

AUFSÄTZE

Aktuelle Fragen der Prüf- und Warnpflicht beim Bauvertrag

Im Lichte der Neuausgabe der ÖNORM B 2110:2023-05-01 thematisiert dieser Beitrag die Änderungen hinsichtlich der Form der Warnung. Zudem werden anhand der aktuellen Rechtsprechung der Entgeltanspruch des Werkunternehmers bei einem teilweisen Misslingen des Werks sowie die Folgen einer Selbstverbesserung durch den Werkbesteller behandelt.

Deskriptoren Prüfpflicht, Warnpflicht, Bauvertrag, ÖNORM B 2110, Form, Entgeltanspruch, Werklohn, Teilleistung, Vereitelung der Ausführung, Gewährleistung, Selbstverbesserung; §§ 1167, 1168, 1168a ABGB.

Von Alexander Schopper und Felix Jöchl

1. Grundlagen zur Warnpflicht nach dem ABGB

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag,¹ weshalb sich die Prüf- und Warnpflicht bei Bauverträgen aus § 1168a S 3 ABGB ergibt. Demnach hat der Werkunternehmer den Werkbesteller zu warnen, wenn das Werk aufgrund eines vom Werkbesteller bereitgestellten, offenbar untauglichen Stoffes oder einer offenbar unrichtigen Anweisung zu misslingen droht. Damit modifiziert die Prüf- und Warnpflicht die Risikoverteilung nach § 1168a S 1 ABGB. Im Grunde trägt nämlich der Werkunternehmer die Preisgefahr für das Werk. Davon wird abgegangen, wenn das Werk misslingt, weil der Werkbesteller einen untauglichen Stoff oder eine unrichtige Anweisung beigelegt hat. Hat der Werkunternehmer die Prüf- und Warnpflicht verletzt, trägt er die Preisgefahr.²

Unter dem Begriff „Stoff“ nach § 1168a S 3 ABGB ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dem das Werk erstellt wird.³ Neben dem Baugrund, auf dem das Werk zu

errichten ist⁴ und dem Stromnetz eines Gebäudes⁵ können insbesondere auch Pläne⁶ von dieser Bezeichnung umfasst sein. Bei einer „Anweisung“ handelt es sich um eine verbindliche Vorgabe des Auftraggebers, die einerseits das Ziel, also das zu erstellende Werk, und dessen Verwendungszweck vorgibt.⁷ Andererseits wird durch eine Anweisung häufig auch die Art der Herstellung des Werks festgelegt.⁸ Wengleich der Wortlaut von § 1168a S 3 ABGB eine Prüfpflicht nicht ausdrücklich erwähnt, wird der Werkunternehmer die beigelegten Stoffe und Anweisungen vor einer allfälligen Warnung auch prüfen müssen. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Warnpflicht des Werkunternehmers unabhängig davon besteht, ob er eine sachgemäße Prüfung durchgeführt hat oder nicht.⁹ Der Werkunternehmer hat jedoch nur zu warnen, wenn die Unrichtigkeit des Stoffes oder der Anweisung „offenbar“ ist. Von der Warnpflicht sind also sämtliche Mängel umfasst, die für ihn bei einer sorgfältigen Prüfung nach dem Maßstab des § 1299 ABGB erkennbar waren.¹⁰

Für eine wirksame Warnung ist erforderlich, dass diese dem Adressaten der Warnpflicht, also dem Werkbesteller, zugeht.¹¹ Hinsichtlich des Zeitpunktes der Warnung wird teilweise die Ansicht vertreten, dass diese entsprechend der Rechtslage nach der ÖNORM B 2110 „unverzüglich“, also ohne unnötigen Aufschub und ohne schuldhaftes Zögern,¹² zu erfolgen hat.¹³ Außer bei Ge-

1 Aicher/Karasek/I. Welsch in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Kap 2.1.1.

2 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 25.

3 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 33; M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1168a ABGB Rz 6; RIS-Justiz RS0022045, zuletzt OGH 26.4.2017, 1 Ob 65/17s.

4 OGH 27.4.1987, 1 Ob 42/86.

5 OGH 11.5.1993, 1 Ob 550/93.

6 OGH 15.12.2008, 4 Ob 200/08b; 22.4.2014, 7 Ob 18/14v.

7 RIS-Justiz RS0022239, zuletzt 4.7.2023, 5 Ob 26/23v.

8 OGH 26.6.2014, 8 Ob 75/13g; 4.7.2023, 5 Ob 26/23v; RIS-Justiz RS0022239 [T1]; RS0022214; M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1168a ABGB Rz 6; Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 39.

9 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 50.

10 Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 100; I. Welsch in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.3.1.

11 OGH 27.1.2017, 8 Ob 95/16b; RIS-Justiz RS0118981; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 112; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168a Rz 51; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 53.

12 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 89.

