

AUFSÄTZE

Der Werkbegriff im Bauwesen

Bei Bauwerkverträgen sind nach Abschluss Änderungen an der Tagesordnung. Die juristischen Auswirkungen solcher Änderungen sind allerdings fraglich: Wann hat eine faktische Änderung gar keine Auswirkung auf den Vertrag, wann entfallen Nebenabreden und wann liegt überhaupt ein neuer Vertrag („aliud-Werk“) vor bzw wann treten neue Verträge zum bestehenden hinzu?

Deskriptoren: Werkvertrag, Schuldinhalt, Erfolg, funktionaler Vertrag, konstruktiver Vertrag, Schuldänderung, Novation, Erschwernis, Behinderung; §§ 1151 f, 1167 ff, 1379 ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Grundsätzliches

Der Werkbegriff des ABGB ist ziemlich weit reichend – er umfasst Bau-, Schuh- und Feuerwerk gleichermaßen. Allen diesen Werken (im werkvertraglichen Sinn) ist eine schöpferische oder gestaltende Verrichtung des Unternehmers gemein. Die Bedeutung der Verrichtung wird auch durch die Nähe der werkvertraglichen zu den dienstvertraglichen Bestimmungen des ABGB deutlich – mit einem gemeinsamen, durch die §§ 1151 f gebildeten Teil und durch die gemeinsame Überschrift des 26. Hauptstücks: „Von Verträgen über Dienstleistungen – Dienst- und Werkvertrag“ (der Werkvertrag wird also als ein „Vertrag über Dienstleistungen“ bezeichnet, was das Merkmal einer Verrichtung besonders hervorstreicht). Mit dem Abschluss eines Werkvertrages verpflichtet sich der Unternehmer nicht zur bloßen Ablieferung einer Sache gegen Entgelt (dies wäre ein Kaufvertrag), sondern zu deren Errichtung – also einer Verrichtung. Tatsächlich ist aber der Kauf einer zukünftigen Sache (wie etwa der Kauf eines erst nach den Spezifikationen des Käufers zu produzierenden Autos) nur schwer von einem Werkvertrag, bei dem keine Mitwirkungspflicht des Bestellers (mehr) gegeben ist, zu unterscheiden.¹

1 Tatsächlich sind die Unterschiede der Rechtslage zwischen Kauf- und Werkvertrag (insbesondere seit der Novellierung des § 1167 ABGB) wohl nicht (mehr) allzu groß: Die werkvertragliche Mitwirkungspflicht des Bestellers gemäß § 1168 Abs 2 ABGB findet beim Kaufvertrag in den Bestimmungen zum Auswahlverzug durch den Gläubiger gemäß § 906 Abs 2 ABGB eine gewisse Entsprechung. Die werkvertragliche Warnpflicht des Unternehmers gemäß § 1168a ABGB findet beim Kaufvertrag in den Bestimmungen zu den Aufklärungspflichten des Verkäufers seine Entsprechung (vgl dazu OGH 1.12.1981, 4 Ob 558/81). Was jedenfalls als wesentlicher Unterschied verbleibt ist, dass beim Werkvertrag der Preis nicht zu den essentialia negotii gehört.

Vereinfacht lässt sich sagen, dass beim Kaufvertrag eine Sache, beim Werkvertrag jedoch deren Errichtung geschuldet wird.² Da nach einhelliger Meinung beim Werkvertrag prinzipiell ein Erfolg geschuldet wird,³ scheint der Unterschied auf den ersten Blick vielleicht kaum wahrnehmbar. Diese Fokussierung auf den „Erfolg“ darf aber nicht dazu verleiten anzunehmen, dass dieser Erfolg vom WU „immer und überall“ (dh unter welchen Umständen auch immer) zu liefern ist (aus genau diesem Grund wäre es günstiger, nicht vom „Erfolg“, sondern der „Errichtung“ zu sprechen). Tatsächlich finden sich auch Urteile, die sehr wohl aussagen, dass nicht einfach „das Werk“ geschuldet wird: „*Stellt der Werkunternehmer das Werk nicht auf die vereinbarte Art und Weise her, so handelt er vertragswidrig und damit rechtswidrig, mag auch die von ihm gewählte Art der Herstellung den Regeln der Technik und dem Stand der Wissenschaft entsprechen*“.⁴

Welches Werk – besser: die Errichtung welchen Werkes – wird vom Unternehmer geschuldet? Körperliche bewegliche Sachen sind bereits durch ihre innere Beschaffenheit (den Maßen und Materialien) definiert; ein Schuh zum Beispiel ist durch seine Façon, seine Größe und die verwendeten Materialien eindeutig definiert. Unbewegliche körperliche Sachen sind zudem wesent-

2 Vgl Wenusch, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 177: „*Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass beim Werkvertrag nicht das Werk, sondern dessen (erfolgreiche) Erstellung geschuldet wird*“.

