

§ 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie

Kommen die Ma(r/s)smenschen?

Beim Werkvertrag wird der Grundsatz „pacta sunt servanda“ durchbrochen, indem dem Besteller ein Abbestellungsrecht eingeräumt wird. Dem Werkunternehmer – so wird unterstellt – kommt es ohnehin nur auf das Entgelt an und das erhält er grundsätzlich auch im Falle einer Abbestellung. Es wird davon ua allerdings das abgezogen, was zu erwerben absichtlich versäumt wird. Es stellt sich die Frage, ob dadurch eine Art Kontrahierungszwang auferlegt wird, bei dem nicht der Wille des Werkunternehmers, sondern der hypothetische Wille eines „Maßmenschen“ den Ausschlag geben soll.

Deskriptoren: Privatautonomie, Werkvertrag, Abbestellung, Änderungsbestellung, Kontrahierungszwang; § 1168 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Als Privatautonomie wird die Möglichkeit verstanden, seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach eigenem Willen frei zu gestalten.¹ MaW: Niemand muss sich dafür rechtfertigen, dass er einen bestimmten Vertrag jetzt, später oder gar nicht abschließt.² Niemand muss sich dafür rechtfertigen, dass er einen Vertrag mit einer bestimmten Person abschließt, mit einer anderen aber nicht.³ Niemand muss sich dafür rechtfertigen, dass das Austauschverhältnis eines Vertrages („der Preis“) besonders günstig oder ungünstig ist.⁴

Die Privatautonomie ist ein Grundprinzip einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung. Dies zeigt ein Blick in die Judikatur:

- „Eine Einschränkung des Grundsatzes der Privatautonomie wird nur bei Vorliegen besonderer Umstände zur Lösung schwerwiegender Interessenkollisionen in Kauf genommen“.⁵
- „Die Grenzen der Privatautonomie (im Vertragsrecht) liegen nämlich nur dort, wo durch freies Partehandeln die Rechtsordnung selbst, die in ihr ver-

ankerten Grundwerte oder sonstige höhere Zwecke gefährdet würden“.⁶

- „Nach der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes [...] schützt die verfassungsgerichtliche Eigentumsgarantie auch die Privatautonomie schlechthin, im besonderen das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge“.⁷
- „Der Staat darf – gleichgültig ob er den Abschluss bestimmter Verträge verhindert oder umgekehrt dazu zwingt – in die Privatautonomie lediglich unter den Voraussetzungen eingreifen, die die Verfassungsordnung ganz allgemein für die Zulässigkeit von Eigentumseingriffen vorsieht“.⁸
- Ganz allgemein ist die Rede von der „durch Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK garantierten Privatautonomie“.⁹

Hier soll nicht die Rede sein von „Exoten“, wie dem Kontrahierungszwang des Monopolisten oder der Anfechtungsmöglichkeit bei Vermögensverschleuderung, sondern von § 1168 (1) ABGB. Dort wird nämlich bestimmt, dass zwar ein Bauherr das vereinbarte Entgelt grundsätzlich auch dann vollständig zu bezahlen hat, wenn er das Werk vor dessen Fertigstellung abbestellt. Der Unternehmer muss sich allerdings „anrechnen, was er [...] zu erwerben absichtlich versäumt hat“. Problematisch ist dabei, wie „absichtlich versäumt“ zur Privatautonomie passt. Was damit gemeint ist, lässt sich am einfachsten an Beispielen demonstrieren:

1 Vgl zB *Perner* in *Welser* Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht; *Welser/Kletečka* Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 320 ff.
2 Eine Ausnahme stellt zB der Kontrahierungszwang eines Monopolisten dar.
3 Diese Aussage hat allerdings durch diverse Diskriminierungsverbote einschneidende Einschränkungen erhalten: Vgl zB das Gleichbehandlungsgesetz – GIBG.
4 Auch diese Aussage verfügt nicht über allgemeine Gültigkeit: Die Verschleuderung von Vermögen kann zB Gegenstand einer Anfechtung gemäß § 2 lit b Z 4 AnFO werden.

