

# PRAKTISCHES geleitet von Hermann Wenusch

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(rechts)lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Der Vertrag

<https://doi.org/10.33196/zrb20210300IX01>

Jedem Praktiker scheint völlig klar zu sein, was ein Vertrag ist. Tatsächlich ist die Bezeichnung mehrdeutig. Nicht nur in der Baubranche, sondern auch in der juristischen Literatur und der Judikatur wird sie für mehrere unterschiedliche Begriffe herangezogen. Hier sollen Praktikern einige immer wieder zu beachtende Aspekte in Zusammenhang mit dem, was als Vertrag bezeichnet wird, nähergebracht werden.

#### 1. Die Begriffsverwirrung

In der Baubranche wird oft von „Auftrag“ gesprochen, wenn „Vertrag“ gemeint ist. Doch was ist damit gemeint? Diese Frage erscheint auf den ersten Blick unverständlich, weil doch völlig klar sein sollte, was ein Vertrag ist. Bei genauer Betrachtung erkennt man aber eine ziemliche Sprachverwirrung um das Wort „Vertrag“. Das überrascht natürlich, weil man eigentlich glauben sollte, dass der im Privatrecht so zentrale Begriff<sup>1</sup> „Vertrag“ im Laufe der Zeit eindeutig bestimmt wurde. Doch weit gefehlt – die Bezeichnung wird für ganz unterschiedliche Begriffe verwendet<sup>2</sup>:

- für das **Dokument**, das errichtet wird, um den Vertragsinhalt – nomen est omen – zu dokumentieren („Vertragsurkunde“);
- für den **Wortlaut**, auf den sich die Parteien geeinigt haben („Vertragstext“);
- für die rechtsgeschäftliche **Einräumung** von Rechten und Pflichten („Rechtsgeschäft“<sup>3</sup> oder „Vertragsabschluss“<sup>4</sup>);

- für die **Gesamtheit** an Rechten und Pflichten, die mit einem einheitlichen Rechtsgeschäft begründet wurden und die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehen („Rechtslage“);
- für die **Gesamtheit** an Rechten und Pflichten, die mit einem einheitlichen Rechtsgeschäft begründet wurden samt allen danach erfolgten Adaptionen („Schuldverhältnis“<sup>5</sup>);
- für die Gesamtheit an Rechten und Pflichten, die hinsichtlich eines bestimmten abgrenzbaren **Lebenssachverhalts** zwischen zwei (oder mehreren) Personen bestehen („Geschäftsfall“, „gemeinsames Projekt“, etc).

Es ist aber wichtig, die Begriffe voneinander abzugrenzen. Dies wird aus folgenden Entscheidungen deutlich:

- „Das Recht zur Leistungsverweigerung bezieht sich nur auf Pflichten, die zueinander im Austauschverhältnis stehen, also in einem einheitlichen Rechtsgeschäft ihren Entstehungsgrund haben“<sup>6</sup>.
- „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“<sup>7</sup>.

Also:

- Bestellt ein Bauherr beim Bauunternehmer, der bereits das „Hauptgebäude“ eines Einkaufszentrums errichtet, nachträglich auch die Außenanlagen dazu, so kann das Entgelt für die Außenanlagen nicht aus dem Grund zurückbehalten werden, dass Mängel beim „Hauptgebäude“ aufgetreten sind<sup>8</sup>.

1 Siehe dazu zB Faistenberger et al Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> S 479: „Der Vertrag ist das Hauptinstrument der Privatautonomie“.

2 Zu der unterschiedlichen Bedeutung von „Bezeichnung“ und „Begriff“ vgl zB Deutscher, Im Spiegel der Sprache S 18 ff.

3 OGH 05.07.1989, 1 Ob 9/89 (veröffentl: SZ 62/130): „Ein zweiseitiges bürgerliches Rechtsgeschäft setzt voraus, daß die Vertragsparteien mit ihren Willenserklärungen den erklärten Zweck verfolgten, in Selbstbestimmung des einzelnen (Privatautonomie) eine privatrechtliche Rechtsfolge herbeizuführen“.

