

Epilog zu „§ 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie“

Weitere Gedanken zur absichtlichen Ausschlagung eines alternativen Erwerbs bei Abbestellung eines Werks (oder Unterbleiben der erforderlichen Mitwirkung des Bestellers)

Deskriptoren: Werkvertrag, Abbestellung, Entgelt, alternativer Erwerb, Anrechnung; § 1168 ABGB.

Von Hermann Wenusch

§ 1168 (1) ABGB regelt, dass ein leistungsbereiter Unternehmer, dessen Leistung durch den Besteller „verhindert“ (zB abbestellt) wird, zwar das gesamte Entgelt fordern darf, er muss „*sich jedoch anrechnen, was er [...] durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat*“. Es wurde bereits gezeigt, dass es für den Unternehmer (mehr oder weniger) gute Gründe haben kann, einen alternativen Erwerb ganz absichtlich auszuschlagen.¹ Dem sei noch hinzugefügt:

- Ein Bauunternehmer verlangt eine Sicherstellung für den Bauvertrag, welche der Bauherr verweigert, worauf der Bauunternehmer die Vertragsaufhebung erklärt und das ausstehende Entgelt gemäß § 1168 ABGB verlangt, weil der Verweis auf § 1168 (2) ABGB in § 1170b (2) ABGB die Nicht-Sicherstellung als Unterbleiben einer erforderlichen Mitwirkung des Besteller identifiziert. Der Bauherr erwidert darauf, dass es der Bauunternehmer absichtlich unterlassen hat, weiter zu arbeiten.
- Ein Bauherr liefert die zur Ausführung erforderlichen Pläne auch nach Fristsetzung durch den Unternehmer nicht, worauf dieser die Vertragsaufhebung erklärt und das ausstehende Entgelt gemäß § 1168 ABGB verlangt. Der Bauherr erwidert darauf, dass es der Bauunternehmer absichtlich unterlassen hat, weiter zu arbeiten, wofür er genau das Entgelt erhalten hätte, das er nunmehr fordert.

Natürlich erscheint es nicht nur auf den ersten Blick so, sondern es ist tatsächlich absurd, die Vertragsaufhebung

durch den Unternehmer als absichtliche Ausschlagung eines (alternativen) Erwerbs, der dem Unternehmer anzurechnen ist, anzusehen: Der offensichtliche Sinn der §§ 1168 und 1170b ABGB ist es, ggf das „Vertragsband“ zwischen Besteller und Unternehmer ohne Nachteil für letzteren aufzuheben – dieser Sinn ginge völlig verloren. Und kein Gesetz darf schließlich so ausgelegt werden, dass ihm (oder einem seiner Teile) kein Anwendungsbereich verbleibt.²

Damit steht fest, dass sich ein Unternehmer ggf nicht jeden möglichen Erwerb, den er „*absichtlich versäumt*“ anrechnen muss – es können vielmehr Rechtfertigungsgründe³ vorliegen, die dazu führen, dass ein absichtlich versäumter (alternativer) Erwerb dem Unternehmer eben nicht anzurechnen ist.⁴ In den Fällen, in denen das Gesetz dem Unternehmer erlaubt, den Werkvertrag zu beenden, handelt es sich um gesetzliche Ermächtigungen – in den anderen Fällen um „*ungeschriebene Rechtfertigungsgründe*“ – solche müssen „*sich aber im Wege einer Interessenabwägung aus weiteren Geboten oder Verboten der gesamten Rechtsordnung gewinnen lassen*“⁵.

Und da kommt es darauf an, welchen Stellenwert man der Privatautonomie einräumt. Räumt man ihr einen hohen Stellenwert ein, so muss ein Erwerb wohl mit der Absicht, dadurch den Besteller zu schädigen, versäumt werden, um dem Unternehmer angerechnet zu werden.⁶ Räumt man der Privatautonomie mit Hinblick auf die vielen bestehenden Einschränkungen (Kontrahierungszwang des Monopolisten, Anfechtungsmöglichkeit bei Vermögensverschleuderung, Diskriminierungsverbot)⁷ keinen ganz so hohen Stellenwert ein, so muss der alternative Erwerb bloß zumutbar sein. Was darunter zu verstehen ist, bleibt dann wohl eine Frage des jeweiligen Einzelfalls ...

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

1 Wenusch, § 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie, ZRB 2019, 87.
2 Vgl zB OGH-RS0010053 und *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 (Stand 1.7.2015, rdb.at).
3 Zum Begriff vgl zB *Mayrhofer*, Ehrenzweig Privatrecht, Schuldrecht AT S 273; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1294 ABGB Rz 19 f (Stand 1.1.2007, rdb.at); *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 30 (Stand 1.1.2018, rdb.at).
4 Im Ergebnis übereinstimmend *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 36 (Stand 1.1.2018, rdb.at): „*Entschei-*

dend ist [...], dass die andere Arbeit dem Unternehmer zumutbar gewesen wäre“.

5 OGH 26.06.1990, 4 Ob 519/90, veröffentl: SZ 63/110.
6 AA, allerdings ohne Begründung, *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 36 (Stand 1.1.2018, rdb.at): „*Die Absicht des Unternehmers muss nur auf die Ausschlagung der Erwerbsalternative, nicht auch auf eine Schädigung des Bestellers gerichtet sein*“.
7 Wenusch, § 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie, ZRB 2019, 86.