

# JUDIKATUR

## Erschwernis der Mangelbehebung durch Besteller

1. Erschwert der Besteller die Behebung eines Mangels derart, dass sich die Kosten verfünffachen, so verliert er das Leistungsverweigerungsrecht.
2. Die Klägerin ist zu der jetzt noch möglichen Verbesserung, die etwa das Fünffache kostet, nicht verpflichtet.

OGH 22.06.2012, 6 Ob 77/12k

Deskriptoren: Gewährleistung, Verbesserung, Unmöglichkeit der Verbesserung, Erschwernis der Mangelbehebung; §§ 922, 932 ABGB.

---

### Sachverhalt

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin eine Dachgaube um den Bruttopauschalpreis von 23.000 EUR. Nach-

dem die Klägerin ihre Arbeiten beendet hatte, erfuhr die Beklagte, dass die Isolierung nicht ordnungsgemäß war. Die Beklagte verständigte die Klägerin aber nicht davon.

Die Beklagte kaufte in der Folge Gipskartonplatten und beschäftigte ein Maurerunternehmen, wobei sie einen Mitarbeiter dieses Unternehmens anwies, die fehlende Isolierung vorzunehmen, was dieser verweigerte, weil es

nicht zu seinem Aufgabenbereich gehöre. Seiner Meinung nach würde es aber ohnehin ausreichen, wenn die Platten „dazumontiert“ würden.

Für die Beklagte war klar ersichtlich, dass in manchen Bereichen keine Dampfsperre vorhanden war. Trotzdem ließ sie zu, dass die Gipskartonplatten auf der Innenseite der Außenmauer dazugeschraubt und verputzt wurden. Die nicht vorhandene Dämmung im Bereich der Dachschräge sowie die unsachgemäße Dampfsperre sind wesentliche technische Mängel. Der Maurer, der die Gipskartonplatten aufbrachte, hätte leicht sehen können, dass die Dampfsperre nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Er hätte die Gipskartonplatten beim vorhandenen Zustand der Wand dahinter so nicht aufbringen dürfen.

Wären die von der Klägerin mangelhaft bzw nicht vollständig durchgeführten Arbeiten vor den Arbeiten des Maurers fertiggestellt und die Mängel beseitigt worden, hätte dies 882 EUR gekostet. Durch die nachfolgenden Arbeiten des von der Beklagten beschäftigten Maurers erhöhten sich die Sanierungskosten auf insgesamt brutto 4.446 EUR.

Eine von der Klägerin hergestellte Dachrinne weist ein unzulässiges Gegengefälle auf; die Reparatur kostet 192 EUR.

Die Beklagte hat auf das vereinbarte Gesamtpauschalhonorar bisher 15.000 EUR bezahlt.

Die Klägerin begehrte ursprünglich den restlichen Werklohn von 8.000 EUR, schränkte die Klage dann aber um die (ursprünglich notwendigen) Kosten für die Verbesserung der Dämmung sowie um die Kosten für die Reparatur der Dachrinne ein, womit sie noch 6.926 EUR begehrte.

Die Beklagte wendet wegen nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrags mangelnde Fälligkeit ein, es werde weiterhin Verbesserung begehrt.

### Die Entscheidungen bis zum OGH

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es folgerete rechtlich, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei schikanös.

Das Berufungsgericht bestätigte das erstgerichtliche Urteil. Es verwarf zwar die Begründung des Erstgerichts, meinte aber, durch die Klageeinschränkung habe die Klägerin die Verbesserung endgültig verweigert, weshalb der Beklagten gemäß § 932 Abs 4 Satz 2 ABGB das Recht auf Verbesserung und somit das darauf gestützte Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr zustehe. Die Beklagte könne nur mehr Preisminderung, Wandlung oder allenfalls Ersatz der Verbesserungskosten begehren, habe aber unter diesen sekundären Gewährleistungs- bzw Schadenersatzbehelfen keine Wahl getroffen.

### Die Entscheidung des OGH

Die Revision ist zulässig, weil dem Berufungsgericht eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung unterlaufen ist, sie ist aber nicht berechtigt.

#### 1. Zur endgültigen Verweigerung der Verbesserung durch die Klägerin:

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann in der (nicht mit Anspruchsverzicht verbundenen, vgl RIS-Justiz RS0039535) Klageeinschränkung durch die Klägerin um die (ursprünglich notwendig gewordenen) Verbesserungskosten nicht mit der nach § 863 ABGB notwendigen Zweifelsfreiheit (RIS-Justiz RS0014146) auf eine Verweigerung der Verbesserung, die nach § 932 Abs 4 ABGB dem Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder Wandlung gibt, geschlossen werden. Durchaus denkbar wäre nämlich auch, dass die Klägerin zunächst nur den preisgeminderten Werklohn verlangen wollte und je nach Einigung mit der Beklagten oder nach deren Verlangen es entweder dabei bewenden lassen oder in der Folge doch verbessern und dann von der Beklagten den restlichen Werklohn notfalls mit Klage geltend machen würde.

Darauf, ob die Klägerin die Verbesserung endgültig verweigert hat, kommt es aber aus den folgenden Erwägungen nicht an.