13 OGH 6.6.1957, 1 Ob 274/57; Wenusch, ÖNORM B 2110² Pkt 6 Rz 77.

fahr im Verzug reicht es nach der hA¹⁴ jedoch aus, wenn der Werkbesteller binnen einer angemessenen Frist gewarnt wird. Was darunter zu verstehen ist, lässt sich nur im Einzelfall beurteilen, wenngleich eine angemessene Frist dem Werkunternehmer einen längeren Zeitraum einräumt als das Erfordernis einer unverzüglichen Warnung.¹⁵ Inhaltlich muss die Warnung dem Auftraggeber sowohl aufzeigen, welche konkreten Folgen die Heranziehung der von ihm beigestellten Stoffe und Anweisungen haben kann¹⁶ als auch, dass ein Misslingen des Werks droht.¹⁷ Eine Verletzung der Warnpflicht kann nur vorliegen, wenn den Werkunternehmer ein Verschulden daran trifft, dass er nicht ordnungsgemäß gewarnt hat.¹⁸

2. Die Prüf- und Warnpflicht nach der ÖNORM B 2110

2.1. Allgemeines

Die Prüf- und Warnpflicht in § 1168a S 3 ABGB ist dispositiv.¹⁹ Dementsprechend steht es den Vertragsparteien frei, davon abweichende vertragliche Vereinbarungen zu treffen. So können die Vertragsparteien dem Bauvertrag eigene AGB oder die dafür besonders ausgestalteten ÖNORMEN zugrunde legen. Besondere praktische Bedeutung hat die ÖNORM B 2110 (oder auch Werkvertragsnorm).²⁰ Diese geht den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund deren Abdingbarkeit vor.²¹ Im Fall der Prüf- und Warnpflicht entsprechen die Regelungen der ÖNORM B 2110 aber ohnehin in großen Teilen der allgemeinen Rechtslage.²² Insbesondere konkretisiert die Werkvertragsnorm aber die gesetzlichen Bestimmungen und sieht teilweise auch Abweichungen vor.²³

Neuerungen hat es im Zusammenhang mit der Prüf- und Warnpflicht bei der Neuausgabe der ÖNORM B

2110:2023-05-01 insbesondere hinsichtlich der Form der Warnung gegeben.²⁴ Dem Grundsatz der Freiwilligkeit entsprechend können die Vertragsparteien jederzeit – also auch nach Abschluss des Bauvertrags – die Anwendung von (rechtlichen) ÖNORMEN vereinbaren.²⁵ Wird im Vertrag allerdings lediglich auf die Anwendung bestimmter ÖNORMEN verwiesen, ohne das maßgebliche Ausgabedatum zu nennen, ist im Zweifelsfall jene Fassung heranzuziehen, die zum Beginn der Angebotsfrist Gültigkeit hatte.²⁶ Mangels einer solchen Frist ist das Datum des Angebots ausschlaggebend.²⁷

2.2. Form der Warnung

Die Warnung im Sinne des § 1168a S 3 ABGB kann, sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde, formfrei erfolgen.²⁸ Dementsprechend erfüllt der Werkunternehmer seine Warnpflicht dem Werkbesteller gegenüber auch, wenn er mündlich warnt.²⁹ Im Grunde ist es auch denkbar, mittels einer schlüssigen Erklärung in Analogie zu § 863 ABGB zu warnen, wobei eine konkludente Warnung selten eindeutig genug sein wird.³⁰

Im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 unterlag die Warnung hingegen bis vor Kurzem einem Schriftformerfordernis.³¹ Teilweise wurde vertreten, dass auch nach der alten Fassung der ÖNORM B 2110 eine formlose Warnung möglich war. Das wurde primär damit begründet, dass die Schriftform ohnehin keine andere Funktion habe, als zu Beweis Zwecken zu dienen.³² Dies greift aber insofern zu kurz, als die Schriftlichkeit sehr wohl auch eine gewisse Warnfunktion erfüllt, weil so der Warnung besondere Bedeutung verliehen wird.³³ Zudem dient die Schriftform dazu, dass die Warnung nachvollziehbar beim tatsächlichen Adressaten ankommt und hat insoweit auch Beweissicherungsfunktion.³⁴

14 *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 54; *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 89; *I. Welsner* in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.4.3 mwN.

15 Vgl. *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 89.

16 *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement² 334.

17 *Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 94; *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168a Rz 50.

18 *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 99; *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 31.

19 OGH 12.6.2001, 4 Ob 46/01w; 25.1.2005, 1 Ob 259/04a; RIS-Justiz RS0021858; *Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 11; *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 2; vgl. auch *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 2.

20 ÖNORM B 2110:2023-05-01.

21 OGH 21.10.2008, 1 Ob 200/08f.

22 *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement² 330; *Kurz*, Vertragsgestaltung im Baurecht² 193.

23 *I. Welsner* in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II 7.3.3; *H. Schlosser/Hartl/L. Schlosser*, Die

Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil 1), bauaktuell 2010, 56.

24 Pkt 6.2.4 ÖNORM B 2110:2023-05-01.

25 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1165 ABGB Rz 15.

26 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1165 ABGB Rz 15; *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Pkt 5 Rz 5.

27 *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Pkt 5 Rz 5.

28 *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 111.

29 *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers 68.

30 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 76.

31 Pkt 6.2.4 ÖNORM B 2110:2013-03-15.

32 *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 800; *Stoffl*, Grenzen von Prüf-, Warn- und Überwachungspflichten beim Werkvertrag 78 f.

33 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 77.

34 *I. Welsner* in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.4.1.

