

ecolex



FACHZEITSCHRIFT FÜR
WIRTSCHAFTSRECHT
JULI 2017

7a

www.ecolex.at

581 – 628

Festheft

Georg Wilhelm zum 75er

Zur Unverhältnismäßigkeit von Aus- und Einbaukosten nach § 932 Abs 4 ABGB

MARTINA MELCHER / THOMAS SCHODITSCH

A. Einleitung

Infolge der EuGH-E *Weber und Putz*¹⁾ ist das österr Gewährleistungsrecht in Umbruch geraten: Aus- und Einbaukosten sind bei bloßen Kaufverträgen nicht mehr nur als Mangelfolgeschaden zu ersetzen, sondern auch – verschuldensunabhängig – als Teil der Verbesserungskosten vom Übergeber zu tragen.²⁾ Allerdings gilt dies nach der Rsp des OGH nur für Verbrauchergeschäfte („gespaltene Auslegung“).³⁾ Zu diesem Problemkreis hat auch der verehrte Jubilar Stellung genommen; pointiert bezeichnete er die Übernahme der EuGH-Judikatur unter dem Deckmantel der richtlinienkonformen Interpretation als „Wolf im Schafspelz“.⁴⁾ Nunmehr hat diese Thematik einen neuen Höhepunkt gefunden: In einer aktuellen E v 10. 2. 2017 – 1 Ob 209/16s – beschäftigt sich der OGH mit der Frage, wie das Kriterium der Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung im weiteren Sinn nach § 932 Abs 4 ABGB im Lichte der Rsp des EuGH zu bewerten ist. Wir hoffen, dass die folgende Kurzanalyse dieser Entscheidung das Interesse des Jubilars weckt.

B. Die E 1 Ob 209/16s

Ausgangspunkt der vorliegenden Rechtsstreitigkeit ist ein Kaufvertrag über Naturstein-Marmorplatten aus einem griechischen Steinbruch zur Verlegung im Außenbereich des klagenden Verbrauchers; als Kaufpreis wurde ursprünglich ein Betrag von rund € 10.000,- vereinbart. Allerdings wurden nur für 195 m² – statt für 223 m² – Platten geliefert, sodass für die Bereiche Sauna und Freisitz weitere Platten nachbestellt werden mussten. Da es sich um Natursteinplatten handelte, wiesen die nachgelieferten Platten optische Abweichungen im Vergleich zu den ursprünglich gelieferten Platten auf. In Randbereichen – insb der Sauna und dem Freisitz – konnte daher kein einheitliches Erscheinungsbild der verlegten Platten erzielt werden. Auf gewährleistungsrechtlicher Basis begehrt der Verbraucher nun den Ersatz von rund € 129.000,- für eine Sanierung durch komplette Neuverlegung nach Abbruch des verlegten Materials samt Nebenkosten.

C. Die Frage der Unverhältnismäßigkeit

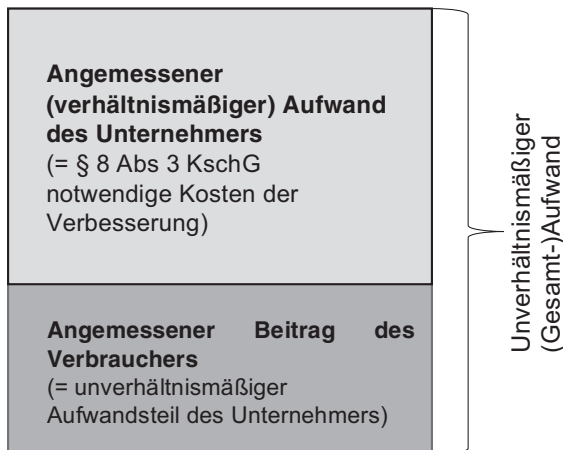
Der EuGH stellte in der verb Rs *Weber und Putz* den Grundsatz auf, dass der Unternehmer die einzig

mögliche Art der (primären) Abhilfe nicht wegen der Unverhältnismäßigkeit der Kosten verweigern dürfe. Der Kostenersatzanspruch des Verbrauchers könne allerdings auf einen „angemessenen“ Betrag beschränkt werden: Bei Herabsetzung dieses Anspruchs auf Kostenersatz stünden dem Verbraucher jedoch die sekundären Gewährleistungsbehelfe offen, weil eine Kostenbeteiligung für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstelle.⁵⁾

