



müller | partner
rechtsanwälte

Zurückbehaltung des Werklohns bei Mängeln

Mag. Christoph Gaar
17.09.2024

WORKS

1. Zurückbehaltungsrecht – Allgemein
2. Voraussetzungen für das Zurückbehalten
3. Unterschied zwischen ABGB und ÖNORM B 2110
4. Grenzen des Zurückbehaltungsrechts
5. Praxisbeispiele & Rechtsprechung
6. Praxistipps

1. Zurückbehaltungsrecht – Allgemein

works

- AG hat nach (gänzlicher) Vollendung des Werks durch den AN den Werklohn zu zahlen (§ 1170 ABGB).
- Fälligkeit des Werklohns tritt jedoch nicht ein, wenn AG aufgrund Mängel die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gem § 1052 ABGB erhebt.
- Bietet AN seine Leistung nicht vertragsgemäß an, kann der AG seine Leistung (Zahlung des Werklohns) zurückbehalten, solange er einen Anspruch auf Verbesserung geltend macht.
- Gestaltungsrecht
 - ➔ Bei einem Bauvertrag kann also der AG bis zur Mängelbehebung durch den AN grds den gesamten noch offenen Werklohn zurückbehalten.

- AG verliert das Recht auf Zurückbehaltung des Werklohns, wenn er die beabsichtigte Verbesserung des vorhandenen Mangels unberechtigterweise ablehnt oder Mitwirkungshandlungen zur Mängelbehebung unterlässt.
- AG darf Verbesserung nicht von Umständen abhängig machen, die den Vertrag übersteigen.
- In der Praxis
 - oft verwendet, um Zahlungsverpflichtungen abzuwenden bzw diese für eine gewisse Zeit hinauszuschieben
 - beliebt, weil: solange Zurückbehaltungsrecht besteht, kommt es zu keinem Verzug

2. Voraussetzungen

works

- Vorliegen eines synallagmatischen Vertrags
- Mangel muss verbesserungsfähig sein
- AG muss den Anspruch auf Behebung geltend machen (Folge der Privatautonomie)
- AN muss zur Behebung des Mangels bereit sein
- AN soll veranlasst werden, möglichst schnell seinen Verbesserungspflichten nachzukommen (Druckausübungsinstrument)

- Wechselseitige Leistungen müssen zueinander in Austauschbeziehung stehen (wirtschaftliches Äquivalent für die jeweils andere Leistung).
 - sowohl Hauptpflichten als auch Nebenpflichten
- Kein Leistungsverweigerungsrecht besteht, wenn Käufer im b2b-Geschäft seine Gewährleistungsrechte durch Unterlassung der Mängelrüge nach § 377 UGB verloren hat.
- Beachte:
 - Geringfügige Mängel schließen Zurückbehaltungsrecht nicht aus!
 - Keine unverzügliche Geltendmachung notwendig

3. Unterschied zwischen ABGB und ÖNORM B 2110

works

ABGB

- § 1052
*„**Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein.** Auch der zur Vorausleistung Verpflichtete kann seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mußten.“*

ABGB

- Normzweck: Möglichkeit des Übernehmers/Auftraggebers, Druck auf den Übergeber/Auftragnehmer auszuüben
- Wichtiges Verteidigungsmittel des Schuldners, das den Anspruch des Gläubigers abschwächt.
- § 1052 ABGB ist dispositiv → kann abbedungen werden
 - Ausnahme: § 6 Abs 1 Z 6 KSchG und § 38 WEG
- „Anspruchsbeschränkende Einrede“, weil Erhebung der Einrede nicht zur Abweisung der Klage, sondern zur Verurteilung Zug-um-Zug führt.

ABGB

- § 1170 erster Satz

*„In der Regel ist das Entgelt nach vollendetem Werk zu **entrichten**. Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet oder sind Auslagen damit verbunden, die der Unternehmer nicht auf sich genommen hat, so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern.“*

ABGB

- AN ist zur Herstellung des Werkes verpflichtet, gleichzeitig aber berechtigt, das Werk erst Zug-um-Zug gegen Zahlung des Werklohns herauszugeben.
- Vorausleistungspflicht des AN
- Vertragliche Änderung möglich (dispositives Recht)
- Vollendet ist das Werk, wenn es vertragsgemäß fertig gestellt und übergeben bzw abgenommen ist.

