

## Unverhältnismäßigkeit von Mangelbehebungskosten

Ob die begehrte Verbesserung eines Werks mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist, ist nach der Rechtsprechung durch eine Abwägung der Interessen der Parteien im Einzelfall zu klären. Dabei ist nicht allein auf die Höhe der Verbesserungskosten Bedacht zu nehmen, sondern vor allem auf die Bedeutung des Mangels und die Wichtigkeit seiner Behebung für den Besteller. Je bedeutender der Mangel und je vorteilhafter die Verbesserung für den Besteller ist, desto eher ist der Verbesserungsaufwand verhältnismäßig. Führt der Mangel nur zu einem geringen Nachteil, können schon niedrige Behebungskosten unverhältnismäßig sein. Beeinträchtigt der Mangel den Besteller dagegen wesentlich, können auch hohe Verbesserungskosten verhältnismäßig sein – selbst solche, die den Wert des Werks übersteigen. Eine „Faustregel“ für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist, ob ein vernünftiger Besteller die Mängelbehebung auch auf eigene Kosten durchführen würde.

<https://doi.org/10.33196/zrb202504012801>

OGH 19.11.2024, 4 Ob 188/24m

Deskriptoren: Schadenersatz, Gewährleistung, Untunlichkeit; §§ 932, 933a, 1323 ABGB.

### Sachverhalt

Die Nebenintervenientin bestellte bei der klagenden Generalunternehmerin die Herstellung eines kathodischen Korrosionsschutzes an acht Autobahnbrücken. Die Klägerin bestellte ihrerseits bei der beklagten Subunternehmerin die Herstellung dieses Werks. Der zwischen den Parteien vereinbarte Werklohn betrug EUR 651.616,62. Der Korrosionsschutz sollte die Korrosion der Bewehrung der Brücken minimieren und ihre Lebensdauer deutlich verlängern. In der Schlussrechnung verrechnete die Beklagte der Klägerin EUR 1.209.233,89.

Die Beklagte stellte den Korrosionsschutz nicht ordnungsgemäß her. Er erreichte weder die ausdrücklich vereinbarte und den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Mindesthaftzugfestigkeit noch die ausdrücklich vereinbarte und den anerkannten Regeln der Technik entsprechende durchschnittliche Mindeststärke. Das verringert seine Lebensdauer, die bei mängelfreier Herstellung 40 Jahre betragen hätte, in einem nicht näher feststellbaren Ausmaß, aber „wahrscheinlich deutlich“.

Die Nebenintervenientin forderte die Klägerin zur Mängelbehebung auf, die Klägerin die Beklagte. Die Beklagte verweigerte die Verbesserung. Die Klägerin beabsichtigt, die Mängel zu beheben. Die Kosten der Mängelbehebung werden EUR 1.921.927,32 betragen.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen:

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil, mit dem der Klägerin aus dem Titel des Schadenersatzes (unter

Abweisung eines verhältnismäßig geringfügigen Mehrbegehrens sowie einer Aufrechnungseinrede) der Vorschuss der Mängelbehebungskosten von EUR 1.921.927,32 zugesprochen worden war.

### Die Entscheidung des OGH:

Die beklagte Werkunternehmerin macht in ihrer außerordentlichen Revision geltend, sie könne die klagende Werkbestellerin, der die Vorinstanzen das Deckungskapital für die Verbesserung des mangelhaften Werks zugesprochen haben, mit der Begründung auf „Geldersatz“ (im Sinn des § 933a Abs 2 iVm § 1167 ABGB – Minderung des Werklohns) verweisen, dass die Verbesserung für sie mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Es gelingt ihr aber nicht, eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufzuzeigen (§ 502 Abs 1 ZPO). Die außerordentliche Revision wird daher gemäß § 508a Abs 2 ZPO zurückgewiesen.

1. Ob die begehrte Verbesserung eines Werks mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist, ist nach der Rechtsprechung durch eine Abwägung der Interessen der Parteien im Einzelfall zu klären. Dabei ist nicht allein auf die Höhe der Verbesserungskosten Bedacht zu nehmen, sondern vor allem auf die Bedeutung des Mangels und die Wichtigkeit seiner Behebung für den Besteller. Je bedeutender der Mangel und je vorteilhafter die Verbesserung für den Besteller ist, desto eher ist der Verbesserungsaufwand verhältnismäßig. Führt der Mangel nur zu einem geringen Nachteil, können schon niedrige Behebungskosten unverhältnismäßig sein. Beeinträchtigt der Mangel den Besteller dagegen wesentlich, können auch hohe Verbesserungskosten verhältnismäßig sein (RIS-Justiz RS0022044 [insb T6, T12, T13, T18, T28]) – selbst solche, die den Wert des Werks übersteigen (RIS-Justiz RS0121684 [insb T4]; RS0022063 [insb T7]). Allgemein ist der Verbesserungsaufwand nur dann unverhältnismäßig hoch, wenn er in einem offensichtlichen

Missverhältnis zum Vorteil der Mängelbehebung für den Besteller steht (RS0021717). Eine „Faustregel“ für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist, ob ein vernünftiger Besteller die Mängelbehebung auch auf eigene Kosten durchführen würde (RIS-Justiz RS0121684 [T4]). Es liegt am Werkunternehmer, jene Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich die Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands ergibt (RIS-Justiz RS0128891 [insb T2]), weil das ein rechtsvernichtender Einwand ist.

