

# Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis

## Verbesserung: Mängelbehebung oder Ertüchtigung?

HERMANN WENUSCH

Unter dem Begriff „Verbesserung“ versteht der Jurist gemeinhin „gewährleistungsrechtliche Behebung eines Mangels“.<sup>1)</sup> Dies, obwohl der allgemeine Sprachgebrauch viel weiter geht – genau so wie übrigens auch § 203 UGB, dem zu Folge eine Verbesserung ganz allgemein dann vorliegt, „wenn an einem bereits vorhandenen Vermögensgegenstand (...) die Kapazität quantitativ und qualitativ gesteigert oder die Nutzungsdauer verlängert oder die Kostenstruktur bzw. Wirtschaftlichkeit (...) verbessert wurde“<sup>2)</sup> (weitere Aspekte zB die Brauchbar- bzw. Einsetzbarkeit ließen sich dem noch hinzufügen).

Diese Mehrdeutigkeit wird va dann ein Problem, wenn es darum geht, dass ein Werk über den ursprünglichen Schuldinhalt zu „verbessern“ ist, also zu „ertüchtigen“.<sup>3)</sup> Dies sei an einem Beispiel aus der Judikatur dargestellt:

Für den Bereich einer auch als Kellnerdurchgang verwendeten Tanzfläche hatte der planende Bauunternehmer wegen der zu erwartenden starken Beanspruchung die Verlegung eines keramischen Bodens vorgeschlagen. Der betroffene Gastwirt als Bauherr wünschte aber trotzdem auch in diesem Bereich einen Parkettboden. Über die erhöhte Beanspruchung wurde gesprochen. Da sich unmittelbar neben dem Lokal eine Schiübungswiese befindet, musste damit gerechnet werden, dass Gäste das Lokal mit Schischuhen betreten. Bauherr und Bauunternehmer einigten sich schließlich auf einen Parkettboden. Dieser Bodenbelag wurde normgerecht verlegt und dem Stand der Technik entsprechend versiegelt. Er wies jedoch bald nach der Lokaleröffnung derartig viele Kratzspuren und Unebenheiten auf, dass er unansehnlich wurde. Dies war va auf das Begehen des Bodens mit Bleistiftabsätzen und mit Schischuhen bzw dadurch mitgetragene Steinchen zurückzuführen.<sup>4)</sup>

Der Bauunternehmer klagte den Bauherrn auf Bezahlung des Werklohns. Der bekl Bauherr wandte dagegen ein, dass die erbrachten Arbeiten mangelhaft seien, weil der verlegte Holzmosaikfußboden den Beanspruchungen nicht gewachsen sei und extreme Kratzspuren aufweise.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, weil der Bauunternehmer seiner Warnpflicht nach § 1168 a ABGB nicht entsprochen habe. Diese Entscheidung wurde vom Berufungsgericht bestätigt.

Der OGH gab der außerordentlichen Revision des Bauunternehmers Folge: „Dem von den Vorinstanzen angenommenen Verbesserungsanspruch des Beklagten, der mit entscheidend für die Annahme der mangelnden Fälligkeit des restlichen Werklohns war, fehlt es allerdings unter den gegebenen Umständen hinsichtlich der geltend gemachten Mängel des Parkettbodens (...) an einer rechtfertigenden Grundlage. Das Begehren (...)

auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien – wenn auch im Gefolge einer Warnpflichtverletzung durch die Klägerin – gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw geliefert wurde.“ Eine „Verbesserung“<sup>5)</sup> des Parkettbodens, der eben „in bester Qualität und Ausführung verlegt“ wurde, könne nur in der Herstellung eines bislang nicht vereinbarten Bodens bestehen. In Frage käme daher lediglich eine irrtumsrechtliche Anpassung des Vertrags.

