

AUFSÄTZE

Die Abgrenzung von Verträgen¹

Die Bezeichnung „Vertrag“ wird für unterschiedliche Begriffe verwendet – hauptsächlich für „Rechtsgeschäft“ und „Schuldverhältnis“. Tatsächlich können zwischen den selben Personen mehrere (vertragliche) Schuldverhältnisse bestehen, die den selben Lebenssachverhalt betreffen. Es kann einen wesentlichen Unterschied machen, ob Rechte und Pflichten zu beurteilen sind, die aufgrund eines einheitlichen Rechtsgeschäfts entstanden sind und die durch einen gemeinsamen Zweck miteinander verbunden sind und im Austauschverhältnis stehen, oder ob diese Rechte und Pflichten durch unterschiedliche Rechtsgeschäfte begründet wurden.

Deskriptoren: Vertrag, Vertragsabschluss, Rechtsgeschäft, Schuldverhältnis, Schuldänderung, Novation; §§ 861 ff, 1375 ff, 1413 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Einleitung: Der „Vertrag“

Die Bezeichnung „Vertrag“ wird nicht nur in der Umgangssprache, sondern teilweise auch in der juristischen Diskussion in mehreren Bedeutungen verwendet:

- für das **Dokument**, das errichtet wird, um den Vertragsinhalt – nomen est omen – zu dokumentieren
- für den **Wortlaut** der Erklärungen, welche die Parteien (meist schriftlich) abgeben (Vertragstext)
- für die Erfüllungsphase nach dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung
- für die rechtsgeschäftliche **Einräumung** von Rechten und Pflichten („Rechtsgeschäft“ oder „Vertragsabschluss“)²
- für die **Gesamtheit** an Rechten und Pflichten, die mit einem einheitlichen Rechtsgeschäft begründet wurden – ggf nach entsprechenden Adaptionen der ursprünglich eingeräumten Rechte und Pflichten („Schuldverhältnis³“)

- für die Gesamtheit an Rechten und Pflichten, die hinsichtlich eines bestimmten abgrenzbaren **Lebenssachverhalts** zwischen zwei (oder mehreren) Personen bestehen („Geschäftsfall“ – also zB im Falle einer Novation Alt- und „Neuerungsvertrag“ zusammen)

Für die weiteren Überlegungen soll – auf die Lehrbuchdefinition⁴ aufbauend – als Vertrag ein zugleich begründetes, konkretes und im Austauschverhältnis stehendes Bündel an rechtsgeschäftlich eingeräumten Rechten und Pflichten verstanden werden, das nur durch einen weiteren Vertrag (oder die Erfüllung) geändert werden kann.

Mit einem Vertrag können Rechte und Pflichten eines Schuldverhältnisses begründet oder abgeändert werden. Eine Änderung der Rechte und Pflichten kann aber auch dazu führen, dass neben einem bereits bestehenden Schuldverhältnis ein weiteres entsteht.

In diesem Verständnis kann ein Vertrag „an sich“ (also die Tatsache des Vertragsabschlusses) durch die Parteien rechtsgeschäftlich nachträglich nicht mehr geändert (oder „beseitigt“) werden (eine „Beseitigung“ oder Anpassung eines Vertrages ist aber zB aufgrund einer irrtumsrechtlichen Anfechtung natürlich sehr wohl möglich). Freilich können die mit einem Vertrag begründeten Rechte und Pflichten gemäß § 1375 ABGB (einver-

1 Diese Abhandlung ist eine zur Klarheit erweiterte Fassung eines Vortrages auf dem 9. Österreichischen Baurechtsforum.

2 So zB Perner in Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, zum Begriff Vertrag: „Zwei- oder mehrseitiges [...] Rechtsgeschäft“; Faistenberger et al Gschnitzer – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts² S 479.

3 Hier als das gemeint, was Mayrhofer Ehrenzweig Privatrecht – Schuldrecht AT S 1 als „Schuldverhältnis iws (umfassendes Schuldverhältnis, Rahmenbeziehung)“ (Hervorhebung im Original) bezeichnet. Dies ist zu unterscheiden vom Schuldverhältnis

ieS, das eine einzelne Pflicht (Verbindlichkeit) bezeichnet. Vgl dazu auch: Welser/Zöchling-Jud Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 26: „Das Schuldverhältnis als Organismus“.

4 So zB Perner/Spitzer/Kodek Bürgerliches Recht⁷ S 51: „Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen [...] zustande, er wird daher auch als Rechtsgeschäft bezeichnet. [...] Gelungensgrund ist das Einverständnis (Konsens), Rechte und Pflichten zu begründen. Diese können daher auch nicht mehr einseitig rückgängig gemacht werden“ (mit Hervorhebungen im Original).

nehmlich) jederzeit geändert werden – eine Änderung bedarf dann eben eines weiteren Vertrages, eines „*Neuerungs-*“ oder „*Änderungsvertrages*“⁵ – die Rechte und Pflichten ergeben sich dann aus einer Zusammenschau der Verträge.

Die Änderungen durch einen Änderungsvertrag können von unterschiedlicher Intensität sein: Es können (bei einer sog. „*Schuldänderung*“⁶) bloß die „*näheren Bestimmungen, wo, wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllt werden soll, und andere Nebenbestimmungen, wodurch in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderungen geschieht*,“⁷ geändert werden⁸ oder es können durch einen „*Aufhebungsvertrag*“⁹ („*contrarium consensus*“¹⁰) sämtliche zuvor mit einem Vertrag begründeten Rechte und Pflichten beseitigt werden: „*Den Parteien eines Vertragsverhältnisses steht es grundsätzlich frei, einen Vertrag einvernehmlich aufzuheben. Durch den contrarius consensus werden die Rechtswirkungen des Vertrages beseitigt*“¹¹. Sämtliche Rechte und Pflichten aus einem bestimmten Vertrag können auch durch einen „*Neuerungsvertrag (Novation)*“¹² ersetzt (also beseitigt) werden: „*Vermöge dieses Vertrages hört die vorige Hauptverbindlichkeit auf*“¹³ (auf allfällige Verquickungen zwischen Alt- und Neuvertrag¹⁴ sei hier nicht eingegangen). Die Sinnhaftigkeit der gewählten Definition wird aus folgenden Entscheidungen deutlich:

- „*Der Besteller, der mit dem Unternehmer mehrere getrennte Werkverträge abschließt, ist selbst dann, wenn der Unternehmer eine gemeinsame Rechnung legt, nicht berechtigt, wegen eines einzigen Mangels die Gegenleistung aus allen Werkverträgen zu verweigern*“¹⁵.
- „*Grundsätzlich kann ein Vertragsteil wegen einer bei Erfüllung eines Vertrages durch den anderen Vertragsteil unterlaufenen Verzögerung nicht von einem anderen zwischen denselben Parteien abgeschlossenen Vertrag zurücktreten*“¹⁶.