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

5 Hier als das gemeint, was Mayrhofer, Ehrenzweig Privatrecht – Schuldrecht AT S 1 als „Schuldverhältnis iuS (umfassendes Schuldverhältnis, Rahmenbeziehung)“ (Hervorhebung im Original) bezeichnet. Dies ist zu unterscheiden vom Schuldverhältnis ieS, das eine einzelne Pflicht (Verbindlichkeit) bezeichnet.

6 OGH 19.03.2014, 7 Ob 22/14g.

7 OGH 16.12.1981, 1 Ob 780/81 veröffentl SZ 54/188.

8 Sachverhalt, der der Entscheidung OGH 20.12.2000, 3 Ob 283/00i zu Grunde lag.

- Bestellt ein Bauherr zwar bei ein und demselben Unternehmer, aber eben voneinander getrennt die Elektro- und Wasserinstallation, so kann er nicht vom „Elektro-Vertrag“ zurücktreten, wenn der Unternehmer beim „Wasser-Vertrag“ in Verzug geraten ist<sup>9</sup>. Gegenständlich soll die Bezeichnung „Vertrag“ nur (als Synonym) für Schuldverhältnisse verwendet werden.

## 2. Abschluss

Ein Schuldverhältnis wird durch Rechtsgeschäft, dh übereinstimmende Willenserklärungen begründet.

Als Willenserklärung wird eine Erklärung verstanden, die auf eine Änderung der Rechtslage abzielt – im Unterschied von sog Wissenserkklärungen, mit denen bloß Tatsachen mitgeteilt werden sollen<sup>10</sup>.

Erklärungen können explizit oder schlüssig abgegeben werden<sup>11</sup>. Der Unterschied ist wohl fließend und im Ergebnis ohne Bedeutung, weil die Wirkung in beiden Fällen dieselbe ist. Auch ein förmlich (praktisch wohl am bedeutendsten ist die Schriftform) abgeschlossener Vertrag kann später schlüssig abgeändert oder aufgehoben werden (dazu auch noch später).

Nur ausnahmsweise fordert das Gesetz eine bestimmte Form, wobei solche Formvorschriften immer einen bestimmten Zweck verfolgen (zB die Schriftform als Schutz vor Übereilung, weil der Umstand, dass eine Unterschrift zu leisten ist, doch eher zum Nachdenken anregt). „Auch bei einem Rechtsgeschäft, das nach dem Gesetz der Schriftform bedarf, ist der Parteiwille mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln zu ergründen“<sup>12</sup> – dh auch beim Gebot der Schriftform ist der Vertragstext an sich nicht die einzige Quelle, aus der die Rechte und Pflichten abzuleiten sind.

Fordert das Gesetz eine bestimmte Form dafür, so ist ein Rechtsgeschäft grundsätzlich<sup>13</sup> nichtig, wenn diese Form nicht eingehalten wird. Von einer bloß zwischen den Parteien für ein Rechtsgeschäft vereinbarten Formvorschrift kann später in jeder beliebigen Form wieder abgegangen werden<sup>14</sup>, weil § 884 ABGB bloß die „Vermutung“ ent-

hält, dass „die Parteien [...] vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen“ (siehe dazu auch Fn 38).

## 3. Auslegung

Wenn von der Auslegung eines Vertrages die Rede ist, dann ist die Interpretation des Vertragstextes gemeint. Gerade im Bauwesen wird bei der Auslegung von Vertragstexten oft geradezu haarspalterisch am „buchstäblichen Sinn des Ausdrucks“ gehaftet – § 914 ABGB, der das genaue Gegenteil vorsieht<sup>15</sup>, scheint völlig unbekannt zu sein. Zurückzuführen sein dürfte dies auf eine Eigenheit der Techniker, die diese Branche weitgehend beherrschen: Bezeichnungen müssen eindeutig sein – alle Bezeichnungen müssen eindeutig definiert sein. „Bei Auslegung einer Willenserklärung nach den §§ 914 ff ABGB ist zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, dabei aber nicht stehen zu bleiben, sondern der Wille der Parteien, das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden, zu erforschen. Letztlich ist die Willenserklärung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht, wobei die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen sind. Unter der gemäß § 914 ABGB zu erforschenden „Absicht der Parteien“ ist die dem Erklärungsgegner erkennbare und von ihm widerspruchslos zur Kenntnis genommene Absicht des Erklärenden zu verstehen. Es ist dabei das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift sowie aus sonstigem Tun oder Nichttun zusammensetzen kann, zu berücksichtigen“<sup>16</sup>.

