

Schwerpunkt

Baumängel und Haftungsfragen

Gewährleistung und Schadenersatz
im Bau und Immobilienbereich

Die Warn- und Aufklärungspflicht
aus der Sicht der Praxis

Der „Barhafrücklass“ nach dem BTVG
in der praktischen Abwicklung

Forum Immobilientreuhänder
Zur Herausgabepflicht des Verwalters

Kaufpreis, und zwar inklusive des Entgelts für allfällige Sonder- oder Zusatzleistungen, soweit diese vom Bau-träger selbst oder von einem von ihm „vorgegebenen“ Professionisten erbracht werden, jedoch exklusive der Zahlungen des Erwerbers für Abgaben und Steuern sowie für die Kosten der Vertragserrichtung und -abwicklung).¹⁰⁾ Es ist daher unbestritten, dass **auch Zahlungen**, die der Erwerber direkt **an einen vorgegebenen Professionisten** aufgrund des mit diesem geschlossenen Werk- bzw Kaufvertrags über Sonder- oder Zusatzleistungen erbringt, zu sichern sind und vom Haftrücklass erfasst werden.¹¹⁾ Ein Professionist ist nur dann nicht als „vorgegeben“ anzusehen, wenn er vom Erwerber (relativ) frei gewählt werden kann, da der Erwerber auch nur dann im Rahmen entsprechend vorsichtiger Auswahl der Person seines Vertragspartners wenigstens eine Chance hat, das Risiko dessen Insolvenz zu beherrschen. Die weiteren Varianten einer qualitativen oder quantitativen „Leistungsvorgabe“, welche die Mat¹²⁾ nennen, sind unsinnig und daher – weil nicht Gesetzestext – mE völlig unbeachtlich.¹³⁾ Solche Vorgaben sind im Rahmen eines Qualitätsmanagements sinnvoll, bzw ist der Bau-träger – aufgrund öffentlichrechtlicher Vorgaben oder aber aus seinem Vertragsverhältnis zu anderen Erwerbern – sogar verpflichtet, bestimmte (insb Material-) Vorgaben, zB im Hinblick auf Feuchtigkeitsisolierung, Lärmdämmung etc, zu machen. In diesen Fällen ist – freilich nur bei freier Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der Person des Professionisten – kein Grund ersichtlich, warum die Leistungsabwicklung zwischen dem Professionisten und dem Erwerber dem Regime des BTVG unterworfen werden sollte.

B. Haftrücklassfrist; Mängel- und Schäden

Die Dreijahresfrist des § 4 Abs 4 (im Folgenden „Haftrücklassfrist“) orientiert sich erkennbar an der Gewährleistungsfrist des § 933 Abs 1 Satz 1 ABGB für unbewegliche Sachen. Dennoch sind mehrere Fälle denkbar, in denen der Haftrücklass fällig werden kann, bevor die Gewährleistungs- bzw Schadenersatzansprüche des Erwerbers verjährt sind, weil der Fristenlauf erst später beginnt, in denen also die **Haft-rücklassfrist nicht mit der Gewährleistungsfrist bzw der Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch synchron** läuft, sondern später endet:

1. Gewährleistungsansprüche wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften verjähren nach den Mat zum GewRÄG¹⁴⁾ und überwiegender L in drei Jahren ab Erkennbarkeit des Mangels;¹⁵⁾

2. nach vereinzelter Ansicht trifft dies auch auf Gewährleistungsansprüche wegen des Fehlens gewöhnlich im Verkehr vorausgesetzter Eigenschaften zu, wenn dieser Mangel wegen seiner Natur zum Zeitpunkt der Übergabe typischerweise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand oder unter Setzung unüblicher Maßnahmen erkannt werden kann;¹⁶⁾

3. für Gewährleistungsansprüche wegen Rechts-mängeln beginnt die Frist zur Geltendmachung des Mangels nach § 933 Abs 1 Satz 2 ABGB wie schon nach alter Rechtslage erst, sobald der Mangel – die

Berechtigung des Dritten – dem Übernehmer un-zweifelhaft bekannt geworden ist;¹⁷⁾

