

Das einseitige Leistungsänderungsrecht des Bauherrn

Die ÖNORM B 2110:2013 sieht in Pkt 7.1. ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bauherrn vor. Dieses beschränkte Leistungsänderungsrecht wird manchmal einzelvertraglich extrem ausgeweitet, sodass es an das umfassende Leistungsänderungsrecht heranreicht, das der Wortlaut des § 1 (3) VOB/B:2016 einzuräumen scheint. Soweit ersichtlich wurde noch nie hinterfragt, ob solche Leistungsänderungsrechte überhaupt gültig sind.

Deskriptoren: Leistungsänderungsrecht, Option, Wahl-schuld, Rahmenvertrag, Leistungsziel, Billigkeit, Schuldinhalt, Werkerfolg; ÖNORM B 2110.

Von Hermann Wenusch

Bekanntlich kommt „am Bau“ häufig alles anders, als man denkt. Es ist zB möglich, dass ein Bauherr in einem konstruktiven Bauwerkvertrag¹ die Herstellung eines Kellers aus Schalsteinen bestellt, da die Undichtheit eines solchen Mauerwerks unproblematisch erscheint, weil mit keinerlei Grundwasser gerechnet wird. Und es ist weiters möglich, dass sich im Zuge der Bauausführung herausstellt, dass sehr wohl Grundwasser ansteht, obwohl dies – wie gesagt – zuvor nicht zu vermuten war. Der Bauherr wünscht sich im dargestellten Fall nun wohl statt des Schalstein-Kellermauerwerks eine Dichtbetonwanne, was der Bauunternehmer allerdings verweigert, weil er als „gebranntes Kind“ über die damit möglicher Weise einhergehenden Probleme Bescheid weiß. Er hat auch nicht die notwendigen Facharbeiter und verfügt auch nicht über die entsprechenden Betriebsmittel. Und geeignete verlässliche Subunternehmer sind ihm auch nicht bekannt.

Dem Bauherrn bleibt nun nichts anderes, als den Keller „abzubesellen“ – er muss trotzdem alles bezahlen, wenn er nicht beweisen kann, dass sich der Bauunternehmer durch das Unterbleiben der Arbeit irgend etwas erspart.² Dies ist für den Bauherrn natürlich höchst unerquicklich. Der Umstand, dass für keine Bauleistung trotzdem et-

was (vielleicht sogar alles) zu bezahlen ist, wurde offenbar auch von den (damaligen) Autoren „*der in Österreich generell akzeptierten ÖNORM B 2110*“³ als nicht sachgerecht empfunden, weshalb ein (einseitiges) Leistungsänderungsrecht des Bauherrn⁴ vorgesehen wurde. Bis zur Ausgabe 2009 hat dieses in Pkt 5.24.1 („*Berechtigung des AG zur Anordnung von Leistungsänderungen bzw. zusätzlichen Leistungen*“) gelautet: „*Der AG ist berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistungen oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern oder zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind, sofern solche Änderungen oder zusätzliche Leistungen dem AN zumutbar sind*“. Dieses Leistungsänderungsrecht wurde tw als sehr weitgehend interpretiert: „*Die Ausführung der geänderten Leistung [gemeint wohl: die Pflicht zur Ausführung] ist nicht davon abhängig, daß sie zur Ausführung der Leistung notwendig ist, weil sie der Satzteil „aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind“ nur auf zusätzliche Leistungen bezieht*“⁵. Diese grammatikalische (und außerdem nahezu haarspalterische) Interpretation hätte tatsächlich bedeutet, dass der Bauherr völlig frei und nach eigenem Gutdünken „*Art und Umfang der vereinbarten Leistungen [...] ändern*“ kann. Dabei würde freilich übersehen, dass damit die Bestimmung hinsichtlich der „*zusätzlichen Leistungen*“ überflüssig wäre: Auch „*zusätzliche Leistungen*“ sind eine Änderung von „*Art und Umfang der vereinbarten Leistungen*“ – eine Regelung, die zwischen den beiden Bezeichnungen für den selben

1 Bei einem konstruktiven Werkvertrag wird vereinbart, welche Konstruktion als „Werkerfolg“ hergestellt werden soll, bei einem funktionalen Werkvertrag wird vereinbart, was das Ergebnis „können“ soll (maW: welche Funktion gewährleistet werden soll).

