

AUFSÄTZE

Nochmals: Der widersprüchliche Bauwerkvertrag

Immer wieder stößt man auf den Begriff der „widersprüchlichen Verträge“¹. Darunter versteht die Judikatur im Allgemeinen Fälle, in denen der Werkunternehmer das in der Bestellung in allen Einzelheiten umschriebene Werk entsprechend der Beschreibung und für sich selbst genommen auch einwandfrei herstellt, die bestellungsgemäße Ausführung aber dazu führt, dass die Wünsche des Bestellers nicht befriedigt werden.² Häufig entsteht dieser Widerspruch in Zusammenhang mit stillschweigend vereinbarten Eigenschaften – auch wenn dies wohl der praktisch häufigste Fall sein dürfte, ist es natürlich auch denkbar, dass sich Erklärungen widersprechen.

Deskriptoren: Werkvertrag, Gewährleistung, Schadenersatz, Warnpflicht, Widersprüchlicher Vertrag, Irrtum, Sowiesokosten, Vorteilsanrechnung; §§ 863 f, 878, 914 f, 922 f, 1168a ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Einleitung: Judikaturübersicht

1. Ein Bauherr bestellt bei einem Generalunternehmer ein Après-Ski-Lokal, in dem als Tanzboden Parkett vorgesehen wird. Der Parkettboden wird in bester Qualität geliefert und verlegt. Trotzdem ist der Boden – aufgrund der besonderen Belastung, der ein Fußboden an solch einem Ort ausgesetzt ist – in kürzester Zeit kaputt, worauf der Bauherr den Generalunternehmer auf Mängelbehebung mittels Austausches durch einen rutschfesten keramischen Fußboden klagt – und den Prozess verliert: „Das Begehren [...] auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien – wenn auch im Gefolge einer Warnpflichtverletzung [...] – gerade das vereinbarten, was [...] hergestellt bzw. geliefert wurde“ (OGH 29.06.2000, 8 Ob 97/00y; veröffentlicht: SZ 73/109).

2. Ein Bauherr bestellt die Lieferung und den Einbau konkret bezeichneter Fenster für ein Niedrigenergiehaus. Es kommt an den Innenoberflächen der Fenster zu starken Kondensatbildungen und bei Außentemperaturen unter minus 12° zu Vereisungen, die aus Wärmebrü-

cken in der Fensterkonstruktion und den thermischen Eigenschaften der bestellten Fenster resultieren. Der Bauherr klagt auf den Austausch der Fenster – der Einwand des Unternehmers, dass ein Austausch gegen andere Fenster nicht in Frage komme, wird verworfen: Es ist „davon auszugehen, dass die [...] gelieferten Fenster durch andere gleichartige ersetzt werden können und damit vertretbare Sachen sind“ (OGH 13.12.2011, 5 Ob 127/11d).

3. Ein Landwirt lässt einen Futtertisch errichten. Gegenstand des Werkvertrags ist die Glättung der Betonplatte, wobei eine Verschleißschicht eingeglättet wurde. Zugleich wurde zugesichert, dass der Beton nach der Bearbeitung öl- und salzbeständig sei. Kurze Zeit nach der Fertigstellung werden im Bereich der Fressstellen, bei den Leckstellen der Tiere, Abplatzungen ersichtlich. Der Landwirt klagt erfolgreich die Verbesserungskosten ein, die durch eine Ertüchtigung durch eine (nicht vereinbarte, aber zur Beständigkeit erforderliche) Kunstharzbeschichtung entstehen: Der Unternehmer übernahm „die Bearbeitung eines Betonbodens [...], die zu dessen Öl- und Salzbeständigkeit führen hätte sollen, zu einem Pauschalpreis [...]. Bedingungen war die genannte Funktionalität und Gebrauchstauglichkeit, während die „konstruktive Leistungsbeschreibung“ lediglich als informative Beschreibung und Kalkulationsgrundlage diente. Hat aber die beklagte Unternehmerin die Herstellung des Werks um einen Pauschalpreis versprochen, so ist es unerheblich, wie hoch ihr Aufwand ist und mit wie vielen Versuchen sie den vereinbarten Erfolg erreicht; sie

1 ZB OGH 15.06.2016, 4 Ob 96/16w; OGH 25.04.2018, 2 Ob 230/17p; Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim (1990) 230; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.1.2018, rdb.at) § 1166 Rz 52 ff;

Anderl et al, Der Widersprüchliche Werkvertrag, in FS Karasek (2018) 25; Kletečka, Der Widersprüchliche Werkvertrag – Die Lösungsalternativen, in FS Karasek (2018) 391.

2 Vgl zB OGH 11.05.1993, 1 Ob 550/93.

darf den genannten Betrag nicht überschreiten [...]. Hätte die Beklagte von vornherein die Arbeiten am Betonboden fachgerecht ausgeführt, hätte sie vertragsgemäß erfüllt, ohne Anspruch auf einen höheren Werklohn zu haben. Von im Zuge der Sanierung anfallenden Kosten, die der Kläger bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ebenso („sowieso“) zu tragen gehabt hätte, kann keine Rede sein“ (OGH 27.08.2015, 1 Ob 132/15s).

4. Ein Bauherr wünscht den Austausch von Kasten durch Kunststofffenster. Ein Unternehmer bietet eine bestimmte Art der Montage an, die er als „fachlich einwandfrei“ und „seit Jahrzehnten bewährt“ bezeichnet und führt dabei ausdrücklich aus, dass diese Montage nicht der „neuesten ÖNORM B5320“ entspräche; eine solche Montage könne er aber um den doppelten Preis ebenfalls anbieten. Viereinhalb Jahre nach der Fenstermontage erhebt der Bauherr Klage auf Austausch der Fenster und eine bestimmte Montageart, weil die Fenster nicht sach- und fachgerecht eingebaut wurden – Schimmel, Luft- oder Näsedurchlässigkeit liegen allerdings nicht vor. Der Unternehmer wird zum Austausch verurteilt, erhält allerdings Sowiesokosten in einer vom gerichtlich bestellten Sachverständigen ausgemittelten Höhe zugesprochen: „Das Erstgericht hat daher [...] zutreffend das Leistungsbegehren von der Leistung der bei ordentlicher Aufklärung angefallenen Mehrkosten (dh des erhöhten Werklohns) abhängig gemacht“ (OGH 25.04.2018, 2 Ob 230/17p).