4. weiters beginnt die Gewährleistungsfrist für Mängel an allgemeinen Teilen dann erst später zu laufen, wenn es sich um solche allgemeinen Teile handelt, die erst nach Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstands im Zuge der „Fertigstellung der Gesamtanlage“ (§ 10 Abs 2 Z 1 bzw 2, jeweils lit f) errichtet werden;

5. fristverlängernd wirken sich Vergleichsverhandlungen (str ob Fortlaufs-¹⁸⁾ oder [richtig:] Ablaufshemmung¹⁹⁾) bzw Verbesserungsversuche oder -zusagen (Unterbrechung)²⁰⁾ aus; selbstverständlich kann die Frist auch vertraglich verlängert werden (§ 933 Abs 1 letzter Satz ABGB);

6. endlich verjähren Schadenersatzansprüche in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 1489 Satz 1 ABGB).

Vom Haftrücklass gesichert sind nach allgemeinen Regeln des Gewährleistungsrechts weiters jedenfalls nur jene Mängel, die schon bei Übergabe vorhanden waren, bzw dementsprechend solche Schäden, die auf einen bei Übergabe vorhandenen Mangel zurückzuführen sind. Mängel/Schäden müssen, damit sie „haftrücklassrelevant“ werden, weiters innerhalb der Dreijahresfrist ab Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstands (aufgetreten und) **dem Bau-träger bekannt gegeben** worden sein. Daraus folgt umgekehrt, dass der **Barhaftrücklass jedenfalls dann** zur Zahlung an den Bau-träger **fällig** wird, wenn innerhalb von drei Jahren nach Übergabe keine Mängel, die schon bei Übergabe vorhanden waren, bzw keine Schäden, die auf einen bei Übergabe vorhandenen Mangel zurückzuführen sind, auftreten **und** in der Folge (auch noch innerhalb der Haftrücklassfrist) angezeigt werden, auch wenn die Gewährleistungsfrist

10) Vgl § 7 Abs 1 iVm § 1 Abs 1; ErläutRV, aaO; *Wolfinger* in *Gartner/Riss/Wolfinger* (Hrsg), Praxishandbuch zum BTVG (2008) 165, 169.

11) ZB *Pittl*, BTVG (2008) 31, 80; vgl auch etwa *Vonkilch*, Das Bau-trägervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008 wobl 2008, 203, 205. Fraglich ist, ob die aufgrund eines mit dem Professionisten abgeschlossenen Werkvertrags direkt an diesen geleisteten Zahlungen des Erwerbers schon allein kraft der „Vorgabe“ des Professionisten durch den Bau-träger und der daraus resultierenden Notwendigkeit, den Gegenstand seiner Leistung und das dafür vorgesehene Entgelt in den Bau-trägervertrag aufzunehmen, als iSd § 15 „entsprechend dem Bau-trägervertrag“ an den Professionisten erbracht gelten und daher beim Bau-träger rückforderbar sind; mE ist dies ohne weiteres zu bejahen.

12) ErläutRV BTVG-Nov 432 BlgNR 23. GP 5 (zu Z 1 [§ 1 Abs 1 des Entwurfs]).

13) In der Sache ähnlich, wenngleich mit einem „Rettungsversuch“ im Wege einer wohlmeinenden „eingeschränkten Auslegung“ der EB *Vonkilch*, wobl 2008, 204 FN 9.

14) ErläutRV 422 BlgNR 21. GP, 20.

15) Zuletzt *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-Taschenkommentar § 933 Rz 9; Kritik und wN bei *Zöchling-Jud*, ABGB-ON § 933 Rz 9f.

16) ZB *Reischauer* in *Rummel* § 933 Rz 3a; auch dazu krit und mwN *Zöchling-Jud*, ABGB-ON § 933 Rz 10.

17) ZB 6 Ob 126/03b NZ 2006/26.

18) Zuletzt *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-Taschenkommentar § 933 Rz 5 mwN.

19) *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) 170; zuletzt *Zöchling-Jud*, ABGB-ON § 933 Rz 16 jeweils mwN.

20) Ausführlich *Faber*, aaO 171.

bzw die Verjährungsfrist für einen allfälligen Schadenersatzanspruch noch offen sein sollte.

