

Die Wirkung einer Aufhebung des Vertrages durch den Werkunternehmer wegen des Unterbleibens der zur Ausführung des Werks erforderlichen Mitwirkung des Werkbestellers gemäß § 1168 (2) ABGB

Nach einer Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB (zB als Folge einer nicht erfolgten „*Sicherstellung bei Bauverträgen*“ gemäß § 1170b ABGB) besteht nach herrschender Ansicht zwar ein Gewährleistungsanspruch des Bestellers in der Art, dass sich der Werkunternehmer das anrechnen lassen muss, was er sich durch die nicht erfolgte Behebung vorliegender Mängel erspart, doch werden sonstige Gewährleistungsansprüche und ein Zurückbehaltungsrecht des Bestellers abgelehnt. Das ist aber inkonsequent!

Deskriptoren: Werkvertrag, Gewährleistung, Zurückbehaltungsrecht, Vertragsaufhebung; §§ 1168, 1170b ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Vorbemerkung

Ein vertragliches Schuldverhältnis kann auf unterschiedliche Arten enden: Es gibt einerseits die Endigungen des dritten Hauptstücks des dritten Teils („*Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten*“) des ABGB („vorzüglich“ die Auflösung der Verbindlichkeiten durch „die Zahlung“ gemäß § 1412 ABGB). Andererseits gibt es „vorzeitige“ Endigungen: Ua Anfechtung wegen Irrtums, Rücktritt wegen Verzugs, Kündigung und eben die Aufhebung des Vertrags gemäß § 1168 (2) ABGB.

Hier wird nur die Auflösung des Vertrages gemäß § 1168 (2) ABGB betrachtet. Quasi als Ouvertüre dazu muss man sich mit der „normalen“ Kündigung¹ (damit gemeint: Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes) beschäftigen.

2. Kündigung

Durch eine Kündigung endet die Erfüllungsphase – der „eigentliche“ Leistungsaustausch wird dadurch abgeschlossen. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken,

dass die Erfüllungsphasen der Vertragsparteien nicht gleichzeitig enden müssen: Kündigt ein Vertragspartner, so kann es durchaus sein, dass ihn keine weitere Leistungspflicht mehr trifft, während der andere Teil sehr wohl noch gebührende Gegenleistungen erbringen muss. An die Erfüllungsphase schließt – wie auch sonst – die Gewährleistungsphase an (eine „Übernahme“ ist bei einer Kündigung nicht erforderlich und wohl sehr häufig auch gar nicht möglich). Kündigungen sind vor allem bei Dauerschuldverhältnissen geläufig, aber natürlich auch bei Zielschuldverhältnissen denkbar² (so etwa bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110, die beim Eintritt von verschiedenen Umständen vorsieht, dass jede Partei das Schuldverhältnis beenden kann, womit der weitere Leistungsaustausch unterbleibt – bis dahin bestehen aber die vereinbarten Rechte und Pflichten³).

Natürlich sind auch nach einer Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses Gewährleistungsansprüche möglich. Denkbar ist zB die Vereinbarung einer durchgehenden Bewachung für unbestimmte Dauer, wobei sich erst nach der (aus anderen Gründen erfolgten) Kündigung herausstellt, dass die Bewachung nicht durchgehend erfolgt ist und daher mangelhaft war. Denkbar ist auch, dass für unbestimmte Dauer ein Vortrieb „mit voller Kraft“ vereinbart wurde und dass sich erst nach der erfolgten Kündigung herausstellt, dass nur „mit halber Kraft“ – also mangelhaft – gearbeitet wurde. Besonders deutlich tritt dies bei Akkordverträgen zu Tage: Wird ein solcher Vertrag für unbestimmte Dauer abgeschlossen und dann irgendwann „normal“ – dh ohne Vorlie-

1 Vgl Müller/Pierer in Welser Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht²: Gestaltungsrecht, mit dem ein Schuldverhältnis ex nunc beendet wird.

2 Vgl OGH 21.2.2024, 6 Ob 163/23y: „Auch dass die Streitteile eine Kündigungsmöglichkeit vereinbarten, spricht [...] nicht gegen die Qualifikation als Werkvertrag“.