In der zuletzt genannten Entscheidung fasst der OGH die Judikatur – quasi als Fallprüfungsschema – zum Thema „Widersprüchlicher Werkvertrag“ wie folgt zusammen:

„Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum „widersprüchlichen“ Werkvertrag gilt grundsätzlich Folgendes:

(a) Wird eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart, die aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den (zumindest implizit) bedungenen Zweck zu erfüllen, so muss zunächst – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auf irrtumsrechtlichem Weg eine Vertragsanpassung herbeigeführt werden, die unter Umständen mit einer Erhöhung des Entgelts verbunden ist; erst dann greifen die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts [...]. Dies gilt auch für den Fall einer Warnpflichtverletzung [...]. Der Besteller ist in einem solchen Fall so zu stellen, wie er stünde,

wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte [...]. Der Besteller kann daher nicht jene Kosten begehren, die er bei entsprechender Warnung „sowieso“ zu tragen gehabt hätte [...].

(b) Auslegung des Vertrags kann aber ergeben, dass eine bestimmte Leistungsbeschreibung für den Besteller keine Bedeutung hat, weil es für ihn – und zwar für den Werkunternehmer erkennbar – nur auf die (zumindest implizit) vereinbarte Funktionalität ankommt [...]. In diesem Fall stellt sich das Problem der Sowieso-Kosten nicht, weil trotz Leistung im Sinn der vertraglichen, in diesem Fall aber nur deklarativen Leistungsbeschreibung in Wahrheit Schlechterfüllung vorliegt, die zu Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen führen kann [...]. Ein widersprüchlicher Vertrag liegt dann nicht vor“.

2. Grundsatz: konstruktiv oder funktional

Den dann folgenden Erörterungen zum Thema „widersprüchliche Bauwerkverträge“ müssen Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauunternehmers beim Bauwerkvertrag vorangestellt werden:

Nach einhelliger Meinung schuldet der Unternehmer aufgrund eines Werkvertrages den „Erfolg“.³ Doch worin besteht dieser Erfolg? Die einfache Antwort: „In dem, was von ihm geschuldet wird“ scheint nicht nur ein Zirkel („er schuldet, was er schuldet“), sondern überhaupt viel zu simpel und so dürfte häufig als geschuldeter Erfolg das angesehen werden, was der Besteller „im Ergebnis“ wünscht.

Tatsächlich gibt es zwei völlig unterschiedliche Möglichkeiten, den vom Unternehmer geschuldeten Erfolg zu beschreiben: Entweder wird eine bestimmte (mehr oder weniger im Detail beschriebene) Konstruktion oder eine bestimmte Funktion vereinbart, wobei diese Alternativen praktisch kaum jemals in „Reinform“ anzutreffen sein dürften – doch das soll den Blick auf das Prinzip nicht trüben.

„Errichtung eines Kellers aus Schalsteinen auf einem Streifenfundament“ wäre ein typisch konstruktiver Vertragsinhalt, während „Errichtung eines trockenen Kellers mit ausreichender Fundierung“ ein typisch funktionaler Vertrag wäre. An dieser Stelle angemerkt werden soll, dass das von einem Bauherrn gewünschte funktionale Ergebnis in der Praxis häufig als „Leistungsziel“

3 „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen

bestimmten Erfolg“ (OGH 14.01.1997, 4 Ob 2385/96f, SZ 57/51).

bezeichnet wird und die Konstruktion als „Leistungsumfang“.⁴ Dabei ist jedenfalls zu bedenken und zu berücksichtigen, dass das vom Bauherrn von einem Bauunternehmer gewünschte Ergebnis nicht unbedingt das „Endergebnis“ sein muss, sondern auch bloß ein „Etappenergebnis“ sein kann: „Leistungsziel“ eines konkreten Bauwerkvertrages (es ist immer auf den konkreten Vertrag abzustellen!) kann eine einzelne Mauer ebenso wie ein Rohbau oder ein bezugsfertiges Gebäude sein – weiter soll hier aber nicht näher auf das Wesen des Leistungsziels eingegangen werden.

Auch wenn das primäre Interesse des Bauherrn natürlich eine bestimmte Funktion ist, wird in der Praxis fast immer eine bestimmte Konstruktion vereinbart. Dies hat wohl mehrere Gründe: Der Bauherr möchte wissen, was er für sein Geld erhält (auch um verschiedene Angebote vergleichen zu können)⁵ und er will nicht unnötig teuer bauen (bei bloß funktional artikulierten Wünschen ist nicht auszuschließen, dass der Unternehmer teure „Reserven“ einplant, um „sicher zu gehen“). Da viele Bauunternehmer außerdem nicht willens sind, eigene Planungen dazu anzustellen, wie die gewünschten Funktionen zu gewährleisten sind,⁶ wird der Kreis möglicher Vertragspartner eingeschränkt, wodurch das Preisniveau bei der Ausschreibung funktionaler Verträge steigt.

Streitigkeiten aufgrund eines Bauwerkvertrages entstehen nun häufig dadurch, dass die vom Bauherrn gewünschte Funktion mit dem vereinbarten Leistungsumfang nicht erzielt wird.

3. Warnpflicht

Die werkvertragliche Warnpflicht des § 1168a ABGB hat genau diesen Fall im Auge. Das (nach Tunlichkeit zu vermeidende) „*Misslingen*“ bezeichnet nämlich sicher auch das „*Funktionieren*“ des zu errichtenden Werks. Der Unternehmer muss die offenbar gewünschte Funktion auch bei geschuldeter Konstruktion mitbedenken und darf sich nicht bloß auf die „*innere Eignung*“ des Ergebnisses beschränken: Es reicht nicht, dass die Stellage, deren Errichtung geschuldet wird, nicht unter ihrem Eigengewicht zusammenbricht – sie muss auch das Gewicht der Last, für die sie offenbar vorgesehen ist, tra-

gen können. Um es auf die Spitze zu treiben: Ist die Stellage für den Einsatz unter Wasser vorgesehen, so kann sie uU (aufgrund des Auftriebs) viel schwächer dimensioniert sein, als wenn sie an Land zum Einsatz kommen soll – gerade dieses Beispiel zeigt wohl deutlich, dass die Warnpflicht (immer auch) auf die Funktion des zu errichtenden Werkes abzielt. Ein rein konstruktives Misslingen dürfte die eher seltene Ausnahme sein: Ein Beispiel wäre ein ebener Grundriss in der Form eines gleichseitigen Dreiecks, bei dem alle drei Winkel 90° sein sollen. Ein solches konstruktives Misslingen ist gleichzusetzen mit einem absurden Ergebnis, weshalb anfängliche Unmöglichkeit vorliegt, wodurch gemäß § 878 ABGB gar kein entsprechender Vertrag entstehen kann. Möglicherweise ergeben sich in diesem Fall für den Unternehmer Haftungen aufgrund unterlassener vorvertraglicher Aufklärung, doch soll dies hier nicht weiter interessieren.

