

Zur Anwendbarkeit des FAGG bei „Zusatzaufträgen“ und zum Wesen des Einheitspreisvertrags

1. Mangels ausdrücklicher Erklärungen der Parteien zur Frage, ob äußerlich getrennte Verträge sachlich eine Einheit bilden sollen, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob ein derartiger Wille der Parteien angenommen werden kann.
2. Der Einheitspreisvertrag versetzt die Vertragsparteien in die Lage, auf Leistungsänderungen flexibel zu reagieren.
3. Haupt[ver]trag und Zusatz[bestellungen] bilden [hier] einen einheitlichen Vertrag, der zum Zweck der Sanierung der Wohnung der Beklagten abgeschlossen wurde. Da aus rechtlicher Sicht kein gesonderter, außerhalb der Geschäftsräume der Klägerin geschlossener Vertrag vorliegt, ist der sachliche Anwendungsbereich des FAGG auch in Bezug auf die Zusatz[bestellungen] nicht eröffnet.

OGH 20.02.2018, 4 Ob 28/18y

Deskriptoren: Einheitspreisvertrag, Nachtrag, Zusatz, Hauptvertrag ÖNORM B 2110; FAGG.

Sachverhalt

Die Beklagte ist Miteigentümerin einer Liegenschaft in Innsbruck; mit ihren Anteilen ist Wohnungseigentum an einer Wohnung verbunden, die sich über das zweite Obergeschoß des Hauses erstreckt. Das Haus wurde etwa um das Jahr 1900 in geschlossener Bauweise errichtet. Die Räumlichkeiten dienen der Beklagten und ihrer Familie als Wohnung; sie hat dort kein Büro eingerichtet. Am 29.6.2015 erstellte die Klägerin zur Sanierung der Wohnung der Beklagten ein schriftliches Angebot über eine Angebotssumme von 52.935,35 einschließlich Umsatzsteuer. Das Angebot bezog sich auf „Baumeisterarbeiten, Boden- und Wandbeschichtung, Regiearbeiten, Rauchfangsanierung, Elektroinstallation und Installationsarbeiten“, enthielt feste Einheitspreise und verwies insbesondere auf die Ö-Normen A 2050 und B 2110. Die Beklagte unterfertigte das Angebot der Klägerin in deren Büroräumlichkeiten.

Im Zuge der Bauausführung kam es zu Kostenüberschreitungen, weil die Beklagte auf der Baustelle zusätzliche Bestellungen tätigte. Diese betrafen Arbeiten an Türen einschließlich der Balkon- und der Hauseingangstüre, eine geänderte Sanitärinstallation mit einer anderen Badewanne und anderen Armaturen sowie zusätzliche Elektroinstallationen, wobei zusätzliche Leitungen verlegt, Schaltergruppen versetzt und zusätzliche Schalter eingebaut wurden. Weitere Zusatzkosten ergaben sich durch die Sanierung der Decke im Bad; die Notwendigkeit dieser Arbeiten zeigte sich erst im Zuge der Bauausführung.

Mit Schlussrechnung vom 23.3.2016 rechnete die Klägerin die Positionen „Baumeisterarbeiten zur Wohnungssanierung, Boden- und Wandbeschichtung, Regiearbeiten, Rauchfangsanierung, Elektroinstallation und Installationsarbeiten“ mit 81.059,18 einschließlich Umsatzsteuer ab und zog davon die von der Beklagten geleistete Teilzahlung von 36.000,00 ab. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ergibt sich ein gerechtfertigter Abzug von 6.895,86 brutto. Mit weiterer Rechnung vom 23.3.2016 rechnete die Klägerin die Positionen „Baumeisterarbeiten zur Wohnungssanierung, Regiearbeiten und Installationsarbeiten“ mit 12.458,44 einschließlich Umsatzsteuer ab. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ergibt sich ein berechtigter Abzug von 4.328,83 brutto. Für eigene Mängelbehebungen entstanden der Beklagten Kosten von 533,27.