5 OGH 6 Ob 55/18h.
6 OGH 6 Ob 2/14h.
7 OGH 9 ObA 56/11t.
8 VfGH B705/2013.
9 VfGH B143/09.

- Der Bauherr bestellt den vereinbarten Schalsteinkeller ab, weil unvermutet Grundwasser entdeckt wurde. Stattdessen möchte er vom Bauunternehmer die Herstellung einer Dichtbetonwanne, was dieser jedoch ablehnt und stattdessen die Bezahlung des ursprünglich vereinbarten Entgelts verlangt (weil er sich durch die Abbestellung nichts erspart). Dies weigert der Bauherr, der erwidert, dass der Bauunternehmer ja absichtlich einen alternativen Erwerb versäumt hat, der sogar weit über dem ursprünglichen gelegen wäre.¹⁰ Was ist rechtens? Der Bauunternehmer, der vom Berufsbild her auch für die Herstellung der Dichtbetonwanne geeignet scheint, weigert sich vielleicht nicht aus Bösartigkeit, sondern weil er nicht über das notwendige Know-How verfügt und als „gebranntes Kind“ von den Schwierigkeiten weiß, die mit einer „weißen Wanne“ einhergehen können. Einen solchen Vertrag hätte er von vornherein niemals abgeschlossen. Freilich: Die Weigerung geschieht in vollem Bewusstsein und damit „absichtlich“.
- Krasser: Ein Bauherr wünscht, dass der Grundriss eines Gebäudes um eine Vierteldrehung gedreht wird. MaW: Er bestellt zunächst das zu errichtende Gebäude ab. Stattdessen soll der Bauunternehmer ein planlich völlig übereinstimmendes Gebäude errichten, dessen Grundriss allerdings um 90° gedreht ist (technisch gesehen würden sich durch die Drehung keinerlei Erschwernisse oder Behinderungen ergeben). Der Bauunternehmer lehnt dies ab und verlangt das vereinbarte Entgelt (weil er sich durch die Abbestellung nichts erspart): Er habe ein Gelöbnis abgelegt, dem zu Folge er nur Gebäude errichten würde, die über einen Balkon verfügen, der in die Richtung der heiligen Stätte seines Glaubens zeigt – dies sei durch die Drehung aber nicht mehr der Fall. Tatsächlich hätte er niemals einen Vertrag abgeschlossen, mit dem er gegen sein Gelöbnis verstoßen hätte. Und wiederum: Der Unternehmer verzichtet absichtlich auf einen alternativen Erwerb ...

Tatsächlich haben die Unternehmer in den angeführten Beispielen ganz absichtlich von einem alternativen Er-

werb abgesehen – damit wurde jeweils dem Wortlaut des § 1168 (1) ABGB entsprochen. Würde man tatsächlich ausschließlich auf die Absichtlichkeit¹¹ abstellen, würde man dem grundlegenden Prinzip der Privatautonomie Gewalt antun, weil – stark überzeichnet – dem Unternehmer wohl jede beliebige Leistung aufgezwungen werden könnte: Selbst wenn er persönlich nicht über die ausreichenden Fähigkeiten verfügt, dann könnte er ja entsprechende Erfüllungsgehilfen engagieren. Auf die Spitze getrieben: Mit einem Bauhilfsarbeiter kann man auch einen Vertrag über eine Organtransplantation schließen, weil dieser gemäß § 1165 ABGB nicht verpflichtet ist, „das Werk persönlich auszuführen“ – ein geeigneter Erfüllungsgehilfe (hier: Arzt) reicht ...¹²

Praktisch problematisch ist allerdings auch, dass im Falle einer „Änderungsbestellung“ (Ab- mit nachfolgend abweichender Neubestellung) wohl jeder Unternehmer – berechtigt oder nicht – behaupten könnte, er hätte niemals einen Vertrag über die Errichtung des abgeänderten (neuen!) Werks abgeschlossen. Konkret wohl: Er hätte diesen Vertrag nur um ein (viel) höheres Entgelt abgeschlossen.