Der Vollständigkeit halber ist zu betonen, dass die „*in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers [...] kein Ausfluss der Gewährleistung [ist]. Sie ist eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers*“.⁷

4. Vertragsinhalt

4.1. Widerspruch zwischen dem, was gewöhnlich vorausgesetzt wird, und den Erklärungen, die zum Vertragsabschluss führen

Der grundlegende allgemeine Rechtssatz, wonach Vertragsinhalt auch das gewöhnlich Vorausgesetzte⁸ wird, also das, was „*vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen*“⁹ wird, darf im gegebenen Zusammenhang nicht falsch verstanden werden. Als stillschweigend vereinbart kann nichts angesehen werden, das einem – wenn auch bloß schlüssig – erklärten Willen widerspricht. Manchmal scheint „*schlüssig vereinbart*“ mit „*stillschweigend vereinbart*“ gleichgesetzt zu werden, was aber sicher unzulässig ist. Der Grund für die Gleichsetzung mag der Wortlaut des § 863 (1) ABGB sein, der davon spricht, dass man „*seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen[,] sondern auch stillschweigend durch*

4 Vgl zB ÖNORM B 2110 Abschnitt 3.

5 Symptomatisch diesbezüglich wohl § 128 BVergG 2018 („*Besondere Bestimmungen über den Inhalt der Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung*“): „(2) Das Angebot hat grundsätzlich ein vom Bieter zu erstellendes Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung zu umfassen. Diesem sind erforderlichenfalls Pläne und sonstige Unterlagen gemäß § 104 Abs. 2 samt eingehender Erläuterung des Leistungsverzeichnisses beizufügen“.

6 Das darf vor allem bei Ausschreibungen, an denen mehrere Unternehmen beteiligt sind, nicht überraschen: Keiner der Bieter kann sich sicher sein, ob er schließlich den Zuschlag erhält. Ist dies nicht der Fall, wären die wohl gar nicht unerheblichen Planungskosten frustriert.

7 OGH 17.05.2001, 7 Ob 110/01d.

8 § 922 (1) ABGB.

9 § 923 ABGB.

[bestimmte] *Handlungen erklären*“ kann. Mit „stillschweigenden Handlungen“ sind dabei aber „schlüssige Erklärungen“ gemeint – eben Erklärungen. Dies unterscheidet von „*stillschweigend bedungen[en]*“ Vertragsinhalten, denen überhaupt keine Erklärung zu Grunde liegt. Die Sache wird noch dadurch komplizierter, dass eine bloße Duldung oder das bloße Schweigen in Einzelfällen sehr wohl als Erklärung anzusehen ist. Das ändert aber nichts am Prinzip, dass zwischen Vertragsinhalten aufgrund schlüssiger Erklärungen und Vertragsinhalten, die „*vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen*“ werden, zu unterscheiden ist.

Alle Erklärungen sind wohl „gleichrangig“¹⁰: Eine schlüssige Erklärung ist ebenso eine Erklärung wie eine durch Zeichen oder eine, bei der Worte (verbal oder schriftlich) verwendet werden. Und jede Erklärung verhindert, dass etwas davon Abweichendes „*stillschweigend bedungen*“ werden kann!¹¹

In allen jenen Fällen, in denen keine Erklärung des Bestellers (eben nicht einmal eine schlüssige!) auf die gewünschte Funktion abzielt, sehr wohl aber eine Konstruktion (durch entsprechende Willenserklärungen) zum Vertragsinhalt wird, kann also nicht von widersprüchlichen Verträgen gesprochen werden: Die Vereinbarung bloß einer Konstruktion schließt aus, dass eine Funktion „*stillschweigend bedungen*“ wird^{12,13}. Wird also die vom Besteller bloß gewünschte (vielleicht sogar gewöhnlich vorausgesetzte!) Funktion mit der vereinbarten Konstruktion nicht erreicht, so entsteht der Vertrag mit „nur“ der Konstruktion als Schuldinhalt. Muss dem Unternehmer das Misslingen nicht auffallen (weil es ihm nicht „*offenbar*“ ist), so

haftet er nicht dafür, dass die Erwartung des Bestellers frustriert wird. Dasselbe gilt, wenn er den Besteller warnt, dieser die Warnung aber in den Wind schlägt; den Unternehmer trifft in diesem Fall keine Pflicht zur Gewährleistung¹⁴ – was sich harmonisch an den Umstand fügt, dass die Funktion eben nicht Vertragsinhalt wurde. Muss dem Unternehmer das Misslingen auffallen (weil es ihm eben „*offenbar*“ ist), so muss er den Besteller warnen.¹⁵ Unterlässt er dies, hat er den dem Besteller entstehenden Schaden zu ersetzen.

Da nicht einmal von einem widersprüchlichen Vertrag gesprochen werden kann, liegt auch keine Unmöglichkeit gemäß § 878 ABGB vor.

Hier sei der Vollständigkeit halber nur kurz angemerkt, dass die „*Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter*“ nicht weiter hilft (weil diese nämlich nur auf den Warenkauf, nicht aber den hier hauptsächlich interessierenden Bauwerkvertrag anzuwenden ist): Danach „*wird vermutet, daß Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie*

- a) *mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat;*
- b) *sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluß zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat;*
- c) *sich für die Zwecke eignen, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden;*

10 Siehe zB *Wenusch*, *Protestatio facto contraria non valet*, ZVR 2005, 112. AA *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 914 Rz 137, der offenbar einer Protestation (explizite Ablehnung eines Vertragsabschlusses) den Vorrang vor einer schlüssigen Erklärung einräumt. Dabei ist aber fraglich, wie „stark“ eine Ablehnung beschaffen sein muss, um als explizit zu gelten und wie „schwach“ die entgegenstehende Erklärung sein muss, um als bloß schlüssig zu gelten.