3 ÖNORM B 2110 Pkt 5.8.3.1: „Alle vertragsgemäß erbrachten Leistungen sind zu übernehmen, in Rechnung zu stellen und abzuwalten“.

gen eines wichtigen Grundes – gekündigt, so ist für die bis dahin gelieferten Einheiten natürlich (unter den allgemeinen Voraussetzungen) Gewähr zu leisten. Dies gilt natürlich auch, wenn der Akkordvertrag nicht für unbestimmte Zeit, sondern für eine bestimmte Anzahl an Einheiten oder eine bestimmte Dauer abgeschlossen wird und trotzdem davor gekündigt werden darf. Manchmal (zB bei der geschuldeten durchgehenden Bewachung) ist eine Behebung des Mangels nicht vorstellbar, manchmal aber sehr wohl: Die fehlende Hälfte der Vortriebsleistung lässt sich nachtragen und die aufgrund eines Akkordvertrags gelieferten Einheiten lassen sich reparieren oder austauschen.

Die Gewährleistungspflicht bezieht sich natürlich nur auf Leistungen, die bis zur Kündigung zu erbringen waren. Es kann die Behebung von Mängeln ebenso begehr werden, wie Preisminderung oder gewährleistungsrechtliche Auflösung des Vertrages.

Interessant in Zusammenhang mit der Gewährleistungspflicht nach einer Kündigung ist die Frage, ob bei Mängelhaftigkeit der bis zur Kündigung erbrachten Leistung die Gegenleistung zurückbehalten werden darf. Dabei ist zu beachten, dass mit dem Druck, der durch ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, zweierlei erreicht werden kann: Erstens die „eigentliche“ Leistung in der Erfüllungsphase⁴ und zweitens die Mängelbehebung („Verbesserung“) in der Gewährleistungsphase⁵ – dass Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche etwas Unterschiedliches sind, darf nicht übersehen werden, auch wenn sich insbesondere der gewährleistungsrechtliche „Nachtrag des Fehlenden“ im Ergebnis nicht vom Erfüllungsanspruch unterscheidet⁶.

Logischerweise ist nach einer Kündigung ein Begehr auf Erfüllung ausgeschlossen, weil durch die Kündigung die Erfüllungsphase beendet wird. Das bedeutet aber natürlich nicht zugleich, dass damit auch das Zurückbehaltungsrecht wegen mangelhafter Leistung entfällt. Tatsächlich besteht natürlich auch nach einer Kündi-

gung ein Zurückbehaltungsrecht, wenn dadurch Druck ausgeübt werden soll, bestehende Mängel zu beheben.

3. Aufhebung des Vertrags gemäß § 1168 (2) ABGB aufgrund des Unterbleibens der erforderlichen Mitwirkung des Bestellers

Zur Aufhebung des Vertrags gemäß § 1168 (2) ABGB aufgrund des Unterbleibens der erforderlichen Mitwirkung des Bestellers wird sowohl die Meinung vertreten, dass es sich dabei um einen Rücktritt⁷ handle, als auch, dass es eine Kündigung sei⁸. Tatsächlich handelt es sich sicher um eine Kündigung⁹, weil eben das Schuldverhältnis bis zur Kündigung unberührt bleibt. Bereits erbrachte Teilleistungen verbleiben beim Besteller¹⁰ – dies ohne dass es darauf ankommt, ob die Retournierung unmöglich oder untnlich ist.

Es ist nun kein Grund ersichtlich, weshalb bei einer Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB hinsichtlich der Gewährleistung etwas anderes gelten soll, als oben zur Kündigung dargestellt wurde: Für bis zur Vertragsaufhebung erbrachte Leistungen hat der Werkunternehmer Gewähr zu leisten, weil das Ende der Erfüllungsphase die Gewährleistungsphase beginnen, diese aber keinesfalls entfallen lässt. Ein Beispiel macht dies augenscheinlich: Aufgrund eines einheitlichen Werkvertrages werden zwei Gebäude geschuldet. Nachdem das eine fertig gestellt ist, liefert der Besteller nicht die für die Herstellung des anderen notwendigen Informationen, worauf der Werkunternehmer – nach Verstreichen der gesetzten Nachfrist – den Vertrag gemäß § 1168 (2) ABGB aufhebt. Es wäre wohl völlig unverständlich, wenn der Werkunternehmer für das erste Gebäude, für das er ja jedenfalls das Entgelt erhält, nicht Gewähr leisten soll.

