

ÖSTERREICHISCHES

# Anwältinnen blatt

## 537 SCHWERPUNKT BAUVERTRAGSRECHT

*Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger und RA Dr. Johannes Lehner:* Ausgewählte Fragen zu Gewährleistungsansprüchen im Bauprozess nach dem GRUG

*Univ.-Ass. Conrad Greiner, LL.M.:* Gewährleistung und Schadenersatz beim Bauvertrag

*RA Dr. Georg Karasek:* Unterschiede zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und der ÖNORM B 2110

## 508 RECHTSPRECHUNG

Publizitätsanforderungen von Beschränkungen des E-Mail-Verkehrs mit Behörden

Kostenübernahme für Dolmetschleistungen

Zur Zulässigkeit von Kurzbezeichnungen in Firmenwortlauten von Rechtsanwalts-Gesellschaften



Hier geht's zur digitalen Version

[www.oerak.at](http://www.oerak.at)

MANZ 

# Ausgewählte Fragen zu Gewährleistungsansprüchen im Bauprozess nach dem GRUG

ANDREAS GEROLDINGER

JOHANNES LEHNER

2025/205

**i** *Bauvorhaben bergen ein beträchtliches Konfliktpotenzial. Planungs- und/oder Ausführungsfehler münden nicht selten in kostenintensive Zivilprozesse, die komplexe prozessuale Fragen aufwerfen können: von der Bestimmtheit des Klagebegehrens (samt sachgerechter Staffe­lung von Eventualbegehren) über die strategische Einbindung Dritter durch Streitverkündung oder Nebenintervention<sup>1</sup> bis hin zur richtigen Verzeichnung vorprozessualer Kosten. Zusätzlich zu diesen praktischen Herausforderungen erzwingen tiefgreifende Veränderungen der gesetzlichen Grundlagen Anpassungen etablierter Prozessstrategien. Mit dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG)<sup>2</sup> hat der Gesetzgeber beispielsweise ein neues Fristenregime und die Möglichkeit geschaffen, gewährleistungsrechtliche Gestaltungsrechte – namentlich Preisminderung und Vertragsauflösung (vormals Wandlung) – außergerichtlich auszuüben. Vor diesem Hintergrund widmet sich der vorliegende Beitrag ausgewählten prozessualen Fragen rund um die Durchsetzung bzw. Abwehr von Gewährleistungsansprüchen in Bauprozessen. Ziel ist es, die wichtigsten Neuerungen durch das GRUG und ihre prozessualen Implikationen herauszuarbeiten und die sich daraus ergebenden strategischen Handlungsspielräume für die Prozessführung aufzuzeigen.*

## A. Grundlagen des Gewährleistungsrechts im Bauprozess

Gewährleistung bedeutet im österreichischen Recht das verschuldensunabhängige Entstehen (Haftung) für Mängel, die eine Sache bereits zum Zeitpunkt der Übergabe aufweist (vgl. § 924 ABGB). Im Bauprozess tritt sie typischerweise **im Rahmen von Werkverträgen** in Erscheinung, wobei § 1167 ABGB auf die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen (§§ 922 ff. ABGB) verweist.<sup>3</sup> Auch die bei Bauleistungen oftmals zur Vertragsgrundlage erkorene ÖNORM B 2110 folgt grundsätzlich diesem gesetzlichen Regime, kennt inhaltlich jedoch einige wesentliche Modifikationen.<sup>4</sup> Die Gewährleistung ist unter anderem von vertraglichen Garantien und dem Schadenersatzrecht abzugrenzen, wobei allerdings vielfach Konkurrenz besteht.

Das österreichische Gewährleistungsrecht wurde mit dem GRUG umfassend novelliert. Die Notwendigkeit, die Warenkauf-Richtlinie (WKRL)<sup>5</sup> und die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL)<sup>6</sup> umzusetzen, nutzte der Gesetzgeber auch für Anpassungen im ABGB. Im Rahmen dieses Beitrags interessieren vor allem die strukturellen Veränderungen des Fristenregimes (siehe Punkt B.) und die Möglichkeit der außergerichtlichen Geltendmachung von Preisminderung und Vertragsauflösung (siehe Punkt C.). Die Einführung des Verbrauchergewährleistungsgesetzes (VGG) kann, weil es auf unbewegliche Sachen nicht anwendbar ist (vgl. § 1 VGG), weitgehend ausgeklammert werden. Die Neuregelungen traten mit 1. 1. 2022 in Kraft und sind auf **Verträge** anzuwenden, die **nach dem 31. 12. 2021 geschlossen** wur-

den. Weil es auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (und nicht etwa der Übergabe) ankommt, können gerade im Baubereich bis heute **neue Klagen dem alten Gewährleistungsrecht unterliegen**.

Die gesetzlichen Gewährleistungsbehelfe gliedern sich auch im novellierten Recht in sogenannte **primäre und sekundäre Behelfe**: Auf erster Ebene stehen Verbesserung und Austausch (§ 932 Abs 2 ABGB), womit dem Übergeber eine „zweite Chance“ zur Vertragserfüllung eingeräumt wird. Im Kontext von Bauvorhaben bedeutet dies in der Regel Mängelbehebung am Bauwerk (somit Verbesserung). Auf zweiter Ebene unterscheidet das Gesetz zwischen der Preisminderung sowie – bei nicht bloß geringfügigen Mängeln – der Vertragsauflösung (§ 932 Abs 4 ABGB). Diese sekundären Behelfe sind **Gestaltungsrechte**:<sup>7</sup> Ihre Ausübung führt zu einer Änderung (in Form der Herabsetzung

<sup>1</sup> Diese Fragestellung muss angesichts ihrer Komplexität einer eigenständigen Untersuchung vorbehalten bleiben; s. dazu anstelle vieler *Anzenberger/Pochmarski*, Zur Obliegenheit der Bekämpfung einer Zurückweisung der Nebenintervention JBl 2018, 613; *Anzenberger/Pochmarski*, Der rechtliche Schuttschluss der Werkunternehmer, in FS Karasek (2018) 47.

<sup>2</sup> BGBl I 2021/175.

<sup>3</sup> Zu den bestehenden gewährleistungsrechtlichen Besonderheiten des Werkvertragsrechts s. (anstelle vieler); *Greiner*, Gewährleistung und Schadenersatz beim Bauvertrag, AnwBl 2025, 548; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1167 Rz 1 (Stand 1. 8. 2020, rdb.at).

<sup>4</sup> Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen, ÖNORM B 2110 (Stand 1. 5. 2023); siehe dazu *Karasek*, Unterschiede zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und der ÖNORM B 2110, AnwBl 2025, 559.

<sup>5</sup> RL (EU) 2019/771.

<sup>6</sup> RL (EU) 2019/770.

<sup>7</sup> Kritisch dazu im Kontext der Gewährleistungsrichtlinien (FN 5 und 6) *Kodek*, Die Durchsetzung von Gewährleistungsrechten: Geltendmachung, Frist und Beweislast, in *Bydlinski*, Das neue Gewährleistungsrecht (2022) 97 (101 ff.).

des Entgelts) oder Auflösung des Schuldverhältnisses mit jeweils **schuldrechtlicher Ex-tunc-Wirkung**.<sup>8</sup>

Im Zusammenhang mit Bauleistungen ergeben sich **spezifische Herausforderungen**, von denen hier nur einige exemplarisch herausgegriffen werden können: Häufig treten Mängel erst spät hervor, können die (technischen) Ursachen komplex sowie strittig, ihr Umfang schwer zu präzisieren sein und mehrere Vertragspartner (Generalunternehmer, Subunternehmer, Planer etc) als Verursacher in Betracht kommen. Verbesserungsbegehren müssen einerseits hinreichend konkret formuliert werden, um exekutionsfähige Urteile zu schaffen (Bestimmtheit des Klagebegehrens iSd § 226 ZPO, § 7 EO), andererseits ist die Art der Mängelbehebung aber grundsätzlich dem Werkunternehmer zu überlassen.<sup>9</sup> Die Preisminderung verlangt zum einen eine ziffernmäßige Bestimmung des zurückverlangten Werklohns und deckt zum anderen vielfach den Aufwand, den der Übernehmer in die Selbstverbesserung investieren muss, nicht ab; sie erweist sich damit zum Teil als schwierig handhabbarer<sup>10</sup> und wirtschaftlich unzulänglicher Rechtsbehelf. In vielen Fällen stehen mehrere Rechtsbehelfe nebeneinander, etwa Gewährleistung und Schadenersatz, aber auch Irrtum und List (§§ 870 ff ABGB) oder *laesio enormis* (§§ 934 ff ABGB; § 351 UGB). Damit gehen Fragen der objektiven Klagenhäufung sowie der Gliederung von Eventualbegehren und/oder -vorbringen einher. Schon dieser kurze Abriss zeigt, dass Gewährleistungsprozesse im Baukontext regelmäßig mit **erhöhten Anforderungen an Sachverhaltsermittlung, Klageformulierung und strategische Prozessführung** verbunden sind.

## B. Neuerungen im Fristenregime, Relevanz für Vertragsgestaltung und Prozessführung

### I. Gewährleistungs- und Verjährungsfrist (Haftungs- und Geltendmachungsfrist)

Seit dem GRUG unterscheidet § 933 ABGB zwischen der „Gewährleistungsfrist“ einerseits und der „Verjährungsfrist“ andererseits, wobei beide Fristen kumulativ zu betrachten sind: Die **Gewährleistungsfrist** des § 933 Abs 1 ABGB, im Schrifttum häufig auch „Haftungsfrist“ genannt, bestimmt den Zeitraum, innerhalb dessen ein Mangel hervortreten muss, um qua Gewährleistungsrecht releviert werden zu können;<sup>11</sup> sie beträgt zwei Jahre bei beweglichen Sachen, **drei Jahre bei (Arbeiten an) unbeweglichen Sachen**, somit beispielsweise auch bei Installationen, Einbau von Fenstern und vielem mehr (vgl dazu Punkt 11.2.3.2 ÖNORM B 2110).<sup>12</sup> Die **Verjährungsfrist** iSd § 933 Abs 3 ABGB, im Schrifttum häufig auch „Geltendmachungsfrist“ genannt, beträgt **drei Monate** und knüpft an den Ablauf der Gewährleistungsfrist an; sie dient vor allem dazu, noch ein ausreichendes Zeitfenster für Mängel sicherzustellen, die erst gegen Ende der Haftungsfrist zutage treten.<sup>13</sup> Damit muss bei unbewegli-

chen Sachen innerhalb von 39 Monaten ab Übergabe Klage erhoben werden, um die Verjährung abzuwenden. Die vergleichsweise kurze Verjährungsfrist des § 933 Abs 3 ABGB gilt dabei auch für Ansprüche aus Preisminderung oder Vertragsauflösung, dh für die teilweise oder vollständige Rückzahlung des Werklohns.

