

PRAKTISCHES

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(rechts)lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

Geleitet von Hermann Wenusch

WISSENSWERTES UND AKTUELLES

Wenn der Bauzeitplan „über den Haufen geworfen“ wird

Es gibt wohl kaum eine Baustelle, bei der alles so verläuft, wie es sich die Beteiligten vorab vorgestellt haben. Dieser Umstand ist wohl ein Grund dafür, dass für Bauwerke Pauschalpreisverträge eher die Ausnahme bilden: Es gibt eben eine gewisse Unsicherheit zumindest über das Ausmaß dessen, was der Bauunternehmer leisten wird müssen. Und sehr häufig stellt sich dann die Frage, ob später tatsächlich eintretende Änderungen dazu führen, dass eigentlich ein gänzlich anderes Werk und damit ein anderer Vertrag vorliegt. Und wenn von einem neuen Vertrag ausgegangen werden muss, dann stellt sich die Frage, ob die ursprünglichen Nebenabreden – hier: die Pönalabrede – noch Geltung haben.

Der OGH hat sich in der Entscheidung 1 Ob 58/98f intensiv mit der Problematik von Änderungen des Bauablaufs auseinandergesetzt:

Sachverhalt

Ein Bauherr (WB) schloss mit einem Bauunternehmen (WU) am 27.9.1989 einen Vertrag zur Errichtung eines Hauses. Der WB hat dazu ein Leistungsverzeichnis (LV) verfasst, dessen relevante Punkte lauten:

„1. GRUNDLAGEN DES LEISTUNGSVERZEICHNISSES

Soweit in den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes festgelegt wird, gelten für die Ausschreibung und Vergabe:

1.1. Sämtliche, die entsprechenden Leistungen betreffenden, allgemeinen und technischen ÖNORMEN (in Ermangelung solcher die entsprechenden DIN-Normen) in der zum Zeitpunkt der Anbotlegung jeweils geltenden Fassung.

[...]

5. FRISTEN UND TERMINE

5.1. Mit den Bauarbeiten soll im Herbst 1989 begonnen werden, die schlüsselfertige Übergabe soll im April 1990 erfolgen.

5.2. Ein verbindlicher Termin wird vor Auftragserstellung einvernehmlich zwischen Auftraggeber und Ersterher vereinbart werden, jedoch ist seitens der Bieter ein Grobterminplan (Balkenplan) beizufügen.

[...]

7. ZAHLUNGSBEDINGUNGEN

[...]

7. 4. Bei Nichteinhaltung der einvernehmlich festgelegten Ausführungstermine werden die Fristen – auch Teiltermine – in Ergänzung zur ÖNORM A 2060 Abschnitt 2.17. mit 0,5 % [...] der Auftragssumme je Kalendertag unter Pönale gestellt.“

Vor Arbeitsbeginn am 13.2.1990 bestätigte der WB eine einvernehmliche Abänderung des LV – festgehalten wurde, dass die einzelnen Gewerke in bestimmten Kalenderwochen fertigzustellen sind, wobei *„Verschiebungen innerhalb der Wochen [...] zulässig [sind], wenn der Fertigstellungstermin KW 24 dabei nicht verändert wird. Bei Nichteinhaltung tritt Punkt 7.4. des LV in Kraft.“*

Der WU akzeptierte den Bauzeitplan, der am 17.5.1990 wegen eines Arbeitsunfalls so geändert wurde, dass das Haus spätestens am 22.6.1990, fertigzustellen war (2. Bauzeitplan).

In der Folge wurden der Leistungsumfang und das „Leistungsbild“ gegenüber dem LV vom WB mehrfach abgeändert: Im LV war für den Wohnzimmerbereich ein diagonal verlegter Lärchenriemenboden vorgesehen. Der WB wünschte jedoch dann wegen der von ihm angenommenen besseren Wärmeleitung einen geklebt verlegten Fußboden und diesen überdies in einer anderen Holzart. Entsprechend dem 2. Bauzeitplan hätte der Fußboden in der KW 23 (ab 4.6.1990) verlegt werden sollen.

Bei einer Besprechung mit dem Bauleiter des WU am 17.5.1990 hielt der WB fest, über den im Erdgeschoß zu verlegenden Holzfußboden sei noch keine Entscheidung getroffen worden, auch die Ausführung der Stufen der Holzterrasse sei noch zu fixieren.

Mit Fax vom 30.5.1990 teilte der Bauleiter dem WB mit, dass bestimmte Holzfußböden nur in einer bestimmten Abmessung verfügbar seien und dass die Lieferzeit dafür mindestens sechs Wochen betrage. Außerdem werde um endgültige Angaben zur Holzterrasse ersucht, deren Anfertigungszeit derzeit sechs Wochen betrage; außerdem wird auf den Terminplan, „dzt. Woche 22“, verwiesen.

Nach einem Gespräch am 6.6.1990 (KW 23) bestätigte der Bauleiter mit Schreiben vom 8.6.1990 die Materialentscheidungen des WB zu den Fußböden und der Stiege unter Anführung der technischen Ausführungsdetails. Der letzte Satz lautet: *„Ich möchte hiermit nochmals festhalten, dass auf Grund der nun anfallenden Lieferzeiten der erstellte Terminplan nicht mehr Gültigkeit hat.“*

Der Fenstereinbau war nach dem 2. Bauzeitplan für die KW 22 vorgesehen. Auch dabei wurde vom LV abgegangen: Ursprünglich sollten die Fenster *„einmal farblos imprägniert“* sein, doch war der WB sich dann über die Oberflächenbehandlung der Fenster nicht im Klaren. Erst am 17.5.1990 gab er seine Zustimmung, die Fenster mit Tauchlasur und Dickschichtlasur versehen zu lassen. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte der Hersteller der Fenster mit den Streifarbeiten beginnen; danach konnten die Fenster eingesetzt werden. Vor dem Einsetzen der Fenster war das Anbringen der Gipskar-

tonplatten im Inneren des Hauses nicht möglich (was aber im Bauzeitplan vorgesehen war).

Zusätzlich zum LV wünschte der WB auch den Einbau von Fensterinnen- und -außenbänken; dieser Wunsch wurde ausgeführt. Auch für die Elektroinstallationen hatte der WB Sonderwünsche, die er direkt beim Elektrikerunternehmen bestellte und bezahlte. Mit diesen Zusatzarbeiten war ein zusätzlicher Zeitaufwand von jedenfalls 17 Stunden verbunden.

