

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebung bei Errichtung eines zu großen Bauwerks

1. Unter Verbesserung eines mangelhaften Werkes ist die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands zu verstehen.
2. Die Unverhältnismäßigkeit einer Mängelbehebung ist dann zu bejahen, wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Unternehmer steht, wobei insbesondere die für den Unternehmer durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind.
3. Die Fälligkeit des Werklohns kann nur so lange hinausgeschoben werden, als ein Mängelhebungsanspruch besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt. Fällt dieses Interesse weg, besteht kein Bedürfnis nach Gewährung eines gänzlichen Leistungsverweigerungsrechts.

OGH 9.4.2015, 7 Ob 29/15p

Deskriptoren: Werkvertrag, Gewährleistung, Mängelbehebung, Preisminderung; § 1167 ABGB.

Sachverhalt

Die Beklagten als Bauherrn und die klagende Partei als Bauunternehmer schlossen einen Bauwerkvertrag über die Baumeisterarbeiten für ein Einfamilienhaus ab. Die klagende Partei begehrt ausstehenden Werklohn ein. Infolge einer fehlerhaften Planung einerseits – bei der Erstellung des Einreichplans wurde das Grundstück um 5 bis 9 cm breiter angenommen, als es tatsächlich ist – sowie von Ausführungsfehlern der klagenden Partei und von den Beklagten beschäftigter Dritter andererseits – das Gebäude wurde von der klagenden Partei um 10 bis 14 cm breiter gebaut als im Polierplan vorgesehen und durch von den Beklagten beschäftigte Dritte mit einem Vollwärmeschutz mit einer Stärke von 23 cm statt 20 cm versehen – besteht an der nördlichen Grundgrenze eine kumulierte Unterschreitung des gesetzlichen seit-

lichen Mindestabstands des Gebäudes von der Grundgrenze um 24 cm.

Um den seitlichen Mindestabstand herzustellen, ist es nötig, dass entweder der nordwestliche Bauteil rückgebaut wird oder von den Beklagten im Bereich der Unterschreitung ein 24 cm breiter Grundstreifen von der Grundstücksnachbarin erworben wird.

Der Rückbau würde Kosten von EUR 10.000,- netto verursachen. Der gleiche Effekt lässt sich dadurch erzielen, dass das Walmdach abgeschnitten wird, was jedoch optisch unschön wird. Technisch ist das Abschneiden des Dachs ohne Verlust für die Funktionalität machbar.

Für den Erwerb eines 24 cm breiten Grundstreifens entstehen Kosten von etwa EUR 4.000,-; darin sind die Grundkosten, die Vermessungskosten, die Vertragserrichtung, die grundbücherliche Abwicklung und die geänderte Einreichung bei der Baubehörde inkludiert. Dadurch steigt der Verkehrswert der Liegenschaft um EUR 500,- bis EUR 1.000,-.

Die Grundstücksnachbarin hat der klagenden Partei die lastenfreie Übertragung eines Grundstreifens von 50 cm

Breite angeboten; dieses Angebot ist nach wie vor aufrecht; die klagende Partei hat den Beklagten die unentgeltliche Übertragung dieses Grundstreifens angeboten. Abgesehen davon haben die Beklagten weitere Mängel behauptet, die aber allesamt von der klagenden Partei behoben wurden.

Die Urteile der Vorinstanzen

Das Erstgericht sprach die Klagsforderung (abgesehen von einem Zinsbegehren) vollinhaltlich zu, weil die klagende Partei bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz alle von ihr zu vertretenden Mängel saniert und das Werk vertragsgemäß ausgeführt habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht statt:

Zur – hier einzig interessierenden – Unterschreitung des Bauwichts wird ausgeführt: Gemäß § 932 Abs 2 ABGB kann der Übernehmer (zunächst) nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, die Verbesserung oder der Austausch wäre unmöglich oder für den Übergeber – verglichen mit einer anderen Abhilfe – mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden.

Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend; es ist vielmehr vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen; wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen (OGH RIS-Justiz RS0022044; vgl auch *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 932 ABGB Rz 18).

Auszugehen ist in diesem Zusammenhang zunächst davon, dass nach dem Vorbringen der Beklagten (und den erstgerichtlichen Feststellungen) der aus der „Übergröße“ des ausgeführten Baus resultierende Mangel darin liegt, dass der gesetzliche Bauwicht gemäß § 5 Z 1 Oö. BauTG nicht eingehalten wird. Aus dem Titel der Verbesserung können die Beklagten grundsätzlich nur die Herstellung des Werks im vertragsgemäßen Zustand verlangen. Auch in diesem Zustand wäre jedoch nach den Feststellungen der gesetzliche Bauwicht nicht eingehalten; es würde sich lediglich der Verstoß von 24 cm auf 12 cm halbieren. Die von den Beklagten begehrte Sanierung durch Rückbau würde daher den behaupteten Mangel nicht beheben, sodass ihr Interesse an der Sanierung als (eher) gering zu bewerten ist.