ÖNORM B 2110

- Pkt 10.4

„Wird die Leistung mit Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch ein unbares Sicherstellungsmittel abzulösen.“

ÖNORM B 2110

- Zurückbehaltungsrecht bis zur Höhe des 3-fachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung
- AN hat Recht auf Ablösung des Einbehalts des AG durch ein unbares Sicherstellungsmittel

4. Grenzen des Zurückbehaltungsrechts

works

Schikaneverbot

- Zurückbehaltungsrecht findet seine Grenzen in dem Grundsatz, dass die Ausübung eines Rechts nicht zu Schikane ausarten darf.
- Schikane liegt vor,
 - wenn jedes andere Interesse als das dem anderen Schaden zuzufügen, fehlt;
 - wenn zwischen den Interessen des Gläubigers und des Schuldners ein krasses Missverhältnis besteht;
 - wenn der Verbesserungsaufwand in keinem Verhältnis zu dem dadurch für den AG erzielbaren Vorteil aus der Verbesserung und dem Nachteil steht, den für ihn der Mangel bedeutet.

Schikaneverbot

- Schikanöse Rechtsausübung liegt idR dann vor, wenn der Verbesserungsaufwand weniger als 5% des ausstehenden Werklohns beträgt (jedoch bewegliches System!).
- abhängig davon, wie sehr der AG belastet wird
- OGH: Vorliegen einer Schikane erfordert nicht, dass AG aus Schädigungsabsicht oder sonstigem unlauteren Motiv handelt.
- Schikane kann auch darin liegen, dass ein krasses Missverhältnis zwischen der Höhe des zurückbehaltenen Betrags und dem Verbesserungsaufwand besteht.

Schikaneverbot

- Ob Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts schikanös erfolgt, ist in der Rsp sehr einzelfallbezogen.
- Umstände des Einzelfalls für die Beurteilung zB:
 - Verhältnis restlicher Werklohn und Verbesserungsaufwand;
 - Dringlichkeit der Behebung;
 - verhindert der Mangel die Gebrauchstauglichkeit;
 - Behebung durch Dritten möglich
- Bezugspunkt ist stets der noch offene Betrag, nicht aber das gesamte, ursprünglich geschuldete Entgelt.

Schikaneverbot

- Neben dem Missverhältnis ist auch die Bedeutung des Mangels bzw der Mängelbehebung ausschlaggebend.
- Es gibt keine (!) fixe Prozentgrenze im Verhältnis zwischen restlichen Werklohn und Verbesserungsaufwand
- Als Richtschnur gilt: 5%-Marke

Schikaneverbot

- Frage der Zulässigkeit des Schikaneeinwands: OGH 5 Ob 191/20d
 - Zurückbehaltung des gesamten (restlichen) Werklohns nicht schikanös und damit rechtsmissbräuchlich, wenn der Verbesserungsaufwand mehr als 5% des noch ausstehenden Werklohns ausmacht.
 - Zudem kommt es nicht auf das Verhältnis des Verbesserungsaufwands zum gesamten Werklohn an, sondern lediglich auf das Verhältnis des Verbesserungsaufwands zum noch ausstehenden Werklohn.

Schikaneverbot

Bejaht wurden folgende schikanöse Rechtsausübungen bei einem Verbesserungsaufwand von:

- 0,5%¹
- 1,7%²
- 2,0%³
- 2,7%⁴
- 2,8%⁵

Abgelehnt wurden folgende schikanöse Rechtsausübungen bei einem Verbesserungsaufwand von:

- 2,6%⁶
- 4,7%⁷
- 5,3%⁸
- 8,8%⁹

¹ OGH 5 Ob 630/89.

² OGH 3 Ob 150/04m.

³ OGH 1 Ob 262/07x.

⁴ OGH 6 Ob 77/12k.

⁵ OGH 6 Ob 72/00g.

⁶ OGH 10 Ob 384/98p.

⁷ OGH 6 Ob 80/05s.

⁸ OGH 5 Ob 57/06b.

⁹ OGH 4 Ob 44/14w.