Das Problem erinnert ua an das Irrtumsrecht: Im Falle einer irrtumsrechtlichen Anfechtung dürfte der Gegner häufig versucht sein zu behaupten, er hätte einen Vertrag mit einem anderen Inhalt niemals abgeschlossen, womit der Irrtum wesentlich wäre und eine Vertragsanpassung ausscheiden würde. Die Judikatur behilft sich in diesen – und ähnlichen – Fällen mit dem „hypothetischen Parteiwillen“. „[D]abei ist der hypothetische Parteiwillen zu ermitteln, wie normale Parteien redlicherweise gehandelt hätten“ (OGH 17.10.1995, 1 Ob 1538/95). „Dabei ist zu beurteilen, welche Entscheidung die Parteien vernünftigerweise nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten“ (OGH 13.09.1995, 3 Ob 562/95 (SZ 68/161)).

Es erscheint, dass der hypothetische Parteiwille manchmal mit dem gleichgesetzt wird, was „vernünftige“ Personen (wohl: „Maßmenschen“) getan hätten. Zu den Beispielen: Es erscheint wohl vernünftig, wenn sich ein Unternehmer weigert, etwas zu versprechen, von dem er

10 Vgl OGH 10.02.2004, 1 Ob 268/03y (veröffentl: SZ 2004/20): „Ein Anspruch nach § 1168 Abs 1 erster Satz ABGB kann zur Gänze entfallen, wenn der Unternehmer ein gleichwertiges Ersatzgeschäft „absichtlich versäumt“ hat, bei dem nicht nur die Verwertung aller die Werkherstellung vorbereitenden Aufwendungen, sondern auch die Erzielung eines gleichen oder sogar höheren Gewinns möglich gewesen wäre“.

11 Zur Absicht vgl Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 36 (Stand 1.1.2018, rdb.at): „Die Absicht des Unter-

nehmers muss nur auf die Ausschlagung der Erwerbsoption, nicht auch auf eine Schädigung des Bestellers gerichtet sein“.

12 Vgl dazu Krejci in Rummel, ABGB³ § 1166 ABGB Rz 75 (Stand 1.1.2000, rdb.at): „Ist der Unternehmer nicht zur persönl Ausführung des Werkes verpflichtet, steht ihm die Heranziehung Dritter frei. Wurde dem Unternehmer nicht untersagt, das Werk außerhalb seines eigenen Betriebes herstellen zu lassen, müssen diese Dritten keine Personen sein, die dem Direktionsrecht des Unternehmers unterstehen“.

weiß, dass er es nicht problemlos erledigen kann. Doch ist ein Gelöbnis in der dargestellten Art „vernünftig“? Und wie sieht es mit Aberglauben aus, der ja vielleicht nicht allzu weit von religiösem Glauben entfernt ist? Ist tatsächlich das Bild eines „Maßmenschen“ entscheidend? Gibt es einen solchen überhaupt oder handelt es sich dabei doch eher um so etwas wie einen „Marsmenschen“?

Tatsächlich erkennt auch die Judikatur, dass der hypothetische Parteiwille nicht unbedingt das ist, was „vernünftige“ Parteien vereinbart hätten: „*Erst wenn die Feststellung des hypothetischen Willens der konkreten Parteien unmöglich ist, ist zu fragen, wie normale Personen redlicherweise gehandelt hätten*“.¹³ Der Versuch, den hypothetischen Parteiwillen zu eruieren, kommt also, bevor man auf den Maßmenschen (bzw Marsmenschen) zurückgreifen darf. Das entspricht dem hohen Stellenwert, der der Privatautonomie grundsätzlich eingeräumt wird.¹⁴

In Zusammenhang mit dem alternativen Erwerb des § 1168 (1) ABGB wird manchmal auf die Zumutbarkeit abgestellt.¹⁵ Das ist allerdings nur eine scheinbare Abhilfe, weil die Frage, was zumutbar sei, mit genau denselben Problemen behaftet ist, wie die Suche danach, was „vernünftig“ sei.

Das Argument alleine, der alternative Erwerb sei nicht kostendeckend, weshalb er nicht verfolgt würde, ginge oft ins Leere: Nur wenn der Verlust aus dem alternativen Erwerb das aus der Abbestellung ausstehende Entgelt übersteigen würde, wäre das Ergebnis aus dem alternativen Erwerb ungünstiger, als den alternativen Erwerb nicht wahrzunehmen – der Verlust wird ja durch das ausstehende Entgelt kompensiert.