11 In diesem Sinne wohl OGH 20.12.2016, 4 Ob 202/16h: „*Eine [...] stillschweigende Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist [...] kommt dann nicht in Betracht, wenn ausdrücklich eine bestimmte andere Gewährleistungsfrist vereinbart wurde*“; dabei darf die erwähnte Ausdrücklichkeit nicht darüber hinwegtäuschen, dass jede Vereinbarung durch irgendeine Erklärung (also zB auch Zeichen) ausreichen muss (zur „Relativität“ des Begriffs der „Ausdrücklichkeit“ vgl zB OGH 24.10.2000, 1 Ob 163/00b: „*Die Wendung im § 1353 ABGB „ausdrücklich erklärt“ ist keine Formvorschrift, sondern bedeutet nur, dass der Wille hinreichend deutlich zum Ausdruck gelangen muss*“).

12 Wohl irrig daher *Wilhelm*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiekosten, in FS Ostheim 226: „*Die speziellen Eigenschaften waren ja gerade zur Verwirklichung der „Grundeigenschaft“ Gebrauchstauglichkeit vereinbart worden*“. Dazu, dass die Gebrauchstauglichkeit nicht als Grundeigenschaft bei jedem Geschäft

geschuldet wird, vgl *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1166 (Stand 1.1.2018, rdb.at) Rz 253: „*es [kann] sein, dass die Leistung nur konstruktiv beschrieben und die Gebrauchstauglichkeit nicht Vertragsinhalt wird. In diesem [...] Fall wäre dann ein Werk selbst bei völliger Unbrauchbarkeit nicht mangelhaft, weshalb [...] kein widersprüchlicher Vertrag vorliegt*“.

13 Auch die Judikatur scheint – mehr oder weniger häufig – davon auszugehen, dass die „Gebrauchstauglichkeit“ gleichsam automatisch mitvereinbart wird. Vgl zB OGH 12.3.1997, 6 Ob 2144/96d: „*Ist der vereinbarte Erfolg nicht erreichbar, weil zur Herstellung eines funktionstüchtigen Werkes von der Vereinbarung abgewichen werden mußte, ist der Mangel unbehebbar*“. Vgl allerdings OGH 25.4.2018 2 Ob 230/17p: „*Sind die Parteien einig, dass eine konkret bezeichnete Methode [...] nicht angewendet werden soll, so kann die ebenfalls vereinbarte Funktionalität nicht aufgrund Auslegung dazu führen, dass diese Methode dennoch geschuldet wird*“.

14 Vgl OGH 4.9.2013, 7 Ob 119/13w: „*Hat der Besteller infolge Lieferung ungeeigneten Stoffs oder durch seine Anweisungen über die Ausführung des Werks selbst den Erfolg vereitelt oder den mangelhaften Erfolg herbeigeführt, scheidet im gleichen Umfang jede Gewährleistung des Werkunternehmers aus, wenn diesem eine schuldhaft Verletzung der ihm obliegenden Warnpflicht nicht zur Last fällt*“.

15 Ebenso für Deutschland: *Sieburg*, Gewährleistung beim Bauvertrag³ Rz 102.

d) eine Qualität und Leistungen aufweisen, die bei Gütern der gleichen Art üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, wenn die Beschaffenheit des Gutes und gegebenenfalls die insbesondere in der Werbung oder bei der Etikettierung gemachten öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder dessen Vertreters über die konkreten Eigenschaften des Gutes in Betracht gezogen werden“ (Art 2 [2]). Es handelt sich also bloß um eine Vermutung der Mangelfreiheit, aus der nicht unbedingt auf den Vertragsinhalt geschlossen werden kann.

4.2. Widerspruch in den Erklärungen, die zum Vertragsabschluss führen

Freilich sind nicht nur Widersprüche zwischen Erklärtem und gewöhnlich Vorausgesetztem, sondern auch Widersprüche in Erklärungen der Vertragsparteien denkbar: Entweder Widersprüche zwischen den Erklärungen einer Vertragsseite oder Widersprüche zwischen den Erklärungen der beiden Vertragsseiten.

4.2.1. Widersprüche in den Erklärungen einer Vertragsseite

Widersprechen sich die Erklärungen einer Vertragsseite, so sind zwei Alternativen denkbar: Erstens, dass gar kein Vertrag zustande kommt, weil dessen Inhalt absurd wäre und zweitens, dass trotz des Widerspruchs ein Vertrag zu Stande kommt, bei dem die Unklarheitsregel des § 915 ABGB anzuwenden ist.

Der „Lackmustest“ zur Entscheidung, ob ein Vertrag abgeschlossen wird, ist wohl die Frage, ob (ohne irgendwelche Abstriche oder Anpassungen) erfolgreich Klage auf Erfüllung oder ein Surrogat (zB Preisminderung in einem Gewährleistungsfall) davon geführt werden kann. Ist dies schon alleine aufgrund des Klagsvorbringens ausgeschlossen, so deutet dies wohl darauf hin, dass gar kein Vertrag abgeschlossen wurde.

Der Fall, dass trotz des entsprechenden Empfindens der Parteien gar kein Vertrag zu Stande kommt, dürfte übrigens praktisch im Endeffekt kaum bedeutend sein: Selbst wenn zum zunächst beabsichtigten Zeitpunkt tatsächlich kein Vertrag entsteht, „wursteln“ die Parteien sicher irgendwie miteinander weiter und dabei kommt

es später dann schließlich doch noch zu einem Vertrag – und wenn auch bloß schlüssig ...

