein Verbrauchergeschäft handelt.

Demnach kann die Zusage als stillschweigende Verlängerung der Gewährleistungsfrist verstanden werden. Die konkrete Fristenlänge ist zwar

¹⁹² Vgl. OGH 4 Ob 202/16h, 20.12.2016.

nicht ganz klar, wobei die Frist nach fünf Jahren bei einer jahrzehntelangen Zusage mit Sicherheit noch offen ist. Der Beweis, ob diese Haltbarkeitszusage des Mitarbeiters wirklich stattgefunden hat, muss von der Klägerin erbracht werden. Kann diese Zusage bewiesen werden, besteht das Recht auf Verbesserung.

4.5.2 OGH Fall 8 Ob 365/65 am 18.02.1966

Ein anderes Urteil des OGH 8 Ob 365/65 am 18.02.1966 handelt von einer besonderen Haltbarkeitszusage bei Dachfolien. Zu dieser Zeit (vor der Reform des Gewährleistungsrechtes) galt noch die sechsmonatige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen:¹⁹³

Dabei ging es um die Dacheindeckung eines Werkstättenneubaus mit einer Dachfolie. Der Kläger war der Auftragnehmer, der von der beklagten Partei die Dachfolie im Sommer 1960 liefern ließ. Da es sich hier nur um die Lieferung der Dachfolie gehandelt hat, galt die damals vorgeschriebene Gewährleistungsfrist für bewegliche Dinge. Der Kläger beschäftigte weiters einen Baumeister. Dieser erkundigte sich bei dem beklagten Lieferanten über die Eigenschaften der Dachfolie. Der Beklagte antwortete auf die Frage, ob die Dachfolie solange halte wie ein Preßkiesdach, das es traurig ist, wenn es nicht so wäre. Weiters gab der Beklagte mündlich dafür eine Garantie und sagte aus, dass eine gleichartige Dachfolie bei der VÖEST in Linz begutachtet werden kann, welche schon zehn Jahre in Gebrauch sei. Daraufhin ließ der Beklagte ein Muster der Folie zurück, mit der Aufforderung diese zu prüfen. Die Prüfung der Folie war zufriedenstellend.

Jedoch kam es bereits nach ein paar Wochen zu Mängeln an der Dachfolie. Die Folie war an den Rändern geschrumpft, woraufhin seitlich neue Dachfolienstreifen aufgeklebt wurden. Im Winter 1960 nach Ablauf der sechsmonatigen Gewährleistungsfrist kam es zu einem Wassereintritt, da die Dachfolie weiter geschrumpft war und Risse aufwies.

Da es sich um eine besonders zugesicherte Eigenschaft handelt, beginnt die Gewährleistungsfrist mit Erkennbarkeit des Mangels, was in diesem Fall im Winter 1960 war. Jedoch war mit Einbringung der Klage im Juni 1963 die sechsmonatige Gewährleistungsfrist, trotz dieser Fristenregelung, schon abgelaufen. Es bestand demnach kein Anspruch auf Gewährleistung und mangels Verschulden auch kein Anspruch auf Schadenersatz.

¹⁹³ Vgl. OGH 8 Ob 365/65, 18.02.1966.

4.5.3 OGH Fall 9 Ob 50/10h am 28.07.2010

Die Zusicherung besonderer Eigenschaften kann auf unterschiedlichen Arten beschlossen werden. Diese muss nicht immer ausdrücklich geschehen, sondern kann, wie im OGH Fall 9 Ob 50/10h am 28.07.2010, auch schlüssig vereinbart werden. Die zugesicherten Eigenschaften werden von einem umfassenden Gewährleistungsverzicht nicht umfasst:¹⁹⁴

In diesem Fall ging es um einen Liegenschaftserwerb im Jahr 2004. Der Kläger kaufte vom Beklagten privat ein Grundstück samt Einfamilienhaus, somit galt das KSchG nicht. Der Kaufvertrag enthielt einen Gewährleistungsverzicht, wonach der Verkäufer für keine bestimmte Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes haftet und der Käufer sich über den Zustand der Liegenschaft zu informieren hatte.

Das Grundstück befand sich auf einer ehemaligen Schottergrube, die mit Bauschutt gefüllt war. Der Verkäufer wusste von dieser Tatsache, hat es dem Käufer jedoch verschwiegen. Einige Zeit nach dem Verkauf kam es zu Rissen und Wasserflecken an den Außenwänden des Gebäudes.

In diesem Fall bezog sich der Gewährleistungsverzicht nur auf den Zustand der dem Käufer bekannt war. Dieser konnte sich jedoch bei Kauf eines Grundstückes auf normale Bodenverhältnisse eines gewachsenen Bodens verlassen. Eine Eigenschaft gilt dann als schlüssig zugesichert, wenn der Empfänger aus der Erklärung des Vertragspartners darauf schließen kann.

Das Vorhandensein eines gewachsenen Bodens war demnach eine schlüssig zugesicherte Eigenschaft, die aus dem Gewährleistungsverzicht auszuschließen war. Der Klage für eine Preisminderung aus dem Gewährleistungsanspruch wurde stattgegeben.

4.5.4 OGH Fall 7 Ob 103/14v am 09.04.2015

Der OGH hat am 09.04.2015 an dem Fall 7 Ob 103/14v den Fristbeginn von versteckten Mängeln bei laufenden Verbesserungsversuchen verdeutlicht und eine klare Differenzierung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden vorgenommen:¹⁹⁵

Der Kläger erwarb 2003 als Verbraucher von den beklagten Unternehmen eine Reihenhaushälfte. 2006 wurden Wasserflecken im Keller sichtbar und der Kläger ließ Mängelbehebungsversuche durchführen. 2008 kam es jedoch zu weiteren Wasserflecken im Stiegenhaus und im Heizraum. Dieser Feuchtigkeitseintritt war ein Mangelfolgeschaden einer undichten Bodenanschlussfuge zwischen der Kelleraußenwand und der Fundamentplatte. Da die beklagten Firmen einen Verbesserungsversuch ablehnten,

¹⁹⁴ Vgl. OGH 9 Ob 50/10h, 28.07.2010.

¹⁹⁵ Vgl. OGH 7 Ob 103/14v, 09.04.2015.

beauftragte der Kläger ein anderes Unternehmen, welches die Anschlussfuge 2009 sanierte. Weiters beauftragte der Kläger zwei Unternehmen zur Sanierung des Wasserschadens. Im Zuge dessen, stellte ein beauftragter Sachverständige weitere Mängel am Dachboden fest.

Der Kläger begehrte die gesamten Sanierungskosten von den beklagten Firmen. Die Beklagten wandten jedoch ein, dass die Gewährleistungsansprüche verjährt seien und stützten sich auf einen Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag.

Bereits die Vorinstanzen erkannten den Gewährleistungsanspruch für den Mangelschaden an der undichten Anschlussfuge als zulässig an. Zwischen der Übernahme 2003 und der Mängelbeseitigung 2009 liegen zwar sechs Jahre, jedoch haben die laufenden Verbesserungsversuche die Verjährung unterbrochen.

Der Wasserschaden ist ein typischer Mangelfolgeschaden, denn durch die undichte Anschlussfuge konnte Wasser in den Keller eindringen. Die Kosten zur Beseitigung des Wasserschadens können demnach nicht mit dem Gewährleistungsanspruch, sondern mit einem schadenersatzrechtlichen Anspruch abgedeckt werden.

Der Mangel am Dachboden, der erst durch einen Sachverständigen 2012, bekannt wurde, ist ein versteckter Mangel. Jedoch spielt die Erkennbarkeit eines Mangels, für den Beginn der Gewährleistungsfrist keine Rolle, außer es wurden besondere Sacheigenschaften zugesichert, was weder durch den Kaufvertrag noch durch mündliche Zusagen bewiesen werden konnte. Die Unterbrechung der Verjährungsfrist für den Wasserschaden im Keller, steht in keinem Zusammenhang mit dem Mangel am Dachboden. Demnach hat diese Mängelbeseitigung auch keinen Einfluss auf die Gewährleistungsfrist des versteckten Mangels am Dachboden, welcher zur Zeit der Klageeinbringung als verjährt galt.

4.5.5 OGH Fall 5 Ob 53/12y am 09.08.2012

Im folgenden Fall vom 09.08.2012 des OGH 5 Ob 53/12y wurde der Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Schadens diskutiert:¹⁹⁶

Im Jahr 1999 kaufte der Kläger eine Liegenschaft, bestehend aus einem Haus, einer Zufahrt und einer Einfriedungsmauer. Der beklagte Verkäufer sicherte im Kauvertrag zu, dass die gesamte Liegenschaft bewilligt sei. Die Einfriedungsmauer entsprach jedoch nicht den behördlichen Auflagen, da ihr Fundament zu flach ausgeführt war und somit keine Frostsicherheit gewährleistet werden konnte. Aus diesem Grund wies die Mauer starke Risse und eine gewisse Neigung auf, die nur durch eine Neuherstellung saniert werden konnten.

¹⁹⁶ Vgl. OGH 5 Ob 53/12y, 09.08.2012.

Mindestens zehn Jahre nach dem Kauf der Liegenschaft forderte der Kläger die Sanierungskosten für die mangelhafte Mauer. Der Beklagte war jedoch der Ansicht, dass der Gewährleistungsanspruch bereits verjährt sei, da die Ursache des Schadens schon bei einem früheren Sanierungsversuch erkennbar war. Damals wurde vom Kläger ein Baumeister zur Sanierung der Mauer beauftragt, der sich jedoch nicht mit der Ursachenforschung beschäftigte. Zusätzlich sicherte der Beklagte dem Baumeister abermals die Frostsicherheit der Mauer zu.

Der Beginn der Gewährleistungsfrist wird bei zugesicherten Eigenschaften auf deren Erkennbarkeit verschoben. Ein Mangel gilt auch dann als erkennbar, wenn ein Wissensvertreter des Geschädigten darüber Kenntnis hat. Der Baumeister wäre jedoch nur dann ein Wissensvertreter, wenn er zur Ursachenforschung direkt beauftragt gewesen wäre. Zusätzlich ist allein die Tatsache, dass der Wissensvertreter den Zusammenhang erkennen könnte, noch kein Auslöser der Gewährleistungsfrist. Diese beginnt erst, wenn der Schaden tatsächlich erkannt wird und dem Gewährleistungsberechtigten mitgeteilt wird. Aus diesem Grund konnte dem Kläger keine Verletzung seiner Erkundigungsobliegenheit vorgeworfen werden und der Gewährleistungsanspruch auf die Sanierungskosten gilt.