Die in § 1168 a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers besteht immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass ein Werk infolge dem Unternehmer bekannter Umstände misslingt und dem Besteller dadurch ein Schaden entsteht. Verletzt der Unternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, hat er auch den weitergehenden Schaden des Bestellers zu ersetzen. Damit stellt sich die Frage, was als „Misslingen“ zu verstehen ist: Die in sich ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags oder auch die Eignung des Ergebnisses für eine „außerhalb des eigentlichen Werks liegende“ Verwendung. Ist also ein den Wünschen des Bestellers entsprechender Parkettboden, der auch perfekt hergestellt wurde, tatsächlich misslungen?

Versteht man unter „Misslingen“ den Umstand, dass eine Sache nicht (auch) der „Natur des Geschäfts (oder der getroffenen Verabredung) gemäß“<sup>6)</sup> verwendet werden kann, so folgt daraus, dass auch ein völlig wunschgemäß hergestelltes Werk gewährleistungsrechtlich mangelhaft sein kann.<sup>7)</sup> In diesem Fall wäre eine irrtumsrechtliche Anpassung nicht erforderlich. Die Problematik spiegelt sich in der Begründung des OGH, weshalb im Beispielfall Irrtumsrecht<sup>8)</sup> heranzuziehen sei: „weil die in Verletzung der vorvertrag-

Ing. DDr. Hermann Wenusch ist Rechtsanwalt in Wien.

- 1) Welsch (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht.
- 2) Mandl, Rechnungswesen & Rechnungslegung.
- 3) Im Folgenden wird die Verwendung des Begriffs „verbessern“ vermieden. Stattdessen wird von „Mängelbehebung“ gesprochen, wenn es um die gewährleistungsrechtliche „Verbesserung“ geht, oder von „Ertüchtigung“, wenn es um eine „Verbesserung“ über den Schuldinhalt hinaus geht.
- 4) OGH 8 Ob 97/00y.
- 5) In der hier gewählten Diktion: „Ertüchtigung“.
- 6) § 922 (1) ABGB; Klammern durch Verfasser gesetzt.
- 7) Darauf weist Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und So-wiesokosten, in FS Ostheim 225 hin: „Denn da der Fehler ja gerade Folge der vertragsgemäßen Herstellung ist, scheint es ein Widerspruch, in ihm die Abweichung vom geschuldeten quantum oder quale zu sehen, als die der Begriff des Mangels definiert wird“.
- 8) Wenn der OGH feststellt, dass ein „Verbesserungsanspruch“ noch nicht endgültig daran scheitern muss, dass Gewährleistung ausscheidet, so meint er in dem Zusammenhang einen „Anspruch auf Ertüchtigung“ und eben keinen gewährleistungsrechtlichen „Verbesserungsanspruch“.

lichen Warnpflicht unterlassene Aufklärung des Bestellers zu dessen Geschäftsirrtum führte, das der Bestellung entsprechende Werk werde auch **mangelfrei sein**<sup>9)</sup> – wenn das Werk gewährleistungsrechtlich nicht zu bemängeln ist (weil es nämlich genau der Bestellung entspricht), darf man in diesem Zusammenhang nicht – wie der OGH dies tut – von „mangelfrei“, sondern nur von „geeignet“ sprechen. Wenn aber die fehlende Eignung zu einer Mangelhaftigkeit im gewährleistungsrechtlichen Sinn führen würde,<sup>10)</sup> stünde einem gewährleistungsrechtlichen Mangelbehebungsanspruch eben nichts im Wege.

Ein harmonisches Ergebnis lässt sich nur erreichen, wenn man das werkvertragliche Misslingen einerseits und die gewährleistungsrechtlich geschuldeten Eigenschaften andererseits „entkoppelt“. Dies erreicht man, wenn man, genau so wie der OGH dies – wenn auch nicht explizit – tut, die Eignung des Werks (die „Verwendbarkeit“ oder den „Erfolg“) aus dem Schuldinhalt herausnimmt: Geschuldet wird die Werkerstellung nach den Vorgaben (in den Worten des ABGB: Anweisungen), nicht aber, dass dieses Werk auch den Vorstellungen des Bestellers entsprechend „funktioniert“ – auch die Gewährleistungspflicht wird entsprechend eingengt. Dadurch wird einmal der dargestellte Widerspruch vermieden – es kann tatsächlich nicht so sein, dass einem Vertragsverhältnis ein widersprüchlicher Inhalt zugemessen wird. Diese Einschränkung passt außerdem auch zum Grundsatz der Spezialität,<sup>11)</sup> wonach eine spezielle Regelung die allgemeinere verdrängt: Die spezielle Vereinbarung „eine Brücke aus Spannbeton“ verdrängt die allgemeine Regelung „eine Brücke“. Während die letztere Vereinbarung eine Erfolgsverbindlichkeit für den Unternehmer schafft, ist dies bei ersterer nicht der Fall.