Die Neuausgabe der ÖNORM B 2110³⁵ sieht, trotz gewichtiger Argumente für ein Schriftformerfordernis bei der Warnung, dieses nicht mehr vor. Auch im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 ist daher eine formfreie (insbesondere mündliche) Warnung ausreichend.³⁶ Pkt 6.2.4.6 enthält aber die Empfehlung, Warnungen aus Beweisgründen nach wie vor schriftlich vorzunehmen. Empfehlenswert ist die Schriftlichkeit insbesondere aufgrund der idR grundsätzlich eingreifenden Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, wonach das Verschulden des Werkunternehmers vermutet wird. So sollte die Warnung jedenfalls auch bei der Warnpflicht nach § 1168a S 3 ABGB in Schriftform erfolgen.³⁷

Denkbar wäre es, den Auftraggeber durch eine Eintragung im Baubuch oder in Bautagesberichte zu warnen. Die bloße Eintragung der Warnung wird jedoch wohl nicht genügen.³⁸ In diesem Fall ist nämlich nicht ausreichend gewährleistet, dass sämtliche Voraussetzungen einer gültigen Warnung vorliegen. Geht die Warnung hingegen nachvollziehbar dem Auftraggeber oder einem von diesem bevollmächtigten Vertreter zu, ist die Warnung für diesen hinreichend deutlich und ist deren Zeitpunkt erkennbar, kann eine Eintragung in das Baubuch oder in Bautagesberichte uE eine ordnungsgemäße Warnung darstellen.³⁹ Insbesondere im Vergleich zu einer mündlichen Warnung kann eine solche Eintragung hinsichtlich der Beweisbarkeit der Warnung sogar erhebliche Vorteile mit sich bringen.⁴⁰

3. Entgeltanspruch bei teilweisem Misslingen des Werks

3.1. Allgemeines

Ist der Werkunternehmer seiner Warnpflicht nicht ausreichend nachgekommen und misslingt das Werk aus diesem

Grund, wird er schadenersatzpflichtig.⁴¹ Das Werk wird insbesondere als misslungen angesehen, wenn es untergeht, aber auch, wenn es die im Bauvertrag vereinbarten Funktionen nicht erfüllt.⁴² Der Werkbesteller ist dann so zu stellen, wie er stünde, wenn ihn der Werkunternehmer ordnungsgemäß gewarnt hätte.⁴³ Zu ersetzen ist dabei aber nur der Vertrauensschaden, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse hat der Werkbesteller hingegen nicht.⁴⁴ Kosten, die er unabhängig von der unzureichenden Warnung des Werkunternehmers ohnehin tragen hätte müssen, sind dem Werkbesteller nicht zu ersetzen.⁴⁵

Zudem verliert der Werkunternehmer infolge seiner Warnpflichtverletzung seinen Entgeltanspruch.⁴⁶ Der Anspruch des Werkunternehmers auf den Werklohn wird grundsätzlich erst fällig, sobald das Werk vertragsgemäß hergestellt wurde. Ist das Werk mangelhaft, besteht dementsprechend bis zur Behebung der Mängel kein Anspruch auf Entgelt.⁴⁷ Nach stRsp kann der Werkbesteller hingegen bei mangelhafter Erbringung des Werks durch die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags nach § 1052 S 1 ABGB die Zahlung des Entgelts verweigern.⁴⁸ Mangels Fälligkeit des Entgeltanspruches ist uE eine Einrede nicht erforderlich und in Hinblick darauf, dass die Einrede nach § 1052 S 1 ABGB grundsätzlich der Fälligkeit des Anspruches bedarf, auch nicht geboten.⁴⁹

3.2. Verbesserung oder Schadenersatz des Werkunternehmers

Seinen Anspruch auf Werklohn verliert der Werkunternehmer keinesfalls stets zur Gänze.⁵⁰ Dies ergibt sich bereits infolge allfälliger Ansprüche des Werkbestellers auf Gewährleistung⁵¹ und Schadenersatz. Erfüllt der Werkunternehmer diese Ansprüche, würde es eine Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Werkbesteller und

35 Pkt 6.2.4 ÖNORM B 2110:2023-05-01.

36 *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Pkt 6 Rz 26; *Kurz*, Vertragsgestaltung im Baurecht² 194.

37 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Pkt 6 Rz 26.

38 *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 53; *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Pkt 6 Rz 26; *H. Schlosser/Hartl/L. Schlosser*, bauaktuell 2010, 56 (58).

39 Siehe auch *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 78; *Stoffl*, Grenzen von Prüf-, Warn- und Überwachungspflichten beim Werkvertrag 78; *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 53.

40 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 78.

41 RIS-Justiz RS0022124, zuletzt OGH 4.7.2023, 5 Ob 26/23v.

42 *M. Bydlinski* in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1168a ABGB Rz 5.

43 OGH 2.6.1999, 9 Ob 342/98d; 19.9.2002, 3 Ob 274/01t; 26.6.2014, 8 Ob 75/13g; RIS-Justiz RS0102085 [T2]; *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 133; *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 57.

44 OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g; RIS-Justiz RS0102085.

45 *I. Welser* in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.8.1; *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 133.