In vielerlei Hinsicht bleibt die bislang existierende Judikatur zur **Verjährungshemmung und -unterbrechung** auch unter dem neuen Fristenregime maßgeblich. Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1494 ff ABGB betreffen aber nur die Verjährungsfrist (Geltendmachungsfrist), **nicht die Gewährleistungsfrist**. Anerkenntnisse, insbesondere „in Form von“ Verbesserungsversuchen und -zusagen, führen somit nur zur Unterbrechung der Gewährleistungsfrist;<sup>14</sup> das wirft die Frage auf, ob die damit ausgelöste neue Frist nur drei Monate beträgt oder doch die gesamte Frist von 39 Monaten.<sup>15</sup> Die Frage, ob die Verjährungsfrist (i) bereits mit der Übergabe beginnt, dann jahrelang mit der Gewährleistungsfrist parallel läuft und drei Monate nach deren Ablauf endet, oder (ii) erst mit Auslaufen der Gewährleistungsfrist beginnt, um dann drei Monate später zu enden, ist somit keineswegs rein akademischer Natur. Das Schrifttum tendiert überwiegend zu erstgenannter Ansicht.<sup>16</sup>

Eine erfolgreiche Verbesserung löst grundsätzlich eine neue Gewährleistungsfrist aus. Allerdings bestehen die bekannten Unklarheiten in jenen Fällen, in denen **nach Verbesserung** der gleiche oder ein neuer, aber mit altem zusammenhängender oder aber ein gänzlich anderer **Mangel (wieder) auftritt**, auch unter der neuen Rechtslage.<sup>17</sup> Die ÖNORM B 2110 enthält hierfür beispielsweise Sonderregelungen (siehe Punkt 11.2.5.1 „Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen [...] für jene Teile der Leistung zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten“).<sup>18</sup>

### II. Vertragliche Modifikationen der Fristen

Nach § 933 Abs 4 ABGB können sowohl die Gewährleistungsfrist als auch die Verjährungsfrist vertraglich verkürzt oder verlängert werden. Besondere Vorsicht gilt es aber bei der **Formulierung** einschlägiger Vertragsklauseln bzw bei

<sup>8</sup> Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 932 ABGB Rz 22 (Stand Jänner 2023, lexisnexus.at).

<sup>9</sup> ÖGH 8 Ob 365/65 SZ 39/7; 5 Ob 53/12y ZVB 2013, 38 (Oppel); s dazu Punkt E.II.

<sup>10</sup> Siehe dazu Punkte C. und D.

<sup>11</sup> Siehe dazu Reischauer, Verjährung und Einrede bei der Gewährleistung (§ 933 ABGB und § 28 VGG), Zak 2022, 244 (244: Gewährleistungsfrist sei auch Verjährungsfrist iSd ABGB).

<sup>12</sup> Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 933 Rz 23 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at); Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 933 Rz 2 ff (Stand 15. 10. 2024, rdb.at).

<sup>13</sup> ErlRV zum GRUG 949 BlgNR 27. GP 39.

<sup>14</sup> Siehe dazu Bydlinski in KBB, ABGB<sup>7</sup> § 933 Rz 13; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 933 Rz 17.

<sup>15</sup> Siehe dazu Bydlinski/Höller, Die Perpetuierung der Einrede nach Mangelanzeige: Neue Regelungen, alte und neue Fragen, JBl 2022, 477 (480); Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 933 Rz 12.

<sup>16</sup> Siehe dazu die Nachweise in FN 11 bis 15.

<sup>17</sup> Siehe dazu ausführlich Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 933 Rz 123 ff.

<sup>18</sup> Vgl zum ABGB aF Mayrhofer, Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistungsfrist (2017) 139 ff.

deren **Auslegung** walten zu lassen. So wird etwa die Formulierung „Die Gewährleistungsrechte verjähren nach Ablauf eines Jahres“ in aller Regel als Verkürzung des Zeitraums, in dem der Übergeber für allfällige Mängel eintreten möchte, gemeint sein. Bei strenger Wortlautinterpretation bedeutet sie aber ausschließlich eine Verlängerung der Verjährungsfrist (von drei Monaten auf ein Jahr); auch die Unklarheiten des § 915 ABGB würden diese Lesart unterstützen. Die Wendung „Die Ansprüche aus der Gewährleistung verjähren nach sechs Monaten ab Lieferung der Ware“ führt unter dem neuen Regime zu Unklarheiten; am ehesten wird man sie, wegen des Anknüpfens an den Übergabezeitpunkt, als Gleichsetzung von Haftungs- und Geltendmachungsfrist verstehen können. Eine solche Regelung in AGB könnte aber als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB gewertet werden; schließlich bleibt somit bei Hervorkommen des Mangels erst am Ende des sechsten Monats kein Zeitfenster mehr, um Klage zu erheben. Während bei Individualvereinbarungen der Parteienabsicht eher zum Durchbruch verholfen werden kann, kommt bei der **Auslegung von AGB** dem Wortlaut besondere Bedeutung zu; die Rsp stellt dabei regelmäßig auf das Verständnis eines „durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis“ ab.<sup>19</sup> Zwar ist auch der für einen objektiven Beobachter erkennbare Zweck der betreffenden Klausel zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Gerade AGB-Klauseln, die im Rechtsverkehr mit Verbrauchern eingesetzt werden, sollten aber jedenfalls im Hinblick auf diese Formulierungen überprüft werden; denn im Verbandsprozess gilt bekanntlich (anders als im Individualprozess) der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung.<sup>21</sup>

Gerade bei einem **Werkvertrag mit bedeutendem Volumen** (zB Hausbau, Errichtung einer Anlage) und einem Hervorkommen des Mangels erst gegen Ende der Gewährleistungsfrist kann die Verjährungsfrist von drei Monaten für die Vorbereitung einer Klage sehr kurz werden.<sup>22</sup>

Das neue Fristenregime birgt somit alte und neue **Herausforderungen bei der Klagsvorbereitung und Prozessführung**: Der **Zeitpunkt des Hervorkommens des Mangels** muss nachvollziehbar behauptet und nötigenfalls bewiesen werden, um die Wahrung der Gewährleistungsfrist sowie der Vermutungsfrist des § 924 ABGB abzusichern. Die Einhaltung der **Verjährungsfrist** ist präzise zu überwachen; nicht jede anwaltliche Korrespondenz ist Vergleichsverhandlungen mit fristhemmender Wirkung gleichzuhalten.<sup>23</sup> Auch die **außergerichtliche Mängelanzeige**, die nach § 933 Abs 3 ABGB eine fristunabhängige Einrede wahrt, muss innerhalb offener Gewährleistungsfrist erfolgen und klar dokumentiert werden (Zugang, Inhalt, gegebenenfalls Form).

### III. Klage auf Feststellung der Gewährleistungspflicht zur Fristunterbrechung?

Ungeachtet der eher langen Frist von drei Jahren und des „Puffers“ durch die Verjährungsfrist droht mitunter die Verjährung, noch bevor die eigene Klagsvorbereitung abge-

schlossen werden kann. So kann eine Leistungsklage vielfach nur mit **Unterstützung eines Privatsachverständigen** sinnvoll formuliert werden, was den **zeitlichen Handlungsspielraum** insbesondere dann **einengt**, wenn der Mangel erst gegen Ende der Gewährleistungsfrist zutage tritt. Abhilfe könnte dann, wenn das genaue Ausmaß des Mangels und der Umfang des Beseitigungsaufwands klärungsbedürftig erscheinen, eine Feststellungsklage iSd § 228 ZPO schaffen.

Die Zulässigkeit einer **Klage zur Feststellung des Bestehens eines Gewährleistungsanspruchs**, um die Verjährung abzuwehren, ist jedoch umstritten; die Judikatur dazu ist nicht eindeutig.<sup>24</sup> Zu 5 Ob 52/18k hat der OGH Folgendes festgehalten: Stehe noch nicht fest, „welche einklagbare Rechtswirkung (Wandlung, Preisminderung oder Verbesserung bzw Schadenersatz in Folge Verzugs des Gewährleistungspflichtigen mit der Verbesserung) der Leistungsstörung entspringt, [muss] dem Gewährleistungsberechtigten das Feststellungsinteresse zuerkannt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die klagende Partei **mangels Kenntnis der Ursachen des Mangels bzw der Möglichkeit der Mängelbhebung** noch nicht in der Lage ist, ihre daraus abzuleitenden Ansprüche mit Leistungsklage geltend zu machen.“<sup>25</sup> Im konkreten Fall hat der 5. Senat aber das Begehren, „festzustellen, dass die Beklagte für die am Parkettboden sowie am Türschloss bestehenden Mängel und sämtliche künftig aus diesen Mängeln resultierenden Schäden unbeschränkt hafte“, mangels Feststellungsinteresses abgewiesen. Erfolgreich war der Kläger hingegen im Verfahren zu 1 Ob 166/98p, wobei das Begehren auf Feststellung lautete, dass „die beklagte Partei der klagenden Partei für Schallschutzmängel deren Eigentumswohnung in Linz [...] Gewähr zu leisten hat.“<sup>26</sup> Diese Entscheidung kann auch als Beispiel dafür dienen, dass an die Bestimmtheit des Feststellungsbegehrens in einer solchen Konstellation nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an ein Leistungsbegehren, das auf die Mängelbeseitigung abzielt (siehe dazu Punkt D.).