2 Zur Frage, ob sich der Unternehmer den vom Bauherrn angebotenen „alternativen Erwerb“ anrechnen lassen muss, vgl zB Wenusch, § 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie, ZRB 2019, 86 f.

3 OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85 (veröffentl: SZ 58/41).

4 Der dort dem Baujargon folgend als „AG“ (für „Auftraggeber“) bezeichnet wird.

5 Karasek, ÖNORM B 2110 – Kommentar¹ 253 unter Verweis auf Längle, Das Entgelt beim Bauvertrag 82, der wiederum auf die

deutsche VOB/B rekurriert, deren § 1 („*Art und Umfang der Leistung*“) damals lautete (und noch immer lautet): „(3) *Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten*“. Allerdings wird auch die Änderungsbefugnis in Deutschland nicht vollumfänglich gesehen: Der Bauherr „*ist nicht befugt, eine Leistung nach einer völlig neuen Planung zu verlangen oder den zur Grundlage des Vertrages gemachten Planentwurf so weitgehend und grundlegend abzuändern, dass von diesem kaum noch etwas übrig bleibt und die gewünschte Leistung der Ausführung eines neuen Bauentwurfs gleichkommt*“ (Heiermann et al, Handkommentar zur VOB¹⁴, § 1 Rz 34; Hervorhebung im Original).

Begriff differenziert wäre daher völlig sinnlos. Nachdem ÖNORMen objektiv auszulegen sind⁶ und danach keine Bestimmung so interpretiert werden darf, dass sich dadurch kein Anwendungsgebiet ergibt,⁷ war diese weitgehende Auslegung aber wohl abzulehnen. Wie auch immer: Ein Leistungsänderungsrecht, das völlig im Belieben des Bauherrn steht, wurde von den (späteren) Autoren der ÖNORM B 2110 jedenfalls nicht gewünscht und so lautet die Bestimmung zum Leistungsrecht (Pkt 7.1 „Leistungsabweichung und ihre Folgen – Allgemeines“) seit der Ausgabe 2009: „Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist“. Dabei wird das Leistungsziel (in Pkt 3.9) definiert als „der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN)“. Ein Leistungsänderungsrecht, das im freien Belieben des Bauherrn liegt, wird also seitdem ganz dezidiert ausgeschlossen. Trotzdem: Es soll dem Bauherrn offensichtlich ein einseitiges Recht eingeräumt werden, die vom Bauunternehmer ursprünglich zugesagte (und nun geschuldete) Bauleistung zu ändern. Ein einseitiges Leistungsänderungsrecht⁸ ist allerdings ein gravierender Einschnitt in die Privatautonomie⁹: Ein Vertragspartner kann dem anderen gleichsam etwas „aufzwingen“. Besonders problematisch ist dies dann, wenn nicht bloß die Wahrscheinlichkeit des Eintretens einer Änderung ungewiss ist, sondern auch deren Art und Umfang. Dies unterscheidet übrigens das Recht auf eine einseitige Leistungsänderung von einer Option¹⁰ bzw einer Wahlschuld oder einem Rahmenvertrag. Bei einer Option ist bloß ungewiss, ob sie ausgenutzt wird, nicht jedoch, was im Fall des Falles geschuldet wird. Ähnlich sind bei einer Wahlschuld die möglichen Varianten¹¹ bekannt – ungewiss ist (zunächst) bloß, welche davon schließlich auszuführen ist. Bei einem Rah-

menvertrag ist der Umfang der schließlich zu erbringenden Leistungen ungewiss, nicht jedoch deren Art.

Der Umstand, dass durch nicht feststehende Vertragspflichten in die Privatautonomie eingegriffen würde, ist wohl einer der Gründe (vielleicht sogar der einzige) dafür, dass § 869 ABGB fordert, dass kein Vertrag entsteht, wenn Erklärungen „ganz unbestimmt“ sind. „Ein Vertrag setzt nach § 869 ABGB „bestimmte“ Erklärungen der Parteien voraus. Es muss daher möglich sein, aus den Willenserklärungen – allenfalls durch ergänzende Auslegung nach § 914 ABGB – bestimmte oder zumindest bestimmbar Rechtsfolgen abzuleiten, dies insbesondere in Bezug auf die essentialia negotii“¹².