Eine gewisse Stütze erhält die gewählte Definition des Begriffs „Vertrag“ durch den Wortlaut des § 861 ABGB,

wonach durch die Annahme eines Angebots „*ein Vertrag zustande*“ kommt: Einer Änderung von vereinbarten Rechten und Pflichten geht ein Änderungsangebot voraus, das angenommen werden muss – es kommt dadurch ein Änderungsvertrag zustande, der eben ein anderer Vertrag ist als der, der ursprünglich geschlossen wurde.

Zusammengefasst: Zwischen Vertragsparteien können mehrere Verträge bestehen, die den selben Gegenstand betreffen – den Beteiligten ist dieser Umstand vielleicht gar nicht bewusst, wie folgendes Beispiel¹⁷ demonstriert: Ein Bauherr schrieb ein Einkaufszentrum samt Garage aus. Das Angebot des Bestellers war dann höher als erwartet und der Bauherr und dieser Bieter vereinbarten, dass – zu den angebotenen Einheitspreisen – nur das Einkaufszentrum errichtet würde. Nachdem dieses fast fertiggestellt war, entschloss sich der Bauherr nun doch auch die Garage errichten zu lassen und dies wurde – wiederum zu den ursprünglich angebotenen Einheitspreisen – mit dem bereits tätigen Bauunternehmer vereinbart. In der Korrespondenz wurde von beiden Seiten für beide Bauteile die selbe Vertragsnummer angeführt – es wurden zugleich für beide Bauteile die Massen aufgenommen, der Bauunternehmer legte für beide Bauteile zusammen jeweils nur eine Teilrechnung und es erfolgte auf die Teilrechnungen jeweils nur eine einzige Zahlung. Trotzdem hat der OGH am Urteil des Berufungsgerichts, dass zwei unterschiedliche Werkverträge vorliegen, nichts auszusetzen gefunden.

Nach der hier gewählten Definition können also die Vertragsparteien natürlich jederzeit die zwischen ihnen vereinbarten Rechte und Pflichten ändern – nicht jedoch einen einmal geschlossenen Vertrag „an sich“ (die Judikatur spricht in diesem Zusammen von Rechten und „Pflichten, die zueinander im Austauschverhältnis stehen, [...] in einem einheitlichen Rechtsgeschäft ihren Entstehungsgrund haben und durch einen gemeinsamen Zweck miteinander verbunden sind“¹⁸).

Angemerkt werden muss, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten natürlich zu einer Änderung der Rech-

5 Zu diesem Begriff vgl zB §§ 1378 f ABGB und OGH 3.6.1975, 5 Ob 79/75.

6 Vgl zB *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht Bd II¹⁴ Rz 515 ff. 7 § 1379 ABGB.

8 Auch eine Änderung von „*Nebenbestimmung*“ bedarf eines Vertrages, weil gemäß § 1413 ABGB niemandem eine Änderung „*gegen seinen Willen*“ aufgezwungen werden kann.

9 Vgl zB P. Bydlinski in KBB⁷ § 1444 Rz 6: „*Soll nicht nur auf einzelne Rechte verzichtet, sondern das Schuldverhältnis [...] als Ganzes aufgehoben werden, so bedarf es eines entsprechenden Aufhebungsvertrags*“.

10 Siehe zB Goriany in Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht².

11 OGH 24.2.1988, 1 Ob 509/88.

12 § 1377 ABGB.

13 Die Verwendung des Wortes „*Hauptverbindlichkeit*“ ist wohl unglücklich, weil sämtliche Rechte und Pflichten erloschen.

14 Vgl zB Ertl in Rummel, ABGB³ § 1377 Rz 2 (Stand 1.1.2002, rdb.at): „*Die Novation begründet zwar eine eigene Verbindlichkeit, doch ist diese nicht unabhängig von der alten*“.

15 OGH 21.2.1979, 1 Ob 542/79 (SZ 52/23).

16 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81 (SZ 54/188).

17 Der Sachverhalt wurde aus dem OGH 20.12.2000, 3 Ob 283/00i vorangehenden Verfahren entnommen.

18 OGH 19.3.2014, 7 Ob 22/14g beispielhaft für mehrere Entscheidung.

te und Pflichten des Schuldverhältnisses führen kann, dass aber der geschlossene Vertrag dadurch nicht beeinflusst wird und auch kein neuer Vertrag abgeschlossen wird: Die betroffene Partei kann sich der Änderung nicht verwehren. Nur wenn sie die Änderung ihrer Pflichten verweigern hätte können, muss von einem (neuen) Vertrag ausgegangen werden, der neben dem bisherigen besteht.

Die „Verschmelzung“ mehrerer Verträge durch die Judikatur

Die Judikatur spricht manchmal davon, dass ein ursprünglicher Vertrag und ein Nachtrag dazu einen einheitlichen Vertrag bilden können¹⁹ – es kann sich dann aber bei der Bezeichnung „Vertrag“ um einen anderen Begriff²⁰ handeln.

Allerdings fasst die Judikatur tatsächlich manchmal mehrere Verträge (im hier verstandenen Sinn) zu einem einzigen zusammen:

In der Judikatur wird ein Vertrag nicht immer als endgültiges und unveränderliches Bündel von Rechten und Pflichten, das nur durch einen anderen Vertrag²¹ ersetzt oder ergänzt werden kann, gesehen:

1. Soweit ersichtlich hat dies mit folgender Entscheidung begonnen: „Nicht zuletzt durch die Bestimmung einer zeitlichen Reihenfolge der Ausführung [...] wurden aber die beiden auch in engem sachlichem Zusammenhang stehenden Verträge so miteinander verknüpft, daß sie rechtlich so zu behandeln sind, als wären sie zum selben Zeitpunkt geschlossen worden. Wären die vereinbarten Werkleistungen Gegenstand desselben Vertrages gewesen, wäre die Regel des § 918 Abs. 2 ABGB unmittelbar anzuwenden, da dann ein Vertrag vorläge, der von beiden Seiten in voll brauchbaren Teillieferungen zu erfüllen war“²². Ein Bauherr hatte an einem 8. April ein Vollwärmeschutzsystem samt Innenputz und am darauffolgenden 21. April eine Dacheindeckung mit Dachrinnen bestellt – es sind also offensichtlich zwei Verträge abgeschlossen worden. Nachdem bei der Dacheindeckung Mängel aufgetreten sind und eine Behebung unterblieben ist, ist der Bauherr vom Vertrag über die (noch nicht begonnenen) Fassaden- und Innenputzarbeiten zurückgetreten.