3 Vgl OGH 14.3.1984, 1 Ob 40/83: „*Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg*“.

4 OGH 4.12.1997, 2 Ob 291/97a. Vielleicht etwas überraschend dann wohl in die entgegengesetzte Richtung weiter: Es „*begründet die Verletzung einer bloß tätigkeitsbezogenen Vertragspflicht keine Mangelhaftigkeit des Werkes und damit keine Minderung des Werklohnes, wenn nur der Erfolg voll herbeigeführt wurde*“ – soll das etwa bedeuten, dass auch dann, wenn eine handbemalte Vase vereinbart wurde, eine statt dessen maschinell hergestellte nicht mangelhaft ist? Und schließlich doch wieder die Betonung der Wichtigkeit der Verrichtung: „*dies ändert aber nichts daran, daß der Werkunternehmer allfällige Schäden, die dadurch entstanden sind, daß er eine vertragswidrige Herstellungsart wählte, aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen hat*“.

lich durch ihre Lage definiert; ein Haus an einem Ort ist von einem Haus an einem anderen Ort unterschiedlich, selbst wenn Form, Ausmaße und Materialien völlig identisch sind. Eine Verrichtung schließlich ist nicht nur definiert durch physische Eigenschaften des Ergebnisses und den Ort, sondern sie ist auch durch die Zeit gekennzeichnet – und dies in zweierlei Hinsicht, weil es erstens eine Rolle spielt, zu welchem Zeitpunkt sie getätigt wird und es zweitens auch eine Rolle spielt, in welchem Zeitrahmen sie erledigt werden muss; so macht es einen Unterschied, ob ein Gebäude innerhalb von sechs Monaten im Sommer und Herbst oder in vier Monaten im Winter errichtet werden soll.

All diese Aspekte (physische Beschaffenheit des Ergebnisses, Ort und Zeit) sind insbesondere wichtig für die Kalkulation eines Bauunternehmers, der seine „Faktorkomposition“ (jede Produktion ist das Resultat der Kombination von Produktionsfaktoren⁵) auf sämtliche zu erwartenden Gegebenheiten abstimmen muss. Und daher fließen gegebenenfalls natürlich die Rahmenbedingungen in einen Bauwerkvertrag ein. Auch die ÖNORM B 2110 definiert⁶ den Leistungsumfang (di der Inhalt der Schuld des Bauunternehmers) in Pkt. 3.8 als „alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z. B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden“. Die „Umstände der Leistungserbringung“ sind für den Unternehmer von wesentlicher Bedeutung!

Die genaue Definition des Werkbegriffs (sprich: des Inhalts der Schuld des Unternehmers eines Werkvertrags) ist nicht nur für die Kalkulation des WU von Interesse, sondern auch aus juristischen Gründen allgemein bedeutsam: Davon hängt ab, ob eine faktische Änderung bloß als „Schuldänderung“⁷ (Änderung der Nebenbestimmungen) gemäß § 1379 ABGB, als Novation oder als völlig separater Vertrag anzusehen ist. Und davon hängt wieder eine Fülle von Folgen ab:

- Muss eine Überschreitung des vereinbarten Entgelts angezeigt werden, wenn vom Unternehmer ein Kostenvoranschlag ohne Gewährleistung gemäß § 1170a Abs 2 ABGB gelegt wurde?
- Berechtigten unvorhergesehene Entwicklungen aus der Sphäre des Bestellers den Unternehmer, bloß eine „angemessene Entschädigung“ gemäß § 1168 ABGB zu verlangen oder darf er ein gänzlich neues „an-

gemessenes Entgelt“ gemäß § 1152 ABGB berechnen?