Dass eine vom Besteller gewünschte Ertüchtigung von diesem nicht als Mängelbehebung begehrt werden kann, hat die Judikatur schon öfter erkannt: *„Ziel der Verbesserung ist die Herstellung der vertraglich geschuldeten, einwandfreien Leistung. Die Verbesserung kann daher nicht dazu führen, dass vom Vertragsinhalt abgegangen wird. Ist der vereinbarte Erfolg nicht erreichbar, weil zur Herstellung eines funktionsfähigen Werkes von der Vereinbarung abgewichen werden musste, ist der Mangel unbehebbar. Wurde ein Bauwerk nach den Plänen und Vorgaben des Bestellers angefertigt, so ist ein Mangel, der auf die Untauglichkeit der Pläne und Vorgaben zurückzuführen ist, unbehebbar. Wird das Bauwerk unter deren Abänderung errichtet, so ist dies nicht mehr der ursprünglich geschuldete Erfolg (...). Solche Kosten können nicht mehr im Rahmen der Gewährleistung, sondern nur im Wege des Schadenersatzes begehrt werden.“*<sup>12)</sup> Auch hier merkt man übrigens, wie schwer sich der OGH mit den Begriffen tut: Wurde ein Bauwerk genau nach den Plänen und Vorgaben des Bestellers angefertigt, so ist eine fehlende Eignung, die auf die Pläne und Vorgaben zurückzuführen ist, eben kein Mangel – zumindest kein Mangel im gewährleistungsrechtlichen Sinn.

Bleibt zusammenzufassen: Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit konstruktiver Leistungsbeschreibung („Leistungsverzeichnis“) ist die Leistung, so

wie sie darin beschrieben ist, und nicht ein Werk, das die Funktion erfüllt, die der Besteller erwartet. Gewährleistungsrecht greift nur, wenn die beschriebene Teilleistung für sich selbst genommen mangelhaft ist: Die Mauer ist zu dünn (nämlich dünner als vereinbart), zu nieder (nämlich niedriger als vereinbart), weist eine falsche Farbe oder sonst eine geforderte Eigenschaft nicht auf.

Sind die Teilleistungen für sich selbst genommen vertragskonform, so scheidet Gewährleistung aus und der Besteller ist in erster Linie auf Schadenersatz wegen Warnpflichtverletzung angewiesen: Die Geschosshöhe ist zu nieder, der Keller feucht, die Dachkonstruktion hält der zu erwartenden Schneelast nicht stand. Nach der Judikatur kann der Unternehmer grundsätzlich (zur irrtumsrechtlichen Ausnahme unten) nicht gegen seinen Willen zur Ertüchtigung des Werks haftbar gemacht werden, weil dies eine Vertragsänderung zur Folge hätte. Denkbar wäre aber sehr wohl ein Ersatz des durch die Warnpflichtverletzung entstandenen Schadens durch Naturalrestitution:<sup>13)</sup> Ohne Warnpflichtverletzung hätte der Besteller ein brauchbares Werk erhalten und der Unternehmer muss diesen Zustand herbeiführen – dass der Besteller dann uU ein Mehr<sup>14)</sup> gegenüber dem ursprünglichen Vertragsinhalt erhält, müsste allenfalls ausgeglichen werden (so wie auch „neu für alt“<sup>15)</sup> auszugleichen ist). Dafür streitet das „Primat der Naturalrestitution“<sup>16)</sup> – dagegen spricht der Wortlaut des Gesetzes, das davon spricht, dass „alles in den vorherigen Stand zurückversetzt“<sup>17)</sup> werden muss: Ein alternatives Werk ist wohl kaum als „vorheriger Stand“ zu bezeichnen. Weiter soll darauf hier aber