2. Die Beklagte meint, das Berufungsgericht sei von dieser Rechtsprechung abgewichen, weil es die gebotene Interessenabwägung nicht durchgeführt habe. Dieser Vorwurf ist falsch: Das Berufungsgericht hat die Bedeutung des Mangels, auch anhand des Zwecks des Werks, mit der Höhe des Verbesserungsaufwands abgewogen und auf dieser Grundlage die Verhältnismäßigkeit bejaht. Dieses Vorgehen hält sich im Rahmen der Rechtsprechung.

3. Das Ergebnis der Interessenabwägung hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und ist vom Obersten Gerichtshof nur zu korrigieren, wenn dem Berufungsgericht eine auffallende Fehlbeurteilung unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0021717 [T7]; RS0021095). Eine solche zeigt die außerordentliche Revision nicht auf:

3.1. Die Beklagte räumt selbst ein, dass der durch eine schuldhaft vertragswidrige Werkherstellung Geschädigte nach der Rechtsprechung den Vorschuss der Verbesserungskosten fordern kann (RIS-Justiz RS0086353 [T4]; RS0018753 [T6]). Ihre Ansicht, es wäre auch zu Lasten der Klägerin in die Interessenabwägung einzubeziehen gewesen, dass sie bisher keine Ersatzvornahme eingeleitet habe, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Der von der Beklagten behauptete Widerspruch der Rechtsprechung betreffend den Vorschuss der Verbesserungskosten zur oben wiedergegebenen „Faustregel“ für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit – ob ein vernünftiger Besteller die Mängelbehebung auch auf eigene Kosten durchführen würde – liegt nicht vor: Die „Faustregel“ stellt nämlich nicht darauf ab, ob ein vernünftiger Besteller die Mängelbehebungskosten vorstrecken würde, sondern darauf, ob er die Mängel beheben lassen würde, wenn er die Kosten endgültig selbst zu tragen hätte.

3.2. Das Argument der Beklagten, bei der Interessenabwägung wäre (stärker) zu berücksichtigen gewesen, dass eine Verkürzung der Lebensdauer des Werks wegen der mangelhaften Herstellung bloß „wahrscheinlich“ sei, entfernt sich von den Feststellungen: Die mangelbedingte Verkürzung der Lebensdauer des Werks steht ausdrücklich fest. Nur das konkrete Ausmaß der Verkürzung konnte nicht näher festgestellt werden als „wahrscheinlich deutlich“.

3.3. Es trifft zu, dass der Verbesserungsaufwand sowohl den ursprünglich vereinbarten Werklohn als auch den

von der Beklagten mit der Schlussrechnung angesprochenen (deutlich höheren) Werklohn erheblich übersteigt. Das macht das Ergebnis der Interessenabwägung des Berufungsgerichts aber noch nicht unvertretbar, weil es bei der Interessenabwägung nicht nur auf die – in der außerordentlichen Revision besonders betonte – Höhe der Verbesserungskosten ankommt, sondern vor allem auf die Bedeutung des Mangels und die Wichtigkeit seiner Behebung für den Besteller. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auch aufgrund der Negativfeststellung zum Ausmaß der (feststehenden) Verkürzung der Lebensdauer des Werks im Einzelfall keine Umstände bewiesen, aus denen sich die Unverhältnismäßigkeit der Höhe des Verbesserungsaufwands ergeben könnte, ist keine auffallende Fehlbeurteilung. Die Beklagte hat zwar hohe Verbesserungskosten bewiesen, aber nicht, dass der mit der Verbesserung verbundene Vorteil des Werkbestellers so gering wäre, dass die Verbesserungskosten unverhältnismäßig hoch wären – zumal weder feststeht, dass die Verkürzung der Lebensdauer des Werks der einzige Nachteil der Klägerin ist, noch in welchem Ausmaß die Lebensdauer des Werks verkürzt wird. Es ist jedenfalls vertretbar, davon auszugehen, dass ein vernünftiger Besteller die Mängel auf eigene Kosten beheben lassen würde, damit das Werk (hier: der katholische Korrosionsschutz an acht Autobahnbrücken) den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

3.4. Schließlich hat das Berufungsgericht die Bedeutung des Mangels auch anhand des Zwecks des Vertrags beurteilt, mit dem sich die Beklagte nicht nachvollziehbar auseinandersetzt. Auch insofern gelingt es ihr nicht, eine auffallende Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts bei der Interessenabwägung darzulegen.