46 OGH 3.7.1962, 8 Ob 218/62; 29.6.1972, 2 Ob 170/71; 12.2.2002, 10 Ob 205/01x; 20.4.2010, 1 Ob 52/10v; 26.6.2014, 8 Ob 75/13g; 30.10.2018, 9 Ob 64/18d; 20.12.2018, 1 Ob 132/18w; 19.2.2020, 7 Ob 191/19t; 4.7.2023, 5 Ob 26/23v; RIS-Justiz RS0022124.

47 *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1170 ABGB Rz 25; *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1170 Rz 7.

48 OGH 13.10.1998, 10 Ob 136/98t; 23.2.1999, 1 Ob 58/98f; 23.10.2017, 5 Ob 83/17t; so auch *M. Bydlinski* in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1170 ABGB Rz 3.

49 Vgl *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1170 ABGB Rz 9.

50 *Krejci/Böhler* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 56; *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 123; *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 107; *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168a Rz 57; aA *Wilhelm*, Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel in Festschrift Rudolf Welser (2004) 1194 f.

51 Siehe dazu Kapitel 4.3.

Werkunternehmer darstellen, wenn Letzterer dennoch keinen Werklohn erhielt. Dem Werkbesteller wurde durch die Behebung des Mangels nämlich dieselbe Rechtsposition verschafft, wie bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Warnpflicht, und dennoch müsste er kein Entgelt leisten.⁵² Der Grund für den Entfall des Werklohns liegt nicht in der Warnpflichtverletzung an sich, sondern in der Unbrauchbarkeit des Werks als deren Folge. Insbesondere im Hinblick darauf wäre der Entfall des Werklohns unverhältnismäßig, wenn dem Werkbesteller durch die Warnpflichtverletzung kein Nachteil erwächst.⁵³ Bezüglich des Anspruchs des Werkunternehmers auf Werklohn ist daher zunächst zu differenzieren, ob das Werk infolge der Warnpflichtverletzung gänzlich misslingt oder nur Teile des Werks unbrauchbar sind.

Ist Letzteres der Fall und besteht noch die Möglichkeit der Verbesserung des Werks, hat der Werkbesteller dementsprechend einen Anspruch auf Herstellung des vereinbarten Werks bzw nach dessen Übergabe auf Verbesserung.⁵⁴ Führt der Werkunternehmer die Verbesserung erfolgreich durch und liegt ein nunmehr mangelfreies Werk vor, besteht auch der Entgeltanspruch des Werkunternehmers.⁵⁵ Gleiches muss gelten, wenn der Werkbesteller durch die Erfüllung seiner Schadenersatzansprüche dem Werkunternehmer gegenüber gleich gestellt wird, wie bei ordnungsgemäßer Erbringung des Werks.⁵⁶ Solange der Werkunternehmer weder Schadenersatz geleistet noch das Werk verbessert bzw vertragskonform erfüllt hat, steht ihm kein Entgeltanspruch zu. Zu diesem Ergebnis kann man durch die Anwendung von § 1170 ABGB gelangen.⁵⁷ Demnach steht dem Werkunternehmer der Anspruch auf Entgelt nämlich erst mit Vollendung des Werks zu. Das Werk gilt erst als vollendet, wenn es mangelfrei erbracht wurde oder kein Anspruch auf Fertigstellung mehr besteht.⁵⁸

3.3. Brauchbarkeit der Teilleistung

Auch wenn das Werk infolge der Warnpflichtverletzung misslungen ist und der Werkunternehmer dem Werkbestel-

ler den daraus resultierenden Nachteil nicht ausgleicht, steht dem Werkunternehmer unter Umständen dennoch ein Teil des vereinbarten Entgelts zu. Bei teilweise misslungenen Werken kommt nach der wohl überwiegenden L die Bestimmung gemäß § 920 Satz 2 ABGB hinsichtlich der nachträglichen Teilunmöglichkeit zur Anwendung.⁵⁹ Demnach ist zunächst durch die Auslegung des Bauvertrages nach §§ 914 f ABGB anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob auch eine teilweise Ausführung des Werks für den Werkbesteller von Interesse ist.⁶⁰

Als Kriterien kommen hier insbesondere die Natur des Geschäftes sowie ein allfälliger, dem Werkunternehmer bekannter Zweck der Leistung in Betracht.⁶¹ Kommt man anhand dieser Beurteilung zum Ergebnis, dass für den Werkbesteller eine teilweise Erbringung des Werks nicht von Interesse ist, steht es diesem frei, vom gesamten Bauvertrag zurückzutreten.⁶² Dementsprechend schuldet der Werkbesteller dem Werkunternehmer in diesem Fall kein Entgelt. Hat der Werkbesteller sehr wohl ein Interesse an einer Teilerbringung des Werks, kann er lediglich hinsichtlich des restlichen Teils des Bauvertrags zurücktreten.⁶³ Dann steht dem Werkunternehmer ein teilweises Entgelt bezüglich des aufrecht bleibenden Teils des Bauvertrags zu.⁶⁴

Eine ähnliche Regelung enthält § 878 S 2 ABGB zur anfänglichen Unmöglichkeit. Bei der Vereinbarung von Unmöglichem und Möglichem in einem Vertrag, bleibt das Mögliche grundsätzlich aufrecht, sofern der Vertrag nichts anderes bestimmt.⁶⁵ Hierbei gilt es anhand des tatsächlichen, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, subsidiär anhand des hypothetischen Willens der Vertragsparteien herauszufinden, ob diese den Vertrag auch ohne die Vereinbarung des Unmöglichen abgeschlossen hätten.⁶⁶ Die Bestimmung des § 878 ABGB ist auf Fälle der Teilungültigkeit, zB wenn mehrere Personen an einem Geschäft beteiligt sind, von denen nur eine beschränkt geschäftsfähig ist,⁶⁷ analog anzuwenden.⁶⁸

Aus diesen Bestimmungen leitet der OGH im Allgemeinen ab, dass sich teilweise Mängel eines Vertrages nicht

52 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 107.