Umfänglich deckt der Haftrücklass unstr²¹⁾ Mängel bzw Schäden am eigentlichen Vertragsgegenstand ebenso wie an den allgemeinen Teilen bzw den (wohl wieder:) gewöhnlich nutzbaren²²⁾ Teilen der Gesamtanlage; mE umfasst er weiters nicht nur Mangel- sondern auch Mangelfolgeschäden²³⁾, da auch sie eben unmittelbare Folge der mangelhaften Leistung des Bauträgers sind und es einigermaßen kurios wäre, einen möglicherweise relativ geringfügigen Mangel (zB das Loch in einem Rohr) der Deckung zu unterwerfen, gleichzeitig den aus ihm uU resultierenden Großschaden (zB durch Wasseraustritt) aber ungedeckt zu lassen.

Praxistipp!

Man sollte im Bauträgervertrag den Haftrücklass daher nicht nur auf Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche „nach §§ 922–933a“ ABGB beschränken, da man damit insofern eine gesetzwidrige – gegen § 4 Abs 4 verstoßende – Klausel produziert, als Mangelfolgeschäden nach überwiegender Auffassung nicht unter § 933 a ABGB fallen.²⁴⁾

C. Haftrücklass in den wichtigsten praktischen Fallgruppen mangelhafter Leistung

1. Vorbemerkung

Den folgenden Ausführungen zu den einzelnen Fallgruppen mangelhafter Leistung sind zwei wichtige Regeln des Gewährleistungsrechts voran zu stellen: Zum einen erlischt der Gewährleistungsanspruch, wenn er nicht innerhalb der gesetzlichen Frist **gerichtlich** (durch Klage oder Einrede gegen die Leistungsklage des Bauträgers) geltend gemacht wird (§ 933 Abs 1 Satz 1 ABGB). Zum anderen führt aber die bloß **außergerichtliche** Anzeige des Mangels zur Perpetuierung der Einrede gegen die Leistungsklage des Bauträgers (§ 933 Abs 3 ABGB).

Weiters ist vorzuschicken, dass der Haftrücklass, der auf **Leistungen des vorgegebenen Professionisten** entfällt, und jener, der die Leistungen des Bauträgers selbst sichert, Wechselwirkungen entfalten. Hinsichtlich der Leistungen des vorgegebenen Professionisten sind zwei Sicherungsvarianten denkbar: Entweder wird das dafür vom Erwerber – sei es an den Bauträger oder direkt an den Professionisten – bezahlte Entgelt in die allgemeine Sicherung integriert, also zB in den Ratenplan „eingebaut“ bzw der Garantiesumme hinzugeschlagen, oder aber es wird mit dem Professionisten selbst im Werkvertrag für die Bezahlung des Werklohns ein eigener „kleiner Ratenplan“ oder die Beauftragung einer „kleinen Garantie“ durch den Professionisten vereinbart.²⁵⁾ Im Falle des grundbücherlichen Sicherungsmodells muss der Professionist, also zB der vom Erwerber beauftragte Fliesenleger, der höherwertige Fliesen als Sonderausstattung verlegt, jedenfalls akzeptieren, dass er, wenn er die Fliesen im Falle der Zugrundelegung des Ratenplans B etwa vor Fertigstellung der Bauetappe gem § 10 Abs 2 lit c verlegt hat, mit ordnungsgemäßer Er-

ledigung seiner Arbeit zunächst nur 40% seines Honorars (dh: den auf die bereits fertig gestellten Etappen gem lit a und b entfallenden Anteil) erhält. Die nächsten 20% werden mit Fertigstellung der Rohinstallationen fällig, die nächsten 12% nach Fertigstellung der Fassade und der Fenster etc, bis hin zu den letzten 2% mit Ablauf von drei Jahren nach Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstands. Da Professionisten mit solchen Zahlungsmodalitäten uU nicht einverstanden sind, wird in der Praxis häufig statt der „kleinen“ Sicherung das integrierte Modell in der Ausgestaltung bevorzugt, dass der Erwerber auch das Sonderwuschentgelt an den Bauträger zahlt und dieser den Professionisten allenfalls früher entlohnt. Dagegen ist aus der Sicht des BTVG selbstverständlich nichts einzuwenden. Die Wechselwirkung besteht nun in jedem Fall darin, dass Mängel/Schäden an der Sonderausstattung den Erwerber ebenso berechtigen, zunächst den gesamten Haftrücklass (also auch den dem Bauträger „zustehenden“ Teil) zurückzubehalten, wie umgekehrt die mangelhafte Bauträgerleistung es dem Erwerber erlaubt, dies auch hinsichtlich des auf die Sonderausstattung entfallenden und meist direkt dem Professionisten geschuldeten Haftrücklassanteils zu tun.

