

Gewährleistungsrecht

Unzumutbare Verbesserungen

Es gibt Fälle, bei denen dem Bauherrn nicht zugemutet wird, einen Verbesserungsversuch des Werkunternehmers über sich ergehen zu lassen. Da ein solches Szenario für den Werkunternehmer ausgesprochen kostenintensiv sein kann, sollte man es tunlichst vermeiden.

Text: [Wolfgang Stockinger](#)

Während nach früherem Gewährleistungsrecht der Werkbesteller bei Vorliegen eines wesentlichen und behebbaren Mangels Preisminderung oder Verbesserung bzw. den Nachtrag des Fehlenden verlangen konnte, sieht das Gesetz nunmehr einen klaren Vorrang der Verbesserung, und zwar unabhängig von der Art und Schwere des Mangels, vor. Nach der Überlegung des Gesetzgebers soll der Auftragnehmer eine zweite Chance erhalten, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Dieser Vorrang der Verbesserung war im Begutachtungsverfahren nicht unumstritten. Es wäre durchaus zulässig gewesen, dem Werkbesteller weiterhin die Wahl zwischen Verbesserung und Preisminderung einzuräumen. Ein uneingeschränktes Wahlrecht des Bestellers (Bauherrn) zwischen Verbesserung und Preisminderung führt in aller Regel zu unangemessenen Belastungen des gewährleistungspflichtigen Werkunternehmers. Der Bauherr wiederum erleidet durch den Vorrang der Verbesserung in der Regel keine unzumutbaren Nachteile, weil er durch die Verbesserung des Gewährleistungspflichtigen genau das erhält, was vertraglich geschuldet ist.

Allerdings kann der Auftraggeber eine ihm unzumutbare Verbesserung ablehnen und ausnahmsweise sofort auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe (insbesondere Preisminderung) greifen. Ein Beispiel für eine unzumutbare Verbesserung sind etwa umfangreiche Stemmarbeiten und die damit verbundenen Schmutz- und Lärmbelästigungen, dies insbesondere, wenn diese Arbeiten im Wohnungsinneren stattfinden. Dem Auftraggeber ist die Verbesserung durch den Auftragnehmer auch dann unzumutbar, wenn er – berechtigter Weise

– das Vertrauen in den Auftragnehmer verloren hat. Der Umstand der mangelhaften Leistungserbringung alleine reicht für einen derartigen Vertrauensverlust nicht aus. In einem solchen Fall wäre dem Primat der Verbesserung der Boden entzogen. Ist allerdings der Mangel der Leistungserbringung auf eine besondere Sorglosigkeit des Auftragnehmers zurückzuführen, kann dies den Vertrauensverlust rechtfertigen, so z. B. bei sicherheitsrelevanten Mängeln.

Einen derartigen Vertrauensverlust hat der OGH bei einer kürzlich ergangenen Entscheidung angenommen. Gemäß dem der OGH-Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Auftraggeber schon kurze Zeit nach Arbeitsbeginn durch den Auftragnehmer die Mangelhaftigkeit der Arbeiten gerügt und verlangt, dass der Auftragnehmer in Hinkunft mit mehr Genauigkeit arbeitet, die vorgegebenen Maße einhält und möglichst 1-mm-Abweichungen nicht überschreiten dürfe. Trotz dieser Rüge hat der Auftragnehmer die begonnenen Arbeiten unverändert fortgesetzt und die vertragsgegenständlichen Deckenelemente mit vertragswidrigen Maßungengenauigkeiten verlegt.

Dieses Verhalten begründe, so der OGH, einen in der Person des Auftragnehmers gelegenen triftigen Grund, der dem Auftraggeber eine Verbesserung durch den Auftragnehmer nicht zumutbar mache. Aus der Literatur wird eine in der Person des Auftragnehmers liegende Unzumutbarkeit der Verbesserung auch dann angenommen, wenn die mangelhafte Leistung auf bewusstem oder grob fahrlässigem Verhalten des Übernehmers beruht.

Welche Schlüsse sind aus der oben beschriebenen höchstgerichtlichen Entscheidung zu ziehen?

Grundsätzlich kann der Übernehmer davon ausgehen, dass ihm bei mangelhafter Leistungserbringung vom Übergeber die Möglichkeit der Verbesserung einzuräumen ist. Wenn jedoch ein Mangel bewusst, grob fahrlässig oder besonders sorglos herbeigeführt wird, dann läuft der Auftragnehmer Gefahr, die Möglichkeit der Verbesserung des Mangels zu verlieren. Nach dem nunmehr vorliegenden OGH-Erkenntnis ist eine besondere Sorglosigkeit des Auftragnehmers, der die Verbesserung für den Auftraggeber unzumutbar macht, gegeben, wenn dieser die Arbeiten unverändert – mangelhaft – fortsetzt. Der Verlust der Verbesserungsmöglichkeit des Auftragnehmers kann erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen; dies insbesondere dann, wenn der Auftraggeber den Mangel durch ein Drittunternehmen beheben lässt. In diesem Fall hätte der mangelhaft leistende Auftragnehmer die in der Kalkulation des Drittunternehmens enthaltene Gewinnspanne zu finanzieren. Wenn es also von Seiten des Auftraggebers oder der ÖBA entsprechende Mangelrügen im Zuge der Ausführung gibt, ist tunlichst darauf zu achten, diesen Rügen nachzugehen und eine Abstellung des vertragswidrigen Verhaltens zu veranlassen.

Wolfgang Stockinger



ist Partner der vorwiegend auf Wirtschaftsrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei Köllensperger/Stockinger, Schubertstraße 20, 4600 Wels.

Er ist als Rechtsanwalt überwiegend auf dem Gebiet des Bau- und Architektenrechts befasst.

Nähere Informationen: www.wels-law.at