4. Auch die Frage, ob eine Partei auf ein Recht verzichtet hat, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und kann vom Obersten Gerichtshof nur im Fall einer auffallenden Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts beantwortet werden (RIS-Justiz RS0044298 [insb T3, T29]; RS0021095). Eine solche Fehlbeurteilung legt die außerordentliche Revision nicht dar: Es steht zwar fest, dass die Parteien die Mängel, deren Verbesserung die Klägerin beabsichtigt, im Übergabeprotokoll zunächst als „unbehebbar“ bezeichnet haben. Das Berufungsgericht hat diese Erklärung anhand mehrerer Umstände des Einzelfalls, mit denen es sich ausführlich auseinandergesetzt hat, als bloße Wissenserklärung und nicht als Verzicht auf die Verbesserung (und das Deckungskapital dafür) ausgelegt. Die Beklagte meint zwar, das sei unvertretbar gewesen, geht aber auf die vom Berufungsgericht berücksichtigten Umstände nicht ein und zeigt auch insofern keine erhebliche Rechtsfrage auf.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Da es sich um einen Zurückweisungsbeschluss handelt, sind die Ausführungen eher kursorisch und lassen daher manche Fragen offen. Zunächst ist nicht ganz klar, aufgrund welcher Rechtsgrundlage der Klage stattgegeben wird. In der hier besprochenen Entscheidung lautet es zwar (verkürzt dargestellt): „Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil, mit dem der Klägerin aus dem Titel des Schadenersatzes der Vorschuss der Mängelbehebungskosten zugesprochen worden war“, doch hat das Berufungsgericht geurteilt: *„Das Klagebegehren ist daher schon aus dem Titel der Gewährleistung berechtigt. Auf die gegen einen inhaltsgleichen Schadenersatzanspruch gerichteten Argumente der Berufung ist daher nicht weiter einzugehen“* (Seite 40 der Berufungsentscheidung).

Würde der Zuspruch auf Schadenersatz gestützt, so wären Überlegungen zur Höhe des Schadenersatzes (insbesondere im Verhältnis zum Entgelt) prinzipiell entbehrlich: Solange nicht Untunlichkeit, Sittenwidrigkeit odgl eingewandt wird, ist der verursachte Schaden zu ersetzen – so viel einmal zur Einleitung.

Bei Gewährleistung spielt die Zumutbarkeit der Behebungskosten eine ziemlich große Rolle: Wäre die Behebung mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so kann der Gewährleistungsberechtigte diese nicht fordern, sondern ist auf Preisminderung beschränkt (wenn man die Vertragsaufhebung einmal außer Acht lässt). Das ist für den Gewährleistungsberechtigten dann besonders unangenehm, wenn der wahre Wert der mangelhaften Sache (mehr oder weniger) dem der mangelfreien Sache entspricht, weil es nach der „relativen Berechnungsmethode“ dann keine Preisminderung gibt.

Zurück zum Schadenersatz gemäß § 933a ABGB, der auch in der besprochenen Entscheidung thematisiert wird. Wie bei Gewährleistung wird auch beim Schadenersatz zunächst das Primat der Naturalrestitution festgeschrieben. Wenn die Behebung allerdings mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre, so „kann“ der Geschädigte Geld-

ersatz fordern. Das Modalverb „können“ würde auf ein (zusätzliches) Recht des Geschädigten hinweisen, es handelt sich aber wohl um einen Redaktionsfehler und es soll „kann nur“ heißen. MaW: Ist die Behebung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, kann der Geschädigte diese nicht fordern, sondern ist auf Geldersatz beschränkt. Das erscheint auf den ersten Blick wohl irgendwie unverständlich: Kann der Geschädigte Schadenersatz in Geld fordern, so hat der Schädiger dieses zu zahlen, obwohl ihm die (wohl etwa „gleichwertige“) Naturalrestitution doch eigentlich unzumutbar ist? Die Bestimmung ergibt also nur dann Sinn, wenn der Geldersatz für den Schädiger „billiger“ ist als die Naturalrestitution. Dies ist dann der Fall, wenn die Naturalrestitution untunlich iSd § 1323 ABGB ist, dh wenn ein *„wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch, der den Schaden selbst zu tragen hätte“* (vgl zB OGH 21.1.2025, 4 Ob 110/24s) sie nicht vornehmen würde.

Es stellt sich die Frage, ob die „relative Berechnungsmethode“ zum selben Ergebnis wie der Geldersatz des § 933a ABGB (in dem es nur um Mangelschäden geht) führt. Die „relative Berechnungsmethode“ stellt auf den wahren Wert ab, räumt aber zugleich ein, dass das vereinbarte Entgelt darüber oder darunter liegen kann. *„Das bedeutet: Hat jemand etwas über de[m] wahren Wert erworben und stellt sich das Erworbene als mangelhaft heraus, so kann er seine Leistung in einem den Minderwert übersteigenden Betrag kürzen, hat er hingegen unter dem Wert erworben, so kann er seine Leistung nicht um den ganzen Minderwert herabsetzen“* (OGH 8.7.1953, 3 Ob 420/53). Ein *„wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch“*, der über dem wahren Wert erworben hat, würde allerdings vielleicht weniger in die Behebung investieren, um nicht „dem schlechten Geld gutes nachzuwerfen“ – hat er unter dem wahren Wert erworben, würde er vielleicht mehr investieren, um das „gute Geschäft“ noch irgendwie zu retten.