## C. Außergerichtliche Geltendmachung von Gestaltungsrechten

### I. Hintergrund und gesetzliche Grundlage

Seit Inkrafttreten des GRUG können **Preisminderung** und **Vertragsauflösung** (Wandlung) auch **außergerichtlich ausgeübt** werden. Dadurch verändert sich die Dynamik des Gewährleistungsrechts grundlegend: Liegen die Voraussetzungen für ein Gestaltungsrecht vor, genügt eine **einseitige**

<sup>19</sup> Siehe etwa RIS-Justiz RS0008901.

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0008901 (T 5, T 7).

<sup>21</sup> OGH 27. 2. 2025, 8 Ob 81/24f mwN.

<sup>22</sup> Reischauer, Zak 2022, 246.

<sup>23</sup> Siehe dazu Garber in Schwimann/Neumayr, ABGB-TK<sup>6</sup> § 1494 Rz 8 mwN (Stand August 2023, lexisnexus.at).

<sup>24</sup> Frauenberger/Pfeiler in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 228 ZPO Rz 93 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); Frauenberger-Pfeiler, Zur Feststellung „des Gewährleistungsanspruchs“, eolex 2008, 500.

<sup>25</sup> OGH 5 Ob 52/18k bbl 2018/173 unter Verweis auf 8 Ob 66/13h Zak 2014/98; 6 Ob 81/15b bbl 2015/216.

<sup>26</sup> OGH 1 Ob 166/98p JBl 1999, 733 (Riedler); 5 Ob 52/18k eolex 2018/336.

**Erklärung des (mitunter noch nicht anwaltlich beratenen) Übernehmers** gegenüber dem Übergeber, um eine Vertragsänderung zu bewirken.

Allerdings muss zunächst durch Auslegung anhand der Maßstäbe der §§ 914f ABGB (iVm § 346 UGB) ermittelt werden, ob es sich bei den Äußerungen des Übernehmers um eine bloße **Mangelanzeige** (§ 933 Abs 3 ABGB), immerhin ein **Vergleichsangebot** (§§ 1380ff ABGB) oder doch gleich um die **Ausübung eines Gestaltungsrechts** (§ 932 Abs 4 ABGB) gehandelt hat. Außerdem sind bloße „Unterhandlungen“ (vgl § 861 Satz 2 ABGB) von Willenserklärungen abzugrenzen.

## II. Form, Zugang und Inhalt der Erklärung

Die Ausübung eines Gestaltungsrechts iSd § 932 Abs 4 ABGB bedarf **keiner besonderen Form**.<sup>27</sup> Sie kann **ausdrücklich oder konkludent** erfolgen und wird mit **Zugang** beim Übergeber wirksam. Punkt 11.2.3.1 der ÖNORM B 2110 sieht zwar weiterhin vor, dass „*der AG dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme gerügt wurden, ehestens nach Bekanntwerden, schriftlich bekannt zu geben [hat]*“, dieses stellt jedoch eine bloße Ordnungsvorschrift dar, die erkennbar der Beweissicherung dient.<sup>28</sup> Daher muss dem Auftraggeber auch im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 der Beweis offenstehen, sein Gestaltungsrecht mündlich und sogar konkludent ausgeübt zu haben. Der Auftraggeber trägt jedoch das prozessuale Risiko, dass ihm dieser Beweis misslingt.<sup>29</sup> Inhaltlich muss die Erklärung jedenfalls hinreichend bestimmt erkennen lassen, ob und welchen Gewährleistungsbehelf der Übernehmer geltend machen will.<sup>30</sup>

Im Grundsatz ist von der **Unwirksamkeit der Erklärung** bei Fehlen ihrer Voraussetzungen auszugehen. Vergleichbare Diskussionen werden im Zusammenhang mit Rücktrittserklärungen nach § 918 ABGB geführt, etwa wenn sich der Schuldner gar nicht in Verzug befindet oder jede Nachfrist verwehrt wird.<sup>31</sup> Ein wesentlicher Unterschied bleibt aber bestehen: Die **Fristen des § 933 ABGB limitieren die Nachholchancen**. Schon deshalb ist nicht restlos klar, ob die für § 918 ABGB erarbeiteten Grundsätze eins zu eins auf Erklärungen nach §§ 932f ABGB umgelegt werden können. Liegt beispielsweise ein geringfügiger Mangel vor, hat der Übernehmer (diesbezüglich einer Fehleinschätzung unterliegend) eine Vertragsauflösung erklärt, wird man diese Erklärung nicht in eine Preisminderung umdeuten können; vielmehr geht die Erklärung „ins Leere“.<sup>32</sup>

Vor beträchtliche Herausforderungen stellt die außgerichtliche Geltendmachung der **Preisminderung**. Dazu ist umstritten, ob eine **ziffernmäßige Festlegung** zu erfolgen hat.<sup>33</sup> Vor allem herrscht Ungewissheit über die Folgen einer zu geringen oder zu umfangreichen Preisminderung; die bisher vorliegenden Untersuchungen beziehen sich vor allem auf das VGG und die Übertragbarkeit auf das ABGB erscheint keineswegs gewiss.

In der Praxis kann der **Nachweis der Erklärung** mit verschiedenen Unsicherheiten belastet sein, wie fehlende Dokumentation (insbesondere private Übernehmer machen Mängel oft informell und ohne juristischen Beistand geltend) oder ungewisser Zugang der Erklärung. Zum Teil ist aber auch die Erklärungsbedeutung alles andere als eindeutig, womit sich **Auslegungsfragen** stellen; schließlich bleibt bei laienhaften (Alltags-)Formulierungen in E-Mails und Telefonaten oftmals offen, ob eine bloße Mangelanzeige oder bereits die Ausübung eines Gestaltungsrechts intendiert war (siehe schon Punkt C.I.). Manchen dieser Schwierigkeiten kann bereits **bei der Vertragsgestaltung vorgebaut** bzw bei der Beratung im Vorfeld der Klageerhebung Rechnung getragen werden:

- Vereinbarung eines **Formvorbehalts** für Erklärungen iSd § 932 Abs 4 ABGB; freilich geht damit das Risiko von Formfehlern bei gewollten Erklärungen einher;
- (mit rechtlichem Beistand) **Vorformulierte Schreiben** für Erklärungen iSd § 932 Abs 4 ABGB;
- Vereinbarung von „**Cooling-off-Phasen**“ (zB Widerrufsmöglichkeit innerhalb eines bestimmten Zeitfensters);
- **Checklisten** mit Voraussetzungen der einzelnen Gewährleistungsbehelfe.

Im Ernstfall sollte auf **nachweisbare Übermittlungswege** (zB eingeschriebener Brief, E-Mail mit Lesebestätigung) zurückgegriffen werden. Ferner kann es ratsam sein, die „Nachfrist“, innerhalb derer eine Mängelbehebung durch den Übergeber noch akzeptiert würde (**angemessene Frist iSd § 932 Abs 3 ABGB**), explizit festzulegen, auch wenn dies gesetzlich nicht gefordert ist; dabei ist jedoch davor zu warnen, ein allzu kurzes Zeitfenster festzulegen.

## III. Änderung oder Korrektur der Erklärung

Mitunter stellt sich die Frage, ob eine einmal abgegebene Gestaltungserklärung (zB Preisminderung) durch eine spätere (zB Vertragsauflösung) ersetzt werden kann. Ein Widerruf oder eine Änderung der einmal abgegebenen Erklärung ist grundsätzlich nicht vorgesehen; dementsprechend ist eine „**Nachminderung**“ oder das „**Nachschießen**“ einer **Vertragsauflösung** nur unter engen Voraussetzungen zulässig (zB vorbehaltene Erklärung).<sup>34</sup>

Dabei ist zu bedenken, dass schon das Verlangen einer Rückzahlung die **konkludente Erklärung** einer Preisminderung oder – wenn der gesamte Werklohn zurückgefordert

<sup>27</sup> Bydlinski in KBB<sup>7</sup> § 932 Rz 22; Hölzl in Schwimann/Neumayr, ABGB-TK<sup>6</sup> § 932 Rz 19 (Stand August 2023, lexisnexis.at); Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> § 932 Rz 1 (Stand Oktober 2021, lexisnexis.at).

<sup>28</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>4</sup> II Haftungsbestimmungen, Rz 21.

<sup>29</sup> OLG Wien 6. 9. 1996, 3 R 133/96 t.

<sup>30</sup> Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 108 f; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 932 Rz 41 (Stand 15. 10. 2024, rdb.at).

<sup>31</sup> Vgl Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 918 Rz 13, 94 (Stand I. 5. 2018, rdb.at).

<sup>32</sup> Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 113.

<sup>33</sup> Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 108 (ziffernmäßig oder Prozentangabe); aA Faber, Rechtsbehelfe beim Warenkauf nach dem VGG, ÖJZ 2022, 123 (135) (Ausmaß folgt aus Gesetz); verneinend auch hA zu § 441 BGB, vgl dazu Maultzsch in MünchKomm BGB<sup>9</sup> § 441 Rz 8.