## 4. Inhalt

Der Inhalt eines Vertrags (dh die Rechte und Pflichten eines Schuldverhältnisses) ergeben sich zunächst aus der Auslegung des Vertragstexts. Doch das ist nicht alles: Geschuldet wird nicht nur das, was vereinbart wurde, sondern auch das, was gewöhnlich vorausgesetzt wird: Geschuldet wird auch, was „vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden“<sup>17</sup> ist.

9 Beachte allerdings OGH 03.09.1986, 1 Ob 606/86: „Ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen zwei Verträgen (hier: Werkverträge bei Errichtung eines Hauses) rechtfertigt aber die sinngemäße Anwendung des § 918 Abs 2 ABGB, gilt doch das Motiv für die Einführung dieser Bestimmung, daß der Gläubiger an den unverlässlichen Kontrahenten auch für die Zukunft nicht mehr gebunden sein sollte, in einem solchen Fall nicht minder“.

10 OGH 29.04.2019, 8 ObA 16/19i: „Eine Willenserklärung liegt dann vor, wenn die Äußerung auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist, also Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben. Bei einer Wissenserkklärung geht es demgegenüber darum, dass die eine Partei der anderen oder beide Parteien übereinstimmend sich bloß ihre Vorstellungen über bestimmte Tatsachen mitteilen, jedoch keinen Willen dahin äußern, mit der Erklärung bestimmte Rechtsfolgen bewirken zu wollen“.

11 Grundsätzlich zu den Formen der Rechtsgeschäfte: Welscher Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> S 202 ff.

12 OGH 16.12.2003, 1 Ob 213/03k (veröffentl: SZ 2003/165).

13 Ausgenommen sind „Ordnungsvorschriften“: Sieht das Gesetz zB für eine Einladung zu einer Versammlung eine bestimmte Form der Versendung vor, so ist diese Einladung auch dann gültig, wenn sie anders verschickt wird, aber trotzdem beim Empfänger einlangt.

14 OGH 01.09.2009, 5 Ob 134/09f: „Die Entkräftung der Auslegungsregel des § 884 ABGB erfolgt durch Nachweis gegenteiligen Parteiwillens, also vorliegenden Bindungswillens. Die Beweislast dafür trifft denjenigen, der sich auf das Zustandekommen des Vertrags berufen will“.

15 „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht“.

16 OGH 15.06.2016, 7 Ob 52/16x.

17 § 923 ABGB.

Die alleinige Analyse eines Vertragstextes ohne Betrachtung der Umstände und dem Hintergrund der Beteiligten ist also niemals ausreichend.

## 5. Änderungen der Rechte und Pflichten

### 5.1. Die Bedeutung von Änderungen

In der Baupraxis wird oft übersehen, dass zwischen den Parteien nicht bloß ein einziges, sondern mehrere Schuldverhältnisse bestehen – auf die Wichtigkeit, separate Schuldverhältnisse auch separat zu betrachten, wurde bereits hingewiesen. Selbst wenn aber tatsächlich nur ein einziges Schuldverhältnis vorliegt, das nach der Begründung bloß angepasst wird, ist es wichtig, den ursprünglichen Vertragsinhalt (dh die nach dem ursprünglich begründeten Rechtsgeschäft bestehende Rechtslage) zu eruieren – und ihn mit dem späteren Vertragsinhalt zu vergleichen: Handelt es sich bloß um eine Schuldänderung gemäß § 1379 ABGB, dh es werden nur „Nebenbestimmungen“<sup>18</sup> geändert, so bleiben zB Bürgschaften bestehen (auch wenn natürlich einem Bürgen keine weiteren oder zusätzlichen Lasten auferlegt werden dürfen). Betreffen die Änderungen den Rechtsgrund oder den Hauptgegenstand (Novation gemäß § 1376 ff ABGB) so wird – streng genommen – der ursprüngliche Vertrag aufgehoben und ein neuer abgeschlossen: „*Vermöge [eines solchen Rechtsgeschäfts] hört die vorige Hauptverbindlichkeit auf, und die neue nimmt zugleich ihren Anfang*“ („Die mit der vorigen Hauptverbindlichkeit verknüpften Bürgschafts-Pfand- und anderen Rechte erlöschen“ – merke: Eine vom Unternehmer beigebrachte Erfüllungsgarantie erlischt!).