Von den Gewährleistungsbehelfen scheidet natürlich der „Nachtrag des Fehlenden“ hinsichtlich aller Leistungen aus, die nicht (sic!) bis zur Vertragsaufhebung zu

4 Das Zurückbehaltungsrecht wird grundsätzlich aus § 1052 ABGB abgeleitet. Beim Werkvertrag ist eine Zurückbehaltung eigentlich nicht notwendig, weil gemäß § 1170 ABGB das Entgelt ohnehin erst „nach vollendetem Werk zu entrichten“ ist – weicht das hergestellte Werk vom vertraglich Geschuldeten ab, so ist es nicht vollendet.

5 Vgl zB OGH 4.9.2013, 7 Ob 119/13w: „Der Besteller eines Werks ist auch dann, wenn er die unvollständige Erfüllung angenommen hat und deren Verbesserung verlangt, berechtigt, die ganze Gegenleistung bis zur geböriegen Erfüllung des Vertrags, also bis zur Verbesserung des mangelhaften Werks zu verweigern. Denn die Einrede soll nicht nur den Leistungsberechtigten sichern, sondern auch auf den Willen des Gegners einen Druck ausüben.“

6 Anscheinend wird aus RIS-Justiz RS0018483 geschlossen, dass die gewährleistungsrechtliche Mängelbehebung nur ein Teil der Erfüllung sei: „Der Verbesserungsanspruch ist ein Rest des ursprünglichen Anspruches auf Erfüllung“.

7 Vgl Goriany/Weißensteiner in Welser Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht²: Gestaltungsrecht, mit dem ein Schuldverhältnis ex tunc beendet wird.

8 ZB M. Bydlinski in Bydlinski/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 1168 Rz 8: „Die L qualifiziert die Vertragsaufhebung überwiegend als Rücktritt, teilweise aber als (ex nunc wirkende) Kündigung“.

9 In diesem Sinn zB Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 47 (Stand 1.8.2020, rdb.at): Diese Vertragsaufhebung „entspricht inhaltlich eher einer Kündigung, weil sie nicht auf den Abschlusszeitpunkt zurückwirkt“ (unter Berufung auf ua Apathy, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 561).

10 Vgl zB Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168 Rz 265 (unter Berufung auf Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 52 [Stand 1.8.2020, rdb.at]).

erbringen waren. Diese Leistungen werden nicht (mehr) geschuldet: Gewährleistung soll ja bloß ein Ausgleich für Abweichungen des tatsächlich Geleisteten vom Geschuldneten sein. Hinsichtlich dieser Leistungen scheiden gleichermaßen alle Gewährleistungsansprüche aus, die sich darauf stützen, dass noch etwas fehlt.

Umgekehrt kann natürlich der „*Nachtrag des Fehlenden*“ hinsichtlich aller Leistungen gefordert werden, die (etwa aufgrund eines Bauzeitplanes oder aufgrund der Umstände (zB zeitlich begrenzte Bewilligungen, technisch notwendiger Bauablauf, etc.)) bis zur Vertragsaufhebung zu erbringen waren. Eine Vertragsaufhebung „schrumpft“ das Schuldverhältnis auf die Zeit bis dahin – erst alles danach entfällt.

Schwierig wird es, wenn keine „Zwischentermine“ bestehen (und auch keine besonderen Umstände, die Teilleistungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordern) und der Unternehmer bloß „irgendwann“ das geschuldete Werk abliefern muss.

In solch einem Fall kann es keinen „*Nachtrag des Fehlenden*“ geben, weil eben (noch) nichts fehlt. Statt auf das abzustellen, was bis zur Vertragsaufhebung zu erbringen war, kann nur auf das abgestellt werden, was vom Unternehmer tatsächlich erbracht wurde. Also: Eine fehlende Wand kann weder eingefordert werden, noch können aus deren Fehlen Gewährleistungsansprüche abgeleitet werden. Das gilt gleichermaßen für fehlende Stücke, eine fehlende Isolierung oder Dämmung. Wurde aber zB das falsche Material verwendet, so ist dafür Gewähr zu leisten. Der Unternehmer erhält ja auch das Entgelt dafür!