Die Klägerin beehrte letztlich die Zahlung von 29.357,58 sA an restlichem Werklohn. Sie habe auf Bestellung der Beklagten in deren Wohnung in Innsbruck Sanierungsarbeiten durchgeführt. Das zugrunde liegende Angebot sei von der Beklagten am 29.6.2015 in den Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin gegengezeichnet worden. Die Kostenüberschreitungen seien auf Leistungsänderungen zurückzuführen, die die Beklagte zusätzlich bestellt habe. Der Beklagten stehe kein Rücktrittsrecht nach den Bestimmungen des FAGG zu.

Die Beklagte entgegnete, dass sie die Bauleistungen als Verbraucherin bestellt habe. Den im Angebot ausgewiesenen Betrag habe sie gezahlt. Hinsichtlich der von der Klägerin behaupteten Zusatzbestellungen erkläre sie gemäß § 13 FAGG den Rücktritt vom Vertrag. Ausnahmetatbestände, die einen solchen Rücktritt ausschließen würden, seien nicht anwendbar. Die Kosten aus eigenen Mängelbehebungen würden einer allenfalls zu Recht bestehenden Klagsforderung gegenüber als Gegenforderung compensando eingewendet.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht stellte die Klagsforderung mit 29.357,58 und die eingewendete Gegenforderung mit 533,27 als zu Recht bestehend fest und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 28.824,31 sA. Die Beklagte sei zwar Verbraucherin, gemäß § 1 Abs 2 Z 7 FAGG gelte das FAGG aber nicht für Verträge, die erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden zum Inhalt hätten. Dem von der Beklagten in ihrem Einspruch erklärten Rücktritt vom Vertrag komme daher keine Bedeutung zu.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 7 FAGG sei nicht erfüllt, weil diese Bestimmung erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden voraussetze. An das Kriterium der Erheblichkeit sei ein strenger Maßstab anzulegen; die Sanierungsarbeiten müssten daher mit einer Neuerrichtung vergleichbar sein. Diese Anforderungen seien im Anlassfall nicht erfüllt. Das Rücktrittsrecht nach § 11 FAGG stehe der Beklagten aber für jene Leistungspositionen nicht zu, die nur als Modifikation des ursprünglichen Leistungsumfangs anzusehen seien. Nur jene Änderungen, die zu einer Erweiterung des Leistungsumfangs geführt hätten, seien als echte Zusatzbestellungen zu qualifizieren. Auf eine solche Differenzierung komme es letztlich aber nicht an. Gemischte Verträge, auf deren Basis Baumaterialien auf die Baustelle geliefert und im Rahmen der werkvertraglichen Leistungen verwendet würden, seien nach Art 2 Abs 5 der Verbraucherrechte-RL als Kaufverträge zu qualifizieren. Aus diesem Grund sei die Ausnahme vom Rücktrittsrecht gemäß § 18 Abs 1 Z 6 FAGG (Verträge über Waren, die nach ihrer Lieferung aufgrund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden) beachtlich. Diese Ausnahme beziehe sich nicht nur auf die Vermischung von Gütern, sondern auf alle Fälle, in denen gelieferte und verarbeitete Baumaterialien nicht ohne Substanzverlust von der Hauptsache separiert werden könnten. Da diese Ausnahmebestimmung im Anlassfall zur Anwendung gelange, sei der Rücktritt der Beklagten nicht wirksam geworden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zu den herangezogenen Bestimmungen des FAGG keine Rechtsprechung des Höchstgerichts bestehe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten, die auf eine Abweisung des Klagebegehrens abzielt.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, das Rechtsmittel der Beklagten zurückzuweisen, in eventuellem Fall diesem den Erfolg zu versagen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision mangels Vorliegens einer entscheidungsrelevanten erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig. Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Revision wird zurückgewiesen.

1. Trotz Zulässigerklärung der Revision durch das Berufungsgericht muss der Rechtsmittelwerber eine Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzeigen. Macht er hingegen nur solche Gründe geltend, deren Erledigung nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage abhängt, so ist das Rechtsmittel ungeachtet des Zulässigkeitsausspruchs zurückzuweisen.

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Von den in der Revision thematisierten Fragen zum Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (FAGG), BGBl I 2014/33, sowie zu den darin normierten Ausnahmen vom Rücktrittsrecht des Verbrauchers hängt die Entscheidung nicht ab.