Und natürlich ist § 365 (1) BVergG 2018 beachtlich „*Wesentliche Änderungen von Verträgen [...] während ihrer Laufzeit sind nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig*“.

### 5.2. Die unterschiedlichen Formen von Änderungen

Ein Vertrag (hier interessieren nur „synallagmatische“ (dh gegenseitige) Verträge) ist ein Bündel von Rechten und Pflichten, die zunächst einmal durch Rechtsgeschäft eingeräumt bzw aufgebürdet werden. Diese Rechte und Pflichten ändern sich im Zeitablauf: Spätestens mit der

(mangelfreien) Erfüllung erlischt die entsprechende Pflicht und reziprok das entsprechende Recht (sprich: Wer schon geleistet hat, muss nicht mehr leisten und wer bereits erhalten hat, darf nicht mehr fordern). Der Erfüllung im Ergebnis ähnlich ist übrigens der Eintritt einer vereinbarten Bedingung oder – so seltsam dies klingen mag – die Unmöglichkeit der Leistung. Beides sei hier bloß erwähnt, soll aber nicht weiter beachtet werden.

Doch auch vor Erfüllung sind Veränderungen möglich: Die Rechte und Pflichten (zusammengefasst: „die Rechtslage“) können hauptsächlich durch

- geänderte Fakten,
- Rechtsgeschäft,
- die Ausübung von Gestaltungsrechten<sup>19</sup> (zB Rücktritt, Kündigung oder Leistungsänderungsrecht),
- Anfechtung wegen eines Willensmangels geändert werden.

#### 5.2.1. Änderung durch geänderte Fakten

Treten bei der Erfüllung eines Werkvertrages für den Unternehmer Erschwernisse („Verkürzungen“ des Unternehmers) auf, so muss der Unternehmer eine mehr oder weniger andere Leistung erbringen, als es zunächst zu erwarten war (dabei ist zu beachten, dass eine Leistung schon dadurch zu einer anderen wird, dass sie zu oder in einer anderen Zeit oder an einem anderen Ort erbracht werden muss<sup>20</sup>). Der Besteller muss dafür natürlich auch zahlen. Durch die Umstände wird das Schuldverhältnis adaptiert – die Rechte und Pflichten ändern sich aber ohne Rechtsgeschäft. Damit in Zusammenhang stehen verschiedene Probleme, ua wie

- das zusätzliche Entgelt zu bemessen ist,
- eine Erschwernis von der Unmöglichkeit abzugrenzen ist.

Diese Probleme sollen hier aber nicht behandelt werden<sup>21</sup>.

#### 5.2.2. Änderung durch Rechtsgeschäft

Mit einem weiteren Rechtsgeschäft<sup>22</sup> kann bzw können

- (einzelne oder mehrere) dieser Rechte oder Pflichten verändert werden<sup>23</sup>, womit auch das bestehende Schuldverhältnis abgeändert wird – maW: der Vertrag bleibt mit adaptiertem Inhalt aufrecht (das Bün-

18 Der Gesetzeswortlaut definiert Nebenbestimmungen als „*Bestimmungen, wo, wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllt werden soll*“. Dies darf für Bauwerkverträge allerdings nicht wörtlich verstanden werden: Wann und wo ein Bauwerk zu errichten ist, ist nämlich nicht bloß Nebenbestimmung! Die Errichtung eines Hauses im Dezember in einer Metropole ist etwas völlig anderes, als die Errichtung eines Hauses mit identen Eigenschaften in der Provinz und im Sommer.