Gem § 932 Abs 4 ABGB hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung bzw Wandlung, wenn „sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden“ sind. Im Lichte der EuGH-E *Weber und Putz* legt der OGH das Kriterium der Unverhältnismäßigkeit wie folgt aus: Danach setzt sich ein unverhältnismäßiger (Gesamt-)Aufwand aus einem *verhältnismäßigen Aufwand* des Unternehmers (= notwendige Kosten der Verbesserung iSd § 8 Abs 3 KSchG) und dem *angemessenen Beitrag* des Verbrauchers (= unverhältnismäßiger Aufwand des Unternehmers) zusammen. Für die Praxis ergeben sich daraus zwei Prüfungsschritte: Im ersten Schritt ist zu klären, ob überhaupt ein unverhältnismäßiger Aufwand des Unternehmers vorliegt; verneint man dies, muss der Unternehmer Verbesserung oder Austausch iSd § 932 Abs 2 ABGB leisten, einschließlich des (dann verhältnismäßigen) Aus- und Einbaus (bzw entsprechendem Kostenersatz). Liegt allerdings ein unverhältnismäßiger Aufwand vor, so ist im zweiten Schritt die angemessene Beitragsleistung des Verbrauchers festzulegen. Diese stellt gleichzeitig die Differenz zwischen dem verhältnismäßigen Aufwand und dem unverhältnismäßigen (Gesamt-)Aufwand des Unternehmers dar.

MMag. Dr. *Martina Melcher*, M.Jur. (Oxon) und Dr. *Thomas Schoditsch*, Richter in Karenz, sind Ass.-Prof. an der Karl-Franzens-Universität Graz. In ecolex sind sie ständige Mitarbeiter der Rubrik Zivil- und Unternehmensrecht.

- 1) EuGH verb Rs C-65/09 und C-87/09, *Weber und Putz*, ECLI:EU:C:2011:396.
- 2) OGH 4 Ob 80/12 m ecolex 2013, 116 (*Wilhelm*) = JBl 2013, 180 (*Faber*).
- 3) OGH 9 Ob 64/13 x ecolex 2015, 21 (*Schoditsch*) = EvBl 2014/89 (*Perner*) = SZ 2014/30.
- 4) *Wilhelm*, EuGH weitet Gewährleistung aus: Machen wir mit? Oder ist die Frage schon Ketzerei? ecolex 2011, 873.
- 5) EuGH Rs *Weber und Putz* Rn 71–77.



Abbildung

Wie ist nun die Unverhältnismäßigkeit bzw der angemessene Beitrag des Verbrauchers zu bemessen? Hierfür bestehen folgende Beurteilungskriterien: Zum einen der Wert des mangelfreien Vertragsguts; zum anderen die Bedeutung der Vertragswidrigkeit. Beide Kriterien sind abzuwägen, wobei (als drittes Kriterium) das Recht des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt werden darf (Vorrang der Vertragserfüllung).⁶⁾ Nach Auffassung des OGH sind hinsichtlich der Bedeutung der Vertragswidrigkeit Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigen, grundsätzlich stärker zu gewichten als bloß optische Mängel.⁷⁾ Hilfsweise bedient sich der OGH dafür eines eigentlich aus dem Schadenersatzrecht stammenden Maßstabs:⁸⁾ Würde ein redlicher, vernünftiger Verkehrsteilnehmer die Reparatur auf eigene Kosten durchführen, so ist der Vorteil aus der Verbesserung des optischen Mangels im Verhältnis zu den Verbesserungskosten gerechtfertigt – und damit sind die Verbesserungskosten auch nicht unverhältnismäßig.

Im Anlassfall entschied der OGH diese Frage nicht selbst, sondern verwies die Rechtssache zur Klärung noch offener Fragen (ua vereinbarter Preis/Marktpreis, Auffälligkeit des optischen Mangels) an das ErstG zurück. Dabei brachte er aber bereits deutlich zum Ausdruck, dass im vorliegenden Fall – rein optische Abweichung von (nur) 13% der Gesamtfläche und Verbesserungskosten in zwölfwacher Höhe des Kaufpreises – wohl ein unverhältnismäßiger Aufwand für den Unternehmer vorliegt. Zum Vergleich: Ebenso bei einem rein optischen Mangel erachtete der BGH in der Anschlussentscheidung zur Vorlagefrage in der Rs *Weber und Putz* eine (angemessene) Beteiligung des Verbrauchers an den Aus- und Einbaukosten von rund € 5.800,- bei einem Wert der mangelfreien Fliesen von € 1.200,- für erforderlich.⁹⁾