Im Besprechungsprotokoll vom 19.6.1990 hielt der Bauleiter fest:

„7. Verzögerung/Gipskartonplatten wurde hervorgerufen durch die Verzögerung bei der Entscheidung hinsichtlich der Fensterbehandlung!

8. Liefertermin für die Holzstiegen = 29. Woche (Lt. Protokoll 8. 6. 90)

9. Liefertermin Fußböden EG und Verfliesung: Es fehlt bei uns noch immer die Bestätigung hinsichtlich des Protokolls vom 8. 6. 1990 hinsichtlich der Richtigkeit der Fliesenauflage und des Bodenverlegeplans.

Genauer Terminplan kann ab Eingang der schriftlichen Bestätigung erstellt werden.

Laut Pkt. 8 und Pkt. 9 und in Wiederholung zum Schreiben vom 8. 6. 1990 muss hier noch einmal festgehalten werden, dass der ursprüngliche Terminplan keine Gültigkeit mehr hat. Wir werden uns aber bemühen, die Arbeiten ehestmöglich nach Eingang der Auftragsbestätigung durchzuführen.“

Der WU reagierte auf ein Fax des WB vom 21.6.1990 mit folgendem Fax vom selben Tag: *„2. Terminplanung: Da Ihr Vorhaben auf Erzielung eines Pönales nun klar ersichtlich ist, halten wir hiermit folgendes fest: durch Verschiebungen bei der Estrichverlegung (hervorgerufen durch die Unterkonstruktion und durch einen Unfall der erstbeauftragten Firma = höhere Gewalt) entstanden zwei Wochen Verzögerung. Weitere zwei Wochen entstanden durch die immer wieder verschobene Entscheidung der Fensterbeschichtung [...] – die Fenster waren bereits ein Lagerungsproblem beim Tischler (Beweis Firma [...]). Ausgehend von den Fenstern konnten weder die Außenverkleidungen noch die Gipskartonplatten fertig gestellt werden. Hiermit = mind. 4 Wochen Verzögerung, daher 29. Woche.*

3. Die Entscheidungen hinsichtlich [...] Verfliesungsarbeiten, Holzböden im EG, Holzstiegen sind trotz oftmaliger Aufforderung so spät gefallen, dass eine Fertigstellung vor der Pönalefrist nicht möglich ist und wir daher nicht mehr in der Lage sind (wegen der geforderten Pönalevorschrift), diese Arbeiten zu übernehmen. Die oben angeführten Arbeiten scheiden hiermit aus unserem Leistungsumfang infolge Undurchführbarkeit aus.“

Der WB antwortete am 25.6.1990: *„ad 2.) Die Erzielung eines Pönales kann nie unser Ziel sein. Vielmehr*

ist uns an der rechtzeitigen Fertigstellung des bei Ihnen bestellten Hauses gelegen. Wir fordern Sie auf, die von Ihnen übernommenen Arbeiten unverzüglich fortzusetzen und ordnungsgemäß zu beenden.“

In einem Schreiben vom 6.8.1990 hielt der WB Besprechungen vom 31.7 und 3.8.1990 sowie den Ist-Zustand vom 5.8.1990 fest. Als Schlussabsatz dieses dreiseitigen Schreibens findet sich folgender Satz: *„Da Ihnen unsere Einzugstermine bekannt sind – 13. 8. [...] – ersuchen wir Sie umgehend dafür zu sorgen, dass die fehlenden Arbeiten ausreichend vor diesen Terminen fertig gestellt werden.“*

Der WB zog am 13.8.1990 in das noch unfertige Haus ein – durch die Verspätung ist ihm kein Schaden entstanden. Die Fertigstellung des Hauses erfolgte Ende September 1990. Am 12.10.1990 wurde eine Übergabeprotokoll aufgenommen.

Mit Schreiben vom 25.10.1990 bat der WB entsprechend der Ö-Norm B2110 um eine ordnungsgemäße Schlussrechnung unter Berücksichtigung der Mehrausstattungen entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen. Er wies darauf hin, dass die angeführte Skontofrist nicht vertragsgemäß sei, und ersuchte, festgehaltene Mängel bis Ende der KW 46 zu beseitigen.

Auf ein Fax des WU vom 30.10.1990 reagierte der WB in seinem Schreiben vom 31.10.1990 mit dem Hinweis, vor Erstellung einer Endabrechnung könne keine Bezahlung erfolgen. Zur Kenntnis genommen werde, dass der Bauunternehmer die Mängelbehebung erst Ende November 1990 vornehmen wolle.

Der WU legte am 8.11.1990 Schlussrechnung über 2,167.855,80 S inkl USt mit dem Beisatz: *„8 Tage 4 % Skonto 30 Tage netto. Wir bitten Sie, die geleisteten a conto Zahlungen in Abzug zu bringen“.*

Der WB bemängelte mit Schreiben vom 16.11.1990 die beiden Punkte „Fenster- und Fensterrahmen“ und „Fußböden und Unterkonstruktion im Erdgeschoß“, akzeptierte einen Werklohn von 2,110.947,60 S inkl USt, zog jedoch davon 4 % Skonto, seine Akontozahlungen von 1,169.360 S und seine erstmals in diesem Schreiben geltend gemachte „Schadenersatzforderung aufgrund der Pönalevereinbarung“ von 1,182.130,60 S (für eine Zeitverzögerung von 112 Kalendertagen (vereinbarte Schlüsselübergabe 22.6., tatsächliche Übergabe 12.10.1990) zu je 0,5 % pro Tag) sowie eine weitere (nicht Gegenstand der Entscheidung bildende) Gegenforderung von 8.550 ab.

Angesichts dieser Gegenforderung von 1,190.680,60 S leistete der WB zunächst keine weiteren Zahlungen. Den bei Übergabe des Hauses mangelhaften Parkettboden verlegte der WU mit Zustimmung des WB am 8.7.1993 neu; der geklebte Parkett wurde durch einen schwimmend verlegten Fußboden ersetzt. Bei dieser Variante ist die Gefahr der Rissbildung infolge der

Wärmeentwicklung durch die Fußbodenheizung geringer. Die Sanierung des Fußbodens erforderte einen Aufwand von zumindest 100.000 S. Der WB zahlte dem WU aufgrund des erstgerichtlichen Teilanerkennnisurteils vom 20.12.1994 am 28.12.1994 200.000 S und den am 9.11.1995 fälligen Hafrücklass von 108.392,80 S am 18.11.1995.