Es wird erkannt, dass zwei verschiedene Verträge vorliegen, die aber „rechtlich so zu behandeln sind, als wären sie“ einer (die tatsächliche Formulierung „als wären

sie zum selben Zeitpunkt geschlossen worden“ ist wohl unpräzise, weil auch zugleich geschlossene Verträge nicht unbedingt als Einheit angesehen werden müssen). Die „Verschmelzung“ der beiden Verträge war Mittel, um den Vertragsrücktritt zu rechtfertigen. Sie wäre aber wohl gar nicht notwendig gewesen, weil es wohl ausreicht, wenn das Vertrauen in den Vertragspartner erschüttert ist – ob diese Erschütterung aus einem „andrem“ Vertrag herrührt, ist wohl unerheblich.

2. Später wurden bei der Frage, ob Verjährung vorliegt, zusätzliche Bestellungen dem ursprünglichen Vertrag zugerechnet: „Im konkreten Fall stellen die Zusatzleistungen Leistungsänderungen im Rahmen des Architektenwerkvertrags dar, die vom darin vorgesehenen Gesamthonorar nicht umfasst sind. Ein gesonderter Fälligkeitzeitpunkt für die Honorierung der Zusatzleistungen wurde nicht vereinbart. Die Zusatzleistungen wurden im Rahmen des Architektenwerkvertrags erbracht. Sie waren sehr eng mit der im Architektenwerkvertrag [...] beauftragten einheitlichen Gesamtleistung verknüpft und stellen keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert für die beklagte Partei dar. Sie wurden notwendig, weil sich nach Ausführungsbeginn des ursprünglich beauftragten Werks herausstellte, dass anstelle von fünf oder sechs Mietern bloß ein Mieter [...] einz ziehen werde. Angesichts dieser besonders engen Nahebeziehung zwischen dem ursprünglich vereinbarten Werk und diesen später beauftragten Zusatzleistungen kann nach dem Parteiwillen und der Übung des redlichen Verkehrs nicht vom Vorliegen selbständiger Teilleistungen, die einer gesonderten Verjährungsfrist unterliegen, ausgegangen werden. Bei den Zusatzleistungen handelt es sich auch nicht um selbständige Werkverträge oder auch nur um „Abteilungen“ des ursprünglichen Werks iSd § 1170 Satz 2 ABGB, für welche das Gesetz die Möglichkeit einer gesonderten Fälligkeit und somit Verjährung vorsieht“²³.

Auch hier wird erkannt, dass zwei getrennte Verträge vorliegen (diese „später beauftragten Zusatzleistungen“). Die „Verschmelzung“ war das Mittel, um die Verjährung der zuerst entstandenen Entgeltforderung zu vermeiden. Sie wäre aber gar nicht notwendig gewesen: „Stehen mehrere Rechtssachen in einem so engen Zusammenhang, daß sie als Ganzes zu betrachten sind, so beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen, ehe alle Rechtssachen abgeschlossen sind“²⁴ (diese Rechtsprechung

19 So zB OGH 24.10.1995, 5 Ob 566/94.

20 Zum Unterschied zwischen Bezeichnung und Begriff vgl zB Deutscher, Im Spiegel der Sprache S 18 ff.

21 OGH RS0032447: „Zu einer Vertragsänderung bedarf es der Einigung der Beteiligten nach den allgemeinen Regeln über den Ver-

tragsabschluß, weil diese auch für den Änderungsvertrag maßgeblich sind“.

22 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81 (SZ 54/188).

23 OGH 25.3.2014, 10 Ob 12/14h.

24 OGH 28.6.1995, 3 Ob 543/95.

chung betrifft zwar Rechtsanwälte nur ist allgemein anerkannt, dass der einschlägige § 1486 Z 6 ABGB für alle „freien Berufe“ gilt²⁵).

3. Darauf wurde in einer Entscheidung Bezug genommen, in der es um die Frage gegangen ist, ob – vereinfacht gesprochen – eine Abtretung von Forderungen aus einem Werkvertrag auch Forderungen aus „Zusatzleistungen“ (konkret: Überwachung von Mängelbehebungen) umfasst: „*Zusatzleistungen, die gesondert zu honorieren sind, aber auf Basis oder zumindest im Rahmen des ursprünglichen Werkvertrags erbracht werden, [sind] nicht selbstständige Teilleistungen oder selbstständige (besser: eigenständige) Werkverträge, sondern Teil der ursprünglichen einheitlichen Gesamtleistung*“²⁶. Ein Architekt hat zu einem bestimmten Stichtag sein Unternehmen (dh auch die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen) in eine GmbH eingebbracht. Nach diesem Stichtag wurden bei ihm auch Leistungen für die Mängelbehebung bezüglich eines Bauvorhabens bestellt, für welches er (vor dem Stichtag) mit der Planung und der Bauaufsicht betraut war. Seine Klage auf das Honorar für die Mängelbehebung wurde abgewiesen, weil diese Forderung nicht mehr ihm, sondern der GmbH zustünde („*Folgeansprüche*“ aus dem ursprünglichen Vertrag).

Die „*Verschmelzung*“ der beiden Verträge wäre aber wohl auch hier gar nicht notwendig gewesen: Man hätte den Einbringungsvertrag dahingehend auslegen können, dass sämtliche Forderungen aus dem betreffenden Bauvorhaben in die GmbH eingebbracht wurden. Außerdem hätte es Anhaltspunkte gegeben, dass die Betreuung der Mängelbehebung bereits im ursprünglichen Vertrag vereinbart wurde und dass nur die Frage der Honorierung offen war.

4. Nach Streitfällen zum Vertragsrücktritt, zur Verjährung und zum Umfang von Abtretungen wurden auch bei der Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht auch Zusatzleistungen umfasst, diese Zusatzleistungen als Teil der ursprünglichen einheitlichen Gesamtleistung angesehen: „*Zusatzleistungen, die gesondert zu honorieren sind, aber auf Basis oder zumindest im Rahmen des ursprünglichen Werkvertrags erbracht werden, sind nicht selbstständige Teilleistungen, sondern Teil der ursprünglichen einheitlichen Gesamtleistung. Dass einzelne Leistungen, die im Rahmen eines Werkvertrags erbracht wurden, getrennt bewertet werden können (wie hier durch einen Sachverständigen im Verfahren), führt [...] nicht dazu,*

dass das Werk im Sinn des § 1170 Satz 2 ABGB in Teilen zu errichten war und der Besteller nicht den gesamten restlichen Werklohn bis zur Verbesserung zurück behalten kann“²⁷. Ein Unternehmer hat diverse Sanierungsarbeiten in einem Geschäftslokal erbracht, die offenbar – da es sich um einen Zurückweisungsbeschluss handelt, ist der Sachverhalt nur rudimentär dargestellt – teilweise aufgrund von Zusatzbestellungen vereinbart wurden. Der Bauherr hat daraufhin das gesamte Entgelt zurück behalten, weil einzelne Leistungen mangelhaft waren – anscheinend auch das Entgelt für mangelfreie „*Zsätze*“. Begründet wird die Entscheidung lapidar (es handelt sich – wie gesagt – um einen Zurückweisungsbeschluss) mit einem Verweis auf RIS-Justiz RS0021979 [T4] (aus der oben referierten Entscheidung OGH 25.11.2014, 8 Ob 117/14k), was angesichts der unterschiedlichen Sachverhalte sicher zu hinterfragen ist.