4.5.6 OGH Fall 9 Ob 75/07f am 19.12.2007

Bei dem OGH Fall 9 Ob 75/07f vom 19.12.2007 handelt es sich nicht um einen typischen Baumangel sondern um einen versteckten Produktionsmangel:¹⁹⁷

Die klagende Partei stellte Isolierglas her und kaufte die dazu nötigen Verbundgläser bei der beklagten Partei. Die Verbundgläser wurden aus zwei, mit Gießharz zusammengeklebten, Einfachglasscheiben hergestellt. Die beiden Parteien haben schon seit Jahren zusammengearbeitet und als die beklagte Partei die Art des Härtungsvorgangs 1997 änderte, wurden die Tochtergesellschaften der Kläger schon 1995 darüber benachrichtigt.

Jedoch traten in weiterer Folge Mängel an den bereits verkauften Isoliergläsern auf, wobei sich die Gießharzschicht teilweise vom Glas ablöste und daraufhin alle mangelhaften Gläser ausgetauscht werden mussten. Die klagende Partei verabsäumte eine Klage innerhalb der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren, da die Mängel erst danach sichtbar wurden. Als Ursache für die Schäden könnte auch eine chemische Reaktion zwischen dem Gießharz und der von der klagenden Partei aufgetragenen Sekundärdichtung kausal sein, somit ein Weiterverarbeitungsfehler. Die Verjährungsfrist des Gewährleistungsanspruchs gilt für versteckte Mängel in gleicher Weise wie für klassische Mängel. Aus diesem Grund verliert der

¹⁹⁷ Vgl. OGH 9 Ob 75/07f, 19.12.2007.

klagende Käufer sämtliche Ansprüche auf Ersatz der Mängel und Mangelgeschäden, obwohl er trotz Untersuchung die Mängel nicht früher feststellen hätte können.

4.5.7 Schlussfolgerung aus den OGH Urteilen

Die analysierten Fälle zeigen, dass versteckte Mängel in der Judikatur im Grunde nicht anders als klassische Mängel behandelt werden. Jedoch haben sich folgende Themen bei den Urteilen über versteckte Mängel als besonders relevant herausgestellt:

- die Zusicherung besonderer Eigenschaften,
- die Art des Vertragspartners: Verbraucher oder Unternehmer,
- die Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten.

Die behandelten Fälle zeigen, dass insbesondere **die Zusicherung besonderer Eigenschaften** für versteckte Mängel in der Baubranche eine große Bedeutung hat. Werden Eigenschaften speziell zugesichert, beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit der Erkennbarkeit des Mangels. Diese Sonderregelung sollte auf keinen Fall unbeachtet bleiben. Wird eine Zusicherung bereits im Vertrag geregelt, ist es ratsam die Gewährleistungssituation für diese Eigenschaft gesondert festzulegen. Mündliche Zusicherungen oder gar schlüssig zugesicherte Eigenschaften sind schwieriger zu handhaben und zu belegen. Wird eine mündliche Zusage von einem Mitarbeiter des Auftragnehmers getätigt, wozu er eventuell gar nicht berechtigt ist, gilt sie trotzdem als gültig. Eine beiläufige Bemerkung wie: „Das hält jahrzehntelang!“ kann somit schon einen abweichenden Gewährleistungsbeginn auslösen. Auftragnehmer sollten aus diesem Grund ihre Mitarbeiter auf die Konsequenzen solcher Aussagen hinweisen. Ein Formvorbehalt auf die Schriftlichkeit von besonderen Zusagen ist demnach empfehlenswert. Weiters sollte beachtet werden, dass ein Gewährleistungsausschluss Mängel an speziell zugesicherte Eigenschaften nicht umfasst.

Durch eine Zusicherung von speziellen Eigenschaften ist es demnach möglich, dass die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers weit über den gesetzlichen Zeitraum hinausgeht. Dieser muss auch Jahre nach der Übernahme noch mit Gewährleistungsansprüchen rechnen und sollte diese in seinen unternehmerischen Kalkulationen berücksichtigen. Die längere Verjährungsfrist im Schadenersatzfall läuft zwar parallel, jedoch nur verschuldensabhängig. Der Auftragnehmer muss sich auch auf eine Ersatzleistung bei zugesicherten Eigenschaften trotz fehlenden Verschulden einstellen. Diese Tatsache ist für den Auftragnehmer jedenfalls eine Belastung die er auf längere Zeit beachten muss.

Ein anderes wichtiges Thema bei Gewährleistungsfällen von versteckten Mängeln ist die **Art des Vertragspartners**. Ein Unternehmergeschäft und

ein Verbrauchergeschäft weisen im Gewährleistungsrecht relevante Unterschiede auf. Der eben angesprochene Formvorbehalt bei speziellen Zusicherungen ist beispielsweise bei Verbrauchergeschäften nicht gültig. Des Weiteren sind Gewährleistungsausschlüsse bei Verbrauchergeschäften nur sehr bedingt wirksam. Zudem sind schlüssige Zusicherungen von bestimmten Eigenschaften bei Verbrauchergeschäften besonders zu beachten. Bei einer schlüssigen Zusage gelten jene Tatsachen, auf welche der Empfänger einer Erklärung schließen kann. Da Konsumenten meist fachunkundige Personen sind, kann es bei solchen Zusagen leicht zu Missverständnissen kommen.

Ist der Vertragspartner ein Konsument, sollte dem Auftragnehmer klar sein, dass einige vertragliche Bestimmungen eventuell ungültig sein können und im Zweifelsfall immer der Verbraucher geschützt wird.

Auch die **Erkundigungsobliegenheit** stellt sich als sehr relevanter Aspekt bei versteckten Mängeln heraus. Entsteht nach einigen Jahren ein Mangel, darf der Auftraggeber keineswegs untätig bleiben. Er ist verpflichtet zumutbare Nachforschungen zu veranlassen, welche den Mangel definieren und potenzielle Schädiger ausfindig machen. Davon sind insbesondere Auftraggeber mit Fachwissen betroffen. Treten erste Mängelanzeichen auf, ist einem fachkundigen Auftraggeber die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu empfehlen, um die Erkundigungsobliegenheit zu erfüllen. Ist der Geschädigte ein Laie und zusätzlich auch ein Konsument, ist die Einholung eines Gutachtens keine erforderliche Erkundigungsmaßnahme. Wenn der Geschädigte fachlich nicht in der Lage ist den kausalen Zusammenhang zwischen den Schadensumständen und dem Schaden zu erkennen, trifft ihn keine Verletzung der Erkundigungsobliegenheit. Eine Verletzung der Erkundigungsobliegenheit kann zum Verlust aller Ansprüche auf Ersatz führen. Aus diesem Grund sollte dieser Aspekt von Auftraggebern nicht vernachlässigt werden.

4.6 Klassifizierung des versteckten Mangels

In diesem Kapitel wird ein Klassifizierungssystem für den versteckten Mangel vorgestellt. Dies soll dazu dienen, dem Umgang mit versteckten Mängeln zu erleichtern. Zuerst wird ein allgemeiner Ansatz gewählt, der zur Definition des Mangels dient, um daraufhin vertieft auf den Gewährleistungsfall und den Schadenersatzfall einzugehen. Die Ausgangssituation stellt das Vorhandensein eines Mangels dar, wobei nach einigen Fragestellungen die Situation so weit analysiert werden soll, um die Ersetzbarkeit des Mangels ausreichend beantworten zu können.

Die theoretischen Grundlagen zu den behandelten Themen wurden bereits in den vorangegangenen Kapiteln erarbeitet. Die Klassifizierung des Mangels bezieht sich auf die Einteilung der Mängelbegriffe nach Kapitel 2.3. Der normierte Ablauf eines Gewährleistungsfalls basiert auf den

theoretischen Grundlagen des Kapitels 3.1 und der Ablauf des Schadenersatzfalls auf Kapitel 3.3.

In Bild 4-1 ist eine Legende der Symbole dargestellt, die in den folgenden Grafiken des Klassifizierungssystems verwendet wurden. Bei den Grafiken handelt es sich um eine Klassifizierung in Form eines Mindmaps und zwei Ablaufdiagramme. Die Hauptelemente stellen definierte Begriffe, Ergebnisse und Abfragen dar. Diese sind mit Pfeilen untereinander verbunden, die Verknüpfungen zwischen den einzelnen Elementen herstellen und dadurch den Ablauf festlegen, wobei diese Pfeile teilweise abhängig von der Abfrage sind. Die Zahlen 1 und 2 in den Rauten verweisen in der Klassifizierungsgrafik lediglich auf die beiden Ablaufgrafiken der Gewährleistung und des Schadenersatzes.

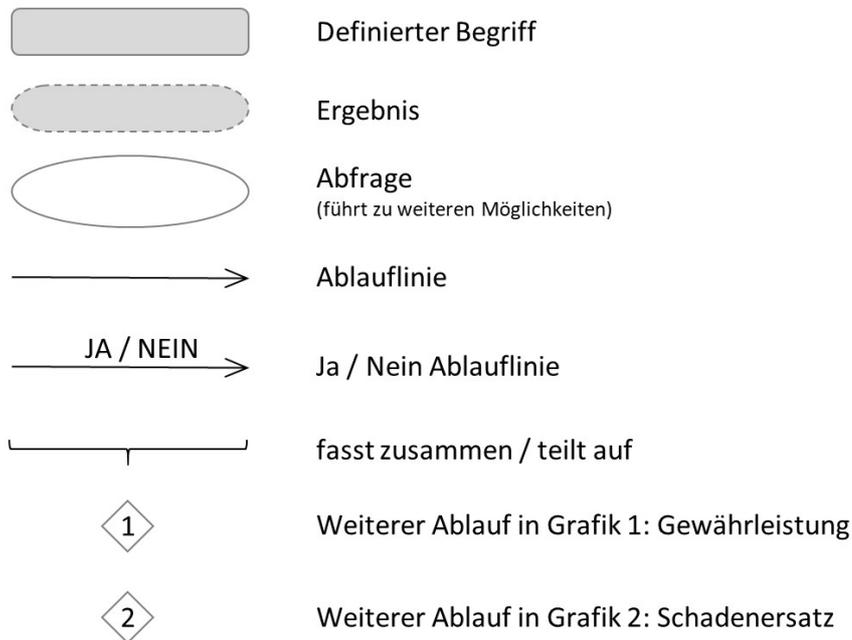


Bild 4-1: Symbolerklärung Klassifizierung und Abläufe

4.6.1 Allgemeine Klassifizierung

Durch eine allgemeine Klassifizierung wird die Art und Ursache eines Mangels, gemäß Bild 4-2, festgestellt.