An diesem Punkt drängen sich wohl Überlegungen zum Verhältnis von § 869 ABGB zu § 6 (2) Z 3 KSchG auf, wonach solche Vertragsbestimmungen (außer dem Fall, dass diese im Einzelnen ausgehandelt wurden) für den Verbraucher nicht verbindlich sind, nach denen „der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist“. Aus dem Auslegungsgrundsatz, dass „Gesetze so auszulegen [sind], dass sie einen Anwendungsbereich haben“¹³ darf nicht geschlossen werden, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG einseitige Leistungsänderungen problemlos seien. Wie die Judikatur¹⁴ wohl richtig erkannt hat, geht der Schutz von § 6 (2) Z 3 KSchG über das Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB hinaus: Unbestimmtheit verhindert einen Vertragsabschluss – ein ausreichend bestimmtes (oder bestimmbares) Leistungsänderungsrecht eines Unternehmers iSd KSchG kann aber unwirksam sein, wenn es nicht ausdrücklich ausgehandelt wurde.

Alein die Tatsache, dass ein Leistungsänderungsrecht nach dem KSchG sehr wohl ausdrücklich ausgehandelt

6 Vgl OGH 26.06.2018, 10 Ob 17/18z: ÖNORMen sind „objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände, gemäß § 914 ABGB auszulegen“.

7 OGH 19.09.2013, 2 Ob 117/13i: „Normen sind tunlichst nicht so auszulegen, dass sie keinen Anwendungsbereich haben und solchermaßen sinnlos sind“.

8 Zum Thema lesenswert: *Potschka*, Leistungsbestimmung durch Dritte oder durch eine Vertragspartei, wo allerdings keine Überlegungen zur notwendigen Bestimmtheit von Verträgen angestellt werden. Überhaupt wird auf ein Änderungsrecht des Bauherrn hinsichtlich der Bauleistung nicht eingegangen – was sich ua in folgendem Passus zeigt: „Die Leistungsbestimmung durch den Gläubiger ist nur bei beschränkten Gattungsschulden denkbar“ (S 236).

9 Zur Bedeutung der Privatautonomie vgl zB *Wenusch*, ZRB 2019, 86 f.

10 OGH 30.05.2012, 8 Oba 27/12x: „Die Option ist ein Vertrag, durch den eine Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen. Sie gewährt also ein Gestaltungsrecht“.

11 Dass eine Wahlschuld eine endliche Anzahl an möglichen Varianten enthalten muss, hat die Judikatur erkannt: „Das Klagebegehren auf Zuhaltung eines Wahlschuldverhältnisses hat alle Wahlmöglichkeiten zu umfassen“ (OGH 10.07.1963, 7 Ob 178/63; veröffentl: SZ 36/99).

12 OGH 09.06.2009, 4 Ob 84/09w (veröffentl: SZ 2009/77).

13 OGH 24.01.2013, 2 Ob 6/13s.

14 OGH 15.10.2003, 7 Ob 146/03a (veröffentl: SZ 2003/121): „Gegenüber dem Bestimmtheits- bzw Bestimmbarkeitsgebot des § 869 ABGB sieht das Konsumentenschutzgesetz zwar einen Schutz des Verbrauchers bei Verwendung von an und für sich durchaus bestimmten bzw bestimmbar Vertragsbedingungen vor, die aber vom Verbraucher aufgrund seiner geschäftlichen Unerfahrenheit in ihrer Tragweite nicht verstanden werden; ist jedoch eine Bedingung wie hier- (Verpflichtung zur Rückzahlung eines gewährten Rabattes) von vornherein nicht bestimmt bzw bestimmbar, so greift der Schutz des Konsumentenschutzgesetzes noch gar nicht ein“.

werden kann, zeigt wohl eindeutig, dass die Bestimmung das allgemeine Bestimmtheitsgebot nicht aufhebt. Außerdem dient § 6 KSchG ganz offensichtlich bloß der Präzisierung der allgemeinrechtlichen Bestimmungen – dies ist aus der Formulierung „im Sinn des § 879 ABGB“ wohl unzweifelhaft.