- Wie ist eine Sicherstellung bei einem Bauvertrag gemäß § 1170b ABGB zu bemessen?
- Gelten einzelne Bestandteile (zB die ÖNORMen) des ursprünglichen Vertrags überhaupt noch?
- Gilt die Rechtslage des ursprünglichen Vertrags noch, wenn später ein weiterer Vertrag hinzukommt?
- Besteht ein Zurückbehaltungsrecht des WB hinsichtlich von Leistungen aus dem ursprünglichen Vertrag, wenn Leistungen eines „Folgevertrages“ mangelhaft sind?
- Wie weit reicht ein Rücktritt wegen Verzuges?
- Wie wirken Schadenersatzbegrenzungen, wenn statt eines mehrere Verträge abgeschlossen werden?
- Wie wirken sich Verfristungsbestimmungen des ursprünglichen Vertrages auf später hinzu gekommene Leistungen aus?
- Wie weit reicht die Deckung von Sicherheiten?
- Wie laufen Gewährleistungs- und Schadenersatzfristen?

2. Schuldänderung, Novation oder selbständige, unabhängige Verträge

Bemerkenswert ist zunächst, dass § 1379 ABGB Vertragsbestimmungen „wo wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllt werden soll“ als „Nebenbestimmungen“ bezeichnet. Insbesondere beim Bauwerkvertrag kann bei der Festlegung von Ort und Zeit der Erbringung der Leistung des WU wohl keinesfalls von einer Nebenbestimmung gesprochen werden!

Eine eindeutige und vor allem allgemeingültige Grenze, zwischen Schuldänderung und Novation, lässt sich wohl nicht ziehen und es ist auf den Einzelfall abzustellen – wie bei der „Unterscheidung, ob eine mangelhafte Ware oder ein aliud vorliegt, ist die Verkehrsauffassung maßgebend“.⁸ Diese Verkehrsauffassung dürfte im Fall von Bauwerkverträgen erst bei wirklich gravierenden Änderungen von einem gänzlich „neuen Vertrag“ ausgehen – insbesondere überschaubare terminliche Änderungen werden wohl kaum als den Schuldinhalt grundlegend verändernd angesehen.⁹

So erkennt die Rechtsprechung, dass zB gewisse Verzögerungen bei einem Bauwerkvertrag von jedermann (insbesondere jedem WU) erwartet werden müssen – danach gibt es ein „Maß des Üblichen, auf das sich jeder

5 Vgl etwa *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre²⁴ – die Produktion, der die „drei Elementarfaktoren“ menschliche Arbeitskraft, Betriebsmittel und Werkstoff einerseits und den „dispositiven Faktor“ andererseits unterscheidet.

6 Ab der Ausgabe 2009.

7 *Ertl* in Rummel, ABGB³ § 1379 Rz 1.

8 OGH 7.11.1990, 3 Ob 605/90.

9 In OGH 19.3.1985, 5 Ob 519/85 etwa verspätete sich der Baubeginn von April auf Juli/August, was eine Steigerung der Lohnkosten des Unternehmers und zu Winterarbeiten führte, ohne dass der Unternehmer überhaupt auf die Idee gekommen wäre, die Errichtung eines anderen als des zunächst vereinbarten Werks zu behaupten.

Werkunternehmer einzustellen hat“.¹⁰ Damit wird wohl auch der letzte Satz von § 1379 ABGB gewürdigt, wonach im Zweifel davon auszugehen ist, dass eine bestehende Vertragsbeziehung durch Änderungen nicht aufgelöst wird.

Tatsächlich dürfte auch in der Praxis häufig der Wille beider Vertragsparteien auf eine „Rettung“ des bestehenden Vertrages gerichtet sein. Nicht nur der WB hat größtes Interesse, „dass es weiter geht“ und das Bauwerk (nach Tunlichkeit) zeitgerecht fertig wird – auch der Unternehmer dürfte meist eine „Weitergeltung“ des bereits geschlossenen Vertrages anstreben: Oft wird nämlich nicht darauf vertraut (oder es ist sogar gänzlich unbekannt), dass bei Abbestellung durch den Besteller das gesamte – lediglich um tatsächliche und vom Besteller zu beweisende Einsparungen des Unternehmers zu reduzierende – Entgelt prompt fällig wird. Und mitunter dürfte ein betroffener Unternehmer, der bereits Vorleistungen, die allerdings noch nicht bezahlt wurden, erbracht hat, wirtschaftlich gezwungen sein, einer Änderung der von ihm geschuldeten Leistung zuzustimmen.