Das auslösende Ereignis ist das Auftreten eines Mangels. Zunächst soll geklärt werden, ob es sich bei diesem Mangel überhaupt um einen Mangel im rechtlichen Sinn handelt. Ein Mangel im rechtlichen Sinn besteht dann, wenn eine Sache nicht die gewöhnlich vorausgesetzten oder bedungenen Eigenschaften aufweist. Diese Eigenschaften werden durch die **Regeln der Technik** definiert, wobei natürlich darauf zu achten ist, dass ältere Gebäude nicht den aktuellen Regeln der Technik entsprechen müssen, sondern denen zur Zeit ihrer Ausführung. Oft sind Gebäude nach 20 bis

30 Jahren nicht mehr zeitgemäß und manche Bauteileigenschaften entsprechen nicht mehr den aktuellen Regeln der Technik. Diese sollten teilweise ertüchtigt werden, jedoch besteht deswegen nicht gleich ein Mangel im rechtlichen Sinn. In solchen Fällen ist es wichtig alle Qualitätsunterlagen von älteren Gebäuden zur Verfügung zu haben, um die damals geltenden Regeln der Technik rekonstruieren zu können und in weiterer Folge die Mangelhaftigkeit zu beweisen. Eine Anpassung über die alten Regeln der Technik hinausgehend kann jedoch erforderlich sein, wenn ein erheblicher Mangel die Funktionsfähigkeit des Gebäudes stark beeinträchtigt oder eine Gefährdung von Personen verursacht.

Ein Mangel kann jedoch auch durch eine veränderte Situation, wie andere Umwelteinflüsse oder Nutzungsänderungen entstehen. Einige plakative Beispiele zeigen, dass Mängel auftreten können, weil sich mit der Zeit die Randbedingungen im Vergleich zur Zeit der Ausführung stark verändert haben. In diesen Fällen handelt es sich jedoch nicht um Mängel im rechtlichen Sinn, da die Regeln der Technik zur Zeit der Ausführung sehr wohl eingehalten wurden. Ein paar Beispiele dazu wären:

- der Grundwasserspiegel hat sich erhöht und deshalb ist eine zusätzliche Abdichtung der Kellerwände notwendig,
- der Kanal ist zu klein dimensioniert, weil mehr Abwässer zugeführt werden als zur Zeit der Ausführung vorgesehen,
- das Verkehrsaufkommen hat sich stark erhöht, weshalb das Brückenaufleger neu dimensioniert werden muss,
- die Nutzungsart wurde verändert, weshalb die bauphysikalischen Eigenschaften nicht mehr ausreichen.

Handelt es sich um einen Mangel im rechtlichen Sinn stellen sich zwei Fragen zur Art des Mangels:

Die erste Frage betrifft die **Erkennbarkeit** des Mangels bei der Übernahme. Wenn der Mangel zur Zeit der Übernahme nicht erkennbar aber sehr wohl schon vorhanden war, handelt es sich um einen versteckten Mangel. War der Mangel jedoch schon erkennbar und wurde auch gerügt, handelt es sich um einen klassischen Mangel. Bei einem versteckten Mangel kann es zu einem abweichenden Beginn der Gewährleistungsfrist kommen, beispielsweise wenn die mangelhafte Eigenschaft zuvor ausdrücklich zugesichert wurde. Der Beginn der Gewährleistungsfrist bei einem klassischen Mangel ist der Zeitpunkt der Übernahme. Der weitere Ablauf bei einem Gewährleistungsfall wird in Bild 4-3: Ablaufdiagramm 1 – Gewährleistung dargestellt. Die Fragestellung über die Erkennbarkeit eines Mangels kann jedoch durchaus schwierig sein, ab wann gilt ein Mangel für einen Laien oder für einen Sachverständigen als erkennbar und wann nicht?

Die zweite Fragestellung behandelt die Unterscheidung zwischen dem **Mangelschaden** und dem **Mangelfolgeschaden**, um in weiterer Folge

die Anspruchsgrundlage festzulegen. Bei einem Mangelschaden besteht ein Mangel am Bauteil selbst und daraus ist ein Schaden entstanden. Bei einem Mangelfolgeschaden besteht der Mangel jedoch an einem angrenzenden Bauteil und der Schaden ist durch eine Wechselwirkung zwischen dem mangelhaften Bauteil und dem schadhaften Bauteil entstanden. Ein Beispiel dafür wäre eine mangelhafte Abdichtungsbahn, die in weiterer Folge zu einem Wasserschaden an der Dachkonstruktion führt. Der weitere Ablauf bei einem Gewährleistungsfall wird in Bild 4-3: Ablaufdiagramm 1 – Gewährleistung und bei einem Schadenersatzfall in Bild 4-4: Ablaufdiagramm 2 – Schadenersatz dargestellt.

Ein Mangel kann im Grunde drei unterschiedliche **Ursachen** haben:

- einen Planungsfehler,
- einen Produktionsfehler,
- einen Ausführungsfehler.

Es können naturgemäß auch mehrere unterschiedliche Fehlerarten zu einem Mangel führen, jedoch ist diese Ursachenforschung wichtig, um in weiterer Folge den Schädiger zu ermitteln.

In Bild 4-2 ist die allgemeine Klassifizierung dargestellt, wobei die oben erläuterten Fragestellungen für eine Definition des Mangels notwendig sind.

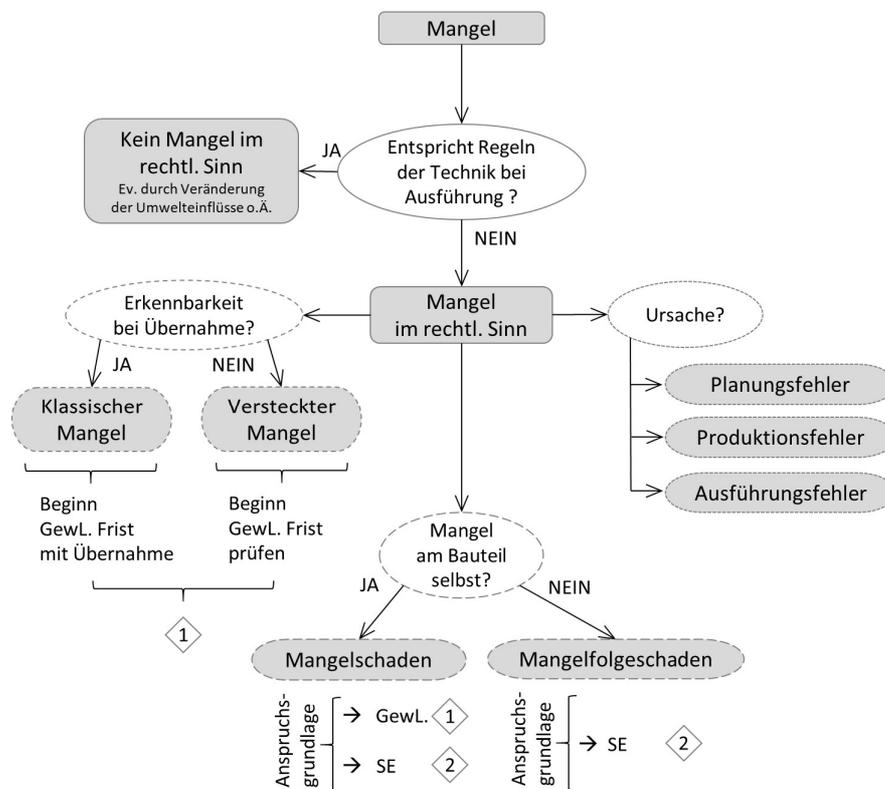


Bild 4-2: Allgemeine Klassifizierung

4.6.2 Ablauf bei Gewährleistungsanspruch

Wurde der Mangel nach der allgemeinen Klassifizierung als Mangelschaden gemäß Bild 4-2 definiert, beginnt der Ablauf für den Anspruch auf Gewährleistung gemäß Bild 4-3. Damit die Frage nach dem Anspruch auf Ersatz beantwortet werden kann, muss zunächst die Art des Mangels und die Verjährungssituation analysiert werden.

Ist ein Mangel zum **Zeitpunkt der Übernahme** vorhanden, löst allein sein Vorhandensein einen Anspruch auf Gewährleistung aus, dann spricht man von einem klassischen Mangel. Mängel die erst nach der Übernahme auftreten, sind keine Mängel nach dem Gewährleistungsrecht. Kann jedoch bewiesen werden, dass der Mangel bei der Übernahme schon vorhanden war, jedoch nicht erkennbar war, spricht man vom versteckten Mangel.

Bei versteckten Mängeln spielt die **Zusicherung spezieller Eigenschaften** eine wichtige Rolle, denn in so einem Fall beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit der Erkennbarkeit. Im Normalfall beginnt die Gewährleistungsfrist bei allen sonstigen Mängeln mit dem Zeitpunkt der Übernahme zu laufen.

Sobald der Beginn der Gewährleistungsfrist geklärt wurde, muss die Dauer der **Verjährungsfrist** bedacht werden. Ein Mangel an einer beweglichen Sache verjährt innerhalb zwei Jahren und an einer unbeweglichen Sache innerhalb drei Jahren. Es sollte jedoch bedacht werden, dass die Frist möglicherweise durch Verbesserungsversuche gehemmt oder unterbrochen wurde.

Mit Kenntnis über den Beginn der Gewährleistungsfrist und die Dauer der Verjährung ist eine klare Aussage über den Anspruch auf Gewährleistung möglich. In folgendem Bild 4-3 ist das Ablaufdiagramm eines Gewährleistungsfalles dargestellt.