Die Existenz des § 915 ABGB (der die Folge bei undeutlichen Vertragsbestimmungen regelt) bedeutet übrigens, dass wohl nur im Falle eines völlig unverständlichen Kauderwelschs überhaupt kein Vertrag zu Stande kommt: Würden bloß unklare Äußerungen einen Vertragsabschluss verhindern, bliebe für § 915 ABGB nämlich kein Anwendungsbereich ...¹⁶

Wendet man die Unklarheitsregel des § 915 ABGB an, so kann es sich – salopp ausgedrückt – die andere Seite (dh die Seite, die die Unklarheit nicht eingeführt hat) aussuchen, mit welchem Inhalt der Vertrag zu Stande kommt.¹⁷

Das Problem einer Vereinbarung mit einander widersprechenden Teilen erinnert übrigens womöglich irgendwie an die Probleme um den Grundsatz „*protestatio facto contraria non valet*“ (jemand gibt einerseits – meist nonverbal – eine Willenserklärung ab, während er andererseits – meist verbal – erklärt, dass dies eben nicht der Fall sei): Da wie dort gibt jemand zwei Erklärungen ab, die sich widersprechen. Da grundsätzlich alle Erklärungen „gleichwertig“ sind, wird eine Unklarheit geschaffen, womit § 915 ABGB anzuwenden ist. Für den Fall der Protestation bedeutet das, dass trotz des Widerspruchs ein Vertrag geschlossen wird, wenn die Gegenseite dies wünscht.

Da bei Bauwerkverträgen der Vertragstext zumeist vom Bauherrn stammt, hat dieser idR die Unklarheit zu vertreten: „*Bedient hat sich einer undeutlichen Äußerung derjenige, der sie in das vertragliche Geschehen des zukünftigen Vertragspartners einführte und daher auch die Möglichkeit hatte, deutliche Formulierungen zu wählen*“.¹⁸ „*Die Unklarheitsregel des § 915 Satz 2 ABGB geht zulasten des Verfassers des Vertragstexts*“.¹⁹

Für den Unternehmer ist aber trotzdem nicht allzu viel gewonnen, weil er natürlich zur Warnung verpflichtet ist. Er muss sich dabei zur gewünschten Funktion nicht einmal besondere Gedanken machen, weil diese vom Besteller ja sogar artikuliert wurde.

Nimmt man von einer Anwendung des § 915 ABGB Abstand, so ist eine widersprüchliche Erklärung natürlich absurd – dies wäre auch eine darauf aufbauende Vereinbarung. Die hA stellt bei der Frage danach, ob etwas

16 Vgl *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB (Stand 1.7.2015, rdb.at) Rz 85: „*Gesetze [sind] idR so auszulegen [...], dass sie ihren Anwendungsbereich nicht vollständig verlieren*“.

17 Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar davon, dass „*eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen [auszulegen ist], der sich derselben bedient hat*“ doch ist es nicht der Zweck der Bestimmung,

den Undeutlichen zu bestrafen, sondern dessen Gegenüber zu schützen. Sie ist daher wohl zu lesen als: „*eine undeutliche Äußerung ist zum Vorteil desjenigen auszulegen, an den sie gerichtet ist*“.

18 OGH 08.10.1984, 1 Ob 577/84.

19 OGH 04.03.2010, 2 Ob 26/10b.

absurd ist aber – grob vereinfachend gesprochen – auf das Verständnis der Beteiligten ab: „Wenn die versprochene Leistung von jedem verständig die Sachlage würdigenden, aber die konkrete Sachlage nicht besser als beide Parteien kennenden Dritten als unmöglich erkannt worden wäre“²⁰ – dabei bleibt allerdings fraglich, was gilt, wenn die Fachkenntnis der Parteien divergiert – der einen ist die Absurdität vielleicht nicht erkennbar, der anderen schon – schließlich gibt es keinen allgemeinen „Maßmenschen“, sondern es ist immer auf die Mitglieder der betroffenen Verkehrskreise abzustellen ...

Alle anderen Formen der Unmöglichkeit als die Absurdität werden als „schlichte anfängliche Unmöglichkeit“²¹ bezeichnet – in diesen Fällen soll trotzdem ein Vertrag entstehen. Es ist aber nicht klar, was denn geschuldet wird, wenn sich zwei Eigenschaften innerhalb einer scheinbaren Vereinbarung widersprechen – welcher ist dann der Vorrang einzuräumen? Aus welchem Grund soll der vereinbarten Funktionalität etwa der Vorrang eingeräumt werden, wenn diese mit der gleichermaßen vereinbarten Konstruktion nicht zu erreichen ist?

Kurzum: Die Fragen, die sich auftun, wenn man widersprüchlichen Erklärungen mit dem Rechtsinstitut der Unmöglichkeit zu Leibe rücken will, sind so zahlreich, dass weitere Überlegungen diesbezüglich an dieser Stelle nicht angestellt werden sollen.

4.2.2. Widersprüche zwischen den Erklärungen der beiden Vertragsseiten

Widersprechen sich die Äußerungen der beiden Vertragsseiten, so liegt grundsätzlich Dissens vor und es kommt kein Vertrag zu Stande. Dies gilt allerdings nur, wenn die Äußerungen mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmen. Es gilt nicht, wenn es sich bloß um eine Falschbezeichnung („falsa demonstratio“) handelt.

Die Judikatur scheint mit der Auslegung von Erklärungen recht großzügig umzugehen – auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wird, so wird bestimmten Äußerungen einfach die rechtsgeschäftliche Bedeutung abgesprochen²²:

Der Umstand, dass eine bestimmte Konstruktion vereinbart wurde, wird in der zweiten der eingangs dargestellten Entscheidungen einfach negiert: „Nach den Verfahrensergebnissen fiel die Wahl des [auf Austausch klagenden Bestellers] auf die vo[m beklagten Unternehmer] gelieferten Fenster, weil er sich dadurch einen niedrigeren Energieverbrauch erwartete. Auf einen bestimmten Hersteller kam es ihm dabei nicht an. Auch dem Vorbringen de[s] Beklagten lassen sich keine Hinweise entnehmen, dass es gerade auf (vorweg individualisierte) Fenster eines bestimmten Herstellers, der Nebeninterventantin, angekommen wäre“. Merkwürdig: Es soll nicht entscheidend sein, was (offensichtlich explizit!) vereinbart wurde, sondern was der Besteller geglaubt hat – woher soll der Unternehmer wissen, ob es dem Besteller auf irgendeinen Hersteller „ankommt“? Erwartet man tatsächlich vom Unternehmer, dass er „mir nix, Dir nix“ einfach Fenster eines anderen Herstellers einbaut, als vereinbart? Darf er dies ohne Zustimmung des Bestellers überhaupt? Im Ergebnis mag die Entscheidung richtig sein, wenn dem Unternehmer die Untauglichkeit der vom Besteller gewählten Fenster offensichtlich war: Er hätte davor warnen müssen und müsste für den Schaden aufkommen, der dadurch entstanden ist, dass er dies nicht getan hat. Der „Umweg“ über den gewährleistungsrechtlichen Austausch wäre entbehrlich – das Ergebnis ist mit schadenersatzrechtlicher Naturalrestitution wohl eleganter zu erreichen.²³ Allerdings hätte sich eventuell das Problem von Sowiesokosten gestellt ...