An dieser Stelle zurück zur Rechtsprechung zu aliud-Lieferungen: „Wenn der Käufer ein ganz bestimmtes Material unter Angabe der Artikelnummer bestellt hat und zwischen den Parteien weiters ausdrücklich besprochen wurde, dass der Käufer genau dieses Material wünscht, dann hat der Käufer eindeutig klargelegt, dass er nur dieses Material als Erfüllung annehmen wird. Liefert der Verkäufer in der Folge ein anderes, ausdrücklich nicht bestelltes, Material, handelt es sich um eine [...] aliud-Lieferung“.¹¹ Nichts anderes kann wohl gelten, wenn der Unternehmer beim Abschluss des Vertrages erklärt, nur genau zu einer bestimmten Zeit das geschuldete Werk zu errichten.

Weiters soll untersucht werden, wie sich Änderungen auf die Vertragslage auswirken. Dabei ist festzustellen, dass sich besonders dann unerwartete Probleme ergeben, wenn ein Vertrag nicht angepasst wird, sondern neben ihn weitere Verträge treten.

3. Einzelfragen

3.1. Entfall von Nebenabreden

Überschreiten Änderungen „das Maß des Üblichen“ und wird der Zeitplan des Unternehmers „über den Haufen geworfen“, dann entfallen jedenfalls allfällige Pönalabreden.¹² Dies Ergebnis lässt sich einerseits irr-

tumsrechtlich erzielen. Oder man unterstellt eine schlüssig vereinbarte Bedingung, wonach die Pönale nur für den ursprünglichen Leistungsumfang gelte. Oder man unterstellt die Aufhebung des alten und den Abschluss eines neuen Vertrages, für den nunmehr das dispositive Recht gilt, das eben keine Pönale kennt.

3.2. Sicherheiten Dritter

Durch eine Änderung von Nebenbestimmungen, durch welche der „Hauptgegenstand oder Rechtsgrund“ nicht berührt wird, kann einem Dritten keine neue Last auferlegt werden. Selbst wenn man eine Änderung der Bauzeit (das betrifft sowohl den Termin als auch die Dauer) nur als Nebenbestimmung betrachtet, so können beispielsweise Bürgschaften wesentlich beschwerlicher werden und dadurch entfallen: Die Bürgschaft für ein Bauvorhaben, das in Kürze in der warmen Jahreszeit ohne Zeitdruck realisiert wird, fällt dem Bürgen wohl wesentlich leichter als eine Bürgschaft für ein ansonsten identes Bauvorhaben in der weiteren Zukunft (in der sich die Leistungsfähigkeit des Unternehmers auch verschlechtern kann), das aufgrund reduzierter Zeitvorgaben in Eile und zudem in der kalten Jahreszeit realisiert werden soll.

Im Falle einer Novation entfallen die Sicherheiten überhaupt. Und dann, wenn durch zusätzliche Verträge weitere Leistungen hinzu kommen, sind diese naturgemäß von vornherein nicht Gegenstand der Besicherung.

3.3. Geltungsbereich eines Kostenvoranschlages

Zu Kostenvorschlägen wurde judiziert, dass auch dann, wenn solche dem Vertrag zu Grunde gelegt wurden, der WU auch ohne entsprechende Anzeige Mehrkosten verlangen kann, sofern diese auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind.¹³ Es sei dahin gestellt, ob dies tatsächlich allgemein gelten kann (nachdem es neben der Sphäre des WU nur jene des WB gibt, würde das nämlich bedeuten, dass Mehrkosten nur dann gebühren, wenn sie auf Umstände aus der Sphäre des WB zurückzuführen sind, was irgendwie nicht wirklich ver-

erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Werkunternehmers abzulesende zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einzustellen hat, wird also der Zeitplan „über den Haufen geworfen“, dann gibt es keine verbindliche Pönalvereinbarung mehr“.