Bei einer Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB muss man sich (zumindest teilweise) von dem – wohl von vielen verinnerlichten – Gedanken verabschieden, dass sich die Auswirkungen von qualitativen und quantitativen Mängeln nicht unterscheiden.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass im Falle einer Abbestellung durch den Besteller gegebenenfalls sicher eine Gewährleistungspflicht des Unternehmers für bis dahin erbrachte Teilleistungen besteht¹¹. Eine Abbestellung ist nun nichts anderes als fehlende Mitwirkung „in Reinkultur“¹². Es wäre nun ein Wertungswiderspruch, wenn es zwar bei einer Abbestellung durch den Besteller nach § 1168 (2) ABGB, nicht aber bei einer Vertragsaufhebung

durch den Werkunternehmer Gewährleistungsrechte bzw -pflichten gäbe.

Für den Fall einer Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB wird die Meinung vertreten, dass sich der Unternehmer bei Mangelhaftigkeit der bereits erbrachten Teilleistungen „den durch die unterbliebene Verbesserung ersparten Aufwand anrechnen lassen“¹³ muss¹⁴. Vater des Gedankens ist dabei aber immer nur die Höhe des dem Unternehmer gebührenden Entgelts in Anlehnung an § 1168 (1) ABGB – ob aufgrund der Mangelhaftigkeit der bereits erbrachten Teilleistung Gewähr zu leisten ist, wird – soweit ersichtlich – nicht einmal im Ansatz erörtert. Immerhin wird aber offensichtlich anerkannt, dass auch Teilleistungen mangelhaft sein können und dass dieser Umstand gegebenenfalls nicht unerheblich ist.

Es ist bislang anscheinend noch nicht aufgefallen, dass ein Unternehmer, der bis zur Vertragsaufhebung gar nichts geleistet hat, idR bessergestellt ist, als ein Unternehmer, der zwar irgendetwas, das aber mangelhaft, geleistet hat: Beide erhalten (prinzipiell) das gesamte Entgelt, der letztere wird aber mit den Behebungskosten belastet. Ebenso ist es offenbar bislang noch nicht aufgefallen, dass eine bis zur Vertragsaufhebung erbrachte Teilleistung unbehebbar mangelhaft sein kann (zB wegen Zeitablaufs). Soll der Unternehmer in diesen Fällen bessergestellt sein, weil er sich ja keine Behebungskosten erspart?

Zu einer sachgerechten Lösung gelangt man wohl nur, wenn man einem Besteller auch die sekundären Gewährleistungsbehelfe zugesteht: Ist das, was der Unternehmer bis zur Vertragsaufhebung geleistet hat, unbehebbar mangelhaft, so kann der Besteller „*den Vertrag auflösen*“ oder den Preis mindern. Betroffen davon ist freilich nur jener Teil, der bis zur Vertragsaufhebung zu leisten war oder tatsächlich geleistet wurde – das Entgelt bzw die Preisminderung für diesen Teil sind vom gesamten Entgelt abzuziehen.

Bleibt die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht des Bestellers hinsichtlich des Werklohns besteht, wenn die Leistungen, die bis zur Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB erbracht worden sind oder zu erbringen gewesen wären, Mängel aufweisen.

Es ist wohl unbestritten, dass in der Gewährleistungsphase, die durch eine Übernahme ausgelöst wird, ein

11 Vgl dazu OGH 4.6.2014, 7 Ob 43/14w, ZRB 2014, 198 (Wenusch).

12 Das Recht auf Abbestellung wird zwar zumeist (so zB *M. Bydlinski* in Bydlinki/Perner/Spitzer, ABGB⁷ § 1168 Rz 2) aus § 1168 (1) ABGB hergeleitet, nur ändert dies am Grundsatz nichts (weil in beiden Fällen die gleiche Rechtsfolge eintritt).

13 OGH 27.9.2016, 1 Ob 107/16s, SZ 2016/93, die zur Anlage des RIS-Justiz RS0131056 geführt hat. Verwiesen wird dabei auf OGH

16.6.2008, 8 Ob 14/08d und *Rebhahn/Kietabl* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1168 Rz 35.