5. Nicht nur zusätzliche Leistungen, die direkt mit der ursprünglichen Leistung zusammenhängen (wie etwa die Bauaufsicht und die später erfolgte Beaufsichtigung der Mängelbehebung), sondern auch Erweiterungen der Leistungen (konkret: zusätzliche 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) werden „*verschmolzen*“: „*Als Ergebnis ist festzuhalten, dass alle von der Beklagten auf der Baustelle erteilten Zusatzaufträge nach der Vertragsauslegung und der Übung des redlichen Verkehrs als Konkretisierung des Hauptauftrags zu qualifizieren und dem Hauptauftrag zuzuordnen sind. Hauptauftrag und Zusatzaufträge bilden einen einheitlichen Vertrag, der zum Zweck der Sanierung der Wohnung der Beklagten abgeschlossen wurde*“²⁸. Ein Bauherr hat zusätzliche Arbeiten bestellt und wollte dann unter Berufung auf das FAGG von diesen zusätzlichen Verträgen zurücktreten, weil diese Verträge nicht in den Geschäftsräumlichkeiten, sondern an Ort und Stelle auf der Baustelle abgeschlossen wurden. Begründet wird dies ua damit, dass ein Einheitspreisvertrag „*vor allem dann gewählt [wird], wenn von den Vertragsparteien Leistungsänderungen erwartet werden*“, wobei auf eine Literaturstelle verwiesen wird, die dies gar nicht stützt²⁹. Es ist auch grundlegend falsch, weil ein Einheitspreisvertrag

25 Vgl etwa Dehn in KBB⁷ § 1486 Rz 12: „*Z 6 erfasst die freien Berufe, etwa auch Architekten*“.

26 OGH 25.11.2014, 8 Ob 117/14k.

27 OGH 30.11.2020, 5 Ob 191/20d.

28 OGH 20.2.2018, 4 Ob 28/18y.

29 Verwiesen wird auf Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² S 43, der aber dort „Änderungen des Pauschalpreises“ (sic!) durch „*Zusatzleistungen*“ behandelt. Tatsächlich führt Tomek aaO S 35 aus: „*Der [Bauherr] hat gemäß ABGB jedoch grundsätzlich nicht das Recht, das von ihm bestellte Werk nach Vertragsabschluss einseitig abzuändern*“.

hauptsächlich dann geschlossen wird, wenn das genaue Ausmaß der erforderlichen Leistungen noch nicht bekannt ist – bei Vertragsabschluss stehen die zu erbringenden Leistungen fest, auch wenn sie noch nicht bekannt sind.³⁰ Das im Ergebnis sicher billig erscheinende Ergebnis hätte man wohl elegant dadurch erreichen können, dass man im konkreten Fall den Vertrag nicht als Einheitspreis-, sondern Rahmenvertrag betrachtet. Es wäre auch zu überlegen, ob ein Vertragsabschluss auf einer Baustelle überhaupt als „*außerhalb von Geschäftsräumen*“ erfolgt zu betrachten ist: „Geschäftsräume“ sind gemäß § 3 Z 3 FAGG „Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt“ – ein Bauunternehmer übt seine Tätigkeit für gewöhnlich auf einer Baustelle aus. Weiters wäre zu überlegen, ob nicht eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht vorliegt – zu denken ist etwa an „*Waren*³¹, die nach Kundenspezifikationen angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind“ (§ 18 Abs 1 Z 3 FAGG) oder „*Waren*³², die nach ihrer Lieferung auf Grund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden“ (§ 18 Abs 1 Z 3 FAGG). Um „*erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden*“ (§ 1 Abs 2 Z 7 FAGG) hat es sich gegenständlich wohl nicht gehandelt, weshalb diese Ausnahme ausscheidet.

Der Unterschied, ob ein oder mehrere Verträge vorliegen

Es macht mehrfach einen nicht unwesentlichen Unterschied, ob ein bestimmter Leistungsaustausch aufgrund eines einzigen oder mehrerer Verträge erfolgt:

- Anwendbares Recht
- Bestandteile des Vertrages
- Fristenlauf
- Abtretung (bzw Einbringung)
- Aufrechnung
- Zurückbehaltung
- Rücktritt
- „Vertragssumme“
- „Nachträgliche Forderungen“ – Vorbehalt
- Bauzeit/Forcierung?
- Sicherheiten
- Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB
- § 1168 oder § 1152 ABGB
- Erfüllungsgehilfen
- „erhebliche Umbaumaßnahmen“ § 1 Abs 2 Z 7 FAGG

Anwendbares Recht

Gewöhnlich sehen bei Gesetzesänderungen, die das Vertragsrecht betreffen, „Übergangsbestimmungen“ vor, ab wann die Änderungen anzuwenden sind, wobei auf das Datum des Vertragsabschlusses abgestellt wird:

- § 907 Abs 18 UGB: „*Die mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I Nr. 120/2005, geänderten Bestimmungen des Vierten Buches (§§ 343 bis 450) sind auf nach dem 31. Dezember 2006 abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden*“.
- Art IV Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG): „*In-Kraft-Treten*“: „*Artikel I dieses Bundesgesetzes (Änderungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs) tritt mit 1. Jänner 2002 in Kraft. Die dadurch geänderten Bestimmungen sind auf Verträge anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2001 geschlossen werden*“.

Auf zwei hintereinander abgeschlossene Verträge sind möglicherweise unterschiedliche gesetzliche Regelungen anzuwenden. Dies wird von den Parteien, die vor einer Gesetzesänderung einen Bauwerkvertrag abgeschlossen haben und danach eine Erweiterung (also einen weiteren Vertrag) abgeschlossen haben, wohl häufig übersehen.

Man kann natürlich eine schlüssige Vereinbarung unterstellen, wonach auf den später abgeschlossenen Vertrag das zunächst geltende Recht anzuwenden ist – nur scheitert dies in Fällen des zwingenden Rechts.