In der dritten der eingangs dargestellten Entscheidungen wird die vereinbarte Konstruktion zwar nicht negiert, doch als völlig unerheblich abgetan: „Aus den festgestellten Umständen ergibt sich die Vertragsauslegung, dass für den Kläger als Besteller die Ausführungsart keine Bedeutung hatte, sondern vielmehr bei lebensnahe und redlichem Verständnis der Abrede der geschuldete Erfolg in der vereinbarten Funktionalität besteht [...]. Die Beschreibung der durchzuführenden und auch durchgeführten Leistungen diene nach richtigem Verständnis lediglich der Information des Klägers und als Kalkulationsgrundlage für die Beklagte“. Interessant, dass die kon-

20 Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, in FS 100 Jahre ABGB II, 831 zit in Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 878 ABGB Rz 3.

21 ZB Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 878 (Stand 1.10.2017, rdb.at) Rz 11 f.

22 In diese Richtung wohl auch Kletečka, Der Widersprüchliche Werkvertrag – Die Lösungsalternativen, in FS Karasek (2018) 392; „In der Mehrzahl der Fälle hat die Beschaffensvereinbarung oder die im LV vorgesehene Konstruktion also bloß eine dienende Funktion, weil durch die vereinbarten Eigenschaften gerade ein bestimmter Gebrauch ermöglicht werden soll“.

23 Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf OGH 22.02.2017, 8 Ob 9/17g hingewiesen: Würde ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch die fraglichen Kosten aufwenden, so „kann hinsichtlich des Ersatzes des Austauschinteresses (Ersatz der Mangelbeseitigungskosten) auch eine Erfüllungsersatzlage in Form einer gleichartigen wirtschaftlichen Leistung begehrt werden [...]. Dies bedeutet, dass nicht der nach dem Vertrag geschuldete Zustand, sondern eine gleichartige wirtschaftliche Lage hergestellt wird“.

struktive Leistungsbeschreibung „lediglich“ (sic!) „als Kalkulationsgrundlage für die Beklagte“ gesehen wird – die Grundlagen für die Kalkulation sind nämlich doch wohl sehr wesentlich, weil darauf die Ermittlung des Entgelts fußt! Gegen eine Auslegung in der Art: Besprochen wurde zwar eine Konstruktion, doch trotzdem wurde eine Funktion geschuldet, weil sich dies „bei lebensnahem und redlichem Verständnis der Abrede“ ergebe, lässt sich schwer ankommen ... Wenn in der Entscheidung festgestellt wird: „Die bloße Glättung des Futtertisches in einem Stall mit Nutztierhaltung wäre ohne die vereinbarte Gebrauchstauglichkeit von keinem erkennbarem Nutzen. Dies war [...] der Beklagten jedenfalls erkennbar“, dann ist zu erkennen, dass die Voraussetzung für Schadenersatz wegen unterlassener Warnung eindeutig gegeben war. Dabei hätte der Besteller aber allenfalls Sowiesokosten zu tragen, was ihm der OGH jedoch „abnimmt“, indem er trotz konstruktiver Beschreibung einen funktionalen Vertrag unterstellt.

5. Die Rechtfertigung der Pflicht des Bestellers, die Sowiesokosten zu bezahlen

5.1. Irrtum

Was hat es mit dem Rechtsbehelf der Irrtumsanfechtung, der im eingangs erwähnten „Fallprüfungsschema“ zur Lösung des Problems der widersprüchlichen Verträge an erster Stelle steht, zu tun? In der Tat ist der Verweis darauf wohl weitgehend verfehlt:

Eine irrtumsrechtliche Anfechtung setzt einen gültigen Vertragsabschluss voraus. Doch was soll denn der Inhalt des widersprüchlichen Vertrages sein? Einen gültigen Vertrag sollte man doch einklagen können (es sei an den oben dargestellten „Lackmustest“ erinnert), aber wie soll man eine Leistungsklage auf widersprüchliche Leistung gewinnen?

Es kann also wohl nicht so sein, dass eine irrtumsrechtliche Anfechtung ganz am Anfang steht, um überhaupt einmal zu einem gültigen Vertrag zu gelangen! Zuerst ist also vielmehr zu fragen, ob überhaupt ein Vertrag abgeschlossen wurde – eine Absurdität des Inhalts lässt zB gar keinen Vertrag entstehen, der dann angefochten werden könnte!

Das erste der eingangs dargestellten Judikate zeigt wohl den richtigen Beginn: Zunächst wird der Vertrag mit dem ungeeigneten Parkettboden abgeschlossen. Der vom Ergebnis enttäuschte Besteller kann nun nicht aus dem Titel Gewährleistung die Behebung durch Austausch gegen einen rutschfesten keramischen Fußboden begehren: „Das Begehren des Beklagten auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien [...] gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw. geliefert wurde“.²⁴ Keine Rede übrigens davon, dass die Gebrauchstauglichkeit irgendwie als „Grundeigenschaft“²⁵ vereinbart wurde!