10 OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f.

11 OGH 29.6.2000, 5 Ob 142/04z.

12 OGH 23.2.1999, 8 Ob 156/06h: „Überschreiten indessen die aus der Sphäre des Werkbestellers herrührenden Verzögerungen das in

13 OGH 18.10.2006, 9 Ob 109/06d: „Liegen die Umstände, die zu Mehraufwendungen führen, tatsächlich in der Sphäre des Bestellers, dann ist selbst bei einem „garantierten“ Kostenvorschlag die unverzügliche Rüge einer unvermeidlichen beträchtlichen Überschreitung zur Wahrung des Anspruches des Werkunternehmers auf die Mehrkosten entbehrlich“. Dies unter Verweis auf OGH 19.3.1985, 5 Ob 519/85.

ständig anmutet).¹⁴ Aber natürlich gilt ein Kostenvoranschlag nur für die Errichtung eines bestimmten Werkes – definiert eben nicht nur durch die Beschaffenheit, sondern auch durch Ort und Zeit. Ändert sich der Schuldinhalt eines Werkvertrages grundlegend, so liegt möglicherweise ein gänzlich neuer Vertrag vor, bei dem man nicht mehr von einer Überschreitung des Entgelts sprechen kann.

3.4. § 1168 oder § 1152 ABGB

Die dem Unternehmer durch eine Verzögerung entstehenden Mehrkosten werden als das Entgelt (des ansonsten fortbestehenden Vertrages!) erhöhend angesehen: *„Bei den Kosten, die durch den vo[m Besteller] verschuldeten verzögerten Baubeginn aufliefen (Stehzeiten für Maschine und Arbeiter) handelt es sich nicht um einen vom Werklohn trennbaren Schadenersatzanspruch, sondern um einen Anspruch de[s Unternehmers] auf einen aus diesem Grund erhöhten Werklohn“*.¹⁵

Dass sich die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz orientieren soll,¹⁶ kann zumindest dann nicht sachgerecht sein, wenn dem WU dadurch ein Verlust entstünde: Er würde für Umstände „bestraft“, die er nicht verschuldet hat, ja die nicht einmal seiner Sphäre entspringen!¹⁷

Doch selbst wenn dem so wäre, ist zu fragen, ob es sich überhaupt noch um den ursprünglichen Vertrag handelt – ob also das zusätzliche Entgelt gemäß § 1168 ABGB zu bezahlen ist, oder ob gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt zusteht, weil die zunächst getroffene Preisabrede eben keine Gültigkeit mehr hat.¹⁸

3.5. Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB

Eine Forderung des WB an den WU enthebt ersteren nicht von seiner Pflicht, gegebenenfalls eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB stellen zu müssen. Werden die vom WU erbrachten Leistungen von einem einzigen Vertrag umfasst, so ist bei einer „insgesamten Überzahlung“ (dh der WB hat bereits mehr bezahlt als er jemals zahlen wird müssen) vom WB keine Sicherstellung zu leisten. Bestehen hinsichtlich der vom WU erbrachten

Leistungen jedoch zwei Verträge, so muss der WB auch dann für einen Vertrag, für den sich keine „insgesamte“ Überzahlung ergibt, eine Sicherstellung leisten, obwohl für den andern eine solche Überzahlung besteht. Dies selbst dann, wenn die insgesamt Überzahlung rechnerisch für beide Verträge zusammen besteht.

Auch bei der Berechnung der Höhe der Sicherstellung macht es eventuell einen Unterschied, ob einer oder mehrere Verträge vorliegen: Handelt es sich bei einem Vertrag um einen, der innerhalb von drei Monaten zu erfüllen ist, so beträgt die Höhe der Sicherstellung 40% des vereinbarten Entgelts, sonst 20%. Sind die einzelnen Leistungen des WU zusammen genommen in zB vier Monaten zu erbringen, so gilt der niedrigere Prozentsatz, wenn alle Leistungen von einem Vertrag umfasst sind. Teilen sich die Leistungen aber auf mehrere Verträge auf, die für sich genommen jeweils innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, so gilt der höhere Prozentsatz. Der Unterschied besteht selbst dann, wenn faktisch idente Leistungen betroffen sind.