<sup>34</sup> Faber, ÖJZ 2022, 123 (134 f); Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 104.

wird – einer Vertragsauflösung bedeuten kann. Man stelle sich vor, der Übernehmer verlangt zunächst einen Teil des Werklohns retour; nachdem der Übergeber aber in einer ersten Reaktion jede Vertragswidrigkeit bestreitet, erklärt der Übernehmer, das gesamte Entgelt zurückzufordern. Wird die zunächst erklärte Preisminderung durch die nachfolgende Vertragsauflösung ersetzt oder wurde das Gestaltungsrecht durch die erste Erklärung bereits konsumiert? Das Ganze ist ebenso in die gegenteilige Richtung vorstellbar. So kann der Übernehmer etwa in einer ersten Reaktion – noch von der Entrüstung beim Entdecken des Mangels befeuert – eine Vertragsauflösung erklären, in weiterer Folge aber erkennen, dass ihm mit einer Preisminderung eher geholfen ist. Lagen die Voraussetzungen für die Vertragsauflösung aber vor, weil zB die (vollständige) Mangelbeseitigung unmöglich und der Mangel nicht geringfügig ist, müsste entweder die Erklärung über die Vertragsauflösung angefochten oder der Vertrag (im Vergleichswege) erst wieder (mit angepasstem Preis) neu geschlossen werden. Dazu braucht es aber die Zustimmung des Übernehmers.<sup>35</sup> Ansonsten bestünde ein vertragsloser Zustand (siehe dazu Punkt C.IV.). Noch einmal anders werden die Fälle zu behandeln sein, in denen sich **zwischen den Erklärungen des Übernehmers der Sachverhalt geändert** hat, wie dies bei sogenannten Weiterfressermängeln oder beim Hervorkommen weiterer Mängel<sup>36</sup> der Fall sein kann.

Für die angesprochenen Problemstellungen liegen derzeit erste Lösungsansätze der Lehre auf dem Tisch,<sup>37</sup> gefestigte veröffentlichte Judikatur fehlt aber. Mit Sicherheit kann gegenwärtig nur dazu geraten werden, als Gewährleistungsberechtigter **besondere Vorsicht bei Abgabe entsprechender Gestaltungserklärungen** walten zu lassen<sup>38</sup> und beispielsweise eine Preisminderung nur vorbehaltlich einer weiteren Minderung oder auch Vertragsauflösung zu erklären.<sup>39</sup>

#### IV. Unerkannte rechtsändernde Wirkung außergerichtlicher Korrespondenz, vertragsloser Zustand

Ist dem Bauprozess eine längere Phase außergerichtlicher Bemühungen um die Klärung der Sach- und Rechtslage, zur Streitbeilegung oder des Streits vorausgegangen, besteht die Möglichkeit von Äußerungen, die (in ihrer Gesamtschau) als Ausübung eines Gestaltungsrechts zu werten sind. Speziell dann, wenn eine oder beide Vertragsparteien in dieser Phase noch nicht anwaltlich beraten bzw vertreten waren, bleibt die mögliche **rechtsändernde Wirkung der außergerichtlichen Erklärungen mitunter unerkannt**. Dies birgt für den Anwalt, der zu einem späteren Zeitpunkt zugezogen wird, das Risiko, in Unkenntnis der erfolgten Rechtsgestaltung von einem wirksamen Vertrag auszugehen und die Prozessstrategie darauf auszurichten. Es empfiehlt sich daher, im Mandantengespräch verstärkt die **Offenlegung der vorangegangenen Korrespondenz** einzufordern

und bei **unklarer Sachlage** auf das Risiko einer bereits eingetretenen Veränderung der Rechtslage, allenfalls eines aktuell vertragslosen Zustands, hinzuweisen.

Die Auflösung des Vertrags hat handfeste materiellrechtliche Konsequenzen: Ursprünglich allenfalls bestehende **Ansprüche auf Mängelbeseitigung** sind **untergegangen** (siehe dazu Punkt E.III). Der Übernehmer schuldet ab diesem Zeitpunkt nach § 1435 ABGB bereits die Rückstellung der Sache (was bei Bauwerken mitunter an Grenzen stößt), der Übergeber die Rückzahlung des Werklohns. Ab der Vertragsauflösung gelten die allgemeinen **Gefahrtragungsregeln**;<sup>40</sup> geht eine der gegenseitigen Leistungen durch Zufall unter (was vor allem die Seite des Übernehmers betreffen wird), bleibt dies nach der (von der jüngeren Rsp angewendeten)<sup>41</sup> Zweikondiktionentheorie ohne Einfluss auf den gegenläufigen Bereicherungsanspruch. Der zufällige Untergang oder die zufällige **Verschlechterung** des erhaltenen Leistungsgegenstands befreit den redlichen Kondiktionschuldner von seiner Rückgabepflicht, soweit er keinen Vorteil erlangt hat, bzw ist schlicht die Herausgabe der Sache im bestehenden (verschlechterten) Zustand geschuldet.<sup>42</sup> Dies kann gerade dann, wenn verschiedene Einzelteile wieder ausgebaut oder von der Baustelle entfernt werden können (zB Fenster), von Bedeutung sein, wenn diese wegen eines Rechtsstreits längere Zeit der Witterung ausgesetzt waren und eine Konservierung nicht möglich oder mit unzumutbarem Aufwand verbunden war. Insofern hat sich die Rechtslage aber nicht grundlegend verändert, weil die Vertragsauflösung mittels Gestaltungsurteil ebenso wie die außergerichtliche Vertragsauflösung nach hA obligatorisch ex tunc wirkt.<sup>43</sup>

## D. Klagearten und prozessuale Besonderheiten nach dem GRUG

### I. Prozessuale Relevanz außergerichtlicher Gestaltung

Nach altem Recht nahm das Gericht die Rechtsgestaltung selbst vor: durch ein – zum Teil „verdecktes“ (siehe dazu Punkt D.IV.) – Gestaltungsurteil, das den Vertrag abänderte oder aufhob. Seit der Möglichkeit der **außergerichtlichen Gestaltung** können Klagen auf eine bereits eingetretene Vertragsänderung aufbauen. Dann muss und kann das Gericht die Rechtslage gar nicht mehr durch Urteil gestalten. Ein allfällig erhobenes Rechtsgestaltungsbegehren wäre ab-

<sup>35</sup> Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 113.

<sup>36</sup> Vgl dazu Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 113.

<sup>37</sup> Siehe dazu Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 116 ff mwN insbesondere zur Diskussion in Deutschland.

<sup>38</sup> Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 149.

<sup>39</sup> Zur Zulässigkeit s Faber, ÖJZ 2022, 123 (134f); Kodek in Bydlinski, Gewährleistungsrecht 104.

<sup>40</sup> Siehe dazu anstelle vieler Dullinger in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> (2025) Vor § 1431 Rz 11 ff mwN.

<sup>41</sup> Siehe zB OGH 3 Ob 202/12 w JBl 2013, 188 mwN.

<sup>42</sup> Dullinger in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> (2025) § 1437 Rz 11 mwN; Lurger in ABGB-ON<sup>1.09</sup> § 1437 Rz 4 (Stand 15. 9. 2023, rdb.at).

<sup>43</sup> Dullinger, Schuldrecht AT<sup>8</sup> (2025) Rz 3/106.

zuweisen (wobei es sich aber um ein geringfügiges Unterliegen iSd § 43 Abs 2 ZPO handeln kann).

Die ordnungsgemäße Ausübung und Dokumentation außergerichtlicher Gestaltungserklärungen wird damit zu einem **Schlüssel für eine erfolgreiche Prozessführung**. Schließlich muss das Gericht die Wirksamkeit der außergerichtlichen Erklärung prüfen – einschließlich Zugang, Voraussetzungen und Inhalt. Sollte diese Prüfung negativ ausfallen, wird spätestens die **Klage als Ausübung des Gewährleistungsrechts** zu werten sein. Damit wird die – rein auf Leistung oder Feststellung lautende (siehe Punkt B.III.) – Klage aber nicht zur (verdeckten) Rechtsgestaltungsklage, sondern erhält schlicht den Charakter einer doppelunktionalen Prozesshandlung. Mit Zugang der Erklärung (in der Verhandlung oder durch Zustellung des Schriftsatzes) treten die materiell-rechtlichen Wirkungen ein, sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen.

## II. Leistungs- und Feststellungsbegehren, Eventualbegehren

Der Übernehmer kann **Leistungsklage** (zB Verbesserung, Rückzahlung infolge Preisminderung oder Vertragsauflösung) oder auch eine **Feststellungsklage** (zB wegen Vertragsauflösung noch vor Fälligkeit des Werklohns) erheben. Das Mahnverfahren scheidet bei Klagen, die auf Mängelbeseitigung (und nicht Geldzahlung) gerichtet sind, schon a priori aus; ebenfalls unzulässig ist es bei Geldleistungsbegehren, wenn die Rückabwicklung Zug um Zug begehrt wird (§ 244 Abs 2 Z 2 ZPO).

Vielfach kann und muss mit **Eventualbegehren** gearbeitet werden. Ihre Erhebung führt zur Gerichtsanhängigkeit und zur Unterbrechung der Verjährungsfrist nach § 1497 ABGB.<sup>44</sup> Nach stRsp ist bei der Bewertung die Höhe der Geldsumme des Eventualbegehrens maßgeblich (§ 56 Abs 1 JN analog) bzw ist eine Bewertung erforderlich, wenn das Begehren nicht in einem Geldbetrag und keine Eigenständigkeit besteht.<sup>45</sup> Erfolgt keine gesonderte Bewertung, dann ist der Streitwert des Hauptbegehrens maßgeblich.<sup>46</sup> Gerade dann, wenn eine **komplexere Staffelung** von Gewährleistungsbehelfen notwendig ist, kommt der korrekten Formulierung der Bedingung größte Bedeutung zu;<sup>47</sup> diesbezügliche Unklarheiten können zur Unbestimmtheit des Begehrens oder auch zur (teilweisen) Unschlüssigkeit der Klage führen.