53 Zutreffend OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g.

54 Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 146; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 56.

55 Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 146; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168a Rz 56; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 123.

56 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 107; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 123.

57 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 107.

58 Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1170 Rz 7 f.

59 Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 123; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168a Rz 57; Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 146.

60 P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 920 ABGB Rz 7.

61 OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 920 Rz 79.

62 Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 920 Rz 79.

63 P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 920 ABGB Rz 7.

64 So auch Kietabl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 1168a Rz 16.

65 OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i; Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 878 ABGB Rz 19.

66 OGH 15.11.2006, 9 ObA 193/05f; 24.5.2017, 9 ObA 153/16i.

67 Vgl OGH 14.5.2002, 5 Ob 57/02x.

68 OGH 13.9.1995, 3 Ob 562/95; 25.3.2009, 2 Ob 236/08g; RIS-Justiz RS0025085.

auf den gesamten Vertrag auswirken würden, sofern sich aus dessen Auslegung ergebe, dass auch ein Interesse an einem Teilaustausch bestehe.⁶⁹ Daher bleibt auch in dem Fall, dass der Werkbesteller ein Interesse am nicht von der Warnpflichtverletzung betroffenen Teil des Bauvertrags hat, der entsprechende Teil und somit in diesem Umfang auch der Entgeltanspruch des Werkunternehmers aufrecht.

4. Selbstverbesserung durch den Werkbesteller

4.1. Allgemeines

In einer jüngeren Entscheidung stellte sich für den OGH die Frage, ob ein Entgeltanspruch des Werkunternehmers besteht, wenn der Werkbesteller den infolge der Warnpflichtverletzung misslungenen Teil des Werks eigenständig verbessert und anschließend nutzt.⁷⁰ Ein solches Vorgehen führt dazu, dass dem Werkbesteller nun das bedungene Werk zur Verfügung steht und somit im Grunde dasselbe Ergebnis vorliegt wie bei Verbesserung durch den Werkunternehmer. Diese beiden Fälle seien aber keineswegs gleich zu behandeln, weil bei der Selbstverbesserung der Werkbesteller mit den Kosten belastet werde. Führe die Selbstverbesserung zur Fälligkeit des Entgeltanspruches des Werkunternehmers, wäre dieser ungerechtfertigt vom Risiko des Misslingens des Werks entlastet. Vielmehr könne der Entfall des Werklohns erst im Rahmen des Schadenersatzanspruches des Werkbestellers, bei dem er die Kosten für die Selbstverbesserung geltend macht, berücksichtigt werden.⁷¹

Im Allgemeinen tritt die Fälligkeit des Entgeltanspruches nur ein, wenn der Werkunternehmer alles für den Eintritt des vereinbarten Erfolges Erforderliche getan hat.⁷² Bei der Selbstverbesserung ist dies zweifelsohne nicht der Fall, weil zur vertragsgemäßen Herstellung des Werks eine Verbesserung durch den Werkbesteller notwendig war. Somit ist der Anspruch des Werkunternehmers auf Werklohn im Grunde noch nicht fällig. Bemerkenswert ist, dass der OGH hier entgegen der stRsp⁷³ ebenfalls bereits die Fälligkeit des Anspruches verneint und nicht von dem Bestehen einer Einrede nach § 1052 S 1 ABGB ausgeht. Zudem sind im Rahmen der Ge-

währleistung bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht freilich generell die Grundsätze der voreiligen Selbstverbesserung zu beachten, weshalb dem Werkunternehmer vor der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches wegen Schlechterfüllung die Möglichkeit der Verbesserung einzuräumen ist.⁷⁴

4.2. Teilweise Vereitelung der Ausführung nach § 1168 ABGB

Solange das Werk nicht vertragsgemäß erbracht wurde, hat der Werkbesteller Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung des Bauvertrages. Erbringt der Werkunternehmer das Werk vertragskonform, wird auch sein Anspruch auf Werklohn fällig. Nimmt der Werkbesteller hingegen die erforderlichen Verbesserungsarbeiten voreilig selbst vor, kann der Werkunternehmer faktisch das Werk nicht mehr vertragsgemäß erfüllen. Sofern der Werkunternehmer leistungsbereit war, geht diese Unmöglichkeit der Leistungserbringung von der Sphäre des Werkbestellers aus. Wird die Ausführung eines Werks durch einen Umstand aus der Bestellersphäre vereitelt, kommt insbesondere die Anwendung von § 1168 Abs 1 ABGB in Betracht.