Klage und deren Beantwortung

Der WU als Kläger begehrte vom WB 655.000 als Restwerklohn samt 12 % Zinsen seit 9.11.1990 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 vom 9.11.1990 bis 28.12.1994. Er brachte im Wesentlichen vor, der beklagte WB sei bei der Wahl des Fußbodens sowie bei der Entscheidung über die Holzterrasse und über die Fensteroberfläche in Verzug gewesen. Er habe Zusatzwünsche nach fertig beschichteten Fenstern, Fensterinnen- und -außenbänken sowie zusätzlichen Elektroinstallationen geäußert. Der Bauzeitplan sei schlüssig aufgehoben worden, zumal im Fax vom 21.6.1990 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass wegen dieser Verspätung der Bauzeitplan nicht einzuhalten sei.

Der beklagte WB wendete im Wesentlichen ein, Aufgabe des WU wäre es gewesen, rechtzeitig alle notwendigen Entscheidungen einzufordern. Der Restwerklohn sei bei der verspäteten Übergabe des Werks an den WB am 12.10.1990 wegen Mängeln am Fußboden noch nicht fällig gewesen. Zur Aufrechnung eingewendet würden gegen die reduzierte Rechnungssumme von 2.110.947,60 S Gegenforderungen von 1,182.130,50 S (sowie näher spezifizierte 8.550 S).

Die Urteile

Das Urteil im erstinstanzlichen Verfahren

Das Erstgericht sprach mit Teilurteil vom 6.3.1997 aus, dass die Klageforderung mit 646.450 S zu Recht und die Gegenforderung mit 646.450 S nicht zu Recht bestünden, verhielt den WB zur Zahlung von 646.450 S samt 12 % Zinsen seit 8.7.1993 sowie von weiteren 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8.7.1993 bis 28.12.1994 und wies das Zinsenmehrbegehren ab. Offen blieb nur die Entscheidung über die restliche Klageforderung von 8.550 S und die Gegenforderung des WB in gleicher Höhe.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, aufgrund des Abgehens des WB vom LV in einzelnen Punkten, der wiederholten schriftlichen Hinweise des WU, sich an die Terminvereinbarung nicht mehr gebunden zu erachten, sowie aufgrund der Tatsache, dass der WB nicht bereits beim ersten Vorliegen einer Rechnung des WU auf die Vertragsstrafe Bezug

genommen habe, kein Zweifel daran bestünde, dass die Streitteile (schlüssig) vom Bauzeitplan abgegangen seien. Mit dessen Wegfall falle auch die Pönalevereinbarung weg, weil es keinen zeitlichen Maßstab mehr gebe, an dem die Vertragsstrafe gemessen werden könnte. Das Zinsenmehrbegehren sei abzuweisen, weil die Mängel am Fußboden erst am 8.7.1993 behoben worden seien. Da die Sanierung einen Aufwand von mindestens 100.000 S erfordert habe, sei die Zurückbehaltung des gesamten Restwerklohns bis zu diesem Zeitpunkt nicht schikanös gewesen.

Das Berufungsurteil

Das Gericht zweiter Instanz änderte das Ersturteil am 15.12.1997 dahin ab, dass die eingeklagte Forderung mit 598.875,60 S samt 12 % Zinsen seit 8.7.1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8.7.1993 bis 28.12.1994 zu Recht und die Gegenforderung mit 50.000 S zu Recht bestünden, verhielt demnach den WB zur Zahlung von 548.875,60 S samt 12 % Zinsen seit 8.7.1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8.7.1993 bis 28.12.1994 und wies das Mehrbegehren ab. Die Entscheidung über 8.550 S behielt das Berufungsgericht der Endentscheidung vor und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Rechtlich vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, dass der WU eine Verspätung der Akontozahlungen des WB nicht behauptet habe und erst die folgenden Zahlungen verspätet erfolgt seien, daher sei der vereinbarte Skonto für die fristgerechten Akontozahlungen in der Höhe von 47.574,40 S von der Werklohnforderung in Abzug zu bringen. Die Gegenforderung des WB bestehe mit 50.000 S zu Recht, denn sein Verhalten lasse auf keinen schlüssigen Verzicht auf die Einhaltung des Bauzeitplans und dessen Pönalisierung schließen, habe er doch immer auf eine möglichst rasche Fertigstellung des Hauses gedrängt. Dem WU sei der Beweis misslungen, an der verspäteten Fertigstellung des Werks, rund drei Monate nach dem vereinbarten Fertigstellungstermin, schuldlos zu sein. Dem WB sei daraus kein konkreter Schaden erwachsen, weshalb eine Minderung der Vertragsstrafe auf 50.000 S billig erscheine.

Der WU wendet sich mit Revision gegen den Abzug des Skontos von 47.574,40 S von der Werklohnforderung und gegen die Berücksichtigung einer Vertragsstrafe von 50.000 S als Gegenforderung.

Die Entscheidung des OGH 1 Ob 58/98f vom 23.02.1999

[...] b) Unter einem „Skonto“ wird ein Barzahlungsrabatt, ein prozentueller Preisnachlass für den Fall der unverzüglichen Regulierung einer Lieferantenverbind-

lichkeit verstanden, der auf den Fakturenbetrag bei Barzahlung binnen einer bestimmten Frist gewährt wird. Den Verkäufern bzw Werkunternehmern gereicht die Gewährung eines Skontos insofern zum Vorteil, als die Kauf- bzw Werkverträge schneller und ohne Mahnungen und Betreibungen abgewickelt werden. Ausgehend von diesem der Skontogewährung zugrundeliegenden Zweck ist im Zweifel von der Annahme auszugehen, dass der Skonto vom Verkäufer bzw Werkunternehmer nur dann gewährt werden soll – was vom Käufer bzw Besteller redlicherweise auch nur so aufgefasst werden kann –, wenn der gesamte Kaufpreis bzw Werklohn innerhalb der festgelegten Frist bezahlt wird, das Geschäft also tatsächlich in der vorgesehenen, für die Skontogewährung maßgeblich gewesenen Frist zur Gänze abgewickelt wurde, und der Unternehmer nicht genötigt ist, zur Hereinbringung der ihm vereinbarungsgemäß zustehenden (gesamten) Leistung noch weitere Maßnahmen – in Form von Mahnungen oder gar der Einleitung gerichtlicher Schritte – zu veranlassen.