3.6. Geltung von Vertragsbestandteilen

Bauwerkverträge setzen sich häufig aus verschiedenen Bestandteilen zusammen – häufig wird zB die Geltung von ÖNORMen vereinbart. Werden mehrere Verträge abgeschlossen, so kann sich die Frage stellen, ob Bestandteile des einen Vertrages auch Bestandteil eines anderen Vertrages werden: *„Aus der Tatsache, dass die Streitteile in einem anderen Geschäftsfall ausdrücklich die Anwendung von Ö-Normen vereinbart haben, kann nicht zwingend geschlossen werden, dass auch im gegenständlichen die Ö-Normen zugrunde zu legen sind“*.¹⁹

3.7. Geltendes Recht

Die Abwicklung von Bauwerkverträgen nimmt mitunter geraume Zeit in Anspruch. Es ist durchaus denkbar, dass sich zwischen Baubeginn und Bauende die Rechtslage ändert: Anfänglich geschlossene Verträge unterliegen dann einem anderen Recht als später abgeschlossene § 907 UGB lautet zB: *„(18) Die mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I Nr. 120/2005, geänderten Bestimmungen des Vierten Buches (§§ 343 bis 450) sind auf nach dem 31. Dezember 2006 abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden“*. Es kann also einen Unterschied machen, ob statt mehreren einzelnen nur ein „durchgehender“ Vertrag geschlossen wird.

¹⁴ Vgl dazu zB *Wenusch*, Zum „unverbindlichen“ Kostenvoranschlag, ZRB 2012, 37.

¹⁵ OGH 16.2.1977, 9 Ob 204/97h.

¹⁶ So OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d.

¹⁷ Mehr dazu in *Wenusch*, „Guter Preis bleibt guter Preis, ...“, ZRB 2012, 118.

¹⁸ Wobei gefragt werden könnte, ob die zunächst getroffene Preisabrede eine Bedeutung für die Frage nach der Angemessenheit haben kann.

¹⁹ OGH 28.3.1995, 4 Ob 197/05g.

3.8. Reichweite des Zurückbehaltungsrechts

Das Entgelt wird erst mit vertragskonformer Fertigstellung fällig²⁰ – bis der Vertrag vom WU erfüllt ist, ist das Werk nicht fertig. Werden mehrere Verträge geschlossen, so können einzelne vom WU bereits erfüllt sein, andere jedoch noch nicht. Hinsichtlich der erfüllten Verträge tritt bereits Fälligkeit des Entgelts ein. Wären aber alle Leistungen von einem einzigen Vertrag umfasst, so würde nichts fällig, bis alle Leistungen erbracht sind (allenfalls wäre zu überprüfen, ob eine Werkerrichtung in „Abteilungen“ vorliegt – in diesem Fall kann sehr wohl Teilfälligkeit eintreten).²¹

Nämliches gilt, wenn die Leistungen des WU mangelhaft sind: Bis zur Behebung der Mängel kann der WB das Entgelt zurückhalten. Wiederum gilt, dass mehrere einzelne Verträge, die statt eines einzigen abgeschlossen werden, getrennt zu behandeln sind: *„Der Besteller, der mit dem Unternehmer mehrere getrennte Werkverträge abschließt, ist selbst dann, wenn der Unternehmer eine gemeinsame Rechnung legt, nicht berechtigt, wegen eines einzigen Mangels die Gegenleistung aus allen Werkverträgen zu verweigern“*.²²

3.9. Reichweite des Vertragsrücktritts

Gerät ein WU in Verzug, so kann der WB – allenfalls nach Nachfristsetzung – vom betroffenen Vertrag zurücktreten. Andere Verträge sind davon nicht betroffen, weshalb es einen Unterschied macht, ob mehrere separate Verträge oder ein Gesamtvertrag abgeschlossen wird: *„Grundsätzlich kann ein Vertragsteil wegen einer bei Erfüllung eines Vertrages durch den anderen Vertragsteil unterlaufenen Verzögerung nicht von einem anderen zwischen denselben Parteien abgeschlossenen Vertrag zurücktreten“*.²³

Die Judikatur hat allerdings erkannt, dass bei mehreren Verträgen das Vertrauen in den anderen Vertragspartner so stark geschädigt ist, dass dies auch auf andere Verträge durchschlägt: *„Ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen zwei Verträgen (hier: Werk-*

verträge bei Errichtung eines Hauses) rechtfertigt aber die sinngemäße Anwendung des § 918 Abs 2 ABGB, gilt doch das Motiv für die Einführung dieser Bestimmung, daß der Gläubiger an den unverlässlichen Kontrahenten auch für die Zukunft nicht mehr gebunden sein sollte, in einem solchen Fall nicht minder“.²⁴

3.10. Reichweite von Schadenersatzbegrenzungen

Die ÖNORM B 2110 beschränkt bei leichter Fahrlässigkeit den zu leistenden Schadenersatz – zB bei einer Vertragssumme bis 250.000,- EUR mit 12.500,- EUR. Liegen statt eines Vertrages zwei Verträge vor, die zusammen die Vertragssumme des einen Vertrages ergeben, so verdoppelt sich der Schadenersatz-Höchstbetrag.