#### 2. Zur mangelhaften Dämmung:

Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers erlischt, sobald er die Fertigstellung des Werks durch den Unternehmer verhindert oder unmöglich macht oder wenn er das noch unvollendete Werk von einem Dritten vervollständigen lässt (RIS-Justiz RS0021925 [T8]; RS0019929 [T6]; RS0020161 [T7]).

Im Fall 6 Ob 85/05a verweigerte der beklagte Werkbesteller einer Küche deren mögliche Verbesserung durch den klagenden Werkunternehmer. Der 6. Senat führte aus: § 932 Abs 2 erster Satz ABGB sei dahin auszulegen, dass sich der Übernehmer auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung nicht berufen könne. Wenn primär Verbesserung zu gewähren und dem Übergeber damit eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einzuräumen sei, dürfe es nicht im Belieben des Übernehmers liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ad absurdum“ zu führen (RIS-Justiz RS0120246).

Im Fall 8 Ob 14/08d ließ der klagende Käufer den gekauften mangelhaften Oldtimer nicht vom beklagten Verkäufer, sondern von einer anderen Werkstatt teilweise reparieren. Der 8. Senat führte unter Hinweis auf 6 Ob 85/05a aus, der Übergeber solle also grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben, den vertrags-

gemäßen Zustand herzustellen (RIS-Justiz RS0120246 [T1]).

Mit diesen Fallkonstellationen ist auch der vorliegende Sachverhalt betreffend die mangelhafte Dämmung vergleichbar. Die Beklagte hat durch die von ihr veranlassenen Maßnahmen die ursprünglich um einen Aufwand von 882 EUR mögliche Verbesserung vereitelt. Die Klägerin ist zu der jetzt noch möglichen Verbesserung, die etwa das Fünffache (4.446 EUR) kostet, nicht verpflichtet.

Die Beklagte kann sich auf die von ihr herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung der Dämmung somit nicht berufen und hat das Leistungsverweigerungsrecht verloren.

Daran änderte auch eine nachfolgende Weigerung der Klägerin zu verbessern nichts. Dieser Umstand ist daher ebensowenig entscheidungswesentlich wie die Frage, ob die Beklagte als sekundären Gewährleistungsbefehl Wandlung, Preisminderung oder allenfalls Ersatz der Verbesserungskosten begehrt.

Dem Willen des Gesetzgebers kann nicht entnommen werden, dass der in § 932 Abs 2 und 4 ABGB normierte „Vorrang der Verbesserung“ die Konsequenz haben sollte, dass der Übernehmer bei „voreiliger Selbstvornahme“ der Verbesserung endgültig mit den gesamten Kosten der Verbesserung belastet bleiben soll (RIS-Justiz RS0123968). Er kann vielmehr den Ersatz seines Aufwands jedenfalls insoweit ersetzt verlangen, als dieser

Aufwand auch den Übergeber getroffen hätte (RIS-Justiz RS0123968 [T2]). Die Klägerin hat diesen (ursprünglich notwendigen) Aufwand für die Dämmung durch die Klageeinschränkung von ihrem Werklohn bereits abgezogen, sodass insoweit das Klagebegehren nicht mehr zu mindern ist.

### 3. Zur mangelhaften Dachrinne:

Die Verbesserung der Dachrinne ist noch möglich. Da der dafür notwendige Aufwand von 192 EUR nur rund 0,8 % des gesamten Werklohns bzw rund 2,7% des Restwerklohns ausmacht, scheidet diesbezüglich das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten am Schikaneverbot (vgl 6 Ob 72/00g; 2,8% vom Restwerklohn bzw 1,7% vom Rechnungsbetrag; vom Berufungsgericht bejahte Schikane vertretbar; 1 Ob 262/07x: 2% vom Restwerklohn; 3 Ob 150/04m; RIS-Justiz RS0020161; RS0021730). Auch diesen Verbesserungsaufwand hat die Klägerin durch die Klageeinschränkung vom ursprünglichen Klagebegehren bereits abgezogen.

### 4. Ergebnis:

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt die Fälligkeit des (geminderten) Werklohns und somit die Berechtigung des (eingeschränkten) Klagebegehrens, weshalb die angefochtene Entscheidung zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis richtig ist.

---

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Gegenständlich wurde die Behebung eines Mangels durch Maßnahmen der Bestellerin wesentlich (nämlich auf das etwa Fünffache) verteuert, was als Unmöglichkeit der Verbesserung gewertet wird – und in diesem Fall besteht kein Leistungsverweigerungsrecht (weil die damit verfolgte Druckausübung sinnlos wäre). Unmöglich ist die Behebung des Mangels aber eben nicht geworden, sondern nur wesentlich teurer – doch auch zu einer wesentlichen teureren Verbesserung ist der Unternehmer nicht verpflichtet. Stellt sich natür-

lich die Frage, ob auch eine unwesentliche Verteuerung das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers ausschließt.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts des Bestellers wird bei Verbesserungskosten iHv 2,7% des Restwerklohns als schikanös erachtet. Abgesehen von diesem Verhältnis wird hier nicht weiter untersucht, ob ein besonderer Grund für eine Druckausübung besteht (besondere Expertise oder „Verschränkung“ von Gewährleistungspflichten).