## III. Rechtsgestaltung per Einrede: Wandel der Verteidigungsstruktur

Eine zentrale Folge der Reform betrifft die einredeweise Erhebung der gewährleistungsrechtlichen Gestaltungsrechte. Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, dass (mit Ausnahme der Aufrechnungseinrede) **über Einreden nicht rechtskräftig abgesprochen** wird. Nach 10 Ob 506/93 (zum alten Gewährleistungsrecht) führte aber die vom Beklagten eingewendete Wandlung dazu, dass der Kaufvertrag „(spätestens)

durch die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß aufgehoben“ wird.<sup>48</sup> Um verschiedene damit verbundene dogmatische Schwierigkeiten zu überwinden, wurde etwa die analoge Anwendung von § 259 Abs 2 ZPO erwogen, was ein rechtsgestaltendes Zwischenurteil ermöglicht hätte.<sup>49</sup>

Diese Probleme gehören zumindest im Gewährleistungsrecht der Vergangenheit an: Der Übernehmer hat mitunter schon vor dem Prozess die Vertragsauflösung erklärt, kann dies aber jedenfalls bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nachholen, was als **doppelrelevante Prozesshandlung** auch die materielle Änderung der Rechtslage mit Zugang der Erklärung an den Kläger bewirkt. Die rechtskräftige Feststellung der Aufhebung des Vertrags können beide Seiten mit **Zwischenfeststellungsantrag** begehren (§§ 236, 259 Abs 2 ZPO).

## IV. „Versäumte Preisminderung“, Umstellung des Begehrens

Nach altem wie neuem Recht kann der Fall auftreten, dass die Geringfügigkeit des Mangels zu Prozessbeginn vom Kläger anders eingeschätzt wird als vom Gegner und letzten Endes vom Gericht. Wer nach altem Recht in der Annahme, einen nicht geringfügigen Mangel zu verfolgen, nur die Wandlung geltend gemacht hatte, sah sich in weiterer Folge mit dem Einwand des Beklagten konfrontiert, dass es für eine Umstellung auf Preisminderung wegen Ablaufs der Frist des § 933 ABGB aF zu spät sei; die Rsp sah schließlich in der Preisminderung kein Minus, sondern ein Aliud im Verhältnis zur Wandlung.<sup>50</sup> Obwohl der Kläger von Anfang an ein Eventualbegehren hätte erheben können, gerierte sich die Rsp in diesem Bereich schon lange eher großzügig: Die **Unterbrechungswirkung der ursprünglichen Klagsführung** wirkte fort, nur diese musste rechtzeitig erfolgt sein; der Gewährleistungsberechtigte konnte selbst **nach Ablauf der Gewährleistungsfrist** das rechtzeitig erhobene Wandlungsbegehren durch ein nachträgliches (hilfsweise gestelltes) Preisminderungsbegehren ergänzen.<sup>51</sup> In die ansonsten zu § 1497 ABGB iVm § 232 Abs 1 ZPO etablierten Grundsätze fügt sich diese Judikatur zwar nicht nahtlos ein. Im Verhältnis zu Verbrauchern erzwingt aber vor allem die Rsp des EuGH derartige Anpassungsmöglichkeiten.<sup>52</sup>

Aufgrund des **GRUG** sind weitere Fallkonstellationen mit vergleichbaren Fragen denkbar. So kann beispielsweise ein Prozess, in dem zunächst nur die Mangelbeseitigung begehrt wurde, ergeben, dass der Vertrag tatsächlich schon vor

<sup>44</sup> Geroldinger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 227 ZPO Rz 84 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

<sup>45</sup> OGH 24. 9. 1969, 5 Ob 177/69.

<sup>46</sup> RIS-Justiz RS0109031.

<sup>47</sup> OGH 6 Ob 214/16 p wbl 2017/39.

<sup>48</sup> OGH 10 Ob 506/93 SZ 67/187; 7 Ob 115/02s ecolex 2003/39; RIS-Justiz RS0086117.

<sup>49</sup> Geroldinger in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON § 411 Rz 141.

<sup>50</sup> OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 219/16v; Geroldinger in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON § 405 Rz 21.

<sup>51</sup> RIS-Justiz RS0018683.

<sup>52</sup> EuGH C-32/12, Duarte Hueros; s dazu OGH 6 Ob 240/19s EvBl 2021/54 (Vonkiltch) = JBl 2021, 589 (Faber).

Klageerhebung durch außergerichtliche Erklärung aufgelöst worden war. Sind in der Zwischenzeit sowohl Gewährleistungs- als auch Verjährungsfrist verstrichen, so sind grundsätzlich auch die aus der Vertragsauflösung resultierenden Leistungsansprüche verjährt (§ 933 Abs 3 ABGB). Im Verbraucherbereich ist vor dem Hintergrund der EuGH-Judikatur anzunehmen, dass die Gerichte vom Fortwirken der Unterbrechung durch die ursprüngliche Klagsführung ausgehen werden. Wollte man diese Aufweichung auch im Verhältnis zwischen Unternehmern oder Privaten annehmen,

wird sich allerdings verschärft die Frage stellen, auf welche **Konstellationen außerhalb des Gewährleistungsrechts** dieser Ansatz noch übertragbar wäre. Dafür könnte ein angepasstes Verständnis des § 235 Abs 4 ZPO eine wesentliche Rolle spielen;<sup>53</sup> dem kann hier aber nicht vertieft nachgegangen werden.

<sup>53</sup> Siehe zum Thema und zum Stand der Rsp *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/13 § 235 ZPO Rz 17 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); *Scholz-Berger* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 235 Rz 6 ff (Stand 9. 10. 2023, rdb.at) mwN.

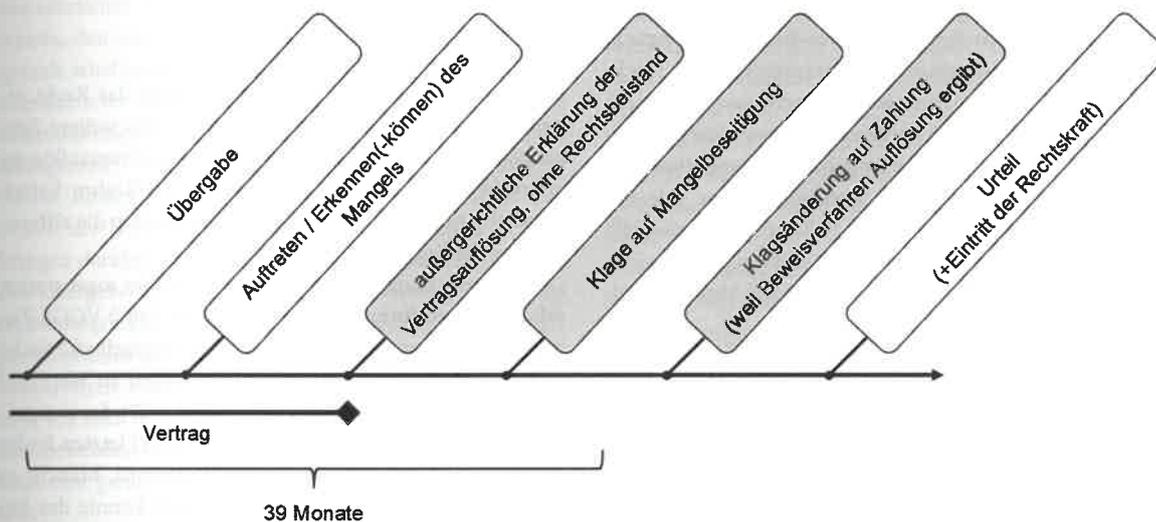


Abbildung 1

## E. Bestimmtheit des Klagebegehrens

### I. Bedeutung im Gewährleistungsprozess, Beispiele

Die **Bestimmtheit des Klagebegehrens** ist (wie die Schlüssigkeit der Klage) eine zentrale Voraussetzung für eine erfolgreiche Prozessführung. Gerade in Bauprozessen können allerdings schon die Beschreibung des Mangels und umso mehr die Formulierung des Begehrens, das zu seiner Beseitigung führen soll, eine **nicht zu unterschätzende Hürde** darstellen. Mitunter tendieren Instanzgerichte dazu, nahezu unerfüllbar hohe Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen, was den OGH schon mehrfach dazu veranlasst hat, einen praktikableren Maßstab einzumahnen.

**Ausgangspunkt** für die Ermittlung des notwendigen Maßes an Bestimmtheit sind § 226 ZPO und § 7 EO. Nach letzterer Bestimmung müssen „Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der geschuldeten Leistung oder Unterlassung“ aus dem Exekutionstitel zu entnehmen sein. Bei Leistungsklagen muss das Erfordernis der Bestimmtheit dem Umstand Rechnung tragen, dass das Begehren dann, wenn der Beklagte es nicht freiwillig erfüllt, **Gegenstand der zwangsweisen Vollstreckung** werden kann. Das Klagebegehren muss also nicht nur den Entscheidungsumfang des Gerichts

klar festlegen (und damit eines der beiden maßgeblichen Abgrenzungselemente des Streitgegenstands liefern), sondern auch dem Beklagten zweifelsfrei den Umfang seiner Leistungs-, Duldungs- bzw. Unterlassungspflicht vor Augen führen und schließlich den Tätigkeitsbereich des Vollzugorgans eröffnen und abgrenzen.<sup>54</sup> Der Gläubiger darf aber bei Schaffung und Durchsetzung eines Exekutionstitels **nicht vor praktisch unüberwindliche Hindernisse** gestellt werden; strenge Anforderungen an die Beschreibung der Leistung im Titel sind daher nur dort zu stellen, wo dies der Natur der Sache nach möglich ist.<sup>55</sup> Eine „jeden Zweifel und jede objektive Ungewissheit ausschließende Präzisierung des Klagebegehrens“ ist nach stRsp nur bei Geldleistungsklagen zu verlangen; „bei anderen Klagen ist dem Erfordernis des § 226 ZPO über die Bestimmtheit des Klagebegehrens jedenfalls dann Genüge getan, wenn man **unter Berücksichtigung des Sprach- und Ortsgebrauchs und nach den Regeln des Verkehrs** daraus entnehmen kann, was begehrt ist. Welche Anforderungen an die Konkretisierung zu stellen sind, hängt von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts und den Umständen des Einzelfalls ab.“<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Geroldinger in *Fasching/Konecny* III/13 § 226 ZPO Rz 102.

<sup>55</sup> Geroldinger in *Fasching/Konecny* III/13 § 226 ZPO Rz 102.

<sup>56</sup> OGH 1 Öb 232/13v MietSlg 66.673.