Auch in prozessualer Hinsicht stellt die E des OGH die ErstG vor einige Herausforderungen. Die ErstG müssen nun großzügigere Feststellungen als bisher treffen, um verstärkt die Bedürfnisse des InstanzG – bei abweichender Beurteilung – im Blick zu haben und Rückverweisungen zu vermeiden. So muss in Zukunft im Rahmen der Parteierörterung insb geklärt werden, ob der Verbraucher grundsätz-

lich bereit ist, sich an den Kosten zu beteiligen, und, gegebenenfalls, bis zu welcher Höhe. Für den Fall, dass der Verbraucher zu keiner Kostenbeteiligung bereit ist, sieht der OGH offenbar eine Verpflichtung des Gerichts vor, ihm die Möglichkeit einer Wahl sekundärer Gewährleistungsbefehle einzuräumen. Prozessual würde das freilich mit einer Umstellung des Klagebegehrens einhergehen; damit sind auch grundsätzliche Fragen der Manuduktionspflicht sowie der Änderung des Streitgegenstands aufgeworfen.

D. Methodische Aspekte

Methodisch beschäftigt sich der OGH in der vorliegenden E intensiv mit der Frage der richtlinienkonformen Interpretation und ihrer Grenzen. Dabei setzt er sich insb mit dem Spannungsverhältnis zwischen der Vorgabe des EuGH – kein Ausschluss der einzig möglichen primären Abhilfe wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten (relative Unverhältnismäßigkeit) – und dem bisherigen Verständnis der nationalen Regelung des § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB (absolute Unverhältnismäßigkeit) auseinander. Anstatt die Unionsrechtswidrigkeit des § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB in den Vordergrund zu stellen,¹⁰⁾ versucht der OGH, die EuGH-Rsp zu *Weber und Putz* in den Wortlaut des Unverhältnismäßigkeitsbegriffs nach § 932 Abs 4 Satz 1 im Weg der richtlinienkonformen Interpretation zu integrieren.¹¹⁾ So kommt er zum Schluss, dass die in § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB enthaltene Wendung „mit einem unverhältnismäßigen Aufwand für den Übergeber verbunden“ so verstanden werden kann, dass „*ein solcher unverhältnismäßiger Aufwand (nur) der über den angemessenen hinausgehende (noch unbeschränkte) (Gesamt-)Aufwand ist*“ (siehe oben). Im Endeffekt bleibt es daher beim Verständnis des § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB als Kriterium der „absoluten Unverhältnismäßigkeit“. Allerdings ist im Ergebnis ein Ausweichen auf die sekundären Befehle nur in jenen Fällen möglich, die auch die EuGH-E *Weber und Putz* vorsieht – nämlich, wenn der Verbraucher eine angemessene Beitragsleistung verweigert.

E. Fazit

Sechs Jahre nach ihrer Verkündung erzeugt die EuGH-Rs *Weber und Putz* noch immer Nachbeben im österr Gewährleistungsrecht. Insofern verfügte *Wilhelm* bereits 2011 über eine prophetische Gabe: Der Wolf ist ein größeres Tier als bislang gedacht; es genügt bei weitem nicht nur ein Schafspelz, um ihn abzudecken. Begrüßenswert ist aber, dass sich der OGH nunmehr in-

6) EuGH Rs *Weber und Putz* Rn 76.

7) So bereits *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 76 f.

8) Mit Anklängen zur „Totalschaden“-Judikatur (s *Danzl* in KBB⁵ § 1323 Rz 7 ff) insb OGH 4 Ob 44/14 w (unveröff).

9) BGH VII ZR 70/08 NJW 2012, 1073.

10) Für Unionsrechtswidrigkeit des § 932 Abs 4 Satz 1 etwa *P. Bydlinski*, Weite verschuldensunabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den Käufer? Zugleich Überlegungen zu rechtlichen Beurteilung von EuGH-Urteilen, ÖJZ 2011, 893 (899 f); *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 106 f.

11) In diesem Sinn bereits *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 18; *B. Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 48 (Stand 1. 1. 2016, rdb.at).

tensiv mit der methodischen Hintergrunddiskussion auseinandersetzt; statt den Wolf im Schafspelz einfach in das österr Recht einzuschleusen – wie dies in seiner ersten E im Zusammenhang mit dem Ersatz der Aus- und Einbaukosten erfolgte –, weist er nun sogar in aller Deutlichkeit auf den Schafspelz hin. Ebenso erörtert er

die inhaltlichen Vorgaben des EuGH zur Unverhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Aus- und Einbaukosten im Detail. Ihre praktische Umsetzung wird die Erstrichter – speziell im Hinblick auf die erforderlichen Feststellungen – dennoch vor einige Herausforderungen stellen.