19 Zum Begriff siehe Perner in Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht: Ein „[s]ubjektives Recht, das dem Berechtigten die Rechtsmacht verleiht, durch einseitige Erklärung eine Veränderung der Rechtslage herbeizuführen“.

20 Vgl zB Wenusch, bauaktuell 2019, 57: „Eine Errichtung ist nicht nur durch die Merkmale des Ergebnisses definiert, sondern auch

durch den Ort, an dem, den Zeitpunkt, zu dem, und die Zeitdauer, innerhalb derer das Ergebnis hergestellt wird“.

21 Siehe dazu zB Wenusch, Häufige Irrtümer bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen in der Baubranche, ZRB 2018, 143 ff.

22 Dieses wird manchmal als „Änderungsvertrag“ bezeichnet: „Zu einer Vertragsänderung bedarf es der Einigung der Beteiligten nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsabschluss, weil diese auch für den Änderungsvertrag maßgeblich sind“ (OGH 3.6.1976, 5 Ob 79/75; Hervorhebung durch den Verf.).

23 Siehe § 1375 ABGB: „Es hängt von dem Willen des Gläubigers und des Schuldners ab, ihre gegenseitigen willkürlichen Rechte und Verbindlichkeiten abzuändern“.

del an Rechten und Pflichten (sprich: „die Rechtslage“) ist nunmehr ein anderes),

- zusätzlich ein weiteres Schuldverhältnis begründet werden, womit dann zwei Verträge vorliegen<sup>24</sup> (das ursprüngliche Schuldverhältnis besteht unverändert weiter),
- das ursprüngliche Schuldverhältnis beendet und stattdessen ein neues begründet werden, wie es bei einer Novation der Fall ist (damit wird auch ein Vertrag durch einen anderen ersetzt); es spielt dabei übrigens keine Rolle, ob die Vertragsparteien der Auffassung sind, bloß „den Vertrag anzupassen“.

Ein paar simple Beispiele zur Illustration:

- Die bereits gekaufte Ware soll einen Tag später und außerdem an eine andere Adresse geliefert werden – das Schuldverhältnis wird adaptiert.
- Wer an einem Tag ein Fahrrad kauft und am nächsten (natürlich beim selben Verkäufer) eine Klingel dafür, der schließt zwei Verträge. Auch wenn es sich um eine Spezialklingel handelt, die nur auf diesen Fahrradtyp passt, wird ein neuer Vertrag abgeschlossen und nicht der vom Vortag geändert. Es ändert auch nichts, wenn der Verkäufer denselben Rabatt gewährt wie am Vortag oder wenn der Kaufpreis für das Fahrrad noch geschuldet wird – neben das ursprüngliche Schuldverhältnis tritt ein weiteres.
- Wer bei einem bestimmten Greißler jeden Tag Milch kauft, der schließt jeden Tag einen neuen Vertrag. Daran ändert sich wohl auch dann nichts, wenn die einzelnen Kaufpreise gestundet werden und die Einkäufe eines Monats zunächst „angeschrieben“ und erst am Monatsletzten bezahlt werden – es werden viele Schuldverhältnisse nacheinander begründet.
- Der Käufer überlegt es sich nach Abschluss des entsprechenden Vertrages doch noch einmal anders und kommt daraufhin mit dem Händler überein, dass

statt des kleinen nun doch ein großer Wagen geliefert und dass auch nicht prompt bezahlt, sondern geleast wird – das ursprüngliche Schuldverhältnis endet und ein neues beginnt (Novation).