Nach der Meinung von *Rebhan* (JBl 1990, 248) ist in der Entscheidung OGH 31.10.1989, 5 Ob 630/89, SZ 62/169 die Frage offengeblieben, ob bei Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts des Werkbestellers gemäß § 1052 ABGB wegen seines Gewährleistungsanspruchs auf Verbesserung des mangelhaften Werks der Skonto auch dann gebühre, wenn der Werkbesteller den restlichen Werklohn erst nach Verbesserung und damit erst (sehr) lange nach Ablauf der vereinbarten Skontofrist bezahlt. Diese Entscheidung brachte aber immerhin zum Ausdruck, sei dem WB ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zugestanden, so wäre er verhalten gewesen, den gesamten Werklohn binnen der vorgesehenen Frist nach Rechnungslegung zu bezahlen, um den vereinbarten Skonto erlangen zu können. Wenigstens insoweit wird eine Verbindung von Leistungsverweigerungsrecht und Skonto hergestellt. Grundsätzlich tritt die Fälligkeit des Werklohns erst nach Verbesserung des mangelhaften Werks ein; vorher kann daher keine Zahlungspflicht bestehen. Fehlt – wie hier und zumeist – eine vertragliche Regelung, so ist bei sachgerechter Vertragsauslegung die für den Skonto maßgebliche Zahlungsfrist regelmäßig nicht von der Fälligkeit des Werklohns abzukoppeln. Sonst wäre der Käufer bzw Werkbesteller geradezu vor die Wahl gestellt, entweder den Skonto fahren zu lassen, obschon er den Werklohn – bezogen auf dessen erst nach Verbesserung eingetretener Fälligkeit – fristgerecht bezahlt hat, oder auf den mit der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts verbundenen Druck auf den Verkäufer bzw Werkunternehmer zur ehestmöglichen Mängelbeseitigung zu verzichten, nur um nicht des zugesicherten Skontos verlustig zu gehen. Stellt man in Rechnung,

dass Bauleistungen häufig genug einer Prüfung auf deren Mängelfreiheit „im ersten Anlauf“ nicht standhalten, so würde damit die Rechtsposition des Werkbestellers gerade bei mangelhafter und damit vertragswidriger Erfüllung von Bauwerkverträgen durch den Unternehmer in vielen Fällen deutlich verschlechtert, was diesen im Übrigen nur allzu leicht dazu veranlassen könnte, seine Leistung mit erheblichen, indes leicht zu behebbenden Mängeln zu erbringen, um den Besteller zur Ausübung dessen Leistungsverweigerungsrechts zu bestimmen; denn dann müsste er den Skonto – wollte man diesen von der fälligkeitsbezogenen Werklohnentrichtung abkoppeln – nicht (mehr) gewähren.

Sind somit konkrete Vereinbarungen darüber, welches Schicksal dem Skonto bestimmt ist, wenn der Werkbesteller wegen mangelhaft erbrachter Werkleistungen von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, nicht getroffen und ist auch eine in dieser Hinsicht bestimmende Verkehrssitte nicht feststellbar, so wird die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens bei Bedachtnahme auf die werkvertragliche Risikoaufteilung regelmäßig zum Ergebnis haben, dass der Werkbesteller zum Abzug des Skontos berechtigt bleibt, sofern er bei mangelhafter, jedoch der Verbesserung zugänglicher Werkleistung von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht, aber nach ordnungsgemäßer Mängelbeseitigung den nun erst fällig gewordenen (Rest-)Werklohn fristgerecht begleicht. Die Zahlung des Restwerklohns erst nach Verbesserung durch den WU stünde somit der Berechtigung des WB zum Skontoabzug nicht entgegen.

Wohl aber besteht ein anderes Hindernis: Ist nämlich in einem Werkvertrag das Recht des Bestellers vereinbart, vom Betrag jeder einzelnen Teilrechnung einen Skonto von 3 % abzuziehen, sofern die Rechnung binnen bestimmter Frist beglichen wird, so kann eine solche Abmachung wohl nur so verstanden werden, dass der Besteller bei fristgerechter Bezahlung einer Teilrechnung des dafür gewährten Skontos nicht wieder verlustig geht, auch wenn die dafür bestimmte Zahlungsfrist bei einer späteren Teilrechnung bzw der Schlußrechnung nicht eingehalten wird. Unbestrittenermaßen haben die Parteien zwar die Berechtigung des WB zum Skontoabzug vereinbart, dass aber diesem das Recht auch für bloß einzelne, fristgerecht geleistete Teilzahlungen bei nicht fristgerechter Leistung der übrigen Zahlungen zustehen sollte, wurde weder festgestellt noch vom WB auch nur vorgebracht: Die Partei, die sich auf das Abzugsrecht beruft, trifft aber die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für den Skontoabzug trotz Unterbleibens fristgerechter Vollzahlung.

Wohl hat die zweite Instanz zurecht ausgeführt, der WU habe nicht behauptet, dass die Akontozahlungen

des WB von 1.189.360 nicht prompt erfolgt seien, das ist indes hier unerheblich, weil sie eine entsprechende Behauptungs- und Beweispflicht nicht traf. Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dem WB stehe der Skonto für die von ihm pünktlich erbrachten Akontozahlungen zu, kann daher nicht beigetreten werden. Denn seine Zahlungen erfolgten jedenfalls erst nach Verbesserung des Werks durch das WU am 7.7.1993 am 28.12.1994, somit lange nach Ablauf der achttägigen Zahlungsfrist.

Zur Frage, ob ein Skontoabzug nur bei Tilgung der Werklohnforderung durch Barzahlung berechtigt ist oder aber auch durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung erfolgen kann, ließe sich argumentieren, dass dies dann zulässig sei, wenn die Gegenforderung des Bestellers fällig, liquid und unbestritten ist. Einwenden ließe sich dagegen, dass dann eben keine – wenn auch nur vorübergehende – Liquidität verschafft werde und es außerdem kaum in dessen Sinn liege, auf einen Teil seiner Forderung zu verzichten, obwohl er idR selbst mit dieser in voller Höhe gegen die Forderung hätte aufrechnen können.