Ein Unterbleiben der Leistung im Sinne des § 1168 Abs 1 ABGB liegt nur dann vor, wenn die Erbringung des Werks endgültig nicht mehr möglich ist. Hat der Werkbesteller eine Verbesserung, zu welcher der Werkunternehmer verpflichtet gewesen wäre, selbst durchgeführt, ist eine solche Unmöglichkeit gegeben.⁷⁵ In diesem Fall behält der Werkunternehmer somit seinen Entgeltanspruch. Davon muss er sich nach § 1168 Abs 1 ABGB lediglich abziehen lassen, was er sich dadurch erspart hat, dass er das Werk nicht selbst verbessern musste oder durch anderweitige Verwendung erworben hat oder versäumt hat zu erwerben.⁷⁶

Nach verbreiteter Ansicht wird der verminderte Entgeltanspruch zu jenem Zeitpunkt fällig, zu dem das Werk bei vertragsgemäßer Ausführung durch den Werkunternehmer und ordnungsgemäßer Mitwirkung des Werkbestellers fertiggestellt worden wäre.⁷⁷ Beim Anspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB handelt es sich jedoch um einen gesetzlichen Anspruch, weshalb die vertragliche Vereinbarung diesbezüglich irrelevant ist.⁷⁸ Vielmehr ist

69 OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g.

70 OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g.

71 OGH 22.11.2022, 1 Ob 164/22g.

72 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1170 ABGB Rz 9.

73 OGH 13.10.1998, 10 Ob 136/98t; 23.2.1999, 1 Ob 58/98f; 23.10.2017, 5 Ob 83/17t; so auch M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1170 ABGB Rz 3; siehe dazu Kapitel 3.1.

74 Siehe dazu Kapitel 4.3.

75 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168 ABGB Rz 47.

76 Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 25.

77 Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 7 Rz 77; Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1168 Rz 36; M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 1168 ABGB Rz 6; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168 Rz 38.

78 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168 ABGB Rz 113.

der Anspruch auf das Teilentgelt fällig, sobald alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 1168 Abs 1 S 1 ABGB vorliegen. Somit tritt die Fälligkeit zu jenem Zeitpunkt ein, zu dem das Werk aus Gründen aus der Sphäre des Werkbestellers unterbleibt, obwohl der Werkunternehmer zu dessen Erbringung bereit wäre.⁷⁹ Konkret also mit Abschluss der (voreiligen) Selbstvornahme der Verbesserung durch den Werkbesteller.

4.3. Gewährleistung nach § 1167 ABGB iVm §§ 922 ff ABGB

Denkbar ist nach Übergabe eines teilweise misslungenen Werks zudem ein Gewährleistungsanspruch des Werkbestellers. Für Gewährleistung hat der Werkunternehmer stets unabhängig von einem allfälligen Verschulden einzustehen.⁸⁰ Aus diesem Grund wird die Ansicht vertreten, dass bei einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers kein Anspruch auf Gewährleistung des Werkbestellers besteht.⁸¹ Das sei sowohl aus dem Wortlaut von § 1168a Satz 3 ABGB als auch aus systematischen Erwägungen abzuleiten.⁸² Vielmehr verlagere § 1168 ABGB bei der Bereitstellung untauglicher Stoffe oder unrichtiger Anweisungen die Gefahr des Misslingens des Werks auf den Werkbesteller. Die Verletzung der Warnpflicht ändere an dieser Verlagerung der Gefahrtragung nichts. Dem Werkbesteller stehe sohin lediglich ein Schadenersatzanspruch zu.⁸³

Nach der hA⁸⁴ hat der Werkbesteller infolge der Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers sehr wohl einen Anspruch auf Gewährleistung. Dies wird damit begründet, dass es sich hierbei um eine Ausnahme von der Verschuldensunabhängigkeit bei der Gewährleistung handle. Das folge aus der Sphärentheorie nach § 1168 ABGB, wonach der Werkbesteller das Entgelt zu entrichten habe, sofern das Unterbleiben des Werks auf ihn zurückzuführen sei. Dies könne man auf die Regelung des § 1168a ABGB insofern übertragen, als der Werkbesteller bei einem Misslingen des Werks aufgrund

der Beistellung untauglicher Stoffe oder unrichtiger Anweisungen ebenfalls das Entgelt zu entrichten habe und daher der Werkunternehmer nicht gewährleistungspflichtig sei.⁸⁵

Im Ergebnis trifft dies uE jedenfalls zu, hinsichtlich der Begründung ist jedoch eine Präzisierung geboten. Ein Verstoß gegen die Warnpflicht erfordert ein Verschulden des Werkunternehmers. Die Warnpflichtverletzung führt in weiterer Folge dazu, dass das Risiko für die Bereitstellung des untauglichen Stoffes oder der unrichtigen Anweisung nicht mehr den Werkbesteller trifft, sondern auf den Werkunternehmer übergeht. Misslingen infolge dieses Verstoßes Teile des Werks, wird der Werkunternehmer gewährleistungspflichtig. Der Anspruch auf Gewährleistung besteht genau genommen aber nicht, weil der Werkunternehmer die Warnpflicht verletzt hat, sondern weil das Werk Mängel aufweist, die in diesem Zusammenhang seiner Sphäre zuzurechnen sind. Aus streng dogmatischer Sicht handelt es sich sohin um keine Ausnahme von der Verschuldensunabhängigkeit der Gewährleistung.⁸⁶