## II. Bestimmtheit des Mangelbeseitigungsbegehrens

Bezogen auf Verbesserungsbegehren nach § 932 Abs 2 ABGB kommt das **Grundverständnis des OGH** in nachstehendem Rechtssatz zum Ausdruck: „An die Bestimmtheitsanforderungen eines Klagebegehrens sind bei der Durchsetzung von Mängelbeseitigungsansprüchen keine allzu strengen Anforderungen zu stellen.“<sup>57</sup> So ist es nicht erforderlich, dass alle Identifizierungsangaben im Begehren selbst erschöpfend wiedergegeben werden; es kann auch auf Urkunden oder auf andere Unterlagen verwiesen werden, wenn diese zu einem **integrierenden Bestandteil des Begehrens** gemacht werden. Dies gilt insbesondere für Planunterlagen und technische Beschreibungen zum Sanierungsvorgang (zB Sachverständigengutachten).<sup>58</sup> Letzten Endes muss die geschuldete Leistung **allein aus den Angaben im Exekutionstitel** mit ausreichender Sicherheit bestimmbar sein. Die Bestimmbarkeit bloß aufgrund von Kriterien, die außerhalb des Exekutionstitels ermittelt werden müssen, genügt nicht; insbesondere reicht der Verweis im Titel auf Aktenbestandteile des Titelverfahrens nicht.<sup>59</sup>

Das Begehren ist nicht schon deshalb unbestimmt, weil die **technische Durchführung der Verbesserung** nicht umschrieben ist; denn nach der Rsp darf davon ausgegangen werden, dass „die Leistungen den bestehenden Vorschriften und den im betreffenden Geschäftszweig herrschenden Grundsätzen entsprechend ausgeführt werden.“<sup>60</sup> Vielmehr gehen die Gerichte mitunter davon aus, dass der Spruch keine konkrete Bestimmung einer Verbesserungsmaßnahme enthalten dürfte, weil es dem Übergeber freistehe, „die Verbesserung – im Rahmen von Sachkunde und Vertragstreue – im Einzelnen nach bestem Wissen vorzunehmen, ohne sich vom Übernehmer Vorschriften machen zu lassen.“<sup>61</sup> Hingegen darf nicht unklar bleiben, **worin der konkrete Mangel besteht**; auch diesbezüglich finden sich Beispiele für eine „Verdeutlichung des von den Klägern ohnehin [G]ewollten“ durch die Gerichte.<sup>62</sup>

Als **ausreichend bestimmt** erachtete das Höchstgericht etwa

- das Begehren zur „Verbesserung der Abflussanlage dergestalt, dass sie für den ordnungsgemäßen und bestimmungsgemäßen Gebrauch für ein Haus mit acht Parteien – nämlich das im Miteigentum der Streitparteien stehende – geeignet ist“;<sup>63</sup>
- das Begehren, „die mit Baumängeln, nämlich dem Wassereintritt in den Kellerräumlichkeiten, behaftete Wohnhausanlage des Klägers durch geeignete Sanierungsmaßnahmen in einen mangelfreien und ordentlichen Zustand zu versetzen“;<sup>64</sup>
- das Begehren, „Mängel, bestehend in Undichtheit und Verwendung mangelhafter Materials, welche dem Dach und den Terrassen, die sich auf den Gebäuden der [Liegenschaft, Anschrift] befinden, anhaften, [...] derart zu beheben, dass die Dächer und Dachterrassen dem Stand der Technik entsprechen“.<sup>65</sup>

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn die Vornahme von **aufeinander aufbauenden Handlungen** eingeklagt wird; exemplarisch sei auf eine Entscheidung des LGZ Wien verwiesen:<sup>66</sup> Ist das Begehren hinsichtlich des ersten Arbeitsschritts nicht hinreichend bestimmt, womit dieser nicht erzwungen werden kann, fehlt auch eine Grundlage für die Bewilligung der darauf aufbauenden Leistungen; dementsprechend kann die Exekution nach § 353 EO in ihrem gesamten beantragten Umfang nicht bewilligt werden.

## III. Zahlungsbegehren nach Preisminderung, Vertragsauflösung oder wegen Verbesserungsaufwand

Aus der Preisminderung resultiert entweder das Recht, einen Teil des Werklohns zurückzufordern oder weitere Zahlungsbegehren abzuwehren; im Falle der Vertragsauflösung erstreckt sich dies auf den gesamten Werklohn. Sofern Werklohn zurückgefordert wird, fordert die Rsp die **ziffernmäßige Bestimmtheit** des Begehrens.<sup>67</sup>

Die Preisminderung erfolgt dabei nach der sogenannten **relativen Berechnungsmethode** (vgl § 14 Abs 2 VGG). Zumal hier der angemessene Preis für die mangelhafte Sache zu ermitteln ist, muss eine Klage Vorbringen zu Wert und Preis der mangelfreien Sache sowie zum Wert der mangelhaften Sache enthalten. Auch wenn der Wert letzten Endes durch einen Sachverständigen ermittelt wird, braucht es konkretes Tatsachenvorbringen; ansonsten könnte das Beweisangebot des Gutachtens als unzulässiger Erkundungsbegehren gewertet werden. Lässt sich ein Wert der mangelfreien Sache nicht mit Sicherheit ermitteln, dann erachtet die Rsp die Anwendung des § 273 ZPO für zulässig und notwendig.<sup>68</sup>

Nach § 932 Abs 2 und 4 ABGB hat der Übernehmer zunächst die primären Gewährleistungsbefehle (Verbesserung oder Austausch) geltend zu machen. Der Übernehmer darf also nicht beliebig selbst verbessern und dann (wegen nunmehr eingetretener Unmöglichkeit einer Verbesserung durch den Übergeber) Ersatz der Kosten fordern. Hat der Übergeber die Verbesserung nicht in angemessener Frist vorgenommen oder gänzlich verweigert, kann der Übernehmer wegen des Mangels Geldersatz (**Deckungskapital**) gem § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB verlangen. Dieser „zweckgebundene Vorschuss“ wird frühestens zu jenem Zeitpunkt fällig, zu dem der Übernehmer diese Beträge zwecks Scha-

<sup>57</sup> RIS-Justiz RS0117548, zuletzt OGH 25. 3. 2021, 5 Ob 174/20 d; vgl auch Geroldinger in *Fasching/Konecny* III/1<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 120.

<sup>58</sup> RIS-Justiz RS0037420.

<sup>59</sup> RIS-Justiz RS0000489; OGH 26. 9. 2007, 3 Ob 136/07 g.

<sup>60</sup> RIS-Justiz RS0037874 (T 25), zuletzt OGH 27. 5. 2010, 5 Ob 229/09 a; 25. 3. 2021, 5 Ob 174/20 d.

<sup>61</sup> So das LG Eisenstadt als Berufungsgericht zu OGH 1 Ob 112/23 m immolex 2024/11 (*Dobler*).

<sup>62</sup> OGH 1 Ob 112/23 m immolex 2024/11 (*Dobler*).

<sup>63</sup> OGH 18. 1. 1983, 5 Ob 60/82.

<sup>64</sup> OGH 4. 6. 1985, 5 Ob 48/85.

<sup>65</sup> OGH 4 Ob 329/00 m wobl 2003/131.

<sup>66</sup> LGZ Wien 18. 7. 2013, 47 R 137/131.

<sup>67</sup> OGH 8 ObA 30/09h ZIK 2010/287.

<sup>68</sup> OGH 23. 5. 2001, 3 Ob 188/99i.

densbehebung tatsächlich benötigt.<sup>69</sup> Lässt der Übernehmer anschließend die Sanierung nicht oder nur teilweise durchführen, so kann der Übergeber, soweit der zuerkannte Betrag den tatsächlichen Sanierungsaufwand übersteigt, den Restbetrag nach § 1435 ABGB kondizieren. Eine Bereicherung soll nach dem OGH jedoch nur insoweit eintreten, „als der Vorschuss eine aufgrund der Mängel gegenüber einem mangelfreien Werk gegebene (objektive) Wertminderung übersteigt“.<sup>70</sup> Auf diese Funktion des Deckungskapitals sollten Mandanten jedenfalls vor der Prozessführung hingewiesen werden. Doch auch bei einer **voreiligen Selbstvornahme** anerkennt die Rsp einen Anspruch auf Ersatz des Aufwands, den sich der Übergeber erspart hat.<sup>71</sup> Dieser Anspruch wird analog zu § 1168 ABGB konstruiert. Weil es sich damit um eine Anrechnung auf den Werklohn handelt, bildet das ursprünglich vereinbarte Entgelt in jedem Fall die Obergrenze.<sup>72</sup> Eine schlüssige Klage muss somit darlegen, welche Kosten sich der Übergeber erspart hat, nicht nur, welche der Übernehmer selbst getragen hat. Dazu ist Vorbringen darüber zu erstatten, was die Verbesserung durch den Übergeber in dessen eigener Organisation gekostet hätte; mitunter hätte er die Verbesserung günstiger, mit Eigenpersonal oder auf Basis bestehender (Rahmen-)Verträge, durchführen können. Diesbezüglich nimmt die Rsp aber zum Teil auch den Übergeber hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast in die Pflicht.<sup>73</sup> Letzten Endes wird hier oftmals eine gerichtliche Schätzung nach § 273 ZPO geboten sein.