Nach Auffassung des erkennenden Senats richtet sich die Frage nach der Berechtigung zum Skontoabzug bei Tilgung der Werklohnforderung durch rechtzeitig erklärte Aufrechnung des Werkbestellers zuerst nach dem Inhalt der Skontovereinbarung: Ist danach der Skontoabzug von einer Barzahlung durch den Werkbesteller abhängig gemacht, so bleibt für eine solche Berechtigung kein Raum. Ist aber der Skontoabzug bloß für den Fall fristgerechter „Zahlung“, also ohne Einschränkung auf Barzahlung bedungen worden, muss, um dem Wesen eines Skontos gerecht zu werden, die aufzurechnende Gegenforderung jedenfalls unbestritten sein.

Davon kann hier indes keine Rede sein, sodass der Auffassung des WB in seiner Revisionsbeantwortung, er habe dem Restwerklohn zu Recht die vereinbarte Konventionalstrafe *compensando* entgegen gehalten, nicht beigetreten werden kann. Die Frage, ob ein „Recht auf Skonto“ wenigstens dann bestehe, wenn der ausstehende Teil ganz unbedeutend ist, muss hier – da der Sachverhalt anders gelagert ist – nicht gelöst werden.

c) Gemäß § 1336 Abs 1 erster Satz ABGB können die vertragsschließenden Teile eine besondere Übereinkunft treffen, dass auf den Fall des zu spät erfüllten Versprechens anstatt des zu vergütenden Nachteils ein bestimmter Geldbetrag entrichtet werden solle. Die Vertragsstrafe ist eine Vorauspauschalierung künftiger möglichen Schadens und dient dazu, die meist schwierigen Schadensfeststellungen zu vermeiden und vertragsbestärkend zu wirken. Sie ist von der Höhe des wirklich eingetretenen Schadens unabhängig, gebührt also an sich auch dann, wenn – wie hier – kein Schaden eingetreten ist. Ist die Erfüllung durch Zufall unmög-

lich geworden (§§ 911, 1311 und 1447 ABGB), so verfällt die Vertragsstrafe nicht; regelmäßig ist die Pflicht zu ihrer Entrichtung eine abhängige Verbindlichkeit, die erlischt, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung wegfällt. Umso weniger verfällt der Vergütungsbetrag, wenn der Versprechende wegen einer Leistungsstörung durch den anderen Vertragspartner nicht erfüllen kann.

Im vorliegenden Fall gilt es die Frage zu beantworten, welches Schicksal der für den Fall der Nichteinhaltung des Terminplans durch den Werkunternehmer versprochenen Vertragsstrafe beschieden ist, wenn der Zeitplan infolge Änderung des Leistungsprogramms oder gar wegen Behinderung des Werkunternehmers zufolge Missachtung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller von Ersterem nicht eingehalten werden kann:

Zu dieser Frage hat der deutsche Bundesgerichtshof bei vergleichbarer Rechtslage mit Billigung durch die Lehre ausgesprochen, dass eine entsprechende Fristverlängerung unter Aufrechterhaltung der Abrede nur dann in Betracht kommt, wenn die Abweichungen vom Zeitplan infolge Behinderungen des Werkunternehmers durch den Besteller nicht sonderlich ins Gewicht fallen. Führten die vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstände indes dazu, dass ein ganzer Zeitplan „umgeworfen und der Unternehmer zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen“ werde, so könne nicht angenommen werden, dass die Beteiligten auch eine solche Lage bei Vereinbarung der Vertragsstrafe erfassen wollten; jedenfalls würde das nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen. Solche grundlegende Änderungen zögen somit weitere Folgen nach sich, die in das ursprüngliche Vertragsbild nicht mehr einzuordnen seien und deshalb eine neue Fristberechnung unmöglich, zumindest aber unsicher machten. Durch eine solche grundlegende Umgestaltung der Verhältnisse sei der Strafabrede der Boden entzogen, sodass sie hinfällig werde.

Diese Erwägungen können auch für den österreichischen Rechtsbereich fruchtbar gemacht werden, zumal der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 8 Ob 336, 337/67 aussprach, die für die verspätete Erfüllung zugesagte Vertragsstrafe müsse, sei für jeden Tag der Terminüberschreitung ein erheblicher Betrag zu zahlen, im Falle der eine erhebliche Verzögerung auslösenden mangelhaften Erfüllung bei Auslegung des Vertrags nach der redlichen Verkehrsübung nicht entrichtet werden, gehe der Verzug auch auf eine unzulängliche Mitwirkung des Versprechensempfängers zurück. Dabei sind neben den Behinderungen infolge Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller auch die Leistungsänderungen, die sich oft genug gerade im Zuge von Bauführungen als notwendig und zweckmäßig erweisen, in die Erwägungen miteinzubeziehen.

Unter Bedachtnahme auf die werkvertragliche Risikoaufteilung sind bei pönalisiertem Verzug mangels abweichender Vereinbarung je nach dem zeitlichen Ausmaß der Verzögerung nachstehende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

Überschaubare kurzfristige Verzögerungen, die der Sphäre des Werkbestellers zuzurechnen sind, gleichviel ob sie von ihm angeordneten Leistungsänderungen oder der zögerlichen Erfüllung von dessen Mitwirkungspflichten entspringen, verlängern die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend; die Vertragsstrafe sichert dann die Einhaltung der so modifizierten (verlängerten) Ausführungsfristen.

Überschreiten indes die aus der Sphäre des Werkbestellers herrührenden Verzögerungen das in erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Werkunternehmers abzulesende zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einzustellen hat, wird also der Zeitplan „über den Haufen geworfen“, dann gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Strafabrede geht ins Leere, selbst wenn der Unternehmer zur Leistung in angemessener Frist verhalten bleibt und insofern auch in Verzug geraten kann.