Bei der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes ist nicht nur auf Kosten-, sondern

generell auf (Un-)Zumutbarkeitserwägungen abzustellen (vgl etwa *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 932 ABGB Rz 4). Neben den unbekämpft festgestellten Sanierungskosten von EUR 10.000,- ist daher auch der Ablauf des durchgeführten Verfahrens in Betracht zu ziehen, in dem die Beklagten zum einen – neben berechtigten Einwänden – auch eine Anzahl im Ergebnis unberechtigter Einwände erhoben haben [...] und zum anderen während des Verfahrens immer wieder neue Mängel behauptet haben, was zur mehrfachen Zurückweisung von Vorbringen geführt hat.

Eine Gesamtbetrachtung und Abwägung der Interessen der Beklagten einerseits und der klagenden Partei andererseits führt insgesamt zur Qualifikation des mit der Verbesserung dieses Mangels durch Rückbau verbundenen Aufwands als unverhältnismäßig. Die Beklagten können daher diese Art der Verbesserung nicht verlangen und sind gemäß § 932 Abs 4 ABGB auf das Recht auf Preisminderung beschränkt; aufgrund der Geringfügigkeit des Mangels – auch bei mangelfreier Erbringung hätte der Bau gegen § 5 Abs 1 Oö. BauTG verstoßen – scheidet ein Anspruch auf Wandlung aus.

Eines Angebots der Übertragung eines Grundstreifens – wobei dieser in Anbetracht des von der klagenden Partei zu vertretenden Überbaus von 12 cm ebenfalls nicht breiter als 12 cm sein müsste – hat es daher nicht bedurft.

Selbst wenn der Aufwand der Verbesserung durch Rückbau nicht als unverhältnismäßig zu qualifizieren wäre, wäre daraus für die Beklagten nichts gewonnen: Die Verbesserung hat nämlich zwar in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für die Erwerber – was gegen einen Rückbau spricht – zu erfolgen; in diesem Rahmen hat aber der Übergeber zu entscheiden, welchen Verbesserungsweg er zur Herstellung des geschuldeten Zustands wählt (*P. Bydlinski* in KBB⁴ § 932 ABGB Rz 8 unter Hinweis auf OGH 1 Ob 93/11z). Es steht daher dem Werkunternehmer frei, die Verbesserung – wenn auch im Rahmen von Sachkunde und Vertragstreue – im Einzelnen nach dem eigenen besten Wissen vorzunehmen, ohne sich hierfür vom Besteller Vorschriften machen lassen zu müssen (vgl OGH 7 Ob 543/76).

Ausgehend von der Begründung für den vorliegenden Mangel – dem Verstoß gegen § 5 Z 1 Oö. BauTG – bestehen (an sich) zwei Sanierungsmöglichkeiten, nämlich einerseits ein Rückbau – wobei (wie bereits ausgeführt) durch einen Rückbau auf die vereinbarten Maße der Mangel zur Gänze saniert wird –, andererseits die Übertragung eines ausreichend breiten Grundstreifens an die Beklagten, deren (grundsätzliche) Eignung zur Sanierung von den Beklagten in der Berufung nicht bestritten wird. Nach dem festgestellten Sachverhalt sind – insbesondere aufgrund der kostenlosen und lastenfreien

(auch den von den Beklagten zu vertretenden Planungsfehler sanierenden) Übertragung – damit keine Unannehmlichkeiten für die Beklagten verbunden, sondern vielmehr eine Wertsteigerung ihres Grundstücks. Damit konnte die klagende Partei jedenfalls auch die Sanierung durch Grundübertragung wählen. Dafür ist weder erforderlich, dass die klagende Partei diesen Grundstreifen zunächst selbst erwirbt, noch dass das Angebot der Verkäuferin von der klagenden Partei unterfertigt ist; vielmehr ist das festgestellte Angebot ausreichend.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die außerordentliche Revision der Beklagten wird zurückgewiesen. [...]

2. Unter Verbesserung eines mangelhaften Werkes ist die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands zu verstehen (7 Ob 211/09v mwN).

3. Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer nach § 932 Abs 4 ABGB das Recht auf Preisminderung. Die Unverhältnismäßigkeit ist dann zu bejahen, wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Übernehmer steht, wobei insbesondere die für den Übernehmer durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigten sind (RIS-Justiz RS0121684). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen (vgl RIS-Justiz RS0022044). Der vom Unternehmer zu leistende Aufwand ist aber

unter der Voraussetzung unverhältnismäßig, dass der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegen den für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, dass Vorteil und Aufwand im offensichtlichen Missverhältnis stehen (RIS-Justiz RS0021717). Ob diese Voraussetzung im Einzelfall vorliegt, hängt aber jeweils von den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falls ab, denen keine über diese hinausgehende Bedeutung zukommt (6 Ob 274/06x).

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, dass, da die Nichteinhaltung des gesetzlichen Bauwuchs von 24 cm lediglich im Rahmen von 12 cm von der Klägerin zu vertreten und von ihr im Rahmen der Gewährleistung auch nur in diesem Umfang zu verbessern wäre, der Bauwuchs aber weiterhin nicht eingehalten wäre, sodass der geforderte Rückbau den Beklagten keinen Vorteil brächte und mit dem damit verbundenen Aufwand im offensichtlichen Missverhältnis stünde. Diese Beurteilung hält sich im Rahmen der oberstgerichtlichen Rechtsprechung.