Abschlagszahlungen/Teilrechnungen

- Grds kann vereinbart werden, dass Abschlagszahlungen geleistet werden. Mit Teilrechnungen macht der AN einen Vorschuss auf das vom AN künftig herzustellende Werk, weshalb den Teilzahlungen des AG keine unmittelbare Gegenleistung des AN gegenübersteht. Erst mit Legung der Schlussrechnung stehen sich Leistung und Gegenleistung gegenüber.
- Zurückbehaltungsrecht daher grds nur an Schlussrechnungen, nicht aber an Teilrechnungen, da es dem AN bis zur Übernahme der Leistung frei steht, Mängel zu beseitigen.
- Ausnahme: AN weigert sich Mängel zu beheben. Die später nicht mehr, oder nur unter großem Aufwand beseitigt werden können.

Abschlagszahlungen vs. Ausführung in „gewissen Abteilungen“

- Anders als bei Abschlagszahlungen, ist das Zurückbehaltungsrecht bei Ausführung in „gewissen Abteilungen“ (§ 1170 Satz 2 ABGB) sehr wohl möglich.
- OGH bejaht in diesem Fall ein Zurückbehaltungsrecht auch an Teilrechnungen.
- Jede Teilrechnung des AN muss sich jedoch auf ein selbständiges, von den übrigen Leistungen abgrenzbares Werk beziehen.

Abschlagszahlungen vs. Ausführung in „gewissen Abteilungen“

- Teilleistungen müssen für AG „sinnvoll“ sein bzw einen selbständigen Wert haben.
- OGH bejaht Herstellung in gewissen Abteilungen bei: einheitlicher Vergabe von Heizungs-/Sanitärinstallationen und Spenglerarbeiten (OGH 6 Ob 637/94).

5. Praxisbeispiele & Rechtsprechung

works

OGH 10 Ob 65/12z

- Im Sachverhalt ging es um die Auslegung von Pkt 5.30.2 (nunmehr Pkt 8.4.2) der ÖNORM B 2110, der zwei Fälle abdeckt:
 - 1) AN macht in der Schlussrechnung nicht alle Forderungen geltend, wobei der Vorbehalt dann schon in die Schlussrechnung aufgenommen werden muss.
 - 2) AG nimmt vom Schlussrechnungsbetrag Abzüge vor und bezahlt entsprechend weniger.

OGH 10 Ob 65/12z

- Laut OGH muss der Werkunternehmer seine Forderungen nicht ständig neu einfordern, wenn er sie bereits klar und unmissverständlich geltend gemacht hat. In diesem Fall genügt der ursprüngliche Vorbehalt, um die Ansprüche aufrechtzuerhalten.
- Der AG kann gem § 1170 ABGB den gesamten Werklohn bei mangelhafter Leistung zurückhalten. Die ÖNORM B 2110 schränkt dieses Recht ein, indem der Auftraggeber nur das 3-fache der Mängelbehebungskosten zurückhalten darf, wenn die Leistung mit verbesserbaren Mängeln übernommen wird. Diese Bestimmungen sind objektiv auszulegen und gelten unabhängig davon, ob die Mängel bei der Übergabe bekannt waren.

OGH 5 Ob 58/22y

- Eine Auftragnehmerin begehrte vom Auftraggeber den Werklohn für die Errichtung eines Swimmingpools. Der Auftraggeber bestritt die Berechtigung und Fälligkeit der Werklohnforderung und wandte eine auf Schadenersatz gestützte Gegenforderung ein. Die Auftragnehmerin positionierte den Swimmingpool zu nahe (2,70m) an der Nachbarliegenschaft. Wird ein Abstand von 3m zu einer Nachbarliegenschaft unterschritten, ist nach der Wiener Bauordnung eine Baubewilligung erforderlich. Diese lag nicht vor, der Swimmingpool war daher bauordnungswidrig (Bauwuchunterschreitung).

OGH 5 Ob 58/22y

- Diese Bauordnungswidrigkeit hätte durch ein vereinfachtes Bauverfahren saniert werden können. Der Auftraggeber weigerte sich, der Auftragnehmerin eine Vollmacht zur Sanierung der Bauordnungswidrigkeit zu erteilen und lehnte die Besichtigung durch den Nachbarn ab, dessen Zustimmung für die Bewilligung nötig war.