Danach wird es leider unnötig kompliziert: „Daran muss [...] der Verbesserungsanspruch nicht scheitern; doch bedarf die begehrte Änderung des Vertragsgegenstandes einer auf Rechtsgestaltung abzielenden irrtumsrechtlichen Erklärung des Beklagten, weil die in Verletzung der vorvertraglichen Warnpflicht unterlassene Aufklärung des Bestellers zu dessen Geschäftsirrtum führte, das der Bestellung entsprechende Werk werde auch mängelfrei sein“. Die Berufung auf die irrtumsrechtliche Vertragsanpassung scheint zu erfolgen, um die Forderung nach Sowiesokosten zu rechtfertigen. Problematisch dabei ist aber, dass eine irrtumsrechtliche Anfechtung nur innerhalb von drei Jahren ab Vertragsabschluss (sic!) erfolgen kann,²⁶ womit diese Lösung in einer großen Anzahl der Fälle im Bauwesen ausscheiden dürfte. In der vierten der eingangs dargestellten Judikate hat der beklagte Werkunternehmer tatsächlich auch vorgebracht, dass gegenständlich die dreijährige irrtumsrechtliche Anfechtungsfrist längst verstrichen sei. Dies wurde wie folgt quittiert: „beim Verbesserungsanspruch [handelt es sich] um einen Rechtsbehelf des Gewährleistungsrechts[...], der nur bei Verletzung einer primären Vertragspflicht in Betracht kommt. Eine solche Vertragspflicht kann aber nur angenommen werden, wenn die Widersprüchlichkeit des Vertrags durch einen Rechtsbehelf des Irrtumsrechts saniert ist. Die Frage der Verjährung der Irrtumsanpassung kann sich hier dann stellen, wenn die Frist des § 933 ABGB mehr als drei Jahre nach Vertragsabschluss (§ 1487 ABGB) abläuft.“

Im vorliegenden Fall stützt sich die Klägerin demgegenüber auf Schadenersatz wegen einer Aufklärungspflicht-

24 Zur Problematik der verwendeten Begriffe (Mangel – Tauglichkeit; Verbesserung – Behebung – Ertüchtigung) siehe Wenusch, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, eolex 2010, 841 oder ders Nachlese: OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y, ZRB 2014, V.

25 Vgl Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim 226.

26 So der OGH ständig seit 5.12.1973, 7 Ob 202/73: „Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1487 ABGB für die Vertragsanfechtung wegen eines Irrtums [...] beginnt schon mit dem Vertragsabschluss zu laufen“.

verletzung. In diesem Fall ist der verursachte Schaden zu ersetzen; eine irrtumsrechtliche Anpassung des Vertrags ist dafür nicht erforderlich“.

Nachdem – wie oben gezeigt – Gewährleistungsrecht im hier interessierenden Zusammenhang immer ausscheidet, stellt sich die Frage nach einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung nicht bloß in diesem Zusammenhang nicht, sondern einfach gar nicht! Was allerdings nicht dahin gehend missverstanden werden darf, dass eine irrtumsrechtliche Anfechtung überhaupt nicht in Frage kommt: Taugt bei einem konstruktiven Vertrag die beschriebene Konstruktion nicht, um die offensichtlichen Bedürfnisse des Bestellers zu decken, so muss der Unternehmer warnen. Unterlässt er dies, so belässt er den Besteller in einem Irrtum, was den Besteller zu einer entsprechenden Anfechtung berechtigt, wenn diese fristgerecht (drei Jahre nach Vertragsabschluss) erfolgt. Natürlich wird die Äquivalenz gestört – der Besteller hat zum Ausgleich die „Sowiesokosten“ zu tragen.

5.2. Vorteilsanrechnung

Viel passender als der Weg über die Erhaltung der Äquivalenz bei irrtumsrechtlicher Vertragsanpassung ist wohl sowieso die Vorteilsanrechnung²⁷ im Schadenersatz, wenn es darum geht, die Bezahlung der Sowiesokosten zu rechtfertigen: Der Unternehmer hat aufgrund der Warnpflichtverletzung den Besteller so zu stellen, wie er gestanden wäre, wenn er seiner Warnpflicht nachgekommen wäre. Hätte der Unternehmer gewarnt, so hätte der Besteller umdisponiert – das hätte aber eben mehr gekostet.

Ein Ausgleich „neu für alt“²⁸ ist allgemein anerkannt – das muss auch im Fall „brauchbar für unbrauchbar“ gelten.²⁹

Übrigens wurde auch im vierten der eingangs dargestellten Judikate geurteilt: „Dieses Ergebnis stimmt mit den

Rechtsfolgen einer Warnpflichtverletzung nach § 1168a ABGB überein.

Auch eine solche Pflichtverletzung verursacht nur die Mehrkosten der nachträglichen Herstellung, nicht aber jene Kosten, die – etwa wegen der dann anzunehmenden Vereinbarung eines höheren Werklohns – auch bei einer rechtzeitigen Warnung angefallen wären [...]. Begehrt der Werkbesteller daher Naturalherstellung, was auch beim Schadenersatzanspruch nach § 1168a ABGB möglich ist [...], kann das Leistungsbegehren ebenfalls nur Zug um Zug gegen den Ersatz jenes (weiteren) Werklohns zugesprochen werden, der bei rechtzeitiger Warnung zusätzlich vereinbart worden wäre“.

6. Die Rechtfertigung der Pflicht des Unternehmers, die vom Besteller gewünschte Funktionalität zu realisieren

Die „in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers ist kein Ausfluss der Gewährleistung“³⁰, wie bereits ausgeführt wurde. Die den Besteller frustrierende Leistung ist ja nicht mangelhaft, weil sie dem Vertrag entspricht.³¹ Damit scheidet eine Anwendung von § 933a ABGB, der ein Primat der (schadenersatzrechtlichen) Naturalrestitution bei gewährleistungsrechtlichen Mängeln anordnet, aus. Das macht aber nichts, weil § 1323 ABGB ebenfalls die Naturalrestitution fordert. Im gegebenen Zusammenhang interessiert nicht, dass die Rechtsprechung den Geschädigten nicht unbedingt dazu verhält, vorrangig die Ersatzvornahme zu verlangen³² – hier strebt er genau diese nämlich an.

7. Fallprüfung

Wie immer steht am Anfang die Ermittlung des Vertragsinhalts. Dabei kann sich natürlich eine falsa demonstratio herausstellen: Obwohl eine Konstruktion beschrieben wird, haben die Parteien (Plural!) eine

27 Vgl zB *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1454: „Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, dem Geschädigten einen Ausgleich zu verschaffen. Er soll nicht mehr und nicht weniger als die erlittenen Nachteile ersetzt erhalten“.