Zurück zur Frage, wann ein vorgesehene Leistungsänderungsrecht zur (allgemeinrechtlichen) Unbestimmtheit führt. Von Unbestimmtheit ist nur dann zu sprechen, wenn der betroffene Aspekt nicht einmal bestimmbar¹⁵ ist und „sich die vertraglichen Rechtsfolgen [nicht] durch Auslegung [oder] auf Grund des dispositiven Rechtes ermitteln lassen“¹⁶. „[A]ls Voraussetzung der Bestimmtheit einer Erklärung nach § 869 ABGB [reicht] auch deren Bestimmbarkeit aus[...]“¹⁷.

Wird einem Bauherrn ein unbeschränktes Leistungsänderungsrecht eingeräumt (etwa durch den Wortlaut der VOB/B¹⁸), so ist der Bauwerkvertrag insoweit unbestimmt: Es ist nämlich völlig unklar und es lässt sich nicht eruieren, welche Leistung dem Bauunternehmer schließlich tatsächlich abverlangt wird. Daran ändert übrigens auch die Vereinbarung einer „Preisfortschreibungsklausel“ nichts – von einer solchen hat der Bauunternehmer nämlich überhaupt nichts, wenn er einfach nicht in der Lage ist, den geänderten Wunsch des Bauherrn zu erfüllen. Das gilt natürlich nicht nur bei einer vereinbarten „Preisfortschreibung“, sondern selbst dann, wenn er berechtigt ist, einen marktüblichen Preis zu verlangen: Wenn er die Werkleistung nicht erbringen kann, dann nützt auch ein noch so hohes Entgelt nichts ...

Das Leistungsänderungsrecht lässt sich aber sicher so einschränken, dass die vom Bauunternehmer zu erbringende Leistungen sehr wohl bestimmbar sind. Das ist etwa dann der Fall, wenn mit dem Leistungsänderungsrecht bloß ein Zustand erreicht werden soll, der von allem Anfang an bekannt ist und der auch „für sich selbst“ Vertragsinhalt werden hätte können.

Es ist wohl unproblematisch, wenn in einem „funktionalen Vertrag“ nicht vorgegeben wird, welche im Detail beschriebene Konstruktion als „Erfolg“ herzustellen ist, sondern bloß, über welche Eigenschaften das Ergebnis verfügen soll. In Anlehnung an das einleitende Beispiel: Vereinbart wird die Herstellung eines trockenen Kellers und nicht, aus welchem Material der Keller herzustellen ist; in der Diktion der ÖNORM B 2110: Das Leistungsziel wird als Inhalt der Schuld des Bauunternehmers vereinbart.

Wenn das Recht des Bauherrn, einseitig den Schuldinhalt zu ändern, nur so weit besteht, als das Leistungsziel erreicht werden soll, so ist dies wohl unproblematisch. Der Bauherr hat sich für einen konstruktiven Vertrag entschieden, um zB verschiedene Angebote vergleichen zu können. Die anbietenden Bauunternehmer müssen keine teuren Recherchen anstellen, um ihr Angebot zu erstellen, was ebenfalls dem Bauherrn zu Gute kommt: Stellt sich während der Bauausführung heraus, dass eine teurere Ausführung notwendig wird, dann kostet die Bauleistung eben – mehr oder weniger – so viel, wie sie auch dann gekostet hätte, wenn man von allem Anfang um die tatsächliche Notwendigkeit gewusst hätte – die Kosten der Untersuchung wurden aber eingespart. Das ist natürlich eine grob vereinfachende Darstellung und im Einzelfall kann es zu unangenehmen Konsequenzen für den Bauherrn kommen (zB dass die Änderung dem Bauunternehmer nicht zumutbar ist), nur das Prinzip wird wohl trotzdem deutlich.