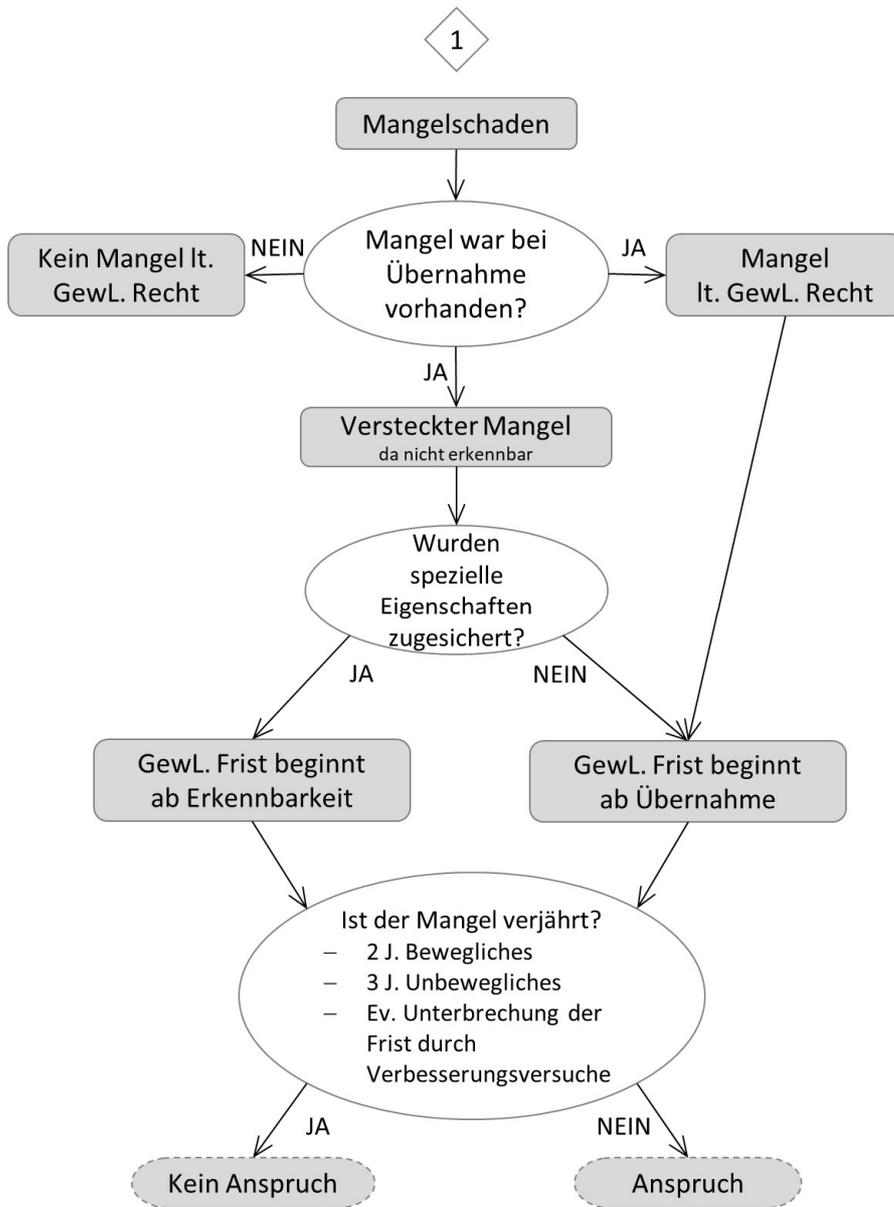


Bild 4-3: Ablaufdiagramm 1 – Gewährleistung

4.6.3 Ablauf bei Schadenersatzanspruch

Ein Anspruch auf Schadenersatz besteht, im Gegensatz zur Gewährleistung, einerseits bei Mangelschäden und andererseits bei Mangelfolgeschäden.

Zunächst muss der aufwendige **Nachweis des Schadenersatzes** geführt werden, der gemäß Bild 4-4 aus vier Voraussetzungen besteht. Ein Mangelschaden oder Mangelfolgeschaden gilt erst dann als Schaden nach dem Schadenersatzrecht, wenn der Schaden, das Verschulden, die Rechtswidrigkeit und die Kausalität der Handlung nachgewiesen werden kann. Zunächst muss das Vorhandensein des Schadens bewiesen werden, ist dies nicht möglich besteht kein Anspruch auf Schadenersatz. Ist ein Schaden vorhanden, muss nachgewiesen werden, dass die schädigende Handlung fahrlässig oder mit Vorsatz gesetzt wurde, es sich um ein rechtswidriges Verhalten handelt und dass diese Handlung den Schaden kausal herbeigeführt hat. Erst sobald dieser Nachweis geführt wurde, spricht man von einem Schaden nach dem Schadenersatzrecht.

Weiters stellt sich die Frage ob der **Schädiger** bekannt ist, denn ohne dieses Wissen ist eine Klage mit Aussicht auf Erfolg nicht zu erwarten. Wenn der unmittelbare Verursacher des Schadens nicht bekannt ist, kann eventuell über die Gehilfenhaftung des Auftragnehmers nach § 1313a oder § 1315 ein Anspruch auf Ersatz bestehen.

Sobald der Schaden und der Schädiger bekannt sind, beginnt im Schadenersatzrecht die dreijährige **Verjährungsfrist**. Wird innerhalb dieses Zeitraums nicht geklagt, verjährt der Anspruch auf Schadenersatz. Zusätzlich ist die absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren nicht außer Acht zu lassen, da diese ab dem Zeitpunkt der Übernahme läuft.

Wenn die **Höhe des Schadens** bekannt ist, kann der Kläger eine Leistungsklage vor Gericht einbringen, ist dies jedoch nicht der Fall besteht die Möglichkeit einer Feststellungsklage um eine Verjährung des Schadenersatzanspruches zu verhindern. Eine Feststellungsklage kann dann eingebracht werden, wenn dem Kläger noch nicht alle relevanten Tatsachen über den Schaden, die Schadenshöhe oder dem Schädiger bekannt sind, um dadurch einer Verjährung entgegenzuwirken.

In Bild 4-4 ist der Ablauf eines Schadenersatzfalls grafisch dargestellt. Dabei wird deutlich, welche umfangreichen Überlegungen notwendig sind, bevor eine Klage auf Schadenersatz erhoben werden kann.

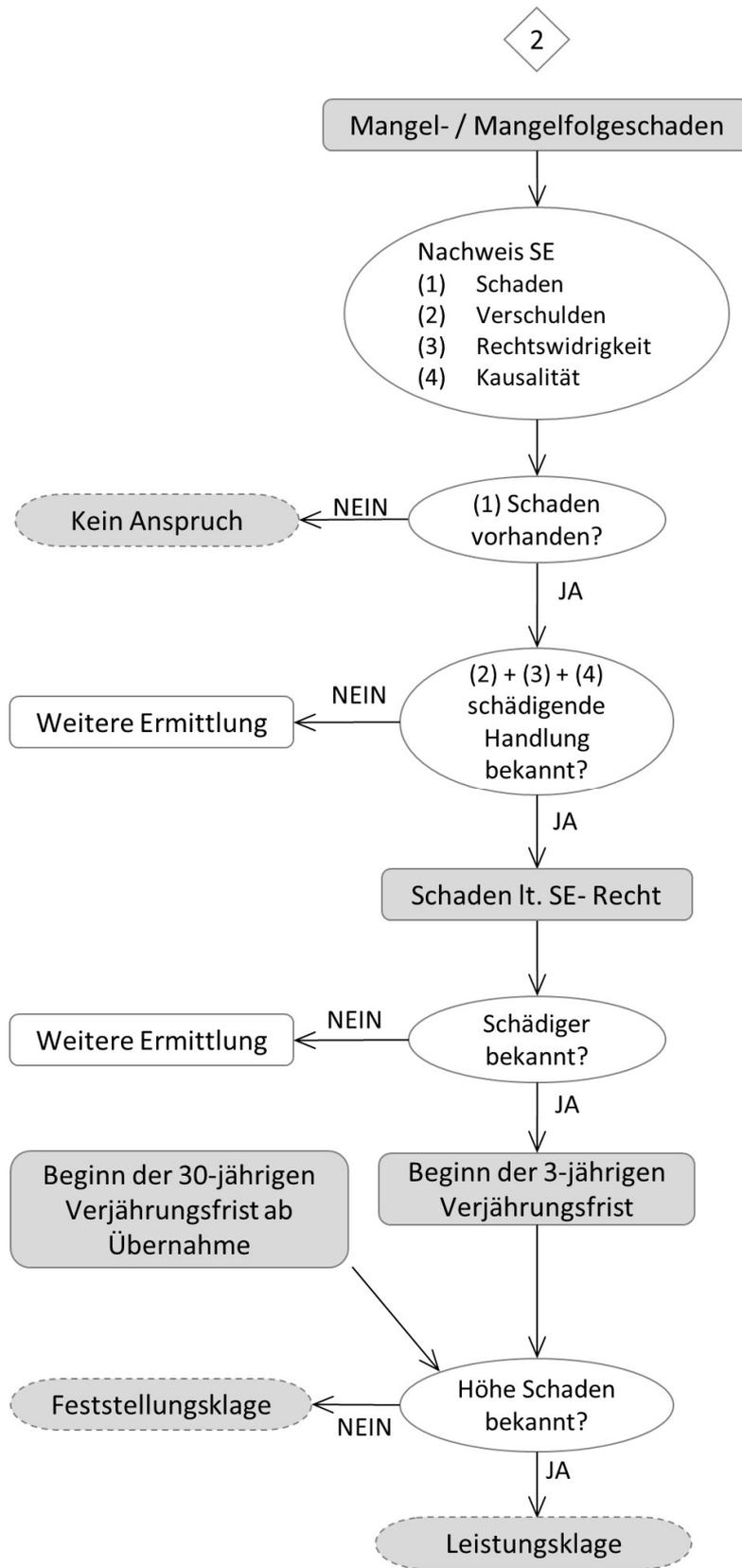


Bild 4-4: Ablaufdiagramm 2 – Schadenersatz

4.7 Umgang mit dem versteckten Mangel in der Bauwirtschaft

In diesem Kapitel wird der derzeit übliche Umgang mit dem versteckten Mangel thematisiert. Die bestehenden Probleme werden angesprochen und mögliche bessere Umgangsformen aufgezeigt. Dabei wird zwischen den Herangehensweisen von Auftraggeber und Auftragnehmer unterschieden und anhand bauwirtschaftlicher Beispiele erläutert. Abschließend wird ein idealer Umgang für beide Seiten vorgeschlagen.

Versteckte Mängel kamen in der Baubranche schon immer regelmäßig vor. Die Streitigkeiten über dieses Thema nehmen nach *Kall/Lackner*¹⁹⁸ jedoch zu, nicht zuletzt, da Konsumenten zunehmend mündiger hinsichtlich ihrer Rechtssicherheit werden. Der **derzeitige Umgang** mit dem Sonderthema des versteckten Mangels ist nicht ideal. Obwohl es eine eindeutige juristische Regelung gibt, dass versteckte Mängel ebenso wie klassische Mängel behandelt werden, bestehen darüber unterschiedliche Meinungen. Der Grund für diese fortwährende Diskussion in Österreich liegt wahrscheinlich in einer früher gültigen, gesetzlichen Regelung. Wie bereits erwähnt, galt vor der Reform des Gewährleistungsrechts 2002 eine Verjährungsfrist von lediglich sechs Monaten für bewegliche Gegenstände. Aufgrund dieser kurzen Frist war die Häufigkeit der Anspruchsverluste höher, da versteckte Mängel oft erst nach sechs Monaten sichtbar wurden und somit der Anspruch verjährt war. Die Frist für unbewegliche Gegenstände war jeher mit drei Jahren geregelt. Der Begriff des versteckten Mangels ist seit dieser Zeit bekannt, obwohl sich die Gesetzesregelungen, durch eine Anpassung der Verjährungsfrist für bewegliche Gegenstände auf zwei Jahren, entsprechend verbessert haben.