Bestandteile des Vertrages

Häufig wird in Vertragstexten auf „externe“ Dokumente – zB allgemeine Geschäftsbedingungen oder Richtlinien von irgendwelchen Vereinen – verwiesen. Im Bauwesen werden zB häufig ÖNORMen zu Vertragsbestandteilen erklärt.

Wird bei einem zunächst abgeschlossenen Vertrag irgendeine Richtlinie zum Vertragsbestandteil erklärt, so kann sich die Frage stellen, ob diese Richtlinie auch Bestandteil eines später geschlossenen Vertrages wird, der diese Richtlinie aber nicht erwähnt. „*Aus der Tatsache, dass die Streitteile in einem anderen Geschäftsfall ausdrücklich die Anwendung von Ö-Normen vereinbart haben, kann nicht zwingend geschlossen werden, dass auch im gegenständlichen die Ö-Normen zugrunde zu legen sind*“.³³

30 Vgl Wenusch Glosse zu OGH 20.2.2018, 4 Ob 28/18y, ZRB 2018, 77.

31 Natürlich wird nicht übersehen, dass Bauleistungen nicht mit der Lieferung von Waren gleichgesetzt werden können, nur ist eine Analogie überlegenswert.

32 Auch hier wird nicht übersehen, dass eine Warenlieferung nicht mit Bauleistungen gleich gesetzt werden kann, nur enthält eine Bauleistung oft auch die Lieferung von Waren.

33 OGH 24.1.2006, 4 Ob 197/05g.

Gerade bei Richtlinien (wie zB ÖNORMen) ist zu beachten, dass sich diese von Zeit zu Zeit ändern können. Wird in zwei hintereinander abgeschlossenen Verträgen auf eine Richtlinie „in der geltenden Fassung“ verwiesen, so kann dies einen Unterschied machen, wenn die betreffende Richtlinie zwischen den beiden Vertragsabschlüssen geändert wird.

Enthält der zweite Vertrag keinen Verweis auf eine Richtlinie in der geltenden Fassung, sondern bloß den Passus „zu den Bedingungen des ersten Vertrages“, so ändert dies wohl nichts, weil die Bedingung des ersten Vertrages eben ein Verweis auf „die geltende Fassung“ war (natürlich könnte eine Vertragsauslegung aber auch anderes ergeben).

Fristenlauf

Mit jedem Vertrag gehen Fristen einher:

- Eine irrtumsrechtliche Anfechtung muss gemäß § 1487 ABGB innerhalb von drei Jahren ab Vertragsabschluss erfolgen.³⁴
- Gewährleistungsansprüche verjähren gemäß § 933 Abs 3 ABGB (iAllg) drei Monate nach Ablauf der Gewährleistungsfrist.
- Entgeltansprüche verjähren (ua) drei Jahre nach dem Zeitpunkt, zu welchem eine Abrechnung der erbrachten Leistung möglich gewesen wäre.

Unterschiedliche irrtumsrechtliche Anfechtungsfristen dürften meist bewusst sein – dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass nicht der Zeitpunkt eines „Vertragsabschlusses“, sondern der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung als Auslöser der Frist angesehen werden.

Unterschiedliche Gewährleistungsfristen dürfen aus dem Grund (insbesondere im Bauwesen) nicht besonders problematisch sein, weil es selbst bei einer Mehrheit von (mehr oder weniger zusammengehörigen) Verträgen zumeist eine gemeinsame Übernahme gibt, womit alle Gewährleistungsfristen zugleich beginnen.

Praktisch am bedeutendsten ist wohl die Verjährung von Entgeltansprüchen: „Daraus ist für das Werkvertragsrecht zu schließen, dass die Erteilung eines von einem früheren Werkvertrag unabhängigen neuen Auftrags an den Werkunternehmer auf den Lauf der Verjährungsfrist für die Werklohnforderung aus dem ursprünglichen Auftrag keinen Einfluss hat“.³⁵

Dies führt allerdings zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Beteiligten den Leistungsaustausch als eine Einheit sehen: „*Stehen mehrere Rechtssachen in einem so engen Zusammenhang, dass sie als Ganzes zu betrachten sind, so beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen, ehe alle Rechtsachen abgeschlossen sind*“.³⁶ Der geforderte enge Zusammenhang wird nicht alleine dadurch hergestellt, dass bei Abschluss des nachfolgenden noch die Gewährleistungsfrist des zunächst abgeschlossenen Vertrages läuft.³⁷ Baupraktisch zu denken wäre zB der Fall der Errichtung eines Einkaufszentrums bei dem der WU schließlich für den WB (nicht für die Pächter!) auch den Ausbau der einzelnen Geschäfte übernimmt (ohne von Anfang an dazu verpflichtet zu sein – in diesem Fall würde nämlich bloß ein einziger Vertrag vorliegen).

Abtretung bzw Einbringung

Werden Forderungen aus einem Vertrag abgetreten oder in eine Gesellschaft eingebbracht (oder erfolgt sonst eine Rechtsnachfolge), so betrifft das naturgemäß nicht Forderungen aus irgendeinem anderen Vertrag.

Aufrechnung

Werden im Zuge eines einheitlichen Vertrages Leistungen und Gegenleistungen erbracht, so erfolgt die Berechnung des allenfalls schließlich zu bezahlenden Entgelts einfach durch Saldierung – eine Aufrechnung ist nicht erforderlich. Werden die Leistungen und Gegenleistungen aus verschiedenen Verträgen geschuldet, so ist eine Aufrechnung möglich, was dann problematisch ist, wenn ein Aufrechnungsverbot vereinbart wurde, weil dann statt einer Aufrechnung gegebenenfalls eine eigene Widerklage zu führen ist.³⁸

Zurückbehaltung

„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“:³⁹ Besteht ein Recht, das Entgelt, das grundsätzlich aus einem Vertrag gebührt, zurückzuhalten, so berechtigt dies nicht, das Entgelt aus einem anderen Vertrag zurückzuhalten.

³⁴ Vgl Perner et al, Bürgerliches Recht⁷ 105.

³⁵ OGH 29.10.2013, 3 Ob 144/13t.

³⁶ OGH 28.6.1995, 3 Ob 543/95.

³⁷ Vgl OGH 29.10.2013, 3 Ob 144/13t.