An dieser Stelle sind Überlegungen zur Möglichkeit einer Wahlschuld angebracht: Es ist wohl ohne weiteres möglich, einen Bauwerkvertrag als Wahlschuldverhältnis auszugestalten. Dem Bauherrn kann sicher auch das Recht eingeräumt werden, zwischen einem konstruktiven und einem funktionalen Erfolg auszuwählen. Nur ist durch die Entscheidung für eine Konstruktion dieses Wahlrecht konsumiert und kein „Umschwenken“ auf die Funktion mehr möglich.¹⁹ Selbst wenn dies möglich wäre, würde vom Bauunternehmer nach dem Wechsel eben bloß ein funktionaler Erfolg geschuldet – ein Leistungsänderungsrecht idS, dass eine andere Konstruktion angeordnet wird, ist aber bei einer geschuldeten Funktion ausgeschlossen.

Ausgehend von § 1056 ABGB hat die Judikatur die Möglichkeit eines einseitigen Leistungsänderungsrechts eingeräumt. Zunächst dadurch, dass die Möglichkeit der Preisfestsetzung durch Dritte auch den Parteien selbst eingeräumt wurde: „§ 1056 ABGB ist als Grundlage einer allgemeinen Regelung der Leistungsbestimmung durch einen Vertragspartner oder einen Dritten anzusehen“²⁰. Dann dadurch, dass die Möglichkeit der einseitigen Festsetzung nicht nur für die Preisfestsetzung, sondern auch für den Kaufgegenstand eingeräumt wurde: „§ 1056 ABGB enthält nach seinem Wortlaut keine inhaltliche Beschränkung für die Preisfestsetzung“²¹. Und schließlich dadurch, dass das Leistungs-

15 Vgl OGH 31.08.2005, 9 ObA 133/05g: „Bestimmt ist eine Erklärung, wenn ihr die wesentlichen Rechtsfolgen, die der Erklärende anstrebt, entnehmbar sind (gemäßigte Rechtsfolgentheorie) und ihr Inhalt im Übrigen (eindeutig) bestimmbar ist“.

16 OGH 12.07.2000, 7 Ob 347/99a.

17 OGH 20.03.2019, 5 Ob 203/18s.

18 § 1 (3): „Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten“.

19 § 906 (1) ABGB wohl unzweifelhaft: „Er kann aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgeben“.

20 OGH 01.10.1985, 5 Ob 66/85.

21 OGH 30.05.2017, 8 Ob 86/16d.

änderungsrecht auch auf andere Vertragstypen ausgedehnt wurde: „Nach herrschender Auffassung kann ungeachtet fehlender gesetzlicher Bestimmung die Festlegung der Gegenleistung für eine Leistung nicht nur beim Kauf, sondern bei jedem Rechtsgeschäft [...] einem Dritten übertragen werden“²². Kurzum: Insbesondere im „Unternehmergeschäft ist es als Ausfluss der Privatautonomie [...] zulässig, auch einer Vertragspartei ein Gestaltungsrecht auf eine (auch nachträgliche) Leistungs- bzw Preisbestimmung einzuräumen“²³.

Das Leistungsänderungsrecht berechtigt aber natürlich nicht zur Willkür,²⁴ was hinsichtlich der Preisfestsetzung bereits eindeutig ausgesprochen wurde: „Die Preisbestimmung durch eine Partei unterliegt daher insofern der richterlichen Kontrolle, als eine Partei an eine grob unbillige Preisfestsetzung durch die andere Partei nicht gebunden ist. Die Preisbestimmung hat sich an der Austauschgerechtigkeit im Einzelfall zu orientieren, für die die Interessenlage beider Parteien von Bedeutung ist. Dem Vertragsteil, dem die Festsetzung einer Leistung überlassen wird, soll ein Spielraum eingeräumt werden, innerhalb dessen ein (der gerichtlichen Überprüfung zugänglicher) Ermessensfehler nicht vorliegt. Wird jedoch die Ermessensgrenze überschritten, kann die verfehlte – grob unbillige – „Preisfestsetzung“ [...] durch den Richter korrigiert werden“²⁵. Dieser Grundsatz muss natürlich auch für jede andere einseitige Leistungsänderung gelten: Zwischen „Geldleistung“ und der entsprechenden „Gegenleistung“ besteht ja eigentlich kein Unterschied – in beiden Fällen handelt es sich um „die Leistung“ eines Schuldners ...