Die Rsp verlangt zudem eine **Aufschlüsselung**, wenn mehrere Forderungspositionen geltend gemacht werden. Dies führt insbesondere bei Teileinklagung immer wieder zu Schwierigkeiten. Macht der Kläger nur einen Teil einer Gesamtforderung geltend und können dabei einzelne Forderungspositionen unterschieden werden, muss er klarstellen, welche Teile von seinem pauschalen Begehren erfasst sein sollen.<sup>74</sup> Die Verpflichtung zu einer solchen Aufschlüsselung besteht aber nur im Fall einer objektiven Klagehäufung.<sup>75</sup> Werden nicht mehrere Ansprüche, sondern ein einheitlicher Anspruch (so ein einheitlicher Gesamtschaden aufgrund derselben Schadensursache) geltend gemacht, nimmt die Rsp eine Überspannung der Verpflichtung zur Präzisierung an, wenn man eine genaue Aufschlüsselung unselbständiger Teilpositionen fordern würde.<sup>76</sup> Aufschlussreich zu dieser Thematik sind Entscheidungen zu 5 Ob 167/23 d und zu 1 Ob 77/23 i, in denen sich der Unterschied zwischen **Klagepositionen aus Preisminderung und Mängelbehebung** zeigt.<sup>77</sup> Der Anspruch aus der Preisminderung wurde vom 5. Senat als ein einheitlicher Anspruch gewertet; eine Aufschlüsselung je nach Art der behaupteten Mängel sei nicht zu verlangen, zumal ja nicht die Mangelhaftigkeit einzelner Werkleistungen, sondern des Gesamtobjekts vorgebracht wurde. Demgegenüber können Teilbegehren auf Ersatz der Kosten, die für die Behebung einzelner Mängel aufgewendet wurden, ein unterschiedliches rechtliches Schicksal haben; daher hielt hier

der 1. Senat eine entsprechende Aufgliederung für unabdingbar.

#### IV. Unbestimmtheit, Anleitung auch vertretener Parteien

Die **Unbestimmtheit des Begehrens** ist in jeder Lage des Verfahrens – auch im Rechtsmittelstadium – von Amts wegen wahrzunehmen.<sup>78</sup> Das Gericht muss den Kläger **anleiten** und ihm einen **Verbesserungsversuch** ermöglichen.<sup>79</sup> Dies gilt nach einem (uE zutreffenden) Teil der Judikatur selbst dann, wenn die **Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten** ist und die Notwendigkeit einer Präzisierung nicht selbst erkannte.<sup>80</sup> So formuliert der OGH etwa zu 3 Ob 90/15 d wie folgt: „Eine Erörterung der mangelnden Bestimmtheit der Klage erübrigte sich nicht, obwohl die Beklagte schon in erster Instanz entsprechende Einwände erhoben hat, haben doch beide Vorinstanzen keinen Verbesserungsauftrag erteilt. Sie haben damit zu erkennen gegeben, dass sie die Einwände der Beklagten für nicht berechtigt erachten.“<sup>81</sup> Ähnlich hat der OGH zur Unschlüssigkeit judiziert;<sup>82</sup> in anderen Entscheidungen verweigert er hingegen die Aufhebung der zweitinstanzlichen Entscheidung zur Erörterung der Unschlüssigkeit, wenn der Prozessgegner diese substantiiert und klar eingewendet hat.<sup>83</sup>

Wird die Unbestimmtheit nicht behoben, ist die Klage nach stRsp **abzuweisen**.<sup>84</sup> Allerdings hat das Gericht das Begehren so zu verstehen, wie es im Zusammenhalt mit der Klagserzählung vom Kläger gemeint ist; **versehentlich unrichtig formulierte Klagebegehren** hat es richtig zu fassen.<sup>85</sup> Maßgebend ist also nicht allein der Wortlaut des Klagebegehrens, sondern auch der Inhalt der Prozessbehauptungen.<sup>86</sup> Das Gericht ist insoweit in der Regel **zur Verdeutlichung verpflichtet**.<sup>87</sup> Dies entspricht der Judikaturlinie zu § 405 ZPO, wonach dem Urteilsspruch vom Amts wegen eine klare und deutliche, auch vom Begehren abweichende Fassung zu geben ist, insbesondere wenn sonst die Vollstreckbarkeit des Urteils gefährdet wäre.<sup>88</sup> Mitunter werden Klagen aber auch durch die Gerichte „verschlimmbessert“,

<sup>69</sup> OGH 1 Ob 160/18 p bbl 2019, 32/37; zum Anspruch nach § 1097 S 2 Alt 1 ABGB (analog) siehe Dullinger, Schuldrecht AT<sup>8</sup> Rz 3/96.

<sup>70</sup> OGH 1 Ob 105/19a JBl 2019, 787.

<sup>71</sup> Kritisch dazu Dullinger, Schuldrecht AT<sup>8</sup> Rz 3/96 nWn.

<sup>72</sup> Siehe dazu Mokrejs, Kostenersatz bei voreiliger Selbstverbesserung, JAP 2009/2010, 53; Reischauer, Gewährleistung und verschuldensunabhängiger Verbesserungskostenersatz, Zak 2011, 323.

<sup>73</sup> OGH 28. 1. 2009, 1 Ob 15/09 a.

<sup>74</sup> RIS-Justiz RS0031014 (T 22, T 25).

<sup>75</sup> RIS-Justiz RS0031014 (T 19, T 23).

<sup>76</sup> RIS-Justiz RS0031014 (T 30); RS0037907 (T 9).

<sup>77</sup> OGH 5 Ob 167/23 d ZVB 2024/25 (Hauser); 1 Ob 77/23 i bbl 2024/26.

<sup>78</sup> RIS-Justiz RS0037469.

<sup>79</sup> RIS-Justiz RS0036355.

<sup>80</sup> RIS-Justiz RS0037166 (T 12).

<sup>81</sup> OGH 3 Ob 222/12 m ecolex 2013/202; RIS-Justiz RS0037300 (T 35); aA noch OGH 6 Ob 255/00 v wobl 2002/6.

<sup>82</sup> OGH 3 Ob 222/12 m ecolex 2013/202.

<sup>83</sup> OGH 29. 4. 2019, 2 Ob 139/18 g.

<sup>84</sup> RIS-Justiz RS0037407.

<sup>85</sup> RIS-Justiz RS0037440.

<sup>86</sup> RIS-Justiz RS0041165; RS0041254.

<sup>87</sup> RIS-Justiz RS0041254 (T 13); RS0037440 (T 17).

<sup>88</sup> RIS-Justiz RS0039357; RS0041254.

wie etwa in einem Fall vor dem OLG Linz: Dieses hielt fest, dass das Klagebegehren noch ausreichend konkret gewesen sei, weil es die gewünschten Arbeiten zur Wiederherstellung eines Fahrrechts und die gewünschte Breite für die Zufahrt angab; der (vom Erstgericht modifizierte) Spruch des (stattgebenden) Urteils habe dem Bestimmtheitserfordernis allerdings nicht mehr entsprochen.<sup>89</sup> Daher sollte das Gericht vorrangig auf eine Klarstellung des Begehrens durch die Partei hinwirken (§§ 182, 182a ZPO); die Aufklärung geht der Auslegung durch das Gericht vor.<sup>90</sup>

Zwar sollte die Unbestimmtheit bereits im Titelverfahren beseitigt werden, ihr kann aber mitunter auch noch durch **Titelergänzung** abgeholfen werden; dies verdeutlicht die erst mit der GREx angepasste Überschrift zu § 7 EO, die nunmehr auch die „Bestimmtheit des Exekutionstitels“ explizit erwähnt. Das Instrumentarium der §§ 7, 10 EO kommt in praxi insbesondere bei Vergleichen zur Anwendung.<sup>91</sup> Bei „gänzlicher Unbestimmtheit“ lehnen Teile der Lehre eine Titelergänzung freilich ab.<sup>92</sup>

### V. Leistungsfrist

Bei Verurteilung zur „Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäftes“ hat das Gericht „zur Erfüllung der Verbindlichkeit mit Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verpflichteten eine angemessene Frist zu bestimmen“ (§ 409 Abs 2 ZPO). Die Festsetzung erfolgt von Amts wegen, ein Antrag ist nicht erforderlich. Ein Titel **ohne Anspruch über eine Leistungsfrist ist sofort vollstreckbar**. Gewährt der Kläger eine längere als die in § 409 ZPO vorgesehene Leistungsfrist, hat das Gericht dies bei der Fristbestimmung zu berücksichtigen;<sup>93</sup> dies galt unter anderem für eine Vereinbarung, wonach die Leistungsfrist 30 Tage nach Rechtskraft beginnen sollte.<sup>94</sup>

Die Leistungsfrist läuft ab Wirksamkeit (§ 416 ZPO) oder Rechtskraft (§ 409 Abs 3 ZPO) der Entscheidung. Nach hA handelt es sich dabei um eine vom Gericht eingeräumte **Exekutionsstundung**; die Vollstreckbarkeitsbestätigung ist erst nach dem Verstreichen der Leistungsfrist zu erteilen (§ 7 Abs 2 EO). Die Leistungsfrist ändert aber nichts an der Fälligkeit und am Fortbestehen eines (objektiven) Verzugs.<sup>95</sup>

### F. Ersatz vorprozessualer Kosten

Im Vorfeld eines Bauprozesses laufen regelmäßig auf beiden Seiten hohe Kosten an, etwa für die **Beweissicherung**, die **Korrespondenz mit der Gegenseite oder Subunternehmern**, für **Gutachten und Anwaltsschreiben**; zum Teil kommt es zu Verzögerungen im Baufortschritt, was wiederum Folgekosten nach sich zieht. Während manche dieser Positionen nur dann ersatzfähig sind, wenn eine gesonderte materiell-rechtliche (insbesondere verschuldensabhängige) Anspruchsgrundlage existiert, können andere als sogenannte vorprozessuale Kosten geltend gemacht werden. Gesetz-

liche Anhaltspunkte dafür finden sich in § 40 Abs 1 und § 41 Abs 1 ZPO, wenngleich diese Bestimmungen keine abschließende Definition liefern.<sup>96</sup> Nach der Rsp sind „Kosten für Mahnschreiben [...] wie alle Kosten der Beweissammlung und der Prozessvorbereitung sogenannte vorprozessuale Kosten, die als Prozesskosten im Sinne des § 41 ZPO anzusehen sind, wenn der Aufwand zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war“.<sup>97</sup>