3.11. Reichweite von Verfristungsbestimmungen

Die ÖNORM B 2110 Pkt. 8.4.2 schließt – unter bestimmten Bedingungen – „nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen“ aus. Wurden getrennte Verträge geschlossen, so handelt es sich bei Forderungen aus dem später abgeschlossenen Vertrag nicht um nachträgliche Forderungen aus dem zunächst geschlossenen Vertrag.

3.12. Lauf von Fristen

Bestehen mehrere Verträge, so laufen so viele Gewährleistungsfristen als es Übergaben gibt.

Bei einer Mehrzahl von Verträgen mit unterschiedlichen Entgeltfälligkeiten gibt es auch eine Mehrzahl von Verjährungsfristen (siehe dazu die vom Autor glossierte Entscheidung OGH 25.03.2014, 10 Ob12/14h in diesem Heft).

Interessant ist eine Mehrzahl von Verträgen auch für die Verjährung von Schadenersatzforderungen: Bei einem einheitlichen Vertrag ist auf Feststellung der Haftpflicht zu klagen, wenn Folgeschäden zu erwarten bzw zu befürchten sind.²⁵ Diese Pflicht zur Feststellungsklage kann aber wohl nur Schäden aus einer Vertragsbeziehung betreffen (die praktische Bedeutung dieses Aspekts dürfte eher gering sein, weil weitere Folgeschäden hauptsächlich Leistungen eines einzigen Vertrages betreffen dürften).

20 OGH 19.3.2014, 7 Ob 22/14g: *„Beim Werkvertrag, bei dem das Gesetz eine Vorleistungspflicht des Unternehmers anordnet, ist § 1052 ABGB in der Regel nicht anwendbar. Vor der gehörigen Erbringung der zugesagten Leistung ist der Werkvertrag noch nicht erfüllt. Klagt der Werkunternehmer den Besteller vor gehöriger Erfüllung auf Bezahlung des Werklohns, so kann der beklagte Besteller die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben und damit zugleich die mangelnde Fälligkeit des Entgeltanspruchs geltend machen“*.

21 OGH 24.3.1982, 3 Ob 667/81: *„Von einem in mehreren Abteilungen zu verrichtenden Werk ist im Zweifel vor allem dann auszugehen, wenn der Unternehmer eine Mehrheit von einander unabhängigen Werken herzustellen hat“*.

22 OGH 21.2.1979 1, Ob 542/79.

23 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81.

24 OGH 3.9.1986, 1 Ob 606/86.

25 OGH 2.8.2000, 2 Ob 188/00m: *„Der drohenden Verjährung seines Anspruchs auf Ersatz der künftigen, aber schon vorhersehbarer Schäden hat der Geschädigte daher dann, wenn ihm schon ein Primärschaden entstanden ist, mit einer Feststellungsklage innerhalb der Verjährungsfrist zu begegnen“*.

Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es bei der Ermittlung des Werkbegriffs eines Bauwerkvertrages natürlich – wie üblich – zunächst auf den erkennbaren Willen der Parteien bei Vertragsabschluss ankommt. Lässt sich dieser nicht feststellen und ist ein „hypothetischer“ Willen zu ermitteln, so sind wohl auch besonders die Überlegungen zu berücksichtigen, die ein WU im Zuge seiner Kalkulation beachten muss. Dass die Kalkulation des WU dem ökonomischen Prinzip folgt, ist ein Allgemeinplatz – da dies wohl auch

nicht unredlich ist, ist es für den Inhalt und die Auslegung eines Bauwerkvertrages bedeutsam.²⁶ Die genaue Identifikation des geschuldeten Werkes ist ungemein wichtig, weil es einen nicht unerheblichen Unterschied macht, ob statt mehrerer Einzelverträge ein Gesamtvertrag abgeschlossen wird.

26 Vgl dazu zB *Wenusch*, Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen? – Epilog 1: Skaleneffekte, ZRB 2013, 180.