9) OGH 8 Ob 97/00y und dort weiter: *„Der Besteller müsste geltend machen, er hätte, wäre ihm vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der ihm des streitauslösenden Risikos – gegebenenfalls bei entsprechendem Mehraufwand (den ‚Sowieso‘-Kosten) entzogen hätte. Hätte der Beklagte – wäre die Klägerin ihrer Warnpflicht nachgekommen – einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw Zusatzauftrag erteilt, der zu einem einwandfreien Ergebnis geführt hätte, könnte er daher die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Weges im Wege irrtumsrechtlicher Vertragsanpassung (§ 872 ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (§ 1167 ABGB) erzwingen (...). Eine solche Vertragsanpassung führt aber nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung, sondern gegebenenfalls auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten ‚Sowieso-Kosten‘ entspricht (...).“* Hervorhebung durch den Verf.

10) So etwa Siegburg. Die Gewährleistung beim Bauvertrag Rz 65.

11) Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht.

12) OGH 6 Ob 2144/96d.

13) Zum Begriff s Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht.

14) Vgl dazu den Begriff der sog „Sowiesokosten“ (zB in OGH 7 Ob 110/01 d: *„Sowieso-Kosten‘ sind Kosten, die zwar im Zuge der Mängelbehebung anfallen, aber die Herstellung eines mangelfreien Werks von vornherein – insbesondere auch ohne Warnpflichtverletzung – erfordern“*, wozu allerdings anzumerken ist, dass mit „Mängelbehebung“ Ertüchtigung und mit „mangelfreiem Werk“ brauchbares Werk gemeint ist).

15) Siehe zB Danz in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB<sup>2</sup> § 1323 Rz 19.

16) ZB OGH 2 Ob 158/07k *„weil dieser dem dem Schadenersatzrecht innewohnenden Ersatzgedanken am Besten entspricht“* und OGH 1 Ob 103/08s: *„Der Geschädigte ist demnach primär so zu stellen, wie er ohne das schädigende Ereignis gestellt wäre.“*

17) § 1323 ABGB.

nicht eingegangen werden. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsbehelfe Preisminderung und Wandlung im Schadenersatzrecht nicht zur Verfügung stehen.

Schließlich kann der Besteller allenfalls eine irrumsrechtliche Vertragsanpassung begehren: Hat der Unternehmer die ihn treffende Warnpflicht verletzt und hat sein Gegenüber deshalb irrtümlich seine Bestellung nicht entsprechend angepasst, so kann er dies nachträglich über den Umweg des Irrtumsrecht: Wenn dem Besteller der Beweis<sup>18)</sup> gelingt, dass der Werkunternehmer auch den entsprechend modifizierten Vertrag abgeschlossen hätte, so kann er die zur Brauchbarkeit erforderliche Ertüchtigung durch Anpassung des Vertrages fordern – wäre dafür ursprünglich ein höheres Entgelt vereinbart worden, so muss er die Differenz „aufzahlen“ („Sowiesokosten“). Praktisch problematisch dabei ist aber sicher, dass eine irrumsrechtliche Vertragsanpassung nur in-

nerhalb von drei Jahren ab Vertragsabschluss möglich ist.

18) OGH 5 Ob 144/98g: „Die Behauptungslast und Beweislast für die Unwesentlichkeit des Irrtums (...) trifft den Irrenden“.

#### SCHLUSSSTRICH

*Wird ein Werk nach genauen Vorgaben („Anweisungen“) des Bestellers errichtet, so scheidet Gewährleistung für die Funktion aus – in Frage kommt allenfalls Schadenersatz aufgrund einer Warnpflichtverletzung. Bei der Verwendung des Begriffs „Verbesserung“ ist Vorsicht geboten, weil es sich dabei einerseits um Mängelbeseitigung und andererseits um Ertüchtigung handeln kann.*