³⁸ Vgl OGH 24.3.2023, 6 Ob 121/22w: „Ein vertragliches Aufrechnungsverbot ist nach ständiger Rechtsprechung – jedenfalls wie hier im Verhältnis zwischen Unternehmern und damit außerhalb

des Anwendungsbereichs des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG – auch für konnexe Gegenforderungen grundsätzlich zulässig, zumal dem Beklagten die abgesonderte Geltendmachung der Gegenansprüche mittels Klage oder Widerklage offen bleibt. Dies gilt grundsätzlich sowohl beim Kauf- als auch beim Werkvertrag“.

³⁹ OGH 19.3.2014, 7 Ob 22/14g.

Rücktritt

Der Verzug eines Vertragspartners berechtigt den anderen gemäß § 918 ABGB (nach fruchtlosem Verstreichen einer zur Nachholung gesetzten Frist) zum Rücktritt vom Vertrag. Sind mehrere Verträge abgeschlossen, so ist bei jedem einzelnen zu überprüfen, ob Verzug vorliegt – gegebenenfalls ist der Rücktritt nur bei jenen zulässig, bei denen Verzug gegeben ist: „Grundsätzlich kann ein Vertragsteil wegen einer bei Erfüllung eines Vertrages durch den anderen Vertragsteil unterlaufenen Verzögerung nicht von einem anderen zwischen denselben Parteien abgeschlossenen Vertrag zurücktreten“.⁴⁰

Es ist aber möglich, dass im Zuge der Erfüllung eines Vertrages das Vertrauen in den Vertragspartner erschüttert wird, was nicht nur zum Rücktritt von diesem⁴¹, sondern auch von anderen zwischen den selben Parteien geschlossenen Verträgen berechtigt.⁴²

Die Judikatur spricht davon, dass bei einem engen „sachlichen und zeitlichen Zusammenhang“ das Rücktrittsrecht auch auf andere Verträge durchschlägt: „Nicht zuletzt durch die Bestimmung einer zeitlichen Reihenfolge der Ausführung – die Verputzarbeiten sollten noch im Jahr der Bestellung (1979), aber erst nach Fertigstellung des Rohbaus (und damit nach der später bestellten Dacheindeckung) vorgenommen werden – wurden aber die beiden auch in engem sachlichem Zusammenhang stehenden Verträge so miteinander verknüpft, daß sie rechtlich so zu behandeln sind, als wären sie zum selben Zeitpunkt geschlossen worden. Waren die vereinbarten Werkleistungen Gegenstand desselben Vertrages gewesen, wäre die Regel des § 918 Abs. 2 ABGB unmittelbar anzuwenden, da dann ein Vertrag vorläge, der von beiden Seiten in voll brauchbaren Teillieferungen zu erfüllen war. Der enge sachliche und zeitliche Zusammenhang zwischen beiden Verträgen rechtfertigt für Fälle wie den vorliegenden die sinngemäße Anwendung dieser Regel, gilt doch das Motiv für die Einführung des § 918 Abs. 2 ABGB, daß der Gläubiger „an den unverlässlichen Kontrahenten für die Zukunft nicht mehr gebunden sein“ soll, in einem solchen Fall nicht minder“⁴³.

„Vertragssumme“

Manchmal stellen Vertragsbestimmungen auf den Wert (das Entgelt) der Leistung ab. Typisches Beispiel dafür ist Pkt. 11.3.1 der ÖNORM B2110:

„Hat ein Vertragspartner in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten dem anderen schuldhaft einen Schaden zugefügt, hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz wie folgt:

- a) bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf Ersatz des Schadens samt dem entgangenen Gewinn (voller Genugtuung);
- b) wenn im Einzelfall nicht anders geregelt, bei leichter Fahrlässigkeit auf Ersatz des Schadens:
 - 1) bei Rücktritt und bei Personenschäden ohne Begrenzung;
 - 2) in allen anderen Fällen mit folgenden Begrenzungen:
 - bei einer Auftragssumme bis 250.000,00 Euro: höchstens 12.500,00 Euro;
 - bei einer Auftragssumme über 250.000,00 Euro: 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens 750.000,00 Euro“.

Wird demnach eine Leistung mit einem Entgelt von 250.000,00 aufgrund eines einheitlichen Vertrages erbracht, so ist der Schadenersatz, der bei leichter Fahrlässigkeit gebührt, mit 12.500,00 begrenzt. Liegen dem Leistungsaustausch jedoch zwei Verträge zu Grunde, verdoppelt sich dieser Betrag auf 25.000,00.

„Nachträgliche Forderungen“ – Vorbehalt

Für Bauherrn ist es wünschenswert, „möglichst rasch Klarheit über die Abrechnung zu schaffen“.⁴⁴ Aus diesem Grund enthält die ÖNORM B2110 folgenden Pkt. 8.4.2 („Annahme der Zahlung, Vorbehalt“):

„Die Annahme der Schlusszahlung auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen 3 Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen“.

Nun sind Forderungen aus einem nachträglich geschlossenen Vertrag nicht nachträgliche Forderungen aus einem zuvor abgeschlossenen Vertrag: „Nach den Feststellungen des Erstgerichts war das Ausmaß der Deckendurchbiegung nicht vorhersehbar und der Schaden wäre auch bei einer vertragskonformen Durchführung der beauftragten Arbeiten eingetreten, sodass die Klägerin keine Verantwor-

40 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81.

41 OGH 22.4.2022, 4 Ob 9/22k: „Das Rücktrittsrecht unter Nachfristsetzung steht also nicht nur bei Leistungsverzug zu, sondern auch bei einem in der Verweigerung der Zuhaltung von vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen gelegenen Vertragsbruch, wenn er mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in die Person des Vertragspartners einhergeht.“

42 Siehe OGH 30.6.1987, 2 Ob 652/86 (SZ 60/125): „Die beiden [sic!] vorgenannten Verträge sind, wovon die Vorinstanzen und auch die Parteien zutreffend ausgingen, auf Grund ihres engen sachlichen Zusammenhangs und ihres tatsächlich praktisch gleichzeitigen Abschlusses unter dem Gesichtspunkt des § 918 Abs 2 ABGB als Einheit aufzufassen“.

43 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81 (veröffentl SZ 54/188).

44 Vgl dazu zB OGH 14.8.2007, 1 Ob 81/07d.

tung für den eingetretenen Schaden trifft. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass die Sanierungsarbeiten als Teil des ursprünglichen Auftragsverhältnisses anzusehen seien, ist deshalb unzutreffend. Ausgehend von den Feststellungen des Erstgerichts liegt vielmehr ein gesonderter Auftrag vor, sodass die Klägerin Anspruch auf Entlohnung der geleisteten Arbeiten hat [...]. Da die Klägerin ihren Anspruch auf einen nach der Schlussrechnung erteilten Auftrag stützt, hätten die Vorinstanzen die Klage nicht unter Hinweis auf Punkt 8.4.2 der ÖNORM B 2110 abweisen dürfen“.⁴⁵

Bauzeit/Forcierung?

