

GEDANKENSPLITTER

Ist die Abbestellung eines Werks zulässig oder gilt der Grundsatz „pacta sunt servanda“?

Die herrschende Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Werkbesteller – soweit nicht besondere Umstände vorliegen – das Werk jederzeit „*abbestellen*“ könne, „*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*“.¹ Der erwähnte „eingeschränkte Werklohn“ ergibt sich gemäß § 1168 (1) ABGB, indem der vereinbarte Werklohn um das reduziert wird, was der Unternehmer infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass der Besteller die Reduktionen des Entgelts zu beweisen hat² (wobei allenfalls § 27a KSchG zu berücksichtigen ist, wonach der Unternehmer die Gründe für eine unterbliebene Ersparnis und dergleichen mitzuteilen hat).

Das Recht des Bestellers auf Abbestellung soll uneingeschränkt aber nur dann („*in der Regel*“) bestehen, wenn der Unternehmer tatsächlich kein eigenständiges Interesse an der Fertigstellung des Werks hat.³ Abgesehen von mehr oder weniger „gekünstelten“ Fällen (zB jenen, wo der Unternehmer für sein Marketing an der Fertigstellung eines Prototypen interessiert ist oder beim Auftritt eines Künstlers) ist dabei wohl auch das Gewährleistungsrecht beachtlich: Trifft den Unternehmer an den bis zur Abbestellung hergestellten Teilen eine Pflicht zur Gewährleistung, so kann er durchaus Interesse an der Fertigstellung des gesamten Werkes haben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Möglichkeit besteht, dass sich nicht feststellen lässt, ob die erbrachte Teilleistung mangelhaft ist oder ob die Mangelhaftigkeit auf den Um-

stand zurückzuführen ist, dass das Werk nicht vollendet wurde. Es ist aber auch dann der Fall, wenn der Besteller das Werk durch einen anderen Unternehmer fertig stellen lässt und schließlich Mängel am Werk auftreten, von denen nicht im Voraus klar ist, welchem der beiden Unternehmer diese anzulasten sind. Allein durch die resultierenden Streitigkeiten ist der ursprüngliche Unternehmer in einem für ihn unerwünschten Maß belastet.

Natürlich könnte man argumentieren, dass für den Fall der Abbestellung erst gar keine Gewährleistungspflicht des Unternehmers besteht. Wenn man aber an den Fall denkt, dass zunächst die Errichtung eines schlüsselfertigen Hauses mit einem bestimmten Außenverputz vereinbart wurde und dieser Verputz – als letzte der zu erbringenden Leistungen – dann abbestellt werden muss (etwa weil bautechnische Vorschriften dies erfordern), dann muss es als völlig unverständlich erscheinen, wenn der Unternehmer deswegen von seiner Gewährleistungspflicht hinsichtlich der Fundamentplatte befreit werden soll. Das Nämliche gilt für eine Straße, von der die letzten „paar Meter“ abbestellt werden müssen, weil ein für den Bau notwendiges Grundstück nicht erworben werden konnte. Entscheidend ist wohl, ob eine gewährleistungsrechtliche „Verschränkung“ denkbar ist – worüber sich in der Praxis natürlich trefflich streiten lässt.

Bei genauer Analyse fällt zudem auf, dass ein Unternehmer bei einer Abbestellung durch den Besteller schon allein durch den allenfalls drohenden Streit über die Höhe seiner Ersparnisse belastet ist (dass diese Belastung keinesfalls vernachlässigbar ist, wird wahrscheinlich spätestens dann offensichtlich, wenn man daran denkt, dass die Ersparnis mittels Sachverständigen bewiesen werden soll). Wie groß diese Belastung auch immer ist, sie ist jedenfalls ein Eingriff in die Privatautonomie.

Im oben dargestellten Fall, dass der Besteller das Werk durch einen anderen Unternehmer fertig stellen lässt, ist übrigens auch dem Hauptargument für die Zulässigkeit einer Abbestellung der Boden entzogen: Man kann nämlich nicht davon sprechen, dass dem Besteller ein Werk „aufgezwungen“ würde, wenn er dieses ohnehin – wenn auch von einem anderen Unternehmer – fertig stellen lässt.

Ein allgemeines Recht auf Abbestellung – insbesondere zu einem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer bereits mit seiner Leistung begonnen hat – ist also nicht zu begründen. Es kann nur dann bestehen, wenn der Besteller tatsächlich kein Interesse an der Fertigstellung des Werkes hat (er es also nicht durch dritte Seite fertig stellen lässt) und es besteht jedenfalls auch dann nicht, wenn der Unternehmer für die von ihm erstellten Teile des Werkes Gewähr zu leisten hat und diese Teile mit den abbestellten Teilen „verschränkt“ sind. Hermann Wenusch

1 OGH 5.6.1991, 1 Ob 642/90, SZ 64/71.

2 ZB OGH 11.3.1993, 6 Ob 519/93: „Die [...] [Bestell]erin wäre in diesem Zusammenhang dafür behauptungs- und beweispflichtig gewesen, daß sich der Beklagte infolge Unterbleibens der Fertigstellung der Arbeit etwas erspart oder anderweitig erworben hätte“ und OGH 20.12.2005, 5 Ob 167/05b: „Es [ist] Sache des Bestellers [...], konkrete Behauptungen darüber aufzustellen und zu beweisen, was [...] der Unternehmer [...] zu erwerben absichtlich versäumt hat“.

3 Vgl Rebbahn in Schwimann, ABGB³ § 1165 Rz 65: „Nur in Sonderfällen ist der Besteller verpflichtet, dem Unternehmer Gelegenheit zur tatsächlichen Herstellung des Werkes zu geben und dieses abzunehmen. Diese Abnahmepflicht besteht, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde, und wenn dem Besteller ein besonderes Interesse des Unternehmers an Ausführung und Abnahme des Werks erkennbar war“.