Aber auch hier dürfen betriebswirtschaftliche Überlegungen nicht ausgeklammert werden: Für den Unternehmer kann ein „billiger“ alternativer Erwerb aus dem Grund nicht wünschenswert sein, als das Preisniveau darunter leiden kann ...

Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ist ebenso wie die Frage, ob ein alternativer Erwerb zumut-

bar ist, eine Beweisfrage im Einzelfall. Das ist vielleicht mühsamer als die Feststellung, was ein „Maßmensch“ gemacht hätte, aber unumgänglich.

Nicht ganz einfach ist die Frage nach der Beweislast zu beantworten. In Zusammenhang mit § 1168 (1) ABGB wird ständig judiziert, dass der Abbesteller eine durch die Abbestellung eingetretene Ersparnis des Unternehmers beweisen muss.¹⁶ Wohl ohne Zweifel muss dies auch dafür gelten, was der Unternehmer „*durch anderweitige Verwendung erworben*“ hat – ansonsten würde ein nicht zu erklärender Widerspruch entstehen. Und Nämliches müsste natürlich auch für das gelten, was der Unternehmer „*zu erwerben absichtlich versäumt hat*“. Tatsächlich wird die Meinung vertreten, dass dies auch völlig unproblematisch sei, „*weil sonst der Unternehmer einen Negativbeweis zu erbringen hätte*“.¹⁷ IdZ drängt sich allerdings die Frage auf, wie der Abbesteller beweisen soll, dass der Unternehmer keinen subjektiven Grund für die Verweigerung des alternativen Erwerbs hat ...

Ein Argument scheint in der Tat für die Beweislast des Bestellers zu sprechen: Mit der Möglichkeit, ein Werk abzubestellen, wird der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ durchbrochen. Es handelt sich bei dieser Durchbrechung um eine Rechtswohltat für den Abbesteller, „*weil es widersinnig wäre, den Besteller an einen Vertrag zu binden, dessen Ergebnis ihm allein zugute kommen soll, und ihm ein Werk aufzudrängen, das seinen Interessen vielleicht gar nicht mehr entspricht, und der Unternehmer, dem es in der Regel nur um die Vergütung für die Herstellung des Werkes geht [...], ohnehin den (eingeschränkten) Werklohnanspruch besitzt*“.¹⁸ Was dabei gar nicht berücksichtigt wird: Durch die Möglichkeit der Abbestellung erspart sich der Besteller die vielleicht äußerst kostspielige Entfernung des schließlich doch unerwünschten Werkes.

Diese wohl kaum zu hoch einzuschätzende Rechtswohltat wird eben mit der schwierigen Beweislast „erkauft“.

Korrespondenz:

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

13 OGH 23.04.2003, 9 Ob 247/02t.

14 Vgl. OGH 28.07.2010, 9 Ob 50/10h (veröffentl: SZ 2010/91): „*Dem Gegner kann aber nicht einseitig ein Vertragsinhalt aufzuerzwingen werden, den er nicht akzeptiert hätte. Ist diese Voraussetzung gegeben, so kann auch ein wesentlicher Mangel zur Vertragsanpassung führen*“.

15 So zB

- Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 36: (Stand 1.1.2018, rdb.at): „*Entscheidend ist nur, dass die andere Arbeit dem Unternehmer zumutbar gewesen wäre*“;
- Krejci in Rummel, ABGB³ § 1168 ABGB Rz 18: (Stand 1.1.2000, rdb.at): „*Hat der Unternehmer keine ihm zumut-*

bare anderweitige Tätigkeit angenommen, [...] wird ihm angerechnet, was er zu erwerben versäumt hat“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

Die sonstigen Standardkommentare äußern sich dazu nicht.

16 OGH 25.06.2018, 8 Ob 121/17b: „*Es ist [...] Sache des Bestellers, konkrete Behauptungen darüber aufzustellen und zu beweisen, was sich der Unternehmer durch das Unterbleiben der Arbeit erspart hat (RIS-Justiz RS0021768; RS0112187; RS0021841)*“.

17 Koziol et al ABGB Kurzkommentar⁵ § 1168 Rz 5.

18 OGH 05.06.1991, 1 Ob 642/90 (veröffentl: SZ 64/71).