Ein später geschlossener Vertrag ändert nicht unbedingt die mit dem ursprünglichen Vertrag begründeten Rechte und Pflichten (selbstverständlich ist aber eine Anpassung allenfalls auch schlüssig möglich).

Ein „zusätzlich“ geschlossener Vertrag („Zusatz“) erschwert („behindert“) den ursprünglichen Vertrag nicht – insbesondere wird ein allenfalls vereinbarter Bauzeitplan für die ursprünglichen Leistungen nicht berührt – aber natürlich sind die zusätzlichen Leistungen nicht Gegenstand dieses ursprünglichen Bauzeitplanes.

Sicherheiten

Mitunter werden Sicherheiten von Dritten vereinbart (dies kann sowohl WB als auch WU betreffen). Tatsächlich kann sich – insbesondere bei Bauwerkverträgen – der Umfang der geschuldeten Leistungen erheblich von dem unterscheiden, was zunächst erwartet wurde.

Der Umfang der Leistung kann sich durch Erschwernisse ändern: Der WU muss zusätzliche Anstrengungen auf sich nehmen, wofür der WB gemäß § 1168 Abs 1 ABGB zum ursprünglich vereinbarten zusätzlich ein angemessenes Entgelt zu bezahlen hat. Da der Vertrag durch die Erschwernis unverändert bleibt, bleiben auch Bürgschaften (und dem entsprechend Bankgarantien) aufrecht. Praktisch ist dies aber wohl weitgehend bedeutungslos, weil die Bürgen (Garanten) ihre Haftung bereits im voraus beträchtlich begrenzen.

Die Parteien können aber die zunächst übernommenen Rechte und Pflichten auch nachträglich (natürlich nur einvernehmlich) adaptieren. Geringe Anpassungen führen gemäß § 1379 ABGB nicht dazu, dass Bürgschaften oder Garantien erlöschen – dem Dritten kann durch die

Anpassung aber keine zusätzliche Last aufgebürdet werden, weil das dem Prinzip der Privatautonomie zuwiderlaufen würde. Auch hier könnte man sagen: Gebürgt wurde nur für den „ursprünglichen“ Vertrag und nicht für später hinzugekommene Pflichten.

Größere Anpassungen („Novationen“, bei denen der Rechtsgrund oder der Gegenstand des Vertrages ausgetauscht wird) führen jedoch gemäß § 1378 ABGB zu einem Erlöschen von Bürgschaften und Garantien.

Es gilt bei Änderungen daher darauf zu achten, dass nicht der ursprüngliche Vertrag endet und ein neuer begründet wird, sondern dass zum ursprünglichen Vertrag ein zusätzlicher hinzutritt – für den wird dann natürlich (ohne entsprechende Vereinbarung) nicht gebürgt oder garantiert, aber es ist wohl noch immer besser, wenn die Sicherheit zumindest für einen (nämlich den „alten“) Teil weiterbesteht, als wenn sie gänzlich entfällt.

Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB

Gemäß § 1170b ABGB kann der „Unternehmer eines Bauwerks“ für das „noch ausstehende Entgelt“ eine Sicherstellung verlangen. Bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, beträgt die Höhe dieser Sicherstellung zunächst⁴⁶ 40 % des vereinbarten Entgelts – für länger laufende Verträge beträgt die Höhe nur 20 %.⁴⁷

Erfolgt ein Leistungsaustausch aufgrund von zwei Verträgen, die jeweils innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, so beträgt die Höhe der Sicherstellung jeweils 40 % des vereinbarten Entgelts – erfolgt der selbe Leistungsaustausch aufgrund eines einheitlichen Vertrages, der nicht innerhalb von drei Monaten zu erfüllen ist, so beträgt die Sicherstellung „bloß“ 20 %. Dies ist besonders bei Überlappungen zu beachten:

Liegen zwei jeweils innerhalb von drei Monaten zu erfüllende Verträge mit einem vereinbarten Entgelt von jeweils 200.000,00 vor und wird der zweite abgeschlossen, bevor für den ersten eine Teilzahlung geleistet wurde, so beträgt die (maximale) Sicherstellung $2 \times 0,4 \times 200.000,00 = 160.000,00$. Erfolgt der selbe Leistungsaustausch (Entgelt also 400.000,00) aufgrund eines Vertrages, der in einem längeren Zeitraum als drei Monaten zu erfüllen ist, so beträgt die (maximale) Sicherstellung $0,2 \times 400.000,00 = 80.000,00$.

45 OGH 24.5.2023, 8 Ob 20/23h.

46 „Zunächst“ deshalb, weil sich durch den Baufortschritt mit den entsprechenden Teilzahlungen ein geringeres „ausstehendes Entgelt“ errechnen kann.

47 OGH RS0133404: „Für die Beurteilung, ob ein Vertrag innerhalb von drei Monaten zu erfüllen ist, kommt es nicht auf die Zeit zwi-

schen Vertragsabschluss und (geplantem) Termin für die Beendigung der Arbeiten an, sondern nur auf die veranschlagte Dauer der Arbeiten selbst, unabhängig davon, wie lange nach Vertragsabschluss sie begonnen werden“.

§ 1168 oder § 1152 ABGB

Bei Werkverträgen gehört das Entgelt nicht zu den „essentialia negotii“⁴⁸: Gemäß § 1152 ABGB „gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen“, wenn zu dessen Höhe nichts (auch nicht schlüssig) vereinbart wird.

„Angemessen [...] ist jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das ergibt, was unter ähnlichen Umständen geleistet wird oder wurde. „Angemessen“ verweist insb auf das ortsübliche Entgelt, also jenes Entgelt, das in dem relevanten einheitlichen Markt üblich ist. „Angemessen“ in § 1152 verweist somit nicht auf den Nutzen, der dem konkreten Empfänger der Dienste verschafft wurde, sondern auf den „objektiven“ Marktwert der Dienste“⁴⁹.