2. Im Revisionsverfahren ist zu klären, ob der Rücktritt der Beklagten (im Einspruch vom 13.5.2016) von den auf der Baustelle erteilten Zusatz[bestellun]gen nach den Bestimmungen des FAGG wirksam war. In Ansehung dieser Zusatz[bestellungen] ist der Beklagten keine Information iSd § 4 Abs 1 Z 8 FAGG (Belehrung über das Rücktrittsrecht unter Zurverfügungstellung des Muster-Widerrufsformulars) zugekommen. Mangels ordnungsgemäßer Belehrung war der Widerruf gemäß § 12 Abs 1 FAGG rechtzeitig. Die Verbrauchereigenschaft der Beklagten ist nicht mehr fraglich.

3.1 Der zeitliche (§ 20 FAGG) sowie der persönliche Anwendungsbereich (§ 1 Abs 1 FAGG iVm § 1 KSchG) des FAGG sind gegeben.

3.2 Zu prüfen ist, ob auch die Voraussetzungen für den sachlichen Anwendungsbereich des FAGG vorliegen. Dieser ist im vorliegenden Zusammenhang nur dann eröffnet, wenn davon auszugehen ist, dass die hier zu beurteilenden zusätzlichen Bau[ver]träge außerhalb der Geschäftsräume der Klägerin abgeschlossen wurden (§ 1 Abs 1 FAGG).

Während der Haupt[ver]trag von der Beklagten im Büro der Klägerin unterfertigt und dadurch angenommen wurde, [bestel]lte die Beklagte die Zusatz[ver]träge direkt auf der Baustelle. Die Beurteilung ist daher davon abhängig, ob die Zusatz[ver]träge jeweils als gesonderte Verträge zu qualifizieren sind, oder ob ein einheitlicher Vertrag mit dem Haupt[ver]trag vorliegt.

4.1 Nach Art 3 Abs 5 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-RL) lässt diese das innerstaatliche Vertragsrecht unberührt, soweit nicht konkrete vertragliche Aspekte in der Richtlinie geregelt werden. So sind etwa das Zustandekommen, die Gültigkeit oder die Rechtswirkungen eines Vertrags nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen (ErwGr 14 der RL). Dies gilt ebenso für die Bestimmung der geschuldeten Leistung als Vertragsinhalt sowie die Beurteilung, ob mehrere vertragliche Regelungen als Gegenstand eines einheitlichen Vertrags anzusehen sind. Diese Fragen sind

daher nach innerstaatlichem Recht, ohne Vorgaben durch die Verbraucherrechte-RL, zu beantworten.

4.2 Mangels ausdrücklicher Erklärungen der Parteien zur Frage, ob äußerlich getrennte Verträge sachlich eine Einheit bilden sollen, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob ein derartiger Wille der Parteien angenommen werden kann (vgl 9 Ob 81/04h; ebenso 8 Ob 117/14k im Zusammenhang mit gesondert zu honorierenden Zusatzleistungen). Vor allem aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags und aus dem zeitlichen Abstand zwischen den Verträgen können sich gegebenenfalls Anhaltspunkte für einen auf die Verknüpfung der Verträge abzielenden Parteiwillen ergeben (vgl 9 Ob 81/04h).

4.3 Gerade für den Bauvertrag ist es typisch, dass im Zuge der Bauausführung Leistungsänderungen vereinbart werden, um das Leistungsziel zu erreichen. Die vom Besteller gewünschten Leistungsänderungen können in Zusatzleistungen, die im Haupt[ver]trag nicht berücksichtigt sind (zB zusätzliche Leistungspositionen oder die Sanierung zusätzlicher Räume), in einem Leistungsentfall oder in einem Leistungsaustausch bestehen (vgl dazu *Tomek*, Arten von Bauverträgen, in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management² [2015] 43). Zusatzleistungen werden in der Regel im Rahmen von Zusatz[ver]trägen angeordnet.