Ein großer Unsicherheitsfaktor bei versteckten Mängeln ist die große Zeitdifferenz zwischen Fertigstellung und Auftreten des Mangels. Treten einige Jahre nach der Übernahme Mängel auf, versucht der **Auftraggeber** sogleich Ansprüche geltend zu machen. Dabei stützt er sich auf den versteckten Mangel, obwohl dieser in vielen Fällen gar nicht vorliegt. Ein versteckter Mangel muss tatsächlich schon zur Zeit der Übernahme vorhanden gewesen sein. Kann dies nicht nachgewiesen werden, besteht kein Anspruch auf Gewährleistung. Schadenersatzansprüche sind hingegen für den Auftraggeber viel schwieriger durchzusetzen. Hinzu kommt, dass sich manche Auftraggeber über die Erfolgchancen einer Klage und die gesetzlichen Konsequenzen gar nicht im Klaren sind.

Auf **Auftragnehmer** Seite ist die Situation gegenteilig: Bei einer Mängelrüge an einem Gebäude, dessen Errichtung schon länger zurückliegt, wird sogleich die Annahme vertreten, dass keine Verpflichtungen mehr bestehen. Insbesondere nach einer einvernehmlichen Übernahme und Freigabe des Haftungsrücklasses wird selten noch mit Forderungen gerech-

¹⁹⁸ Vgl. Fachvortrag von Dr. Bernhard KALL und Mag. Heinrich LACKNER, Rechtsanwälte, Müller Partner Rechtsanwälte Wien, am 03.05.2018.

net. Der Auftragnehmer hat eine gesetzliche Verpflichtung zur Gewährleistung. In der Gewährleistungsfrist ist er dazu verpflichtet für alle Mängel an seiner Leistung, die zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren, einzustehen. Es ist jedoch auch der Sinn dieser gesetzlichen Regelung, dass nach Verstreichen dieser Frist der Auftragnehmer von verschuldensunabhängigen Haftungsansprüchen freigestellt wird. Durch das Auflösen des Haftbriefes oder der Sicherstellung endet die Haftung des Auftragnehmers. Die 30-jährige Verjährungsfrist bei Schadenersatzfällen und die gesonderte Gewährleistungsregelung bei zugesicherten Eigenschaften machen jedoch auch Forderungen nach dem Ablauf der dreijährigen Gewährleistungsfrist möglich. Diese Tatsache sollte von Auftragnehmern nicht unberücksichtigt bleiben.

4.7.1 Sicht des Auftraggebers

Aus der Sicht des Auftraggebers wäre es vorteilhaft für einzelne Bauteile und Bauleistungen gesonderte Gewährleistungsfristen festzulegen. Teile die statistisch gesehen sehr oft Mängel aufweisen, könnten damit speziell berücksichtigt werden. Ein Beispiel dazu ist die verlängerte Gewährleistungsfrist bei Flachdächern. Es ist üblich, dass Schwarzdecker für ihre Flachdachkonstruktion eine Gewährleistung von zehn Jahren anbieten, um eine einwandfreie Ausführung dieser mangelanfälligen Bauweise auf längere Zeit sicherzustellen. Eine gesonderte Regelung für Bauleistungen die schwerwiegende Mängel hervorrufen können wäre sinnvoll, wie beispielsweise die Kellerabdichtung, die Entwässerung oder die Fassadenkonstruktion. Gesonderten Regelungen für rein optische Eigenschaften, die unerhebliche Mängel auslösen können, wird ein Auftragnehmer nicht ohne weiteres zustimmen. Sind spezielle Eigenschaften, wie ein geringerer Toleranzbereich bei Unebenheiten gewünscht, müssen diese vertraglich vereinbart werden. Dies führt zwar zu einem späteren Gewährleistungsbeginn, jedoch sollte die Vorteilhaftigkeit solcher Zusicherungen abgewogen werden, denn diese können kostspielig sein. Für jedes Bauvorhaben sind die besonders gefährdeten Bauteile unterschiedlich und nicht immer vorhersehbar. Trotzdem wäre eine frühzeitige Berücksichtigung der Gewährleistungsfristen in der Vertragsphase für den Auftraggeber von Vorteil, um spätere Ansprüche zu sichern.

4.7.2 Sicht des Auftragnehmers

Für den Auftragnehmer ist die vorherrschende Situation nicht unbedingt nachträglich. Der versteckte Mangel wird ebenso wie der klassische Mangel behandelt. Nach einer erfolgreichen Schlussfeststellung muss der Auftragnehmer nicht mehr mit Gewährleistungsansprüchen rechnen. Die Sonderregelung bei der Zusicherung speziell zugesicherten Eigenschaften kann für den Auftragnehmer aber sehr wohl unvorteilhaft sein. Es stellt

sich daher die Frage warum für normale Eigenschaften die Gewährleistung drei Jahre nach der Übernahme endet und bei speziellen Eigenschaften nicht? Eine nachvollziehbare Situation ist die Zusicherung einer bestimmten Haltbarkeitsdauer. Verspricht der Auftragnehmer eine Haltbarkeit von fünf Jahren, wäre ein Ende der Gewährleistungsfrist nach drei Jahren widersinnig. Es ist logisch, dass diese Zusicherung erst nach fünf Jahren überprüft werden kann. Ein anderes Beispiel ist jedoch nicht begreiflich: Der maximale Wärmedurchgangskoeffizient (U-Wert) einer Wand wird von den OIB-Richtlinien in Österreich vorgegeben. Wird für ein Bauvorhaben ein besserer Wert vereinbart, muss dieser natürlich eingehalten werden. Es ist nun aber fraglich warum für diese Eigenschaft die Gewährleistung erst ab Erkennbarkeit eines Mangels beginnen sollte. Wird fünfzehn Jahre nach der Herstellung der Wärmedurchgang überprüft, kann es sehr wohl sein, dass dieser Wert nicht mehr erreicht wird. Obwohl die Dämmsituation in den ersten zehn Jahren sehr gut war kann sich diese, aufgrund von Materialeigenschaften, verschlechtern. Auch Wärmedämmungen, die den normalen OIB-Richtwert erfüllen, werden nach zehn Jahren ein schlechteres Dämmverhalten aufweisen. Aber allein aufgrund der Tatsache, dass eine Eigenschaft zugesichert wurde, hat der Auftragnehmer für immer eine Gewährleistungspflicht? Dieser Umstand ist nicht nachvollziehbar, jedoch ergibt sich dieser aus den gesetzlichen Regelungen. An diesem Beispiel ist zu erkennen, dass ein Auftragnehmer jegliche Zusicherung bestimmter Eigenschaften abwägen sollte. Im besten Fall werden die genauen Bestimmungen und eventuell gesonderte Gewährleistungsfristen dafür vertraglich geregelt. Insbesondere bei Verbrauchergeschäften ist auf eine klare Regelung zu achten. Eine unvorhersehbare Verzögerung der Gewährleistungsfrist wäre für den Auftragnehmer nicht gerecht. Es entspricht nicht der Realität, dass Gebäude für immer mangelfrei sein werden. Der Auftragnehmer sollte jedenfalls zu einer angemessenen Zeit frei von allen Ansprüchen sein. Es ist zusätzlich auch die Möglichkeit der Insolvenz des Auftragnehmers zu berücksichtigen. Meldet eine Baufirma Insolvenz an, hat der Auftraggeber sehr geringe Chancen auf etwaige Ersatzansprüche, insbesondere wenn die Insolvenz bereits mehrere Jahre zurückliegt. Auch das ist ein Grund, der für eine raschere Beendigung aller Ersatzansprüche spricht und die lange Verjährungsfrist des Schadenersatzes von 30 Jahren als unangemessen lange Frist in Frage stellt. Diese gilt jedoch nur für Mängel die ein Verschulden des Auftragnehmers voraussetzen, weshalb sie als angemessen angesehen werden kann. Jedoch sollte zwischen dem vertraglichen und dem deliktischen Schadenersatz unterschieden werden. Bei einer deliktischen Handlung ist eine 30-jährige Frist gerechtfertigt. Ob die Schadenersatzpflicht bei vertraglicher Schädigung angemessen ist, bleibt hingegen fraglich.

4.7.3 Umgang für beide Sichtweisen

Als partnerschaftlichen Lösungsansatz wäre eine gewissenhafte Darlegung der mangelanfälligen Bauteile eines Gebäudes vor Baubeginn. Auftragnehmer und Auftraggeber sollten bei den Vertragsverhandlungen speziell über komplexe Bauleistungen sprechen und dafür eventuell längere Gewährleistungsfristen vereinbaren. Diese Zugeständnisse müssen dem Auftragnehmer natürlich finanziell abgegolten werden, jedoch führen sie zu einer erhöhten Qualität der Bauleistung. Wenn der Auftragnehmer einer zehnjährigen Gewährleistung für alle Abdichtungsarbeiten zustimmt, wird er diese in seiner bestmöglichen Weise durchführen, um mögliche Mängel von vornherein zu vermeiden. Der Auftraggeber bekommt dadurch mehr Rechtssicherheit und für etwas mehr Aufwendungen ein qualitativvolleres Bauwerk.

4.8 Der versteckte Mangel in Deutschland

In diesem Kapitel soll zunächst die Rechtssituation in Deutschland erläutert werden und in weiterer Folge der Umgang mit versteckten Mängeln im Vergleich zu Österreich angesprochen werden. Abschließend wird das aus Medienberichten bekannte Beispiel der eingestürzten Eishalle in Bad Reichenhall im Jahr 2006 kurz dargestellt.

In Deutschland gibt es neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch BGB die bauvertragliche Norm VOB - die Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen. Diese unterteilt sich in drei Teile A, B, C. Teil A regelt die Vergabe und die Ausschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen. Teil B beinhaltet Regelungen für den Vertragsabschluss, die Ausführung, die Vertragsbeendigung, die Abnahme, die Abrechnung und die Gewährleistung. Dieser Teil muss gesondert vereinbart werden, wobei öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet sind diese als Vertragsgrundlage zu verwenden (ähnlich zur ÖNORM B 2110:2013 in Österreich). Teil C umfasst alle Normen der einzelnen Gewerke und gilt als vereinbart, wenn Teil B vereinbart wurde.