2. Fallgruppen im Einzelnen

a) Wird innerhalb der Haftrücklassfrist ein Mangel bzw Schaden dem Bauträger angezeigt, und verbessert²⁶⁾ bzw behebt er den Schaden innerhalb der Frist, wird der Haftrücklass zum Fristende (drei Jahre ab Übergabe des eigentlichen Vertragsgegenstands) fällig; dies selbstverständlich nur, sofern weitere Mängel bzw Schäden innerhalb der Frist nicht aufgetreten und angezeigt oder aber fristgerecht behoben worden sind.

b) Wird wiederum innerhalb der Haftrücklassfrist angezeigt, erfolgt die Verbesserung bzw Schadensbehebung durch den Bauträger aber erst nach Ablauf dieser Frist, wird der Haftrücklass mit diesem späteren Verbesserungs-/Schadensbehebungszeitpunkt fällig.²⁷⁾ Solange die Verbesserung unterbleibt, kann der Erwerber aber den gesamten Haftrücklass – auch über das Fristende hinaus – einbehalten, da es wegen der erfolgten Mangelanzeige zur Einredeperpetuierung

21) ZB *Pittl*, BTVG 65.

22) Diesbezüglich aA offenbar *Pittl*, BTVG 63.

23) Vgl *Eccher*, Die Haftrücklassgarantie im Lichte des neuen Gewährleistungsrechts, ÖBA 2004, 77, 80.

24) ZB *Zöchling-Jud*, ABGB-ON § 933 a Rz 8 f.

25) *Vonkilech*, wobl 2008, 207.

26) Hier soll stets nur von „Verbesserung“ (gemeint eben iwS) die Rede sein, wengleich auf der Ebene der primären Gewährleistungsrechtsbehelfe selbstverständlich auch der Austausch (etwa eines defekten Geräts) in Frage kommt.

27) Dies gilt entgegen *Pittl/Niedrist*, Die Absicherung des Gewährleistungsrisikos beim Bauträgervertrag, wobl 2008, 197, 200, nicht nur dann, wenn der Erwerber den Mangel erst knapp vor Ende der Haftrücklassfrist angezeigt hat, so dass der Bauträger seine Verbesserungsarbeiten zwangsläufig erst nach Fristende abschließen konnte, sondern auch dann, wenn die Anzeige schon früher erfolgte, die Verbesserungsarbeiten aber aus welchen Gründen immer über das Fristende hinaus andauerten, also selbst im Falle des Verbesserungsverzugs des Bauträgers, wenn der Erwerber nicht auf die Ebene der sekundären Gewährleistungsrechtsbehelfe „umgestiegen“ ist: s zum Fall des Umstiegs unter d).

(§ 933 Abs 3 ABGB) kommt. Dies ist im Verbrauchergeschäft auch nicht abdingbar; es kann also entgegen verbreiteter Praxis – und zwar wegen Verstoßes gegen § 9 bzw § 6 Abs 1 Z 6 KSchG – nicht wirksam vereinbart werden, dass der Erwerber im Falle der Nichtbehebung des Mangels mit Ablauf der Hafrücklassfrist nur den „auf den Mangel“ entfallenden Teil des Hafrücklasses (sei es, dass damit die Preisminderung oder die Kosten der Mangelbehebung gemeint sind) einbehalten darf.