Nach den Feststellungen wurde zwischen den Streitparteien ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen, in den unter anderem die Ö-Normen A 2050 und B 2110 einbezogen wurden. Bei einem Einheitspreisvertrag wird das zu erbringende Werk in einzelne Teilleistungen (Einheiten) aufgeteilt, die mit entsprechenden Einheitspreisen bewertet werden. Die Einheiten (Einzelpositionen) werden dabei in der Regel im Rahmen eines ausgepreisten Leistungsverzeichnisses beschrieben. Beim Einheitspreisvertrag wird dem Besteller nur der Einheitspreis (Preis für die Einheit einer Leistung, die nach Stück, Zeit oder Masse oder in anderen Maßeinheiten erfasst wird), nicht aber der Gesamtpreis zugesichert. Sofern es im Rahmen der Bauausführung zu Leistungsänderungen kommt, führt dies zu einer Änderung des Gesamtpreises. Die Abrechnung der Zusatzleistungen erfolgt dabei anhand der im Leistungsverzeichnis angeführten Preise (siehe dazu *Tomek* 31; *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 1616).

4.4 Der Einheitspreisvertrag versetzt die Vertragsparteien in die Lage, auf Leistungsänderungen flexibel zu reagieren, weil sich der Gesamtpreis aus der Multiplikation der tatsächlich zur Ausführung gelangten Mengen bzw Maßeinheiten mit den vereinbarten Einheitspreisen ergibt (*Tomek* 35). Ein Einheitspreisvertrag wird daher vor allem dann gewählt, wenn von den Vertragsparteien Leistungsänderungen erwartet werden (vgl *Tomek* 43). In einem solchen Fall ist nach dem Verständnis redlicher Parteien grundsätzlich davon auszugehen, dass sich auf der Baustelle ergebende Leistungsänderungen, die im Rahmen des ursprünglichen Leistungsziels liegen, dem Hauptvertrag zuzuordnen sind. Die Vertragsauslegung führt daher in aller Regel zum

Ergebnis, dass der Hauptvertrag durch Zusatz[ver]träge konkretisiert wird und ein einheitlicher Vertrag vorliegt.

4.5 Im Anlassfall hat die Klägerin einen Teil der auf die Zusatz[bestellungen] der Beklagten entfallenden Leistungspositionen in die Schlussrechnung vom 23.3.2016 aufgenommen. Diese Leistungspositionen stimmen mit jenen überein, die schon im Angebot vom 29.6.2015 enthalten waren. Diese Zusatzleistungen stellen eine Konkretisierung des Haupt[ver]trags dar und sind diesem zuzuordnen. Das Gleiche gilt für die Leistungspositionen in der weiteren Rechnung vom 23.3.2016, die sich ihrer Art nach ebenfalls zur Gänze dem ursprünglichen Hauptauftrag zuordnen lassen.

4.6 Zur Deckensanierung im Badezimmer führt die Klägerin in der Revisionsbeantwortung aus, dass es sich nach ihrem Standpunkt dabei um den einzigen Zusatz[ver]trag (und nicht um eine Modifikation des Haupt[ver]trags) handle, weil die zugrunde liegenden Mängel erst im Zuge der Umbauarbeiten hervorgekommen seien.

Nach den dargestellten Grundsätzen schließt der Umstand, dass ein Zusatz[bestell]t wurde, die Zuordnung zum Haupt[ver]trag nicht aus. Für diese Zuordnung ist entscheidend, dass ein sachlicher Zusammenhang zu diesem und dem darin vereinbarten Leistungsziel besteht, sodass von einer Konkretisierung der beauftragten Leistungen auszugehen ist.

Die im Haupt[ver]trag vorgesehenen Sanierungsarbeiten betrafen auch das Bad. Wenn sich im Zuge der Baumaßnahmen im Bad weitergehende Sanierungserfordernisse ergeben, handelt es sich auch dabei um Maßnahmen zur Badsanierung, weshalb auch diese Leistungen dem Haupt[ver]trag zuzuordnen sind.

5. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass alle von der Beklagten auf der Baustelle [getätig]ten Zusatz[bestellungen] nach der Vertragsauslegung und der Übung des redlichen Verkehrs als Konkretisierung des Haupt[ver]trags zu qualifizieren und dem Haupt[ver]trag zuzuordnen sind. Haupt[ver]trag und Zusatz[bestellungen] bilden einen einheitlichen Vertrag, der zum Zweck der Sanierung der Wohnung der Beklagten abgeschlossen wurde. Da aus rechtlicher Sicht kein gesonderter, außerhalb der Geschäftsräume der Klägerin geschlossener Vertrag vorliegt, ist der sachliche Anwendungsbereich des FAGG auch in Bezug auf die Zusatz[bestellungen] nicht eröffnet. Aus diesem Grund steht der Beklagten das beanspruchte Rücktrittsrecht nicht zu.

Die in der Revision angesprochenen Fragen zu den Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des FAGG sowie zu den Ausnahmen vom Rücktrittsrecht stellen sich nicht. Schon aus diesem Grund war die Anregung zur Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht aufzugreifen.

6. Da es der Beklagten nicht gelingt, mit ihren Ausführungen eine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen, war die Revision zurückzuweisen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Obwohl es sich bei der Entscheidung um einen Zurückweisungsbeschluss handelt, ist sie eher ausführlich begründet. Es ist natürlich wünschenswert, wenn eine Entscheidung begründet wird, nur ist es problematisch, wenn diese Begründung oberflächlich bleibt, weil damit ein falscher Schein geschaffen wird.

In der Tat ist die Begründung nicht tiefgehend und zu hinterfragen, weil sie das Wesen von Einheitspreisverträgen unrichtig beurteilt. Einheitspreisverträge werden nicht zu dem Zweck geschlossen, dass die Parteien flexibel auf Veränderungen reagieren können, sondern um eine kostspielige Mengenermittlung zu ersparen. Vorallem im Tiefbau, aber auch bei Bauten im Bestand ist im Voraus nicht leicht erkennbar, in welchem Ausmaß die einzelnen Teilleistungen anfallen werden. Bei einem Tunnel lässt sich zwar relativ leicht eruieren, welche Gesteinsarten anzutreffen sein werden, nicht jedoch deren genaue Mengen. Es wäre nun freilich möglich, unzählige Probebohrungen oder gar einen Sondierungsstollen herzustellen, um die genaue Lage der Gesteinsarten festzustellen. Nur würde dies ein Vermögen kosten – bloß um zu erfahren, was der Tunnel schließlich genau kosten wird. MaW: Durch die immensen Kosten der Prognose würde sich das Bauvorhaben enorm verteuern, obwohl die eigentliche Bauleistung das kostet, „was sie kostet“.

Ein Einheitspreisvertrag ist iallg eben kein Rahmenvertrag, bei dem sich der Bauherr nach dem Abschluss noch aussuchen kann, was der Unternehmer schließlich leisten soll.¹ Es gilt „pacta sunt servanda“ – geschuldet wird ein bestimmtes Werk (zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort), auch wenn die genauen Mengen an Teilleistungen noch nicht bekannt sind. Obwohl die Mengen nicht bekannt sind, stehen sie aber trotzdem fest!

Ein Unternehmer kalkuliert „das Werk“. Er reserviert dafür Produktionsfaktoren. Um bei dem Beispiel des Tunnels zu bleiben: Ist die Errichtung eines zweiröhrigen Tunnels geschuldet, so kann der Besteller nicht „mir nix, dir nix“ eine der Röhren „entfallen“ las-

sen und eben nur die vereinbarten Einheitspreise für die Menge an Teilleistungen bei der anderen (tatsächlich hergestellten) Röhre bezahlen. Vielmehr handelt es sich um eine Teilabbestellung! Müsste der Unternehmer damit rechnen, dass er die von ihm reservierten Produktionsfaktoren möglicher Weise ungenutzt (sprich: unverrechenbar) „herum stehen“ lassen muss, so würde er ganz anders kalkulieren.