14 ZB *Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168 Rz 114 unter Berufung auf OGH 16.6.2008, 8 Ob 14/08d und *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1168 Rz 31 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

Zurückbehaltungsrecht des Bestellers besteht, wenn die Leistung des Unternehmers mangelhaft ist. Es wäre nun ein Wertungswiderspruch, wenn in der Gewährleistungsphase, die durch eine Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB ausgelöst wird, kein solches Zurückbehaltungsrecht bestünde. Nachdem die Erfüllungspflicht des Werkunternehmers aber nur bis zur Vertragsaufhebung besteht, kann der Teil des Entgelts, der erst danach entstanden wäre, nicht zurückbehalten werden – das ist wohl vergleichbar mit dem Fall, dass in einem Vertrag nicht ein Zurückbehaltungsrecht aus einem anderen Vertrag ausgeübt werden kann¹⁵.

Häufig wird das Zurückbehaltungsrecht in Zusammenhang mit einer Vertragsaufhebung gemäß § 1170b (der sich auf § 1168 (2) bezieht) ABGB thematisiert: „*Die vom Werkunternehmer gemäß § 1170b Abs 2 ABGB*

erklärte Auflösung des Vertrags beseitigt den Erfüllungsanspruch des Bestellers, sodass sich dieser auf eine Pflicht zur mängelfreien Herstellung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr berufen kann. Dem Unternehmer gebührt zufolge des Verweises auf § 1168 Abs 2 ABGB ein entsprechend der Regelung des § 1168 Abs 1 leg cit verminderter Entgeltanspruch, dem der Besteller mangelnde Fälligkeit, weil das Werk mangelhaft erbracht wurde oder unvollendet blieb, nicht entgegenhalten kann. Für die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags verbleibt nach berechtigter Auflösung des Vertrags nach § 1170b ABGB kein Raum“¹⁶.

In dieser Entscheidung wird kein Unterschied gemacht zwischen Leistungsanspruch in der Erfüllungsphase und Leistungsanspruch (Behebungsanspruch) in der Gewährleistungsphase.

Resümee

Es ist zwischen Erfüllungsansprüchen (während der Erfüllungsphase) und dem Gewährleistungsanspruch (während der Gewährleistungsphase) auf „Nachtrag des Fehlenden“ zu unterscheiden, auch wenn diese im Ergebnis den gleichen Inhalt haben.

Eine Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB beendet die Erfüllungsphase und lässt – genau wie eine Kündigung – die Gewährleistungsphase beginnen.

Mit dem Ende der Erfüllungsphase durch eine Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB enden die zukünftigen Leistungspflichten – die bis dahin bestehenden Leistungspflichten bleiben aber unberührt.

Ist eine bis zur Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB erbrachte Teilleistung mangelhaft, ist dafür Gewähr zu leisten, wobei – wie auch sonst – primär wohl nur Reparatur oder Austausch in Frage kommen – der Nachtrag des Fehlenden kommt sicher nur

dann in Frage, wenn die betroffenen Teilleistungen zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung bereits zu erbringen gewesen wären. Ist auf sekundäre Behelfe zurückzugreifen, so sind davon nur die Leistungen bis zur Vertragsaufhebung betroffen.

Bestehen hinsichtlich der Teilleistungen, die bis zur Vertragsaufhebung gemäß § 1168 (2) ABGB erbracht wurden, primäre Gewährleistungsrechte, so besteht diesbezüglich ein Zurückbehaltungsrecht des Werkentgelts.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen, die sich an die „vorzeitigen“ Endigungen eines Schuldverhältnisses knüpfen, beschreibt und es nicht bei im Grunde nichtssagenden bzw mehrdeutigen Formulierungen (zB „Aufhebung“) belässt.

Korrespondenz:

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

15 Vgl RIS-Justiz RS0018760: „Das Recht zur Leistungsverweigerung bezieht sich nur auf Pflichten, die zueinander im Austauschverhältnis stehen, also in einem einheitlichen Rechtsgeschäft ihren Entstehungsgrund haben und durch einen gemeinsamen Zweck miteinander verbunden sind“.

16 OGH 28.7.2021, 9 Ob 30/21h: Die „Vertragsaufhebung“ (§§ 1168 (2) und 1170b (2) ABGB) wird in der Entscheidung nicht wirklich konsequent auch „Rücktritt“ und „Auflösung“ genannt.