Das allgemeine Prinzip des **Gewährleistungsrechts** ist in Deutschland sehr ähnlich zur österreichischen Regelung. Die Verjährung der Gewährleistung weicht jedoch nach § 634a BGB in Deutschland mit einer Dauer von fünf Jahren für Bauwerkverträge von der Regelung in der VOB und von den österreichischen Verjährungsfristen ab.¹⁹⁹

Die Gewährleistung wird in der VOB/B in § 13 Mängelansprüche festgelegt. Die Verjährungsfrist für Mängel an Bauwerken und Arbeiten an Bauwerken ist jedoch mit vier Jahren nach der Abnahme ein Jahr länger als in Österreich. Dabei gibt es keine Unterscheidung zwischen beweglichen

¹⁹⁹ Vgl. BGB, § 634a.

und unbeweglichen Sachen. Eine zweijährige Verjährungsfrist hingegen gilt bei Arbeiten an Grundstücken, Feuerungsanlagen und elektrotechnische Anlagen. Die Verjährungsfristen sind in Tabelle 4-1 dargestellt.²⁰⁰

Tabelle 4-1: Verjährungsfristen bei Mängelansprüchen nach § 13 der VOB/B

Dauer	Leistung
4 Jahre	Bauwerke und Arbeiten an Bauwerken
2 Jahre	Arbeiten an Grundstücken
2 Jahre	Feuerungsanlagen
2 Jahre	Elektrotechnische Anlagen
1 Jahr	Bestimmte Teile industrieller Feuerungsanlagen

Das **Schadenersatzrecht** wird in §§ 199ff BGB festgelegt. Die Verjährungsfristen sind ebenso wie in der österreichischen Gesetzeslage mit drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger geregelt, diese wird „regelmäßige Verjährungsfrist“ genannt. Absolut verjähren Schadenersatzansprüche nach BGB zehn Jahre nach der Entstehung des Schadens bzw. 30 Jahre nach dem auslösenden Ereignis.²⁰¹

Der **Umgang mit dem versteckten Mangel ist in Deutschland** etwas anders als in Österreich. Wie in Österreich gibt es keine gesonderte Regelung für diese Mängel und auch deutsche Juristen erkennen an, dass es Mängel gibt, die bei der Übernahme nicht sichtbar sind.²⁰² Jedoch gibt es in der deutschen Literatur keine Diskussionen, ob diese anders als klassische, sichtbare Mängel gehandhabt werden sollten. Die vorgeschriebenen Verjährungsfristen werden ganz klar als Zeiträume zur möglichen Ersatzforderung gesehen. Diese sind auf keinen Fall mit Haltbarkeitsdauern zu verwechseln. Dieser Ansatz ist im Grunde derselbe wie in Österreich, denn ein Gewährleistungsanspruch besteht nur für Mängel die zur Zeit der Übernahme bereits vorhanden sind.²⁰³

Die teilweise bestehenden Unsicherheiten zu diesem Thema in Deutschland sind nach *Kuchenreuter* auf eine früher gültige Haftungsregelung für arglistig verschwiegene Mängel zurückzuführen. Für arglistig verschwiegene Mängel hatte der Auftragnehmer 30 Jahre lang eine Ersatzpflicht.

²⁰⁰ Vgl. VOB/B, § 13 (4).

²⁰¹ Vgl. BGB, § 199 (3).

²⁰² Vgl. KUCHENREUTER, G. et al.: Das Märchen vom versteckten oder verdeckten Mangel. Rundschreiben. S. 1f.

²⁰³ Vgl. ebd.

Diese Regelung wurde jedoch 2002 abgeändert. Die Verjährungsfrist beginnt nun mit der Erkennbarkeit des Mangels und hat eine Dauer der Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB von drei Jahren. Der Nachweis eines arglistigen Verhaltens des Vertragspartners ist jedoch schwierig zu führen. Dieselbe Regelung gilt für Organisationsverschulden. Der Auftragnehmer ist verpflichtet Mängel bekanntzugeben. Verhindert er beispielsweise absichtlich Überprüfungen, um Mängel erst gar nicht in Erfahrung zu bringen, trifft ihn ein Organisationsverschulden.²⁰⁴

Ein tragisches Beispiel eines versteckten Mangels in Deutschland ist die eingestürzte **Eissporthalle in Bad Reichenhall**. Bei diesem Einsturz im Jahr 2006 kamen mehrere Menschen zu Tode und viele weitere wurden verletzt. Dabei gab das weitgespannte Holztragwerk aus Brettschichtholz des Daches nach. Dies geschah aus mehreren Gründen die hier kurz genannt werden, wobei ein Teil dieser Ursachen versteckte Mängel waren:²⁰⁵

- die Überschreitung der maximalen Trägerhöhe,
- die fehlende Prüfung der statischen Berechnung,
- die hohe Schneelast zum Zeitpunkt des Einsturzes,
- diverse falsche Annahmen bzw. fehlende Berücksichtigungen in der statischen Berechnung,
- die Verwendung eines ungeeigneten Klebematerials bei den Holzträgern,
- die fehlende Instandhaltung der mehrfachen Wassereinbrüche im Bereich der Holzkonstruktion des Daches.

Im Zuge des Gerichtsprozesses kam es zu mehreren Anklagen. Die Stadt Bad Reichenhall beauftragte einen Generalunternehmer zur Errichtung der Halle im Jahr 1971. Zum Zeitpunkt des Prozesses war dieses Unternehmen nicht mehr existent und dessen Geschäftsführer waren bereits verstorben. Angeklagt war ein Bauingenieur, der in einem Planungsbüro arbeitete und für die Planung, Herstellung und Errichtung der Holzdachkonstruktion zuständig war. Zusätzlich wurden zwei Architekten (Architekturbüro und Statikbüro), ein Zimmermeister (Planung der Träger) und ein Stadtbediensteter belastet. Der angeklagte Bauingenieur war als Konstrukteur und Fachbauleiter tätig und wurde aufgrund fahrlässiger Tötung und Körperverletzung verurteilt. Die anderen Beklagten wurden entweder freigesprochen, verstarben vor der Verhandlung oder waren verhandlungsunfähig. Zwar haben die Pflichtverletzungen der anderen Beteiligten

²⁰⁴ Vgl. a.a.O. S. 2f.

²⁰⁵ Vgl. WINTER, S.: Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall und was man daraus lernen muss!. In: Zuschnitt Zeitschrift über Holz als Werkstoff und Werke in Holz, 25/2007. S. 17.

den Schaden ebenfalls verursacht, jedoch galt die fehlende Sorgfaltpflicht des beklagten Bauingenieurs als kausale Ursache für den Einsturz der Halle.²⁰⁶

Mehrere Ursachen haben zusammengespielt und den Einsturz der Halle verursacht. Diese Mängel waren zum Großteil schon zur Zeit der Übernahme vorhanden, wurden jedoch nicht frühzeitig entdeckt. Um derartige Schäden in Zukunft zu verhindern, sind eine gute Qualitätssicherung, das Vier-Augen-Prinzip und eine regelmäßige Instandhaltung wesentlich.²⁰⁷

4.9 Zusammenfassung Kapitel 4: Der versteckte Mangel

Ein versteckter Mangel ist zur Zeit der Übernahme schon vorhanden aber noch nicht erkennbar, dies kann beispielsweise bei verbauten Objekten der Fall sein. Bei Mängeln an Gebäuden deren Fertigstellung mehrere Jahre zurückliegt, stellt sich die Grundlagenforschung und Beweissicherung oft als problematisch heraus, da durch den Zeitablauf einige Unsicherheitsfaktoren den Prozess erschweren. Die juristische Frage, ob es sich um einen Gewährleistungs- oder um einen Schadenersatzfall handelt, sollte jedoch bald geklärt werden, denn im rechtlichen Sinn gibt es den versteckten Mangel nur im Gewährleistungsrecht. Es existieren unterschiedliche Rechtsmeinungen zum Thema des Gewährleistungsbeginns bei versteckten Mängeln, wie beispielsweise von *Bydlinki* der den Beginn der Frist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels legen will. Jedoch setzt die Rechtsprechung den Beginn, wie bei allen anderen Mängeln, eindeutig auf den Zeitpunkt der Übernahme. Die einzige Ausnahme stellt die Zusicherung von speziellen Eigenschaften dar. Nur für Eigenschaften einer Leistung die ausdrücklich oder schlüssig zugesichert werden, beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen.

Häufig treten Mängel nach einiger Zeit auf und die Rede ist sogleich von einem versteckten Mangel. Wie in so einem Fall vorzugehen ist, soll das erarbeitete Klassifizierungssystem gemäß Bild 4-2 und die Regelablaufdiagramme für Gewährleistungs- und Schadenersatzfälle gemäß Bild 4-3 und Bild 4-4 aufzeigen. Die allgemeine Klassifizierung klärt zunächst ob der Mangel auch im rechtlichen Sinn ein Mangel ist, wofür die Regeln der Technik zur Zeit der Ausführung des Werkes beachtet werden müssen. Neben der Ursachenforschung ist eine Unterscheidung zwischen klassischen und versteckten Mangel als auch zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden zu treffen. Nach dieser Klassifizierung beschreiben die Ablaufdiagramme die weitere, normierte Vorgehensweise um schlussendlich die Frage der Ersetzbarkeit des Mangels zu beantworten.

²⁰⁶ Vgl. WILRICH, T.: Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall. In: BauPortal, 5/2014. S. 21f.

²⁰⁷ Vgl. WINTER, S.: Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall und was man daraus lernen muss!. In: Zuschnitt Zeitschrift über Holz als Werkstoff und Werke in Holz, 25/2007. S. 17.

Der Umgang mit dem versteckten Mangel ist derzeit nicht umfassend genug geregelt. Der gesonderte Gewährleistungsbeginn bei zugesicherten Eigenschaften ist nicht in jedem Fall nachvollziehbar. Deswegen wäre ein partnerschaftlicher Ansatz zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wünschenswert. Dadurch könnten die beiden unterschiedlichen Sichtweisen durch kompromissbereites Verhandeln synergisiert werden. Die frühzeitige Festlegung aller mangelanfälligen Bauteile und gesonderte Gewährleistungsregelungen können zu qualitativ volleren Bauwerken führen.

In Deutschland wird mit dem Thema des versteckten Mangels etwas strikter umgegangen als in Österreich, obwohl die gesetzliche Situation ähnlich ist. Jedoch besteht keine Diskussion über eine abweichende Handhabung versteckter Mängel im Vergleich zu klassischen Mängeln. Lediglich arglistig verschwiegene Mängel und Organisationsverschulden werden in Deutschland durch eine andere Verjährungssituation geregelt. Als Beispiel zu versteckten Mängeln in Deutschland, die zu einem tragischen Ausgang führten, dient die eingestürzte Eissporthalle in Bad Reichenhall.