Hier schließt sich übrigens der Kreis zur Bestimmung der ÖNORM B 2110. Danach steht das einseitige Leistungsänderungsrecht dem Bauherrn nur zu, sofern dies dem Unternehmer zumutbar ist. MaW: Auch die ÖNORM B 2110 enthält eine Billigkeitsklausel.

Einem Vertragspartner ist sicher nicht zuzumuten, dass er aufgrund einer einseitigen Leistungsänderung seines Vertragspartners „schlechter aussteigt“, als zunächst angenommen. Eine „Preisfortschreibungsklausel“, die dies vorsieht, wäre unbillig.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich also feststellen, dass das Leistungsänderungsrecht des Bauherrn, so wie es die ÖNORM B 2110 vorsieht, im Prinzip unproblematisch ist: Das Leistungsziel ist dem Unternehmer ja bei Vertragsabschluss bekannt und es ist bestimmbar, was zu dessen Erreichung notwendig ist. Und außerdem besteht die Billigkeitsschranke der Zumutbarkeit.

Doch was gilt, wenn sich im Vertragstext ein weitergehendes Leistungsänderungsrecht findet? Der Vertragstext ist dann unbestimmt und auch unbestimmbar. Daher ist zu ermitteln, was in einem solchen Fall passiert.

Es ist zunächst zu entscheiden, ob die Vereinbarung gänzlich unwirksam ist, oder ob dies bloß für den betroffenen Teil gilt. IS einer „geltungserhaltenden Reduktion“²⁶ spricht wohl einiges dafür, dass bloß der unbestimmte Teil entfällt, der Rest der Vereinbarung aber bestehen bleiben soll. In der Tat spricht sich die hA selbst bei gesetzwidrigen Klauseln häufig für eine „geltungserhaltende Reduktion“ aus.²⁷ Ein unbestimmter Teil ist aber gar nicht gesetzwidrig! § 869 ABGB spricht nicht davon, dass unbestimmte Klauseln verboten sind, sondern nur davon, dass bei Unbestimmtheit des Vertragstextes gar kein Vertrag entsteht. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ ist also dann, wenn nicht einmal eine Gesetzeswidrigkeit vorliegt, wohl noch viel eher zulässig, als wenn dies der Fall ist.

Ein weiterer Aspekt spricht für die Restgültigkeit: Unbestimmte Erklärungen führen nicht zu einem Rechtsgeschäft – es ist „unmöglich“, mittels unbestimmter Erklärungen einen Vertragsabschluss herbeizuführen. Für den Fall der teilweisen Unmöglichkeit bestimmt § 878 ABGB allerdings, dass ein angestrebter Vertrag mit dem nicht unmöglichen Inhalt sehr wohl gültig wird.

Eine Restgültigkeit ist aber wohl nur dann zulässig, wenn die Parteien beim Abschluss auch das Rudiment (dh den verbleibenden Rest) vereinbart hätten.²⁸ Da dies im Streitfall von dem, der dadurch benachteiligt würde, sicher abgestritten wird, wird der „hypothetische Parteiwille“ gesucht: Dabei ist nicht sogleich einfach auf das abzustellen, was „redliche Personen“ vereinbart hätten,²⁹ sondern darauf, was die konkrete Partei beim

22 OGH 09.03.2000, 8 Ob 232/99x.

23 OGH 30.05.2017, 8 Ob 86/16d.

24 Vgl OGH 30.05.2017, 8 Ob 86/16d: „Das Gestaltungsrecht darf aber nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Es wird daher unerlaubt, wenn der Berechtigte das ihm eingeräumte Ermessen auf grob unbillige Weise missbraucht“.

25 OGH 03.03.2010, 9 ObA 35/09a.

26 Vgl zum Begriff zB OGH 29.05.1996, 3 Ob 2004/96v (veröffentlicht SZ 69/127): „Nichtigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB führt nicht jedenfalls zu einem gänzlichen Entfall der davon betroffenen Vertragsklausel, sondern nur zu deren geltungserhaltenden Reduktion auf den rechtlich erlaubten Inhalt“.

