

## ***Unverhältnismäßigkeitseinwand des Unternehmers betreffend zu „teurer“ Sanierung?***

Der sogenannte Unverhältnismäßigkeitseinwand ist ein in der Praxis immer wieder häufig herangezogener Einwand des Werkunternehmers, wenn die Mangelsanierung im Verhältnis zum Mangel selbst unverhältnismäßig (teuer) ist.

Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch für den Werkunternehmer mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder – bei einem nicht geringfügigen Mangel – das Recht auf Wandlung (§ 932 Abs. (4) ABGB). Erhebt der Werkunternehmer den sogenannten Unverhältnismäßigkeitseinwand, muss sich der Bauherr in der Praxis die Frage stellen, ob er sich tatsächlich – freilich gegen Preisminderung – mit einem mangelhaften Werk abfinden bzw. mit dem Mangel leben muss.

Nach bisheriger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist eine „absolute“ Unverhältnismäßigkeit gegeben (d.h. der Unverhältnismäßigkeitseinwand des Werkunternehmers erfolgreich), wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Besteller steht.

Im Rahmen der Beurteilung der Bedeutung des Mangels für den Bauherren sind insbesondere die für den Bauherren durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen. Wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt, dann sind nach bisheriger Rechtsprechung auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten jedenfalls kein Grund, die Verbesserung abzulehnen. Der Verbesserungsaufwand wird in der Regel dann nicht unverhältnismäßig sein, wenn der aus der Verbesserung erwachsende Vorteil so hoch anzusetzen ist, dass ein durchschnittlicher Bauherr die Reparatur auch auf eigene Kosten durchführen würde. Ist die Beeinträchtigung des Bauherren in diesem Sinn als wesentlich anzusehen, so muss der Werkunternehmer auch über dem Wert des Werks liegende Kosten für die Verbesserung aufwenden.

Wenn der Mangel aber eher nur ein geringer Nachteil im Gebrauch ist (*Anmerkung: der aber subjektiv für den Bauherren durchaus wesentlich sein kann*), können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten unverhältnismäßig sein. In diesem Fall müsste sich der Bauherr nach der bisherigen Rechtsprechung den Unverhältnismäßigkeitseinwand des Werkunternehmers erfolgreich entgegen halten lassen.

Dem kann jedoch seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 16.06.2011 in den verbundenen Rechtssachen C-65/09 (Vorabentscheidungsersuchen vom dt. Bundesgerichtshof) und C-87/09 (Vorabentscheidungsersuchen vom Amtsgericht Schorndorf) nicht mehr zugestimmt werden.

Die genannten Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof hatten die die Auslegung von Art. 3 Abs. (2) und Abs. (3) der Richtlinie 1999/44/EG

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter zum Gegenstand.

Der Europäische Gerichtshof hat in Auslegung von Art. 3 Abs. (2) und Abs. (3) der Richtlinie 1999/44/EG ausgesprochen, dass die genannten Bestimmungen der Richtlinie 1999/44/EG dem Unternehmer das Recht zur Verweigerung der Nachbesserung des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der Unmöglichkeit oder einer sogenannten relativen Unverhältnismäßigkeit gewähren sollen. Wenn daher nur eine der beiden Möglichkeiten (d.h. Verbesserung oder Austausch) möglich ist, kann der Unternehmer die einzige Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, gegenüber dem Besteller nicht verweigern.

Im Ergebnis bedeutet dies für Fälle, bei denen ein mangelfreies Werk allein durch Verbesserung nicht mehr erlangt werden kann (wohl aber durch den – nach wie vor möglichen, aber möglicherweise teureren – Austausch der mangelhaften Sache), dass der Werkunternehmer dem Bauherren nicht entgegen halten kann, dass der Austausch unverhältnismäßig wäre.

Sind sowohl Verbesserung als auch Austausch nach wie vor möglich, so besteht ein Wahlrecht des Werkunternehmers, welche von beiden Möglichkeiten er wählt; nur in letzterem Fall kann der Werkunternehmer eine Abhilfe (Verbesserung/Austausch) wegen Unverhältnismäßigkeit gegenüber der anderen Abhilfe (Verbesserung/Austausch) ablehnen.

Der Unverhältnismäßigkeiteinwand des Werkunternehmers (im Sinne eines Verweises auf Preisminderung) ist daher nach der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes immer dann unberechtigt, wenn (nur) noch einer der beiden primären Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung oder Austausch) zur Erlangung eines vertragsgemäßen Werks möglich ist.

*Dr. Volker Riepl ist Rechtsanwalt in Linz mit Tätigkeitsschwerpunkt im Bauvertrags- und Prozessrecht.*

## Unternehmen:

Rechtsanwaltskanzlei RIEPL

Die Kanzlei setzt ihren Schwerpunkt auf Bauvertrags-/Bauprozessrecht und betreut sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer im Rahmen von Bauprojekten. Sowohl auftraggeber- als auch auftragnehmerseitig bedarf es im Baubereich einer Rechtsberatung, die über den rechtlichen Horizont hinausgeht und den Kunden sämtliche Möglichkeiten aufzeigt und hierbei nie den Fokus auf Effizienz, Praktikabilität, Zielsicherheit und Strategie verliert. Nachdem eine zielorientierte Beratung mitunter auch

rasch und effizient umgesetzt werden muss, gibt es ausschließlich kurze Kommunikationswege, um den Kunden erfolgreich und partnerschaftlich begleiten zu können.

Dr. Volker Riepl  
Rechtsanwalt  
Leonfeldner Straße 322  
4040 Linz  
T: + 43 / 732 / 27 27 22  
F: + 43 / 732 / 27 27 22 22  
E: office@k-v-r.at  
W: www.k-v-r.at

### **Rechtsanwalt Dr. Volker Riepl**

Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität Linz, Sponsion 2004.

Doktoratsstudium an der Universität Linz, Dissertation zum Thema „Die gerichtliche Aufkündigung von Bestandverträgen gem. §§ 560 ff ZPO unter besonderer Berücksichtigung der Rechte Dritter“ bei Univ.-Prof. Dr. Astrid Deixler-Hübner, Promotion 2006.

Universitätsassistent Johannes Kepler Universität Linz, 2005 – 2006.

Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Wien, 2007 – 2009.

huber ebmer partner Rechtsanwälte GmbH, Linz, 2009 – 2014.

Seit 2014: Rechtsanwaltskanzlei RIEPL

### **Publikationen:**

*Riepl*, Die gerichtliche Aufkündigung von Bestandverträgen gem §§ 560 ff ZPO unter besonderer Berücksichtigung der Rechte Dritter (Trauner 2006).

*Riepl*, Bestandverfahren: Ein Plädoyer für den Kostenersatz im Verfahren vor Erhebung von Einwendungen, immolex 2006, 230.

*Riepl*, Die „neue“ Rechtzeitigkeit von gerichtlichen Aufkündigungen im Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG nach der WRN 2006, immolex 2007, 40.

*Riepl*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 44/14w, ecolex 2014/197.

*Riepl*, Neues zur vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung nach ÖNORM B 2110, bbl 2014, 144.

Tätigkeitsschwerpunkte:

Bauvertragsrecht  
Bauprozessrecht  
Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht  
Immobilienrecht  
Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Bauträgervertragsrecht  
Zivilrecht