Den Parteien ist dies vielleicht gar nicht bewusst. Insbesondere im letzten der geschilderten Beispiele dürften die Parteien in der Praxis wohl der Meinung sein, dass bloß „der Vertrag“ etwas angepasst wurde<sup>25</sup>. Besonders in der Baubranche wird die Grenze der Schuldverhältnisse überhaupt nicht wahrgenommen: Wird bei einem zweiröhren Tunnel nachträglich ein weiterer Querschlag bestellt, so kommt kaum ein Mensch auf die Idee, dass es sich dabei um einen separaten Vertrag handelt<sup>26</sup>. Nämliches gilt, wenn nachträglich eine Einrichtung für eine „Barbara-Feier“<sup>27</sup> bestellt wird, die ursprünglich nicht vorgesehen war. An dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass die Erforschung des Parteiwillens hier nicht hilft: Rechtsfolgenirrtümer sind unbeachtlich<sup>28</sup> und so schließt es den Abschluss eines separaten („neuen“) Vertrages selbst dann nicht aus, wenn die Parteien bloß ein bestehendes Schuldverhältnis ändern wollten.

Natürlich bleibt es den Parteien unbenommen, einen Vertrag „fortzuschreiben“: Für die geänderte Leistung soll all das weiterhin gelten, was ursprünglich gegolten hat. Das bedeutet aber nicht, dass es sich nach wie vor um dasselbe Schuldverhältnis handelt – vielmehr könnte ggf ein Schuldverhältnis durch ein anderes abgelöst werden, wobei der Inhalt des zweiten mit jenem des ersten weitgehend übereinstimmt. Oder es könnten zwei Schuldverhältnisse mit weitgehend übereinstimmendem Inhalt bestehen.

Die Anzahl der Rechtsgeschäfte ist übrigens unabhängig davon, ob ein bestehender Vertrag geändert oder zudem ein separater Vertrag abgeschlossen wird: Der Abschluss des separaten Vertrages erfordert – dies sei an dieser Stelle besonders betont – genau so ein Rechtsgeschäft, wie die Änderung des ursprünglichen Vertrages<sup>29,30</sup>.

24 Vgl idZ § 1379 ABGB letzter Satz: „Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann“ (Hervorhebung durch den Verf) – die Wendung „mit der neuen“ deutet darauf hin, dass eben zwei Verbindlichkeiten nebeneinander bestehen.

25 Bestärkend wirkt wohl der Gesetzeswortlaut: Es „hört die vorherige Hauptverbindlichkeit auf, und die neue nimmt zugleich ihren Anfang“ (§ 1377 ABGB; Hervorhebung durch den Verf). Daraus könnte man schließen, dass bloß die „Hauptverbindlichkeit“ endet, alle andern aber bestehen bleiben – und damit das (wenn auch nunmehr veränderte) Schuldverhältnis. In diesem Fall wäre aber § 1377 ABGB bloß eine Wiederholung des § 1376 ABGB, weil es dort ja lautet: „wenn der Hauptgegenstand einer Forderung“ ausgetauscht wird. „Bei der wörtlichen Auslegung darf nicht stehengeblieben werden, wenn sich dadurch für einzelne Bestimmungen kein Anwendungsgebiet ergibt, sie also sinnlos bleiben“ (OGH RS0010053). Richtig wohl Marhofer Ehrenzweig Privatrecht – Schuldrecht AT S 468, der vom „Untergang des bisherigen Schuldverhältnisses unter gleichzeitiger Begründung eines neuen“ (Hervorhebung im Original) spricht.

26 Daher hat der OGH aber in 3 Ob 283/00i nichts an der Rechtsansicht des Berufungsgerichts auszusetzen gehabt, wonach es sich sehr wohl um getrennte Verträge handelt, wenn zur Errichtung eines Einkaufszentrums nachträglich noch die Errichtung einer dazugehörigen Garage kommt, obwohl dasselbe Leistungsverzeichnis (mit un-

veränderten Preisen) herangezogen wurde, gemeinsam Massen aufgenommen sowie in einheitlichen Rechnungen abgerechnet wurde und in der gesamten Kommunikation immer bloß von einem Vertrag mit einer bestimmten Nummer die Rede war.

27 Anmerkung: Die hl Barbara ist die Patronin der Bergleute, zu deren Ehre am 4. Dezember ua bei Tunnelbaustellen eine Feier ausgerichtet wird.