5 Fazit & Ausblick

Die vorliegende Arbeit behandelte den versteckten Mangel im Bauwesen. Darunter versteht man einen Mangel, der zur Zeit der Übernahme schon vorhanden aber noch nicht erkennbar ist. Dies kann beispielsweise bei verbauten Objekten der Fall sein. Ein versteckter Mangel ist für alle Beteiligte eine belastende Mangelart. Denn liegen mehrere Jahre zwischen der Fertigstellung des Gebäudes und dem Auftreten des Mangels, ist die Ursachenforschung oftmals erschwert. Obwohl es rechtlich gesehen eine klare Regelung gibt, die den Umgang mit versteckten Mängeln klärt, kommt es auch unter Experten hier zu unterschiedlichen Auslegungen und Rechtsmeinungen.

Die Rechtslage zu diesem Thema wird im Zuge dieser Arbeit aufgezeigt und anhand von Gerichtsfällen analysiert. Die Gewährleistungspflicht besteht nur für Mängel die zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren und endet nach zwei bzw. drei Jahren nach diesem Zeitpunkt. Der Auftraggeber haftet jedoch nur für Mangelschäden, also Mängel die an der von ihm erbrachten Leistung selbst auftreten. Ein Recht auf Schadenersatz, das auch Mangelfolgeschäden einschließt, besteht hingegen nur, wenn dem Auftragnehmer ein kausales, rechtswidriges Verschulden direkt nachgewiesen werden kann.

Die Frage, die sich beim versteckten Mangel stellt, ist, ob nach einem längeren Zeitraum zwischen Übernahme und Auftreten des Mangels noch Ansprüche auf Verbesserung oder Ersatz bestehen und wie in so einem Fall weiter vorzugehen ist?

Die aktuelle Rechtsprechung ist diesbezüglich relativ eindeutig. Sie setzt den Beginn ganz klar auf den Zeitpunkt der Übernahme. Die einzige Ausnahme stellt die Zusicherung von speziellen Eigenschaften dar. Nur für Eigenschaften einer Leistung die ausdrücklich oder schlüssig zugesichert werden, beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen.

Es gibt jedoch unterschiedliche Rechtsmeinungen zum Thema der Gewährleistungsfrist bei versteckten Mängeln. *Bydlinski* beispielsweise, will den Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels setzen. Andere Juristen sehen darin jedoch die Problematik der Feststellung dieses Zeitpunktes und plädieren auf eine objektive und einheitliche Festlegung des Gewährleistungsbeginns.

In dieser Arbeit wurde ein Klassifizierungssystem erarbeitet, das den Umgang mit versteckten Mängeln erleichtern soll. Dabei wird der Mangel zunächst definiert und klassifiziert. In weiterer Folge werden normierte Abläufe bei einem Gewährleistungsfall und bei einem Schadenersatzfall beschrieben.

Ein besserer Umgang mit versteckten Mangel wäre durch einen partnerschaftlichen Ansatz zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber möglich.

Da bei versteckten Mängeln oft der Verlust des Gewährleistungsanspruches thematisiert wird, wäre eine frühzeitige Festlegung gesonderter Gewährleistungsfristen für bestimmte Bauteile sinnvoll. Die Projektbeteiligten könnten vor Vertragsabschluss mangelanfällige Bauteile identifizieren und dafür eigene Regelungen beschließen, um für beide Seiten eine vorteilhaftere Bauabwicklung zu sichern.

Trotz all dem, wäre neben einem kompetenten Umgang mit versteckten Mängeln wünschenswert, diese erst gar nicht aufkommen zu lassen. Abschließend werden deshalb an dieser Stelle mögliche **Maßnahmen zur Vermeidung von versteckten Mängeln und Schäden** vorgeschlagen. Dabei geht es einerseits um die Maßnahmen während der Ausführungsphase und andererseits während der Nutzungsphase eines Gebäudes. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer sollten über ein Mängel-Management-System verfügen, um damit einen geregelten Ablauf von Feststellung des Mangels bis hin zu Beseitigung gewährleisten zu können.

Die Bauwirtschaft ist unter anderem auch deswegen so mangelbehaftet, weil jedes Bauvorhaben als Unikat hergestellt wird. Es gibt im Vergleich zu anderen Industrien (zB. Automobilindustrie) sehr wenige Prüfungen, bevor das Produkt hergestellt wird. Eine mögliche Maßnahme zur Mängelvermeidung in der Baubranche stellen **Langzeitprüfungen** von Produkten dar. In manchen Fällen ist es sicherlich sinnvoll, bereits vor der Ausführungsphase gewisse Bauteile im Prüflabor auf ihr langjähriges Verhalten hin zu prüfen. Dafür wird ein Szenario im Prüflabor durchgespielt und danach kann eine Aussage über die Beständigkeit des Produktes gemacht werden. Allerdings sind Wechselwirkungen zwischen unterschiedlichen Bauteilen individuell verschieden und können deshalb nicht im Labor geprüft werden. Ist beispielsweise die Betonzusammensetzung zufällig bei dieser Charge sehr schlecht, kann es zu Wechselwirkungen zwischen dem mangelfreien Produkt und dem Beton kommen, woraufhin dann am Produkt ein Schaden entsteht. Die Möglichkeit von Kompatibilitätsprüfungen von unterschiedlichen Materialien und Produkten kann jedoch in dieser Hinsicht teilweise auch Abhilfe verschaffen, wobei unvorhersehbare Wechselwirkungen nie berücksichtigt werden können. Durch Langzeitprüfungen können gewisse, sich über die Zeit verändernde, Eigenschaften eines Produktes frühzeitig festgestellt werden. In weiterer Folge können versteckte Mängel, die erst nach einiger Zeit erkennbar sind, verhindert werden.

Neben der Langzeitprüfung, kann der Umgang mit Mängeln durch ein **Qualitätsmanagementsystem** in der Planungs- und Ausführungsphase verbessert werden. Eine Möglichkeit ist das QM-System nach der **DIN-EN-ISO 9001:2015**. Dadurch werden Abläufe im Unternehmen kontrolliert und vereinheitlicht, Kompetenzen und Verantwortungsbereiche klar zugeteilt und Qualitätsunterlagen einheitlich erstellt und aufbewahrt. In der Planungsphase umfasst ein QM-System beispielsweise die Überprüfung der Einhaltung der aktuellen Regeln der Technik bevor ein Plan freigegeben

wird. Während der Ausführungsphase müssen unter anderem regelmäßig Qualitätsprüfungen mit umfangreichen (Foto-) Dokumentationen durchgeführt werden, um den tatsächlich hergestellten Stand der Technik auf dauerhaft festzuhalten. Dazu zählen Überprüfungen auf eventuelle Mängel einerseits vor Beginn der Arbeiten der Anschlussgewerke und andererseits nach Fertigstellung der Arbeiten. Die Übernahme und Benützung des Bauwerkes sollte erst nach der Feststellung der Mangelfreiheit erfolgen, um etwaige Streitigkeiten vorzubeugen. Die Anwendung eines QM-Systems führt zu einer Erhöhung der Rechtssicherheit im Falle von versteckten Mängeln oder Schäden.

Um Mängel, die erst nach dem Ende der Ausführungsphase auftreten, systematisch zu behandeln, ist die Einführung eines geregelten Ablaufs von Feststellung bis Behebung des Mangels von Vorteil. Insbesondere ist es wichtig, Qualitätsprotokolle, Pläne und Grundlagen zur Verfügung zu haben und diese 30 Jahre aufzubewahren um, im Falle einer schadenersatzrechtlichen Klage, diese als Beweis vorlegen zu können. Sind keine oder wenige Unterlagen vorhanden, muss bei der Mängelfeststellung der IST-Zustand des Bauteils erhoben und mit den Anforderungen zur Zeit der Ausführung verglichen werden.

Für den Bauherren ist ebenso ein Qualitätsmanagement zu empfehlen, insbesondere weil der Bauherr oder Eigentümer eines Gebäudes haftet, wenn jemand durch einen Mangel am Gebäude zu Schaden kommt. Aus diesem Grund sollte der Eigentümer über ein ‚facility management‘ verfügen, das die Einhaltung aller Wartungsvorschriften überwacht. Außerdem ist es dem Eigentümer zu empfehlen, mindestens einmal jährlich das gesamte Gebäude auf Mängel und Gefahrenquellen zu untersuchen. Dazu gibt die **ÖNORM B 1300:2018** ‚Objektsicherungsprüfungen für Gebäude‘ eine normative Grundlage. Die ÖNORM liefert die Methode wie ein Gebäude geprüft und was in Prüfbüchern dokumentiert werden muss, um dem Eigentümer in gewissem Maße eine Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dabei wird das Gebäude mit einem definierten SOLL-Zustand verglichen, welcher im Grunde den Zustand des Gebäudes zur Zeit der Baubewilligung darstellt, wobei zusätzliche sicherheitsrelevante Anpassungen erforderlich werden können.

Abschließend kann gesagt werden, dass geregelte Objektsicherungsprüfungen von Seiten des Auftraggebers einerseits zur schnelleren Aufdeckung versteckter Mängel dienen und andererseits die Haftung des Eigentümers in gewissem Maße einschränken. Durch ein funktionierendes Qualitätsmanagement von Seiten der ausführenden Firmen kann der Umgang mit versteckten Mängeln ebenfalls verbessert werden und in weiterer Folge diese auch gänzlich verhindern.

Glossar

Allgemein anerkannte Regeln der Technik	Technische Regeln die wissenschaftlich überprüft wurden und sich in der Praxis durch längere Anwendung bewährt haben. Werden inhaltlich von den technischen Normen umfasst. ²⁰⁸
Äquivalenztheorie	Ein Gedankenmodell um die Ursache eines Mangels nachzuweisen. ²⁰⁹
bedungen	Bedungene Eigenschaften werden durch eine Ausbedingung besonders vereinbart und zur Bedingung gemacht. Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. ²¹⁰
dispositives Recht	Bei dispositiven oder nachgiebigen Recht ist es zulässig die gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen abweichend festzulegen. Beispielsweise das Gewährleistungsrecht. ²¹¹
facility management	Das Gebäudemanagement umfasst alle Service-Leistungen in einem Gebäude über die gesamte Lebensdauer des Objektes hinweg. ²¹²
Feststellungsklage	Eine Form der Klage. Bei der Feststellungsklage wird die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt. ²¹³
Genugtuung	Entschädigung für zugefügtes Unrecht oder im rechtlichen Kontext die Schadenersatzleistung. ²¹⁴
Kausalität	Die Ursächlichkeit. Die Kausalität beschreibt, ob ein Handeln oder Unterlassen eine Tatsache direkt hervorgerufen oder verursacht hat. ²¹⁵
Kompatibilitätsprüfung	Eine Prüfung um die Verträglichkeit oder Vereinbarkeit zweier Produkte zu erproben. ²¹⁶
Leistungsklage	Eine Form der Klage. Bei der Leistungsklage begehrt der Kläger die Verurteilung des Beklagten auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen. ²¹⁷

²⁰⁸ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 202.