OGH 5 Ob 58/22y

- Die Vorinstanzen entschieden zugunsten der AN, da der Rechtsmangel der fehlenden Baubewilligung als behebbbar angesehen wurde und das Verhalten des AG als Behinderung der Mängelbehebung gewertet wurde. Die AN habe den Werkvertrag mangelhaft ausgeführt, indem sie den Pool zu nahe an der Grundstücksgrenze platziert habe. Dieser Mangel sei wesentlich, aber nicht unbehebbar. Ein öffentlicher Rechtsmangel ist nur dann unbehebbar, wenn die fehlende Bewilligung nicht nachgetragen werden kann. Eine Sanierung wäre durch ein vereinfachtes Bauverfahren möglich gewesen. Der AG habe die Bemühungen der AN nicht unterstützt, sondern behindert. Der OGH bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen und wies die Revision des AG zurück.

OGH 5 Ob 58/22y

- Mit dieser Entscheidung bekräftigte der OGH seine ständige Rsp, wonach der AG bei Unterlassung der geforderten Mitwirkung an der Mängelbehebung sein Zurückbehaltungsrecht verliert.

OGH 2 Ob 43/21w

- Die Beklagten erwarben von der Klägerin, einer Bauträgergesellschaft, eine Wohnung und zwei Tiefgaragenplätze in einer Wohnanlage, die am 31. August 2012 übergeben wurden. Der Kaufvertrag enthielt Regelungen zur Zahlung eines Teilbetrags von 9% des Kaufpreises nach Bestätigung des Baufortschritts und eines Restbetrags von 2% als Haftrücklass zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen. Der Haftrücklassbetrag wurde bei Übergabe einer Bankgarantie fällig.

OGH 2 Ob 43/21w

- Die Beklagten zahlten den Restkaufpreis teilweise und behielten wegen behaupteter Mängel einen Teilbetrag ein. Zudem forderten sie die Auszahlung der Haftrücklassgarantie, die die Bank im Oktober 2017 leistete. Eine Sonderwunschrechnung der Klägerin wurde von den Beklagten nur teilweise beglichen, wobei sie bestimmte Beträge wegen vermeintlicher Mängel und nicht vereinbarter Leistungen einbehielten.
- Zum Zeitpunkt der Klageeinbringung im August 2015 gab es Mängel an der Wohnung der Beklagten und an allgemeinen Teilen der Liegenschaft. Einige Mängel wurden während des Verfahrens behoben, andere, insb an den allgemeinen Teilen, blieben bestehen.

OGH 2 Ob 43/21w

- Die Klägerin forderte den ausstehenden Restbetrag inkl des Haftrücklasses und des Betrags aus der Sonderwunschnrechnung. Die Beklagten machten geltend, dass noch Mängel bestünden, die eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags und das Zurückbehaltungsrecht rechtfertigen würden.
- Der OGH entschied, dass den Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht weiterhin zusteht, da die gesamten Mängelbehebungskosten berücksichtigt werden müssen. Allerdings ist eine doppelte Einbehaltung des Haftrücklasses nicht gerechtfertigt. Die Klageforderung wurde teilweise als berechtigt anerkannt, insb in Bezug auf den zu Unrecht einbehaltenen Haftrücklass und den verminderten Betrag der Sonderwunschnrechnung.

6. Praxistipps

works

Worauf ist zu achten, wenn der AG vom Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht?

- Liegt ein behebbarer Mangel vor?
- Wenn ja, in welchem Verhältnis stehen die Verbesserungskosten zum restlichen Werklohn?
- Wenn kleiner 5%, Prüfung je nach Einzelfall:
 - Verhindert der Mangel den ordentlichen Gebrauch der Sache?
 - Ist der Mangel durch Dritte behebbar? Besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen AG und AN?
 - Ist eine rasche Behebung notwendig?

Worauf ist zu achten, wenn der AG vom Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht?

- allenfalls Einrede der schikanösen Rechtsausübung erheben
- Prüfung, ob die ÖNORM B 2110 vereinbart wurde. Wenn ja, maximaler Einbehalt: 3-fache Verbesserungskosten

Mag. Christoph Gaar

Müller Partner Rechtsanwälte

Rockhgasse 6

1010 Wien

c.gaar@mplaw.at

T: +43 1 535 8008

F: +43 1 535 8008 - 50



Danke für Ihre Aufmerksamkeit!