

Offensichtliche Unfähigkeit des Werkunternehmers

NICHT-LEISTUNG. Rechtsfolgen einer Leistung, welche nicht einmal vom Berufungsgericht als Leistung angesehen wird.

In der in der vorigen Ausgabe erschienenen Kolumne „Bau und Recht“ habe ich mich im Wesentlichen mit den Sorgen sowie Rechten des Werkunternehmers beschäftigt, welchem plötzlich von seinem Auftraggeber der Auftrag (schuldlos) entzogen wird.

Als zu dieser Thematik (**Rücktritt vom Werkvertrag**) passend, erachte ich die im folgenden zitierte und kommentierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 28.08.2005 (5 Ob 166/07 h), welche sich mit dem Rücktritt des Werkbestellers vom Werkvertrag beschäftigt, der jedoch seinen Rücktritt nicht plötzlich und grundlos erklärt, sondern aufgrund einer (behaupteten) **mangelhaften Leistung des Werkbestellers vom Werkvertrag zurücktritt**.

Kurz zusammengefasst lautet die Begründung des Obersten Gerichtshofes, der dem Werkunternehmer recht gab, wie folgt:

„Schließlich darf der Werkbesteller dann von einer offensichtlichen Unfähigkeit des Werkunternehmers bzw. einer Sinnlosigkeit der Nachfristsetzung ausgehen, weil schon das bisherige Scheitern der Fertigstellung des Werks auf einem vom Unternehmer zu verantwortenden Fehler zurückzuführen war.“

Die Rechtslage hinter diesem – vielleicht drastisch klingenden – Rechtssatz stellt sich wie folgt dar:

1. Der zwischen dem Auftraggeber zu erbringenden Leistung und dem Auftragnehmer, welcher sich zur Erbringung einer bestimmten Leistung gegen Entgelt verpflichtet und sohin auch den Erfolg verspricht, wird als Werkvertrag qualifiziert. Der Werkunternehmer schuldet dem Werkbesteller die von diesem beauftragte Leistung und hat das vereinbarte Werk mangelfrei und dem Stand der Technik entsprechend herzustellen.

2. Erbringt der Werkbesteller seine Leistungen nicht vereinbarungsgemäß, stehen dem Werkbesteller grundsätzlich zwei Rechtsbehelfe zur Verfügung:

a) Hat der Werkbesteller die vereinbarte Leistung noch nicht **übernommen**, gelangen die Vorschriften über den **Vertragsrücktritt gemäß § 918 ABGB** zur Anwendung.

Absatz 1 dieser Bestimmung besagt, dass, wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder **nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise** erfüllt wird, der andere Teil entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären kann.

b) **Nach der Übernahme** der Leistung durch den Werkbesteller kommen die **Gewährleistungsbestimmungen** (§ 922 f ABGB) zur Anwendung.

Dem Werkbesteller steht grundsätzlich der Anspruch zu, dass das Werk die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften bzw. die ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften aufweist. Sind diese nicht gegeben, liegt ein Mangel vor.

Je nach Wesentlichkeit bzw. Schwere des Mangels kann der Werkbesteller zwischen Verbesserung bzw. Austausch, Preisminderung oder Wandlung wählen. Grundsätzlich ist dem Werkunternehmer ein Verbesserungsversuch einzuräumen.

In der hier besprochenen Entscheidung wurde das Werk vom Werkbesteller noch nicht übernommen, sodass die Bestimmungen über den Vertragsrücktritt zur Anwendung kommen.

3. Wie sich aus dem zuvor zitierten Gesetzestext ergibt, ist dem Werkunternehmer grundsätzlich eine angemessene Frist zur Nachholung der vereinbarten Leistung zu setzen, bevor der Rücktritt vom Vertrag erklärt werden kann. Der Rücktritt wird nämlich erst nach Verstreichen dieser angemessenen Nachfrist wirksam.

Von diesem Grundsatz ist jedoch abzuweichen, wenn der Werkunternehmer offensichtlich nicht in der Lage ist, die Erfüllung der bedungenen Eigenschaften nachzuholen. Es ist herrschende Judikatur, dass die Nach-

fristsetzung dann **nicht erforderlich** ist, wenn der Vertragspartner die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ausdrücklich verweigert oder durch sein besonderes Verhalten vereitelt hat. Zeigt die bis dato erbrachte Leistung, dass der Werkbesteller „offensichtlich unfähig ist“ entfällt das Erfordernis der Nachfristsetzung.

Diese Situation ist dann gegeben, wenn das Misslingen der erbrachten Werkleistung eine nicht mehr zu tolerierende Unzuverlässigkeit oder ein generelles Unvermögen des Werkunternehmers dokumentiert, das bestellte Werk ordnungsgemäß auszuführen bzw. beim Vorliegen von Mängel, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Unternehmers nahelegen.

4. Diese Judikatur harmoniert auch mit der Gesetzeslage im Bereich der Gewährleistung, da dem Werkbesteller das Recht zur Preisminderung oder Wandlung bereits dann, ohne einen Verbesserungsversuch zu gewähren, zusteht, wenn ihm die Zulassung einer Verbesserung aus triftigem, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist. Offensichtlich wies die der zitierten Entscheidung zugrunde liegende Leistung (geschuldet waren Fliesenverlegerarbeiten) derartige Mängel auf, dass sogar das Gericht in seinen Ausführungen das Wort „Leistung“ des Beklagten unter Anführungszeichen verwendete.

Sofern es einem Werkbesteller sohin – aus welchen Gründen – nicht möglich ist, seine Leistung derart zu erbringen, **dass diese den vertraglich vereinbarten Bedingungen entspricht**, ist zumindest eine Leistungserbringung in der Art und der Qualität zu empfehlen, dass ihm die Möglichkeit der **Mängelbehebung offensteht** und das Gericht keine „offensichtliche Unfähigkeit“ feststellt.

Mag. Claudia Vitek
Rechtsanwältin

KONTAKTINFO

Heinke, Skribe + Partner
Rechtsanwälte GmbH
Goldschmidgasse 5
1010 Wien
www.heinke.at