Vorprozessuale Kosten werden **nicht im Hauptsacheverfahren**, sondern **im Kostenverzeichnis** (§ 54 ZPO) geltend gemacht.<sup>98</sup> Sie sind damit akzessorisch zum Hauptanspruch, teilen also sein Schicksal im Hinblick auf die Ersatzquote.<sup>99</sup> Sie können selbst dann nicht gesondert eingeklagt werden, wenn noch kein Verfahren über den Hauptanspruch anhängig ist.<sup>100</sup> Trotz dieser besonderen Art der Durchsetzung handelt es sich nach richtiger Ansicht (entgegen der Rsp) beim Kostenersatzanspruch nicht um einen öffentlich-rechtlichen, sondern einen privatrechtlichen Ersatzanspruch.<sup>101</sup>

Die vorprozessualen Kosten müssen im Kostenverzeichnis **nachgewiesen**, dh, durch Urkunden belegt, **konkret individualisiert** und **dem Prozess klar zuordenbar** sein. Eine nähere **Beweisführung** ist im Kostenverfahren aber **ausgeschlossen** (§ 52 ZPO). Wird die rechtzeitige Geltendmachung nach § 54 ZPO versäumt, sind diese Kosten in der Regel **verloren**. Ihre selbständige Einforderung ist nur möglich, wenn der Hauptanspruch durch Erfüllung, Verzicht oder Anerkenntnis erledigt ist<sup>102</sup> oder sie Inhalt einer privatrechtlichen Vereinbarung (Vergleich, Anerkenntnis) sind.<sup>103</sup>

Die Rsp ist bei der Beurteilung der Ersatzfähigkeit streng und **kasuistisch**.<sup>104</sup> Die **Prozessbezogenheit** ist das zentrale Kriterium.<sup>105</sup> Die notwendige **unmittelbare Verbindung** zur Prozessführung wurde etwa bejaht bei den Kosten außergerichtlicher Vergleichsverhandlungen,<sup>106</sup> eines Beweissicherungsantrags<sup>107</sup> oder einer einstweiligen Verfügung vor Prozessbeginn,<sup>108</sup> der Privatbeteiligung im vorangegangenen Strafverfahren<sup>109</sup> oder einer für die Prozessvorbereitung notwendigen außergerichtlichen Sammlung des Beweismaterials und des Prozessstoffs.<sup>110</sup>

<sup>89</sup> OLG Linz 19. 5. 1993, 2 R 58/93.

<sup>90</sup> Geroldinger in *Fasching/Konecny* III<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 99 mwN.

<sup>91</sup> Vgl. LGZ Graz 23. 6. 2021, 4 R 58/21k.

<sup>92</sup> *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO<sup>3</sup> § 10 Rz 10/1.

<sup>93</sup> RIS-Justiz RS0041290.

<sup>94</sup> OGH 24. 3. 1954, 3 Ob 196/54.

<sup>95</sup> Geroldinger in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 409 ZPO Rz 3.

<sup>96</sup> Obermaier, *Kostenhandbuch*<sup>4</sup> Rz 1.382.

<sup>97</sup> RIS-Justiz RS0035770.

<sup>98</sup> RIS-Justiz RS0037070; OGH 26. 5. 2020, 2 Ob 153/19t; 7 Ob 126/23i EvBl 2024/87.

<sup>99</sup> OGH 7 Ob 126/23i EvBl 2024/87; RIS-Justiz RS0111906.

<sup>100</sup> OGH 8 Ob 83/22x EvBl 2023/13 (*Hargassner*); RIS-Justiz RS0035747.

<sup>101</sup> Obermaier, *Kostenhandbuch*<sup>4</sup> Rz 1.2 mwN.

<sup>102</sup> RIS-Justiz RS0035837.

<sup>103</sup> RIS-Justiz RS0035837.

<sup>104</sup> Siehe dazu die Übersicht bei *Thiele*, *Anwaltskosten*<sup>4</sup> (2023) Rz 11ff.

<sup>105</sup> OGH 1 Ob 189/12v AnwBl 2013, 54.

<sup>106</sup> OGH 3. 2. 2005, 2 Ob 261/04b.

<sup>107</sup> RIS-Justiz RS0036022.

<sup>108</sup> *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 40 ZPO Rz 5 mwN.

<sup>109</sup> OGH 9 Ob 7/09h MietSlg 61.211; Obermaier, *Kostenhandbuch*<sup>4</sup> Rz 1.405.

<sup>110</sup> *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 40 ZPO Rz 5 mwN.

Eine besondere Kategorie bilden seit jeher die „**Kosten der Schadensfeststellung**“; nach der Rsp soll es sich dabei nicht um vorprozessuale Kosten handeln,<sup>111</sup> wenn

- ein Gutachten nicht in erster Linie einer (späteren) Prozessführung, sondern dazu dient, dem Auftraggeber eine Grundlage zur Ermittlung seiner Ansprüche bzw Rechtsposition zu verschaffen, obwohl noch nicht feststeht, ob es zu einem Rechtsstreit kommt;
- ein besonderes Interesse an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozess besteht.

Gutachten zur Ermittlung des Umfangs der Verbesserungsarbeiten<sup>112</sup> und „reine Rechtsgutachten“<sup>113</sup> hat der OGH hingegen den in die Kostennote aufzunehmenden Positionen zugeordnet.

**Nicht ersatzfähig** sind dagegen solche Aufwendungen, die **auch ohne Prozessrisiko** ohnehin angefallen wären – etwa Kosten, die primär der Vertragserfüllung, der Sanierung oder allgemeinen Verwaltung dienen.

Einen weiteren Sonderfall bilden die **Mahnkosten**, auf die seit der Novellierung des § 1333 ABGB durch Art 1 Z 2 ZinsRÄG bei Anwälten das RATG anwendbar ist; Mahnschreiben durch Rechtsanwälte sind weiterhin vorprozessuale Kosten.<sup>114</sup>

Wenngleich das **GRUG** insofern **keine unmittelbare Änderung** bewirkt hat, so erscheint doch nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der erweiterten Möglichkeiten außergerichtlichen Handelns die Frage der **Prozessbezogenheit der Schritte zur Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen** strenger geprüft oder abweichend von der bisherigen Rsp beurteilt wird.

## G. Resümee

Auch nach dem GRUG erfordern Bauprozesse eine besonders vorausschauende Prozessführung. Dazu zählen unter anderem die frühzeitige Prüfung außergerichtlicher Korrespondenz, die kluge Formulierung und Staffelung der Klagebegehren und eine penible Argumentation zur Prozessbezogenheit von vorprozessualen Kosten. Wer nachfolgende Punkte beachtet, kann die erweiterten Spielräume nutzen und Haftungsfallen vermeiden:

- **Neues Fristenregime:** Die Kombination aus Gewährleistungsfrist und dreimonatiger Verjährungsfrist (§ 933 ABGB) macht eine strikte Fristenkontrolle unabdingbar. Besonders bei Bauwerken, wo Mängel oft spät auftreten, droht ein enges Zeitfenster für die Klagevorbereitung. Vertragsklauseln zur Fristenthematik sind mit größter Vorsicht zu formulieren; bislang verwendete Formulierungen können nach dem neuen Regime missverständlich sein und zu unerwünschten Ergebnissen führen.
- **Außergerichtlich ausübbarer Gestaltungsrechte:** Preisminderung und Vertragsauflösung können nun bereits außergerichtlich erklärt werden. Für die Prozessstrategie bedeutet dies, dass Anwälte frühzeitig prüfen müssen, ob bereits wirksame Gestaltungsakte vorliegen – andernfalls droht eine gänzlich verfehlte Prozessstrategie. Diesbezügliche Risiken können schon bei der Vertragsgestaltung be-

dacht und die Mandanten durch Formvorbehalte, die Vereinbarung von Widerrufsmöglichkeiten und dergleichen vor Überraschungen bewahrt werden.

- **Klagegestaltung:** Die Bestimmtheit des Klagebegehrens ist ein Kernrisiko. Verbesserungsbegehren müssen so konkret sein, dass ein exekutionsfähiger Titel entsteht, dürfen aber den Übergeber nicht unzulässig einschränken. Eventualbegehren sind strategisch einzusetzen, um das Risiko von Unwägbarkeiten im Rechtlichen und Tatsächlichen (zB Einschätzung der Schwere des Mangels) abzufangen. Die Zulässigkeit von Feststellungsklagen zur Wahrung von Fristen ist umstritten.
- **Vorprozessuale Kosten:** Gerade im Baubereich entstehen regelmäßig erhebliche Kosten schon vor Klageeinbringung – etwa durch Beweissicherung, Sachverständigen-gutachten, anwaltliche Mahnschreiben oder Vergleichsverhandlungen. Die Rsp prüft streng, ob derartige Aufwendungen prozessbezogen waren. Derzeit ist offen, ob das GRUG insofern eine Veränderung der Rsp bewirken wird; schließlich können die Rechte nun auch außergerichtlich verfolgt werden. Konkretes Vorbringen dazu kann vor Überraschungen bewahren.

<sup>111</sup> OGH 29. 11. 2016, 6 Ob 195/16v; RIS-Justiz RS0023583; RS0117340.

<sup>112</sup> OGH 4 Ob 515/94 RZ 1995/92.

<sup>113</sup> OGH 7 Ob 194/09v EvBl 2010/68 (Fenyves); aA 9 ObA 33/13p RdW 2013/672.

<sup>114</sup> Siehe zB OGH 7 Ob 126/23i EvBl 2024/87.



ÖSTERREICHISCHE  
NOTARIATSKAMMER

## Wissenschaftspreis des österreichischen Notariats 2026

Die Österreichische Notariatskammer unterstützt alle zwei Jahre eine hervorragende wissenschaftliche Arbeit mit Praxisbezug, die dazu geeignet ist, Streitverfahren durch Notariats-tätigkeit vorzubeugen und zur Förderung von Recht ohne Streit beizutragen, mit dem Wissenschaftspreis des österreichischen Notariats.

Die Teilnahmebedingungen finden Sie unter [ihr-notariat.at/wissenschaftspreis](http://ihr-notariat.at/wissenschaftspreis).

Einsendeschluss: 31. Jänner 2026