Kommt es bei der Errichtung eines Werkes zu (nicht dem WU zuzurechnenden) Erschwernissen, so gebührt dafür gemäß § 1168 Abs 1 ABGB eine „angemessene Entschädigung“ (Aufstockung des Werklohns⁵⁰). Hierzu wurde die Meinung vertreten, dass bei der Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts auf das Preisniveau des „Grundvertrages“ abzustellen ist, um die „subjektive Äquivalenz“⁵¹ zu wahren.⁵²

Diese Überlegung lässt sich auch auf „Folgeverträge“, in denen nichts zum Entgelt gesagt wird, anwenden: „Werden nach einer auf Grund eines (detaillierten) Kostenvoranschlages erfolgten Bestellung eines Werkes noch weitere gleichartige Zusatzarbeiten an denselben Objekten in Auftrag gegeben, dann dürfen – mangels anderer Vereinbarung – als angemessenes Entgelt für die Zusatzarbeiten nur Preise auf der Basis des Kostenvoranschlages und nicht Regiepreise verrechnet werden. Beabsichtigt der Unternehmer, für die Zusatzarbeiten ein höheres Entgelt zu verlangen, so hat er den Besteller darauf hinzuweisen“.⁵³

Tatsächlich handelt es sich bei der Frage um die „Fortschreibung“ der Entgeltsvereinbarung von einem „Grundvertrag“ auf „Folgeverträge“ nicht um eine Frage der Angemessenheit, sondern eine Frage der ergänzenden Vertragsauslegung: Können die Parteien davon ausge-

hen, dass die einmal getroffene Entgeltsvereinbarung auch bei einem neuen Vertrag gilt?

Erfüllungsgehilfen

Gemäß § 1313a ABGB haftet eine Partei für Ihre Erfüllungsgehilfen. Nun kann ein Dritter bei einer Mehrzahl von Verträgen bei einzelnen Erfüllungsgehilfe einer Partei sein, bei den restlichen Verträgen aber nicht.⁵⁴ Baupraktisch ist es denkbar, dass ein Dritter bei einem Vertrag bloß Lieferant (und damit nicht Erfüllungsgehilfe)⁵⁵ einer Vertragspartei ist, bei einem anderen zwischen den selben Parteien geschlossenen Vertrag aber sehr wohl dessen Erfüllungsgehilfe.

„erhebliche Umbaumaßnahmen“ § 1 Abs 2 Z 7 FAGG

Gemäß § 11 FAGG⁵⁶ kann ein Verbraucher ua von einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zurücktreten, wobei sich diese Frist um zwölf Monate verlängert, wenn er nicht über die Bedingungen, die Fristen und die Vorgangsweise für die Ausübung dieses Rechts informiert wurde.

Das FAGG gilt gemäß § 1 Abs 2 Z 7 nicht für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Der Bau eines neuen Gebäudes kann ebenso wie die erheblichen Umbauarbeiten zwar zwischen den selben Parteien aber mit mehreren eigenständigen Verträgen vereinbart werden. Die Leistungen eines einzelnen Vertrags für sich genommen sind vielleicht nicht als erhebliche Umbaumaßnahmen anzusehen – die Leistungen aller Verträge zusammen vielleicht schon. Es stellt sich also die Frage, ob das FAGG anzuwenden ist, wenn die selben zwei Parteien insgesamt erhebliche Umbaumaßnahmen vereinbaren, diese aber auf mehrere Verträge „aufspalten“.

„Spaltet der Verbraucher eine erhebliche Umbaumaßnahme in mehrere, isoliert voneinander abgeschlossene Verträge mit verschiedenen Unternehmern, so ist jeder dieser Verträge gesondert zu beurteilen. In aller Regel

48 Vgl Sieber in Welser Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht²: „Wesentliche Vertragsbestandteile, die den Vertragstyp charakterisieren, widrigenfalls der Vertrag wegen Unbestimmtheit nicht zu standekommt“.

49 Ettnayer/Wasinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1152 Rz 19 (Stand 15.12.2023, rdb.at).

50 Vgl OGH 17.10.2012, 3 Ob 180/12k: „Der Anspruch ist [...] ein Entgeltanspruch (Erfüllungsanspruch) des Werkunternehmers“.

51 Vgl OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d (obiter!): „Die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts soll sich an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz [...] orientieren“.

52 Einzelheiten dazu bei Wenusch, Nochmals: Das Entgelt, das dem Werkunternehmer für eine Erschwernis zusteht ZRB 2023, 84 f.

53 RIS-Justiz RS0021441.

54 Vgl dazu zB OGH 21.11.2023, 4 Ob 70/23g: „Auch wenn die [Dritte] in einem anderen Zusammenhang nicht als weisungsabhängige und beauftragte Erfüllungsgehilfin [...] qualifiziert wurde, so schließt das ihre Qualifikation als solche im gegebenen Zusammenhang nicht aus, zumal die Frage, wozu der Schuldner tatsächlich verpflichtet ist, vom konkreten Vertrag und von der durch Vertragsauslegung zu bestimmenden konkreten Pflichtenlage abhängt“.

55 Vgl dazu OGH 20.4.2021, 4 Ob 23/21t: „[D]er bloße Lieferant des Rohstoffs für das vom Werkunternehmer herzustellende Werk [ist] nicht dessen Erfüllungsgehilfe“ (unter Berufung auf Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 933b Rz 34).

56 Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz).

werden einzelne Gewerke keine „erhebliche Umbaumaßnahme“ im Sinn des § 1 (2) Z 7 FAGG darstellen, weil der mit ihnen verbundene Auftrag nicht die Komplexität und den Umfang eines Eingriffs hat, der der Errichtung eines neuen Gebäudes vergleichbar ist“.⁵⁷ Dies

sagt freilich nichts darüber aus, ob eine Aufspaltung die Ausnahme vom Anwendungsbereich auch dann auslöst, wenn die unterschiedlichen Verträge nicht mit verschiedenen, sondern immer dem selben Unternehmer abgeschlossen werden.

Resümee

Bei Bauwerkverträgen kommt es häufig zu Änderungen, die oft dazu führen, dass der Bauunternehmer Leistungen erbringt, die vom ursprünglich Vereinbarten gar nicht umfasst waren. Solche Änderungen werden von den Baupraktikern als „Zusatz“ bezeichnet und als „Vertragsanpassung“ wahrgenommen.

Tatsächlich lassen sich zwar die Rechte und Pflichten eines Schuldverhältnisses (einvernehmlich) durch die Parteien ändern (wobei einseitige Gestaltungsrechte hier nicht berücksichtigt werden), nur ändert dies den ursprünglich geschlossenen Vertrag nicht (mehr): Eine solche Änderung setzt ein Änderungsangebot

und dessen Annahme voraus, was zu einem Änderungsvertrag führt, der neben dem ursprünglichen Vertrag besteht. Die Rechte und Pflichten des Schuldverhältnisses ergeben sich dann aus einer Zusammenschau dieser beiden Verträge.

Der Umstand, dass zwischen Vertragsparteien schließlich nicht nur ein, sondern mehrere Verträge bestehen können, ist keinesfalls unwesentlich, weil sich im Ergebnis dadurch erhebliche Unterschiede ergeben können.

Korrespondenz:

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

⁵⁷ OGH 29.3.2022, 10 Ob 35/21a.