Ähnlich verhält es sich bei Mehrungen. Der Unternehmer muss nicht mehr leisten, nur weil sich der Bauherr zusätzlich etwas wünscht. Lediglich bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 kann der Unternehmer verpflichtet sein, mehr (oder sogar anderes) zu leisten, wenn dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig (und ihm auch zumutbar) ist. Es ist also das „Leistungsziel“ zu betrachten. Gemäß der Begriffsdefinition der ÖNORM B 2110 handelt es sich dabei um den aus dem Vertrag objektiv ableitbaren vom Besteller angestrebten Erfolg der Leistungen des Unternehmers. Merke: Es geht nicht um den „überhaupt“ angestrebten Erfolg, sondern den Erfolg, den die Leistung des Unternehmers zeitigen soll! Beispiel: Wird die Errichtung eines Rohbaus vereinbart, so ist der Unternehmer nicht, diesen auch zu verputzen. Der vom Besteller insgesamt angestrebte Erfolg ist natürlich ein bewohnbares Haus – Leistungsziel ist aber eben bloß ein Rohbau.

Das alles sagt natürlich nichts darüber aus, ob die Parteien in einem Einzelfall einen bestehenden Vertrag ändern, oder zusätzliche abschließen. Es ist wohl möglich zu vereinbaren, dass das Leistungsziel verändert wird. Dies geschieht aber wohl nur aufgrund eines Änderungsvertrages, der als Schuldänderung oder Novation anzusehen ist.

Gegenständlich ist also sehr wohl davon auszugehen, dass (ein oder mehrere) Verträge außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden. Wie gelangt man also zu einem sachgerechten Ergebnis?

Einfach wäre es, den Umstand, dass nur Dienst- und Kaufverträge, nicht jedoch Werkverträge in § 11 FAGG, wo der Beginn der

¹ Im Detail dazu siehe zB *Wenusch*, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis, FS ÖGeBau 2008, 331.

Rücktrittsfrist geregelt ist, genannt sind, als Argument dafür zu benutzen, dass Werkverträge überhaupt nicht betroffen sind². Dieses Argument verbietet sich aber durch die ausdrückliche Ausnahme von „Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“ in § 1 Abs 1 FAGG: *„Normen sind tunlichst nicht so auszulegen, dass sie keinen Anwendungsbereich haben und solchermaßen sinnlos sind“* (OGH 19.09.2013 2 Ob 117/13i). Genau das wäre für die erwähnte Ausnahme der Fall, wenn Werkverträge ohnehin nicht betroffen wären. Denkbar wäre allerdings die Argumentation, dass die Verträge in Geschäftsräumen abgeschlossen wurden, weil der Unternehmer „seine Tätigkeit“ auf der Baustelle ausübt: Die ausdrückliche Ausnahme von „Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden“ in § 1 Abs 1 FAGG schließt dies nämlich nicht aus dem Grund aus, dass diese Bestimmung dann ohne Anwendungsbereich und somit sinnlos wäre: Mit der Ausnahme kann ja auf

Verträge Bezug genommen werden, die vor Beginn der Bauarbeiten (dh vor dem Bestehen einer Baustelle) abgeschlossen werden.

Wie auch immer: Es ist wohl keinesfalls ganz ausgeschlossen, dass die Bestellerin in dem beurteilten Sachverhalt vielleicht tatsächlich gemäß § 11 FAGG von den geschlossenen Zusatzverträgen zurücktreten kann. Doch was würde das bedeuten? Der Vertrag fällt weg und die stattgefundenen Vermögensverschiebungen sind bereicherungsrechtlich zu behandeln. Dies mit der vielleicht unangenehmen Konsequenz, dass die Bestellerin sogar mehr für die erhaltene Leistung bezahlen muss: Bei der Ermittlung des „wahren Werts“ würde wohl nicht in Ansatz gebracht, dass der Unternehmer an Ort und Stelle bereits eine Baustelle eingerichtet hat ... Und mangels Vertrag müsste der Unternehmer auch keine Gewähr leisten ...

Trotz der Möglichkeit des Rücktritts durch die Bestellerin im beurteilten Sachverhalt wäre das Ergebnis für sie also noch unangenehmer.

2 Tatsächlich dürfte der Umstand, dass Werkverträge im FAGG nicht genannt werden, darauf zurückzuführen sein, dass auch die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher Werkverträge nicht erwähnt. Dies wiederum dürfte darauf zurückzuführen

sein, dass die Sprache der Verhandlungen, die der Richtlinie vorangegangen sind, Englisch gewesen sein dürfte und es im Englischen schlicht und einfach keinen Begriff für Werkverträge gibt.