27 Vgl zB etwa Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 229 ff (Stand 1.8.2019, rdb.at).

28 Vgl zB Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 524 (Stand 1.11.2014, rdb.at): „Bei der geltungserhaltenden Reduktion bleibt die Vertragsklausel insofern aufrecht, als sie inhaltlich nicht zu beanstanden u ein entsprechender hypothetischer Parteiwille erkennbar ist“.

29 Obwohl die Rechtsprechung dies mitunter vermittelt: ZB OGH 04.12.1997, 2 Ob 305/97k: „Die ergänzende Vertragsauslegung hat nach dem hypothetischen Parteiwillen, also darnach, was redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten zu erfolgen“.

konkreten Abschluss redlicher Weise getan hätte. „*Erst wenn die Feststellung des hypothetischen Willens der konkreten Parteien unmöglich ist, ist zu fragen, wie normale Personen redlicherweise gehandelt hätten*“³⁰.

Ein Leistungsänderungsrecht ist für den Bauherrn wohl essentiell: Das Risiko, zu einer Abbestellung gezwungen zu werden (dh nichts zu erhalten) und trotzdem das vereinbarte Entgelt bezahlen zu müssen, will wohl kaum jemand eingehen ...

Restgültigkeit bedeutet aber nicht, dass die betroffene Klausel einfach zur Gänze entfällt und der Rest der Vereinbarung bestehen bleibt, sondern, dass die betroffene Klausel

selbst geltungserhaltend zu reduzieren ist. Tatsächlich spricht die Judikatur fast immer nur von der Reduktion der betroffenen Klausel an sich: „*Regelungen sind infolge Teilnichtigkeit geltungserhaltend zu reduzieren und bleiben im nicht gesetzwidrigen Umfang gültig*“³¹.

Ein im Vertragstext enthaltenes umfassendes Leistungsänderungsrecht des Bauherrn führt also nicht dazu, dass überhaupt kein Leistungsänderungsrecht eingeräumt wird, sondern durch geltungserhaltende Reduktion zu einem (begrenzten) Leistungsänderungsrecht, durch welches der Schuldinhalt so modifiziert wird, dass das Leistungsziel erreicht werden kann.

Resümee

Ein grenzenloses einseitiges Leistungsänderungsrecht (dh ein Änderungsrecht, das in völligem Belieben eines Vertragsteils steht) wäre ein Eingriff in die Privatautonomie: Es würde wegen Unbestimmtheit gar kein Vertrag entstehen.

Ein vereinbartes „überschießendes“ einseitiges Leistungsänderungsrecht ist geltungserhaltend zu reduzieren.

Ein Leistungsänderungsrecht, das – wie jenes der ÖNORM B 2110 – bloß dazu dient, das von allem Anfang an bekannte Ziel zu erreichen, das der Besteller durch den abgeschlosse-

nen Vertrag zu erreichen versucht, ist wohl möglich, sofern es nicht zur Unbilligkeit führt. Die Schranken des Leistungsänderungsrechts des Bauherrn in der ÖNORM B 2110 (Zumutbarkeit für den Bauunternehmer) gewährleisten die Billigkeit – für die gleichzeitige verordnete „Preisfortschreibung“ trifft dies aber nicht unbedingt zu (eine „Preisfortschreibungsklausel“ für den Fall der einseitigen Leistungsänderung kann im Einzelfall durchaus unbillig sein).

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

30 OGH 23.04.2003, 9 Ob 247/02t (veröffentl: SZ 2003/70). Vgl auch OGH 22.12.2005, 10 Ob 28/05y zum Begriff „hypothetischer Parteiwille“: „*was hätten vernünftige und redliche Parteien unter Berücksichtigung der besonderen Interessenkonstellation der Parteien vereinbart?*“.

31 OGH 25.08.1998, 1 Ob 176/98h (veröffentl: SZ 71/141). Vgl auch *Krejci* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 524 (Stand 1.11.2014, rdb.at): „*Bei der geltungserhaltenden Reduktion bleibt die Vertragsklausel insofern aufrecht, als sie inhaltl nicht zu beanstanden u ein entsprechender hypothetischer Parteiwille erkennbar ist*“ (Hervorhebung durch den Verf).