²⁰⁹ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 259f.

²¹⁰ Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. S. 72.

²¹¹ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 13f.

²¹² <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/facility-management-34642>. Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018

²¹³ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/feststellungsklage-36864>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

²¹⁴ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Genugtuung>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

²¹⁵ Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. S. 259f.

²¹⁶ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/kompatibilitaet-39149>. Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018.

²¹⁷ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/leistungsklage-41852>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

Naturalrestitution	Die Naturalherstellung ist der Grundsatz des Schadenersatzes, wonach der Zustand wieder hergestellt wird, der bestehen würde, wenn es zu keiner Schädigung gekommen wäre. ²¹⁸
Sowiesokosten	Sowiesokosten sind Kosten einer Mängelbehebung, die bei einer mangelfreien Herstellung des Werkes von vornherein angefallen wären. ²¹⁹
Stand der Technik	Technische Regeln deren fortschrittliche Wirksamkeit bereits zuverlässig nachgewiesen wurde, jedoch in der Praxis noch nicht angewandt werden. Der Stand der Technik umfasst mehr Anforderungen als die allgemein anerkannten Regeln der Technik. ²²⁰
Stand der Wissenschaft	Technische Regeln aus dem neuesten Stand der Forschung entsprechen jedoch noch nicht in der Praxis angewandt werden. ²²¹
stillschweigend	Eine stillschweigende Willenserklärung wird ohne förmliche Regelung abgegeben ohne ein Wort darüber zu sagen. ²²²
Präklusion	Ausschlussfrist. Zeitspanne nach deren Ablauf die Geltendmachung eines Rechts nicht mehr statthaft ist. ²²³
Rechtsprechung	Die Rechtsprechung ist die staatliche Tätigkeit von Gerichten zur verbindlichen Entscheidung bei Rechtsstreitigkeiten unter Anwendung des geltenden Rechts in einem Gerichtsverfahren. ²²⁴

²¹⁸ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/naturalherstellung-40642>. Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018.

²¹⁹ Vgl. WELSER, R.: Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. S. 23f.

²²⁰ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. S. 219.

²²¹ Vgl. ebd.

²²² <https://www.duden.de/rechtschreibung/stillschweigend>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

²²³ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/ausschlussfrist-28644>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

²²⁴ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/rechtsprechung-42952>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018.

Judikaturverzeichnis

Gesetze

ABGB - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie.

StF: JGS Nr. 946/1811 (idF BGBl. I Nr. 161/2017)

KSchG - Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz).

StF: BGBl. Nr. 140/1979 (idF BGBl. I Nr. 50/2017)

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist.

OGH Urteile

OGH 7 Ob 12/17s,	17.05.2017.
OGH 8 Ob 9/17g,	22.02.2017.
OGH 4 Ob 202/16h,	20.12.2016.
OGH 4 Ob 22/16p,	24.05.2016.
OGH 6 Ob 232/15h,	30.03.2016.
OGH 9 Ob 83/15v,	25.02.2016.
OGH 3 Ob 238/15v,	20.01.2016.
OGH 7 Ob 103/14v,	09.04.2015.
OGH 5 Ob 53/12y,	09.08.2012.
OGH 10 Ob 93/11s,	14.02.2012.
OGH 9 Ob 50/10h,	28.07.2010.
OGH 6 Ob 100/10i,	24.06.2010.
OGH 9 Ob 75/07f,	19.12.2007.
OGH 6 Ob 85/05a,	03.11.2005.
OGH 1 Ob 536/90,	07.03.1990.
OGH 8 Ob 365/65,	18.02.1966.

Normenverzeichnis

ÖNORM EN ISO 9001: 2015-11-15. Qualitätsmanagementsysteme – Anforderungen.

ÖNORM B 1300: 2018-02-01. Objektsicherheitsprüfungen für Wohngebäude - Regelmäßige Prüfroutinen im Rahmen von Sichtkontrollen und zerstörungsfreien Begutachtungen - Grundlagen und Checklisten.

ÖNORM B 2110: 2013-03-15. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm.

VOB / B – DIN 1961: 2016-07-01. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Konsultationsverzeichnis

Fachvortrag:

Dr. Bernhard Kall und Mag. Heinrich Lackner. Müller Partner Rechtsanwälte GmbH. Rockhgasse 6, 1010 Wien. Der „versteckte Mangel“. Des einen Freud, des anderen Leid? Wien, 03. Mai 2018.

Fachgespräch:

Dipl.-Ing (FH) Herbert Holzleitner. Baumeister.

Linkverzeichnis

[1] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/ausschlussfrist-28644>.
Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[2] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/rechtsprechung-42952>.
Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[3] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/leistungsklage-41852>.
Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[4] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/feststellungsklage-36864>. Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[5] <https://www.duden.de/rechtschreibung/Genugtuung>.
Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[6] <https://www.duden.de/rechtschreibung/stillschweigend>.
Datum des Zugriffs: 04.Juli.2018, 15.00 Uhr.

[7] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/naturalherstellung-40642>. Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018, 18.00 Uhr.

[8] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/kompatibilitaet-39149>.
Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018, 18.00 Uhr.

[9] <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/facility-management-34642>. Datum des Zugriffs: 08.Juli.2018, 18.00 Uhr.

[10] <https://www.duden.de/rechtschreibung/verbergen>.
Datum des Zugriffs: 27.Juli.2018, 17.00 Uhr.

Literaturverzeichnis

- AUSTRIAN STANDARDS INSTITUTE: ÖNORM B 2110:2013. Norm. Wien. 2013-03-15.
- BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts. Wien. Manz, 2014.
- : Zum Beginn des Fristenlaufs im Gewährleistungsrecht. In: Recht der Wirtschaft, 8/1986.
- : Gewährleistung am Beispiel eines Werkvertrages. In: Zak. Zivilrecht aktuell, 6/2006.
- ELLMER, H.; SCHREMSENER, R.: Der "Stand der Technik" als Kostentreiber? Sind Stand und Regel der Technik Synonyme?. In: ZVB, 6/2018.
- FRAD, T.: Bemerkenswerte baurechtliche Entscheidungen des OGH im Jahr 2016. In: bau aktuell, 6/2017.
- GÖLLES, H.; LINK, D.: ÖNORM-Bauvertrag - Praxiskommentar. Wien. Austrian Standards Plus, 2011.
- HUSSIAN, W.: Beweislast der Vertragserfüllung. In: bau aktuell, 4/2016.
- : Kosten der Ersatzvornahme beim faktisch unbehebbareren Mangel. In: bau aktuell, 3/2017.
- : Beginn der Verjährung bei Schadenersatz. In: bau aktuell, 4/2017.
- : Nichtigkeit einer Vertragsklausel in AGB, nach der Schäden innerhalb von drei Tagen geltend zu machen sind. In: bau aktuell, 3/2012.
- KALL, B.; LACKNER, H.: Der "versteckte Mangel". Des einen Freud, des anderen Leid?. Vortragsfolien. Wien. 2018.
- KARASEK, G.: ÖNORM B 2110. Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm. Wien. MANZ, 2016.
- KREJCI, H.: Reform des Gewährleistungsrechtes. Wien. Österreichische Staatsdruckerei, 1994.
- KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. Wien. Austrian Standards Plus GmbH, 2009.
- KUCHENREUTER, G. et al.: Das Märchen vom versteckten oder verdeckten Mangel. Rundschreiben. Cham. Kanzlei am Steinmarkt, 2013.
- KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis. Wien. Linde, 2013.
- KURSCHEL, I.: Die Gewährleistung beim Werkvertrag. Wien. Manz, 1989.
- : Schadenersatz statt Gewährleistung. In: ecolx, 1990.
- KURZ, T.: ÖNORM B 2110. Kommentar. Wien. Verlag Österreich, 2012.
- LANGER, H.: Die Bauvertragsnorm B 2110 / 2000. Wien. Verlag Österreich, 2000.

- MEZERA, K.; GARTNER, H.: Handbuch Baumängel und Bauschäden. Wien. Linde, 2014.
- MICHL, G. J.: Gröbliche Benachteiligung bei Verlängerung der Gewährleistung. In: ZVB, 10/2010.
- OBERNDORFER, W.; JODL, H. G.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft. Wien. Austrian Standards plus Publishing, 2010.
- POCHMARSKI, K.; HIRN, K.: Der versteckte Baumangel und das Ungeheuer von Loch Ness - Sage oder Wirklichkeit?. In: bau aktuell, 3/2018.
- SCHOPF, A.: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft mit 70 Musterbriefen. Wien. Wirtschaftsverlag, 2000.
- SCHWARZ, H.; STRAUBE, M.: ÖN B 2110, Pkt 5.47: Schadenersatz, allgemein. In: Kommentar zur ÖNORM B 2110. Hrsg.: OBERNDORFER, W.; STRAUBE, M.: Wien. Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2003.
- STRAUBE, M. P.; CAR, M.; KROPIK, A.: Bauleistung. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Hrsg.: STRAUBE, M. P.; AICHER, J.: Wien. MANZ, 2010.
- WAGNER, L.-M.: Zur Behauptungs- und Beweislast. In: ZVB, 6/2016.
- WELSER, R.: Schadenersatz statt Gewährleistung. Wien. MANZ, 1994.
- : Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz. In: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Hrsg.: STRAUBE, M. P.; AICHER, J.: Wien. MANZ, 2010.
- WELSER, R.; JUD, B.: Die neue Gewährleistung. Wien. Manz, 2001.
- WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. Wien. Manz, 2015.
- WENUSCH, H.: ÖNORM B 2110. Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht. Wien. Springer, 2011.
- : Wieder einmal: Ein versteckter Mangel. In: ZRB, 1/2016.
- WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Der österreichische Bauprozess. Wien. Linde Verlag Wien GesmbH, 2009.
- WESELIK, N.; HUSSIAN, W.: Praxisleitfaden. Der österreichische Bauvertrag. Wien. Linde, 2011.
- WILHELM, G.: Beginn der Gewährleistungsfrist. In: ecolex, 1991.
- WILRICH, T.: Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall. In: BauPortal, 5/2014.
- WINTER, S.: Der Einsturz der Eissporthalle in Bad Reichenhall und was man daraus lernen muss!. In: Zuschnitt Zeitschrift über Holz als Werkstoff und Werke in Holz, 25/2007.