28 OGH 06.03.2001, 10 Ob 31/00g: „Der Geschädigte hat nur Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens, er darf durch die Ersatzleistung weder schlechter noch besser als vor dem Schadensereignis gestellt werden. Erfordert die Zerstörung der Sache durch das schädigende Ereignis eine Neuanschaffung, dann hat der Geschädigte grundsätzlich Anspruch auf Wiederherstellung. Wird aber als Nebeneffekt die schadhafte Sache nun in einen besseren Zustand gebracht, der dem Geschädigten objektiv, in Geld bewertbare Vorteile bietet, so hat der Ersatzberechtigte dieses Mehr nach dem Grundsatz „neu für alt“ abzugelten“.

Vgl auch OGH 28.03.2019, 2 Ob 99/18z: Dringt eine „Partei mit ihrem Ersatzanspruch [...] lange nach Ablauf der Gewährleistungsfrist durch, erhält sie mehr als sie bei mangelfreier Werkausführung oder bei fristgerechter Geltendmachung des gewährleis-

tungsrechtlichen Verbesserungsanspruchs erlangt hätte, nämlich den Nutzen einer um Jahre verlängerten Lebensdauer des Werks. Um diesen Vorteil wäre sie bereichert, würde kein Abzug „neu für alt“ erfolgen“.

29 An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass es sich nicht um einen Gewährleistungsanspruch handelt, bei dem die Judikatur keinen entsprechenden Vorteilsausgleich zusprechen würde (so zuletzt OGH 19.02.2019, 10 Ob 10/19x und OGH 28.03.2019, 2 Ob 99/18z).

30 OGH 17.05.2001, 7 Ob 110/01d.

31 Vgl zB OGH 27.06.2017, 10 Ob 29/16m: „Mangelhaft ist eine Sache, wenn das Geleistete dem vertraglich Geschuldeten nicht entspricht [...]. Was geschuldet ist, ergibt sich aus dem konkreten Vertrag“.

32 ZB OGH 09.10.2007, 10 Ob 44/07d: „Ist die Naturalherstellung sowohl möglich als auch tunlich, so steht es dem Geschädigten frei, entweder Wiederherstellung des vorigen Zustands oder Geldersatz zu verlangen“.

Funktion gemeint. Es handelt sich also nicht um einen widersprüchlichen Vertrag.

Haben die Parteien durch entsprechende Erklärungen eine Konstruktion vereinbart und dabei nichts hinsichtlich einer Funktion erklärt, handelt es sich im Ergebnis ebenfalls nicht um einen widersprüchlichen Vertrag. Verletzt der Unternehmer aber eine Warnpflicht, indem er nicht warnt, obwohl es ihm offenbar ist, dass die vom Besteller gewünschte Funktion nicht mit der beschriebenen Konstruktion zu erreichen ist, so wird er schadenersatzpflichtig.

Widersprechen sich die Erklärungen einer Partei (wohl im Allgemeinen des Bestellers), so kann es sich die andere (im Allgemeinen wohl der Unternehmer) aussuchen, was sie schuldet. Es bleibt aber natürlich bei einer Warn-

pflcht, wobei es angesichts der Artikulation der Wünsche nicht fraglich sein kann, ob diese offenbar waren. Dies gilt sowohl dann, wenn Funktion und Konstruktion einfach nicht zusammenpassen, als auch dann, wenn sich konstruktive Details widersprechen.

Sind Erklärungen einer Partei völlig wirr und unverständlich, so kann schließlich auch Unmöglichkeit vorliegen – von einem widersprüchlichen Vertrag kann in diesem Fall nicht gesprochen werden, weil eben gar kein Vertrag zu Stande kommt. Selbstverständlich ist aber eine Haftung in *contrahendo* denkbar.

Widersprechen sich die Erklärungen der Parteien, so liegt Dissens vor – es kann wiederum nicht von einem widersprüchlichen Vertrag gesprochen werden, weil gar kein Vertrag zu Stande kommt.

Resümee

Ergibt sich ein Widerspruch bloß aus einer Falschbezeichnung, so kommt der Vertrag mit dem gewollten Inhalt zu Stande.

Sind Erklärungen, die zu einem Vertrag führen sollen, völlig unverständlich, widersinnig oder absurd, kommt der intendierte Vertrag nicht zustande.

Es erscheint zwingend, dass nichts als „*stillschweigend bedungen*“ angesehen werden kann, was in Widerspruch zu einer – wenn auch nur schlüssigen – Willenserklärung steht. Wird eine bestimmte Konstruktion vereinbart und über deren Funktion nichts gesagt (was nicht wörtlich zu verstehen ist, weil natürlich schlüssige Erklärungen mit umfasst sein sollen), so kann nicht behauptet werden, die Funktion sei „*stillschweigend bedungen*“ worden – das täte den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre Gewalt an! Ein widersprüchlicher Vertrag liegt in einem solchen Fall nicht vor. Den Unternehmer trifft allerdings eine Warnpflicht, wenn ihm offenbar ist, dass mit der vereinbarten Konstruktion die vom Besteller gewünschte Funktion nicht zu erzielen ist.

Sind Anweisungen des Bestellers³³ zwar nicht völlig absurd aber tatsächlich widersprüch-

lich, so könnte man versuchen, mit Hilfe der „schlichten Unmöglichkeit“ zu einer Lösung zu gelangen. Da sich aber damit eine Vielzahl von Fragen ergäbe, erscheint es einfacher, die Unklarheitsregel des § 915 ABGB zu bemühen: Der Unternehmer kann sich bei widersprüchlichen Erklärungen des Bestellers den Vertragsinhalt gleichsam aussuchen, nur trifft ihn wiederum die Warnpflicht – angesichts der Artikulation der vom Besteller gewünschten Funktion ist ihm diese offenbar.

Bei widersprüchlichen Verträgen kommt der Warnpflicht eine zentrale Bedeutung zu. „*Der Besteller ist in einem solchen Fall so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte*“,³⁴ was bei Naturalrestitution wohl zu einem ähnlichen Ergebnis führt, wie eine irrtumsrechtliche Anpassung: Gegebenenfalls gebühren Sowiesokosten für „Mehreleistungen“, die im ursprünglichen Vertrag nicht enthalten waren.

Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch,
kanzlei@ra-w.at

33 Vgl. Wenusch, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis in FS zum 30-jährigen Bestehen der ÖGEBAU 337: „*Wie das Werk konkret auszusehen hat, legt der Besteller in diversen Anweisungen fest*“.

34 OGH 25.04.2018, 2 Ob 230/17p.