In den Vertrag zwischen den Streitparteien waren alle einschlägigen Ö-Normen in der zum Zeitpunkt der Anbotslegung geltenden Fassung einbezogen. Nach Punkt 2.10.5.1 der danach maßgeblichen Ö-Norm A 2060 mit Ausgabedatum 1.1.1983 (inhaltlich übereinstimmend mit Punkt 2.23.1 der Ö-Norm B 2110 mit Ausgabedatum 1.3.1995) war der Besteller berechtigt, Art, Umfang oder Mengen vereinbarter Leistungen zu ändern bzw. zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig waren, sofern solche Änderungen bzw. zusätzlichen Leistungen dem Unternehmer zumutbar waren. War damit eine Verzögerung der Ausführung verbunden, so war nach Punkt 2.10.5.6 der Ö-Norm A 2060 in der genannten Fassung [...] eine Verlängerung der Leistungsfrist zu vereinbaren. Nach Punkt 2.15.2 der Ö-Norm A 2060 (Ausgabedatum 1.1.1983) hatte der WU Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist, wenn er den WB davon ehestens verständigt hatte und die Behinderung im Bereich des Auftraggebers lag ([...] Punkt 2.33.2.1 der Ö-Norm 2110 mit Ausgabedatum 1.3.1995). Wurde die Frist verlängert, so traten allfällige Verzugsfolgen erst bei Überschreitung der verlängerten Frist ein (Punkt 2.15.2.5 der Ö-Norm A 2060 mit Ausgabedatum 1.3.1983, [...] Punkt 2.33.2.5 der Ö-Norm B 2110, Ausgabedatum 1.3.1995). Der Werkunternehmer hatte (und hat auch derzeit noch), waren (bzw. sind) die einschlägigen Ö-Normen in der Vertrag einbezogen, bei Behinderungen durch den Werkbesteller infolge auftragsgener un-

zumutbarer Leistungsänderungen oder Säumnis des Besteller bei der Mitwirkung Anspruch auf angemessene Bauzeitverlängerung, deren Ermittlung sich an der dem Werkvertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität, wie sie etwa im Bauzeitplan dokumentiert ist, zu orientieren hatte (bzw hat). Folgen einer solchen Bauzeitverlängerung war (bzw ist) neben anderen, hier nicht näher zu erörternden Ansprüchen des Unternehmers (zB Mehrkosten), dass die pönalisierten Termine entsprechend zu erstrecken waren (bzw sind).

Inwieweit dem WU Leistungsänderungen bzw zusätzliche Leistungen zumutbar sind, kann nur im Einzelfall entschieden werden; ob in Fällen, in denen es um eine nicht geplante Bindung von Kapazitäten des Unternehmers oder um nicht kostendeckende Mehrpreise geht, die Grenze der Zumutbarkeit mit etwa 15 % des ursprünglichen Vertragspreises anzunehmen ist, muss hier nicht näher geprüft werden.

Auch an diesen Erwägungen ist die hier maßgebliche Frage zu messen, ob die Parteien auch nach dem strengen Maßstab des § 863 Abs 1 ABGB vom modifizierten, also vom 2. Bauzeitplan abgegangen sind. Im vorliegenden Fall war allen Beteiligten klar, dass die in diesem Zeitplan vereinbarten Ausführungsfristen jedenfalls auch wegen der nicht unerheblichen Leistungsänderungen (Fußböden, Stiegen, Fenster, Fensterbänke und Elektroinstallationen) und verzögerten Materialentscheidungen das WU nicht eingehalten werden konnten und dass deshalb keine verbindliche Ausführungsfrist für das Gesamtbauwerk gegeben war. Ließ der WB bei dieser Sachlage die Erklärungen des WU in deren Schreiben vom 8. und 19.6.1990, dass der Terminplan keine Gültigkeit mehr habe, unwidersprochen, so kann dieses Verhalten des WB nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass auch er von den bis dahin verbindlichen Ausführungsfristen, die jedenfalls auch infolge der von ihm selbst geforderten Leistungsänderungen nicht mehr einzuhalten waren, abgehen wollte. Neue Fertigstellungstermine für das Gesamtbauwerk wurden aber in der Folge nicht vereinbart. Hätte der WB auf der Pönalisierung der nun einzuhaltenden (angemessenen) Ausführungsfristen bestehen wollen, so hätte er mit der Klägerin eine entsprechende Vereinbarung treffen müssen. Die zweite Instanz übersieht bei ihrer Argumentation, das Verhalten des WB lasse nicht auf einen Verzicht auf die Einhaltung des Terminplans und die Pönalisierung von Terminüberschreitungen schließen, weil er jedenfalls immer auf eine möglichst rasche Fertigstellung des Hauses gedrängt habe, dass auch der Besteller selbst bei Wegfall des Bauzeitplans regelmäßig an der raschestmöglichen Fertigstellung des Werks interessiert ist.

Angesichts der schlüssigen Außerkraftsetzung des Bauzeitplans und der unterbliebenen Vereinbarung neuer

Fertigstellungstermine war der im Werkvertrag zwischen den Streitparteien getroffene Strafabrede der Boden entzogen. Allein schon deshalb konnte das WU aber auch die für die Überschreitung der ursprünglich bedungenen Ausführungsfristen zugesagte Vertragsstrafe nicht verwirklicht haben. Der WB wäre allerdings nicht daran gehindert gewesen, einen tatsächlich bei ihm eingetretenen Verzögerungsschaden – ein solcher wurde allerdings nicht festgestellt – klageweise oder zur Aufrechnung gegen die eingeklagte Forderung geltend zu machen. Auf die Tatsache, dass sich der WU – worauf das Gericht zweiter Instanz hinweist – jedenfalls in Verzug befand, weil der Außenputz des Hauses unbestrittenmaßen erst Ende September 1990 (KW 38 oder 39) aufgebracht wurde, ohne dass der WU vorgebracht hätte, diese Verspätung habe ihre Ursache auch in den von den Werkbestellern geforderten Leistungsmodalitäten gehabt, muss deshalb erst gar nicht eingegangen werden.

Aus all den voranstehenden Erwägungen besteht der zur Aufrechnung eingewendete Vertragsstrafenanspruch des WB nicht zu Recht.

Anmerkungen

Diese Entscheidung spiegelt wohl den Alltag auf vielen Baustellen wider: Die zunächst vorliegende Planung wird geändert und schließlich liegen Mängel vor bzw es wird zumindest deren Vorliegen behauptet und der Werklohn wird aus diesem Grund nicht ausbezahlt.

Die Entscheidung behandelt folgende Themen: Skonto, das Schicksal von Nebenabreden (hier: Pönale) bei Änderungen des Schuldinhalts und das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers (WB).