Bei einem – infolge einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers – teilweise misslungenen Werk stehen dem Werkbesteller zunächst die primären Gewährleistungsbehelfe der Verbesserung und des Austauschs zu.⁸⁷ Nimmt der Werkbesteller die Verbesserung selbst vor, ohne dem Werkunternehmer gegenüber zuvor die primären Gewährleistungsbehelfe geltend zu machen, verstößt er gegen die Rangordnung der Gewährleistungsbehelfe.⁸⁸ Könnte der Werkbesteller eine Unmöglichkeit der primären Gewährleistungsbehelfe geltend machen, die er selbst verursacht hat, wäre das Prinzip der zweiten Chance leicht auszuhebeln.⁸⁹ Dementsprechend stehen dem Werkbesteller nach überwiegender Ansicht infolge der Selbstverbesserung keine sekundären Gewährleistungsbehelfe mehr zu.⁹⁰

Dennoch wäre es unverhältnismäßig, wenn der Werkunternehmer das volle Entgelt erhielte, obwohl er das teilweise misslungene Werk gar nicht verbessert hat.⁹¹

79 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168 ABGB Rz 112.

80 P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 922 ABGB Rz 6.

81 So zB Wilhelm in FS Welser 1191; Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 124.

82 Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 124.

83 Karasek, ÖNORM B 2110⁴ Vor 6 Rz 124; Wilhelm in FS Welser 1191.

84 So zB Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 109 f; I. Welser in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.8.1; Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 167; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1168a Rz 57; Kietaihl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 1168a Rz 16.

85 I. Welser in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, HB Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap 7.8.1; Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168a Rz 167.

86 Vgl Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1168a ABGB Rz 111.

87 Vgl P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 922 ABGB Rz 2.

88 Vgl Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 4 f, 44.

89 OGH 3.11.2005, 6 Ob 85/05a; 21.12.2022, 5 Ob 58/22y; RIS-Justiz RS0120246.

90 P. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 932 ABGB Rz 15; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 932 Rz 46; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 44; Hödl in Schwimann/Neumayr, ABGB⁶ § 932 Rz 9.

91 Vgl OGH 16.6.2008, 8 Ob 14/08d; 27.9.2017, 9 Ob 45/17h; RIS-Justiz RS0123968.

Mitunter wird daher die Ansicht vertreten, dass dem Werkbesteller der Anspruch nach § 1042 ABGB zusteht.⁹² Die hA⁹³ spricht sich jedoch für eine Analogie zu § 1168 Abs 1 ABGB und § 1155 ABGB aus. Dem Werkbesteller wird somit anstatt der Gewährleistungsbefehle ein Anspruch auf jene Kosten zugestanden, die der Werkunternehmer hätte aufwenden müssen, wenn der Werkbesteller seine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hätte.⁹⁴ Bei der Beurteilung der Selbstverbesserung gelangt man daher im Rahmen der Gewährleistung (beinahe) zum selben Ergebnis wie bei der teilweisen Vereitelung der Ausführung nach § 1168 ABGB. Dementsprechend kann auch in diesem Fall dem Werkunternehmer nicht mehr die mangelnde Erfüllung des Werks entgegengehalten werden und dessen verminderter Anspruch auf Entgelt wird sofort fällig.

4.4. Unmöglichkeit der Verbesserung

Selbstverständlich kann es auch vorkommen, dass eine vertragsgemäße Herstellung des teilweise misslungenen Werks faktisch gar nicht mehr möglich ist. In diesem Fall kann weder der Werkunternehmer noch der Werkbesteller eine Verbesserung vornehmen. Eine teilweise Vereitelung der Ausführung hinsichtlich der Verbesserung des Werks nach § 1168 Abs 1 ABGB kommt dann nicht in Frage, weil der Werkunternehmer das Werk ohnehin nicht mehr verbessern hätte können. Aus denselben Gründen ist es auch nicht möglich, dass es aufgrund der Selbstverbesserung durch den Werkbesteller im Rahmen der Gewährleistung zu einer analogen Anwendung von § 1168 Abs 1 ABGB und § 1155 ABGB

kommt. Vielmehr hätte der Werkbesteller nach § 932 Abs 4 ABGB von vornherein auf die sekundären Gewährleistungsbefehle zurückgreifen können: „Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich (...) so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, auf Auflösung des Vertrags“.⁹⁵ Alternativ können in diesem Fall wiederum die Rechtsfolgen hinsichtlich der Brauchbarkeit der Teilleistung herangezogen werden.⁹⁶ Im Ergebnis ergibt sich bei faktischer Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Herstellung die Problematik einer Selbstverbesserung nicht.