Aus a) und b) folgt also der **Grundsatz der Fälligkeit des Hafrücklasses erst mit Mangelbehebung, frühestens aber drei Jahre ab Übergabe**. Im Schadensfall kann der Erwerber mit seinem auf Geldersatz gerichteten Schadenersatzanspruch gegen die Hafrücklassforderung jedenfalls bis zur Verjährung seines Anspruchs aufrechnen; dies kann er aber sogar nach Ablauf der Verjährungsfrist, wenn sich die Ansprüche bereits davor aufrechnenbar gegenübergestanden sind.²⁸⁾

c) Nach § 932 Abs 4 ABGB braucht der Bauträger bzw der von ihm vorgegebene Professionist allerdings den Mangel nicht zu beheben, wenn dies für ihn mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre (im Folgenden „Unzumutbarkeit“ der Mangelbehebung). Der Erwerber ist dann ex lege auf die sekundären Rechtsbehelfe verwiesen, kann also (nur) Preisminderung bzw Wandlung verlangen bzw erklären; gewandelt wird im Bereich der „üblichen“ Baumängel nur ganz selten – sei es, weil der Mangel geringfügig ist und das Wandlungsrecht daher nicht zusteht, sei es weil der Erwerber typischerweise sein Objekt aus subjektiven Gründen einfach nicht „aufgeben“ möchte. Die gleichen Grundsätze gelten dann, wenn die Mangelbehebung von Anfang an unmöglich ist oder dies später wird. Ein Verbesserungsanspruch entsteht wegen Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit der Verbesserung gar nicht bzw erlischt mit deren späteren Eintritt. Zur Einredeperpetuierung aufgrund außergerichtlicher Anzeige kommt es freilich auch in dieser Fallgruppe, so dass der Erwerber in der Folge die Preisminderung dem Anspruch des Bauträgers auf Zahlung des Hafrücklasses entgegen halten kann, und zwar aufgrund der Einredeperpetuierung auch nach Ablauf der Gewährleistungs-

frist.²⁹⁾ Bleibt der Preisminderungsanspruch der Höhe nach hinter dem Hafrücklassanspruch des Bauträgers zurück, schuldet der Erwerber den Rest.

d) Verweigert der Bauträger/Professionist die Verbesserung bzw nimmt er sie nicht in angemessener Frist vor, kann der Erwerber durch fristgerechte Klage oder Einrede gegen die Hafrücklassklage auf die Ebene der sekundären Rechtsbehelfe „umsteigen“, detto wenn die Verbesserung für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre oder ihm aus triftigen, in der Person des Bauträgers/Professionisten liegenden Gründen unzumutbar sein sollte.³⁰⁾ Auch hier kann er in der Folge gegen die Forderung des Bauträgers auf Zahlung des Hafrücklasses die Preisminderung einwenden (s im Einzelnen zuvor).³¹⁾ Unterlässt er den Umstieg, zu dem er selbstverständlich nicht verpflichtet ist, bleibt es bei der Perpetuierung der Einrede. Dies ist für den Erwerber sinnvoller, wenn der hypothetische Preisminderungsanspruch der Höhe nach hinter der offenen Kaufpreisforderung zurückbleibt.

28) Zuletzt *Holly*, ABGB-ON § 1439 Rz 5 mwN.

29) Anders offenbar *Zöchling-Jud*, ABGB-ON § 933 Rz 23, bzw schon *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung (2001) Rz 19 (die Preisminderung müsse stets fristgerecht verlangt werden); diese Auffassung stellt aber eine sachlich nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung des außergerichtlich Anzeigenden im Falle einer – ihm möglicherweise gar nicht bekannten – Unmöglichkeit bzw Untunlichkeit der Verbesserung dar.

30) Dazu ausführlich *Faber*, Handbuch 127 ff.

31) Zur Aufrechnung mit verjährten Schadenersatzforderungen zuvor unter b) bei FN 28.

SCHLUSSTRICH

Aus dem BTVG allein ist nicht ableitbar, in welchen Fällen der Erwerber den in bar einbehaltenen Hafrücklass oder Teile desselben tatsächlich schuldet; dazu bedarf es eines Rekurses auf allgemeine – im Ergebnis aber auch nicht immer eindeutige – Grundsätze des Gewährleistungsrechts bzw uU auch eines Blicks in das KSchG.