Zum Skonto wird ausgesprochen, dass zunächst einmal die genaue Vereinbarung zu untersuchen ist. Wurde von den Parteien im Detail nichts besprochen, so verfällt ein für eine Teilzahlung gewährter Skonto nicht dann wieder, wenn spätere Teilzahlungen oder die Schlusszahlung nicht innerhalb der Skontofrist erfolgen. Klargestellt wird, dass ein allfälliges „Zurückbehaltungsrecht des WB“ Einfluss auf die Skontofrist hat: Diese beginnt erst, sobald das Werkentgelt fällig ist, auch wenn dieser Zeitpunkt durch eine verspätete Fertigstellung oder Mängelbehebung über den zunächst vereinbarten Termin hinausgeschoben wird (die umfangreichen Ausführungen des OGH dazu erscheinen fast überflüssig). In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass nur behebbare Mängel einen Einfluss auf die Skontofrist haben – unbehebbar Mängel beeinflussen die Fälligkeit nicht, solange der WB nicht wandelt, was zur Rückabwicklung führt (wenn nicht besondere Regelungen getroffen werden, wie sie zB von der ÖNORM B 2110 vorgesehen werden).

Nicht ganz klar wird, ob bei rechtzeitiger Zahlung bloß eines Teils der Werklohnforderung von diesem Teil das darauf entfallende Skonto abgezogen werden darf. Zunächst scheint die Entscheidung darauf hinzudeuten, dass nur Vollzahlung zum Abzug eines Skontos durch den WB berechtigt. Unter Verweis auf deutsche Judikatur wird das dann aber an anderer Stelle scheinbar relativiert, indem darauf hingewiesen wird, dass die Skontoberechtigung dann aufrecht bleiben sollen, wenn die Zahlung nur geringfügig hinter dem geschuldeten Betrag zurückbleibt. In diesem Zusammenhang wäre noch zu hinterfragen, ob auch der Grund für eine bloße Teilzahlung eine Rolle spielen kann: Macht es einen Unterschied, ob der WB glaubt, nicht mehr als die Teilzahlung zu schulden oder ob er einfach nur – etwa aus Liquiditätsüberlegungen – den Skonto nur für den Teilbetrag nutzen und den Restbetrag etwas später, innerhalb der Netto-Frist zahlen will.

Klargestellt wird, dass als Zahlung, die zum Skontoabzug berechtigt, nicht nur Barzahlungen sondern jede Form der Schuldtilgung (insbesondere also Aufrechnung) in Frage kommt, sofern nicht eine ganz bestimmte Zahlungsart als Voraussetzung zum Skontoabzug vereinbart ist. Ist Barzahlung vereinbart, so genügt streng genommen eine Überweisung auf ein Bankkonto nicht, doch dürfte die Judikatur inzwischen den Gepflogenheiten des modernen Geschäftsverkehrs Rechnung tragen und Überweisungen den eigentlichen Barzahlungen gleich halten. Allerdings wird wohl nicht jede Überweisung, die dem WU (als dem intendierten Empfänger der Zahlung) ein Forderungsrecht einräumt, tatsächlich als Tilgung anzusehen sein: Überweisungen etwa auf ein ausländisches Bankkonto, das etwa devisa-rechtlichen Transferbeschränkungen unterliegt, sind wohl nicht als Tilgung anzusehen. Die Forderung, die durch die Zahlung auf ein Konto des Empfängers diesem eingeräumt wird, muss wohl nach allgemeiner Auffassung tatsächlich und prompt „liquide“ sein.

Einen ganz ähnlichen Fall enthält auch diese Entscheidung: Der OGH erkennt, dass – sofern nicht Barzahlung vereinbart wurde – eine rechtzeitige Aufrechnung als zum Skontoabzug berechtigt anzusehen ist, doch muss die Gegenforderung unbestritten sein.

Die Entscheidung behandelt nicht die Frage, welche Auswirkungen der Einbehalt eines Haftrücklasses auf das Skonto hat – es kann daher strittig sein, ob die gesamte Entgeltsumme oder nur der nach Abzug des Haftrücklasses verbleibende Restbetrag die Basis für die Skontoermittlung bildet. Wird der nach Abzug des Haftrücklasses verbleibende Restbetrag zur Ermittlung der Höhe des Skontoabzugs herangezogen, so ist der WB aber wohl dann bei der Auszahlung des Haftrücklasses berechtigt, einen entsprechenden Skontoabzug vorzunehmen, sofern natürlich diese Auszahlung zeitgerecht erfolgt.

Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Bei einer Entgeltsumme von 100,-, einem Skonto von 3 % und einem Haftrücklass von 5 % könnte das Skonto vom Rechnungsbetrag (100,-) oder vom nach Abzug des Haftrücklasses verbleibenden Restbetrag (95,-) ermittelt werden, was (neben dem Haftrücklass) einen Skontoabzug von entweder 3,- im ersten oder 2,85 im zweiten Fall ergäbe. Nach Ablauf der Haftzeit wäre im ersten Fall der gesamte, im zweiten Fall jedoch nur der um den entsprechenden Skontoabzug reduzierte Haftrücklass (also 4,85) auszahlbar, was in beiden Fällen einer Gesamtzahlung von 97,- entspricht. Eine höhere Gesamtzahlung (nämlich 97,15) ergäbe sich natürlich, wenn das Skonto zunächst von der nach Abzug des Haftrücklasses verbleibenden Entgeltsumme berechnet wird (aufgrund des Kommutativgesetzes ergibt sich dasselbe Ergebnis, wenn man den Haftrücklass vom um das Skonto reduzierten Rechnungsbetrag berechnet) und schließlich der gesamte (aus der Entgeltssumme errechnete) Haftrücklass ausgezahlt würde.