4. Die Fälligkeit des Werklohns kann nur so lange hinausgeschoben werden, als ein Verbesserungsanspruch besteht und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liegt. Fällt dieses Interesse weg, besteht kein Bedürfnis nach Gewährung eines gänzlichen Leistungsverweigerungsrechts (RIS-Justiz RS0019929).

Mit ihrer Argumentation, das Klagebegehren wäre mangels Fälligkeit abzuweisen, weil die Beklagten – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – die Mängelbehebung im Herbst 2013 nicht abgelehnt und sie daher weiterhin ein gänzlichendes Leistungsverweigerungsrecht hätten, zeigen sie keine erhebliche Rechtsfrage ausgehend vom festgestellten Sachverhalt auf. Hinsichtlich des Mangels „Übergröße“ des Gebäudes wurde ihr Verbesserungsanspruch vertretbar verneint, der Überbau der Garage als unbehebbar qualifiziert und die übrigen Mängel waren bei Schluss der Verhandlung behoben. Die Fälligkeit des Werklohns war damit bewirkt.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch¹

Die vorliegende Entscheidung ist sehr knapp ausgefallen und beschränkt sich im Wesentlichen auf das Zitat einiger Rechtssätze. Dass das Interesse und damit die gewidmete Auf-

merksamkeit für diesen Fall nicht überbordend gewesen sein dürfte, lässt sich daraus schließen, dass die Gliederungsnummer „4.“ zwei Mal vorkommt (das zweite – nicht ab-

1 Von einer der Streitparteien mit der Bitte um Einschätzung kontaktiert, aber nicht am Verfahren beteiligt.

gedruckt – Mal vor dem Absatz, dass keine weitere Begründung erforderlich sei). Verantwortlich dafür war vielleicht (auch) das Prozessverhalten der Beklagten, das das Berufungsgericht regelrecht anprangert. Interessant sind diesbezüglich die Schlüsse und Folgen des Berufungsgerichts: *„Bei der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands ist [...] generell auf (Un-)Zumutbarkeitserwägungen abzustellen [...]. [Es] ist daher auch der Ablauf des durchgeführten Verfahrens in Betracht zu ziehen, in dem die Beklagten zum einen [...] eine Anzahl im Ergebnis unberechtigter Einwände erhoben haben [...] und zum anderen während des Verfahrens immer wieder neue Mängel behauptet haben, was zur mehrfachen Zurückweisung von Vorbringen geführt hat“*. Bemerkenswert ist, dass das Verhalten in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren ausschlaggebend dafür ist, ob ein Verbesserungsaufwand unverhältnismäßig ist...

Überlegenswert wäre beim gegebenen Sachverhalt:

1. Kann ein Bauunternehmer, der planwidrig zu nahe an der Grundstücksgrenze baut, diesen Mangel durch die Verschaffung eines Grundstückstreifens beheben? Bei der Beantwortung dieser Frage stößt man unweigerlich auf den Inhalt der Schuld des Bauunternehmers: Wird bloß ein „ungefähr gewünschtes“ Gebäude, oder nicht doch ein Gebäude mit konkreten Ausmaßen und an einem ganz bestimmten Ort geschuldet. Die Worte des OGH klingen im

Ohr: *„Unter Verbesserung eines mangelhaften Werkes ist die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands zu verstehen“*.

Es ist wahrscheinlich richtig, dass im gegebenen Fall kein vernünftiger Mensch die Verschaffung eines Grundstückstreifens abgelehnt hätte – nur: „Eigentum verpflichtet“; vielleicht will der solcher Art Bedachte sein Eigentum nicht vermehren!

2. Kann ein Bauherr tatsächlich deswegen nicht die Behebung eines Mangels verlangen, weil das „verbesserte“ Werk (noch immer) mit einer Bauordnungswidrigkeit behaftet wäre? Dies kann wohl nicht (zumindest nicht allgemein gültig) so sein, wie sich daraus ergibt, wenn man den gegenständlichen Fall etwas modifiziert: Der Bauherr verlangt den Rückbau um 12 cm, weil er dann bloß einen ganz geringen Grundstreifen (hier: ebenfalls 12 cm) „dazu nehmen“ muss.

Angemerkt werden kann an dieser Stelle, dass der Umstand, dass die ordnungsgemäße Erfüllung eines Bauwerkvertrags ein bauordnungswidriges Ergebnis hervorbringen würde, nicht (unbedingt) dazu führt, dass der Vertrag gemäß § 879 Abs 1 ABGB wegen eines Gesetzesverstößes nichtig ist (vgl etwa 2 Ob 277/08m: *„In diesem Sinne wurde etwa in der Entscheidung 8 Ob 511/87 klargestellt, dass die Normen der oberösterreichischen Bauordnung die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften sicherstelle, nicht aber zivilrechtliche Verträge zwischen Bauherrn und Bauführer reglementieren“*).