4.5. Verweigerung der Verbesserung

Anders als soeben dargestellt wäre eine Selbstverbesserung des Werkbestellers zu behandeln, wenn dieser den Werkunternehmer zuvor zur Verbesserung aufgefordert hat. Weigert sich der Werkunternehmer daraufhin – aus welchen Gründen auch immer – das Werk zu verbessern, nimmt der Werkbesteller die Selbstverbesserung nicht voreilig vor. Daher steht dem Werkunternehmer in diesem Fall mangels der Voreiligkeit der Selbstverbesserung weder ein Anspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB noch ein Anspruch im Rahmen der Gewährleistung in Analogie zu § 1168 Abs 1 ABGB und § 1155 ABGB zu. Vielmehr kann der Werkbesteller nun auf die sekundären Gewährleistungsbefehle zurückgreifen. Dementsprechend wird das Entgelt des Werkunternehmers anteilig gemindert oder entfällt bei einer Wandlung zur Gänze. Zudem ist vor Übergabe des Werks unter Umständen ein Rücktritt vom Bauvertrag durch den Werkbesteller möglich.

Ergebnisse

Sowohl die Warnung nach § 1168a S 3 ABGB als auch im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 kann nunmehr formfrei erfolgen. Empfehlenswert ist aber jedenfalls die schriftliche Vornahme der Warnung. Die Warnpflicht kann durch die Eintragung in

das Baubuch oder in Bautagesberichte nur erfüllt werden, wenn sämtliche allgemeinen Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Warnung im konkreten Fall vorliegen.

Grundsätzlich entfällt der Entgeltanspruch des Werkunternehmers, wenn das Werk infol-

92 So zB *Holzinger*, Ansprüche im Falle voreiliger Selbstvornahme der Verbesserung durch den Übernehmer, RdW 2008, 636; *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137.

93 *P. Bydlinski* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 932 ABGB Rz 15; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 932 Rz 10; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 44 f; *Hödl* in *Schi-*

mann/Neumayr, ABGB⁶ § 932 Rz 9; OGH 16.6.2008, 8 Ob 14/08d.

94 OGH 16.6.2008, 8 Ob 14/08d; 15.9.2020, 6 Ob 81/20k; RIS-Justiz RS0123969; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 932 Rz 10; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 44 f.

95 § 932 Abs 4 S 1 ABGB.

96 Siehe dazu Kapitel 3.3.

ge einer Verletzung seiner Prüf- und Warnpflicht misslingt. Der Anspruch auf Werklohn entfällt aber nicht immer zur Gänze. Sofern die Möglichkeit besteht, das Werk zu verbessern, kann der Werkbesteller entweder die Erfüllung des Bauvertrags oder nach der Übergabe Verbesserung im Rahmen der Gewährleistung fordern. Verbessert der Werkunternehmer das Werk, steht ihm auch sein Entgeltanspruch zu. Gleiches gilt, wenn er den Werkbesteller durch die Leistung von Schadenersatz wegen Schlechterfüllung schadlos hält.

Wird dem Werkbesteller der Nachteil, der aus dem teilweisen Misslingen des Werks resultiert, nicht ausgeglichen, steht dem Werkunternehmer unter Umständen dennoch ein Teil seines Werklohns zu. Hat der Werkbesteller am nicht infolge der Warnpflichtverletzung misslungenen Teil des Werks allein kein Interesse, kann er vom gesamten Bauvertrag zurücktreten. Andernfalls bleibt der Bauvertrag hinsichtlich des vertragsgemäß ausgeführten Teils aufrecht und dem Werkunternehmer steht der Werklohn anteilig zu.

Verbessert der Werkbesteller das Werk selbst, ohne dem Werkunternehmer zuvor die Möglichkeit der Verbesserung einzuräumen, kommt ein Entgeltanspruch des Werkunternehmers nach § 1168 Abs 1 ABGB in Frage. Ist der Werkunternehmer zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Werks bereit und ist dies aufgrund der Selbstverbesserung des Werkbestellers jedoch nicht mehr möglich, steht ihm das vereinbarte Entgelt abzüglich Erspartem, zu erwerben Versäumtem und anderweitig Erworbenem zu.

Zudem nimmt der Werkbesteller dem Werkunternehmer durch die Selbstverbesserung die Möglichkeit, das Werk im Rahmen der primären Gewährleistungsbehelfe zu verbessern. Daher wird dem Werkbesteller der Umstieg auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe versagt. Im Gegenzug kann der Werkunternehmer in Analogie zu § 1168 Abs 1 ABGB und § 1155 ABGB lediglich einen eingeschränkten Entgeltanspruch geltend machen. Er muss sich von seinem Werklohn abziehen lassen, was er sich infolge der Selbstverbesserung des Werkbestellers erspart, zu erwerben versäumt oder anderweitig erworben hat.

Ist eine Verbesserung des Werks weder durch den Werkbesteller noch durch den Werkunternehmer faktisch möglich oder verweigert der Werkunternehmer die Verbesserung, gilt freilich anderes. Im ersten Fall kann der Werkbesteller auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe bzw auf die Regelung hinsichtlich der Brauchbarkeit der Teilleistung zurückgreifen. Im zweiten Fall kann der Werkbesteller ebenfalls die sekundären Gewährleistungsbehelfe heranziehen. Zudem kann er vor Übergabe des Werks unter Umständen vom Bauvertrag zurücktreten.

Korrespondenz:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Alexander Schopper, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck,
alexander.schopper@uibk.ac.at;
Mag. Felix Jöchel, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck,
felix.joehl@uibk.ac.at