Das nächste Thema, das die Entscheidung behandelt, ist die Frage, ob Nebenabreden (hier: die Pflicht des WU zur Zahlung einer Pönale bei nicht zeitgerechter Fertigstellung) aufrecht bleiben, wenn der WU etwas anderes leistet, als zunächst vereinbart worden war. Um Missverständnisse zu vermeiden: Die Entscheidung behandelt nicht die Frage, ob der WB einseitig den Vertrag ändern kann, wenn sich in der Ausführungsphase zeigt, dass zunächst gehegte Vorstellungen nicht zutreffen (ein solches Leistungsänderungsrecht sieht aber zB die ÖNORM B 2110 vor). Die Entscheidung untersucht lediglich zwei Fälle: Zum einen jenen, dass es in beiderseitigem Einverständnis zu Änderungen der Hauptleistung kommt (hier konkret: Änderung von Fußböden und Fenstern), ohne dass über die restlichen Vertragsbedingungen gesprochen wird. Zum zweiten wird der Fall untersucht, dass es zu Verzögerungen kommt, die der Sphäre des WB zuzurechnen sind (hier konkret: „zögerliche Erfüllung von Mitwirkungspflichten“ durch verspätete Auswahl). Dazu ist anzumerken, dass gegenständlich nicht zu problematisieren war, ob Verzögerungen das vom WB gewünschte Werk zu einem grundsätzlich anderen machen (dazu ein plastisches Beispiel: Die Errichtung eines Sendemastes im alpinen Bereich ist im Winter bei arktischen Temperaturen mit orkanartigen Stürmen mit Graupelniederschlag und meterhoch mit Schnee verwehten Zufahrtswegen zwar technisch noch immer irgendwie möglich, aber jedenfalls etwas völlig anderes, als wenn dies im milden Spätsommer geschieht).

Der OGH löst jedenfalls beide Fälle gleich, woraus sich ersehen lässt, dass vom WB zu vertretende Behinderungen eigentlich nichts anderes sind, als Änderungen des Vertrages, auch wenn § 1168 (1) ABGB die „Verkür-

zung bei der Ausführung des Werkes“ besonders behandelt.

Zur Lösung der Fragen, ob Nebenabreden, die neben der Hauptleistung bestehen, unverändert bleiben, wenn sich a) letztere ändert, oder b) vom WB zu vertretende Behinderungen auftreten, legt der OGH jedenfalls ein ökonomisches Maß an. Er erkennt, dass das WU aufgrund des ursprünglich vorgesehenen Vertragsinhalts das von ihm für seine Leistung verlangte Entgelt kalkuliert. Grundlage für diese Kalkulation ist eine bestimmte, vom WU geplante Kombination verschiedener Produktionsfaktoren (die vor allem von Technikern so genannte Arbeitsvorbereitung). Ändert sich nun die vom WU tatsächlich erbrachte Leistung im Vergleich zum ursprünglichen Vertragsinhalt lediglich geringfügig, so hat dies auf das Produktionsprogramm kaum einen Einfluss: Der WU findet zB noch mit der gleichen Mannschaft und derselben Baustelleneinrichtung Auslangen, auch wenn eventuell verschiedene Adaptionen erforderlich werden. Anders kann dies natürlich bei wesentlichen Änderungen aussehen – dann ist eventuell die vorgesehene Baustelleneinrichtung auszutauschen und völlig anderes Personal einzusetzen (zB bestimmte Facharbeiter statt ungelernter Hilfsarbeiter etc).

Der OGH judiziert nun, dass es hinsichtlich der Abweichungen ein „Maß des Üblichen“ gibt, „auf das sich jeder WU einzustellen hat“. Wohlgemerkt: Gegenständlich geht es zwar nicht um ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des WB, sondern um einvernehmliche Änderungen und von ihm ausgehende Behinderungen. Gerade wenn man sich aber vor Augen hält, dass Behinderungen (natürlich nur unvorhergesehen auftretende) eigentlich im Ergebnis nichts anderes bewirken, als eine Änderung dessen, was der WU ursprünglich erwartet hat, so wird klar, dass zumindest bewusste Behinderungen durch den WB einseitigen Leistungsänderungen entsprechen.

Was als „üblich“ hinzunehmen ist, hängt nun – und das mag auf den ersten Blick vielleicht überraschen – von der wirtschaftlichen Leistungskraft des WU ab. Bei genauer Analyse ist dies aber zwingend: Ein „kleiner“ WU, der zB lediglich einen Kran besitzt und diesen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auf der einen und danach auf einer anderen Baustelle einsetzen möchte, hat

ein Kapazitätsproblem, wenn dieser Kran aufgrund von Behinderungen länger auf der ersten Baustelle benötigt wird. Ganz anders ist der Fall eines industriellen WU, der über ausreichende Puffer und sonstige Dispositionsmöglichkeiten verfügt. Natürlich kann auch der kleine WU einen weiteren Kran zumieten, nur wird der WU dann plötzlich von einem Dritten – nämlich dem Gerätevermieter – abhängig. Und das ist der Punkt, an welchem die vorliegende Entscheidung völlig klar wird: Den eigenen Kran hat der WU „im Griff“ und kann über ihn mit Sicherheit disponieren und deswegen eine Pönale versprechen. Dafür, dass ein Dritter den notwendigen Kran verlässlich zur Verfügung stellt, wollte der WU aber vielleicht diese Pönale eben nicht versprechen (gedanklich vorzustellen hat man sich, dass der WU den eigenen Kran zum geplanten Zeitpunkt auf die neue Baustelle bringt und den zugemieteten Kran auf der ersten Baustelle einsetzt).

Zuletzt behandelt der OGH noch das Zurückbehaltungsrecht des WB. Dazu ist anzumerken, dass ganz allgemein häufig davon die Rede ist, obwohl damit zwei unterschiedliche Dinge gemeint sind: Einmal die Tatsache, dass das Entgelt vor Fertigstellung nicht fällig wird und das zweite Mal, dass das Entgelt trotz Fertigstellung zurückbehalten werden kann, weil noch Mängel zu beheben sind. In jedem Fall bleibt der OGH bei seiner ständigen bisherigen Rechtsprechung, wonach auch Kleinigkeiten dazu führen, dass der WB das Entgelt (noch) nicht zahlen muss – gleich, ob solche noch zur Fertigstellung oder Mängelbehebung fehlen. Die Grenze findet dies allerdings dort, wo eine Nichtzahlung als schikanös angesehen werden müsste, weil ein exorbitanter Betrag für Dinge mit ganz geringem Wert zurückbehalten wird, obwohl es dem WB auch gar nicht darauf ankommen kann, dass die Erledigung nur genau von dem WU erfolgt.

Fraglich kann natürlich sein, ab wann ein Werk als „fertig“ anzusehen ist. Für Fragen der Baupraxis kann man den Zeitpunkt der „Fertigstellung“ mit dem Zeitpunkt der (wenn auch bloß schlüssigen) Übernahme gleichsetzen. Dementsprechend hat auch der OGH bereits judiziert, dass die Berechnung einer nach Zeit zu ermittelnden Konventionalstrafe (Pönale) mit der Übergabe endet.

Hermann Wenusch