28 Vgl zB OGH 29.9.2015, 8 Ob 46/15w: „Ein bloßer Irrtum über [...] Rechtsfolgen eines Geschäfts, über die der Vertragspartner nicht aufklären musste, ist unbeachtlich“.

29 Vgl zB OGH 03.06.1976, 5 Ob 79/75: „Zu einer Vertragsänderung bedarf es der Einigung der Beteiligten nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsabschluss, weil diese auch für den Änderungsvertrag maßgeblich sind“.

30 Hier nur – im wahrsten Sinn des Wortes – als Fußnote: Ggf unterliegen wohl auch „Änderungsverträge“ dem FAGG: Danach steht uU ein besonderes Rücktrittsrecht zu, wenn „außerhalb von Geschäftsräumen [...] Verträge“ geschlossen werden. Unrichtig daher wohl OGH 20.2.2018, 4 Ob 28/18: „Sind außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers erteilte Zusatzaufträge nach dem Willen der Parteien keine gesonderten Verträge, sondern nur die Konkretisierung eines einheitlichen Vertrages, steht dem Verbraucher kein Rücktrittsrecht zu“ (betrachtet man die Baustelle als „Geschäftsraum“ des Bauunternehmers, so steht allerdings ohnehin kein Rücktrittsrecht zu).



Zurück zur Unterscheidung, ob ein bestehendes Schuldverhältnis geändert wird, oder ob ein weiterer Vertrag (zusätzlich) abgeschlossen wird: Es spielt wohl eine gewisse Rolle, ob das ursprüngliche Schuldverhältnis bereits erfüllt wurde. Nach der beiderseitigen Erfüllung ist eine Änderung sicher iAllg nur schwer denkbar. Das gilt aber nicht, wenn bloß eine Seite erfüllt hat – mit zB einer Stundung wird nämlich die Zahlungsfrist eines bestehenden Vertrages verlängert. Und genau dieses Beispiel zeigt, dass auch nach der beiderseitigen Erfüllung sehr wohl eine Vertragsänderung denkbar ist – etwa dann, wenn nach der Übernahme und nach Zahlung eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist vereinbart wird.

Abschließend ist an dieser Stelle nochmals zu bemerken, dass von der Vereinbarung einer bestimmten Form für Vertragsänderungen jederzeit in jeder beliebigen Form wieder abgegangen werden kann<sup>31</sup>.

### 5.2.3. Änderung durch Gestaltungsrechte

An Gestaltungsrechten kommen in Frage:

- Rücktritt aufgrund eines Verzugs der Gegenseite, wobei das Schuldverhältnis (schuldrechtlich) ex tunc wegfällt, weshalb alle Leistung zurückzustellen sind – abgemildert durch die allfällige Möglichkeit eines Teilrücktritts.
- Aufhebung durch den Unternehmer aufgrund des Unterbleibens der erforderlichen Mitwirkung, worauf die Leistungspflicht des Unternehmers wegfällt, der Besteller aber das gesamte (allenfalls durch Einsparungen oÄ geschmälerete) Entgelt zahlen muss.
- Abbestellung durch den Besteller, wobei dasselbe gilt, wie soeben gesagt.
- Kündigung, soweit ein Kündigungsrecht besteht (bei Zielschuldverhältnissen muss ein solches eingeräumt werden).
- Ausübung eines einseitigen Leistungsänderungsrechts, soweit eingeräumt.

Rücktritt, Kündigung, Aufhebung wegen mangelnder Mitwirkung des Bestellers und Abbestellung werden für gewöhnlich als „Beendigungsgründe“ bezeichnet – sie setzen die Rechtslage aber trotzdem nicht gleich „auf Null“, als wäre „nie etwas geschehen“, weil zB Rückforderungs- oder Restzahlungsansprüche bestehen bleiben bzw entstehen können.

Sie unterscheiden sich aber von der Ausübung eines Leistungsänderungsrechts dadurch, dass bei letzterem das Schuldverhältnis – wenn auch in geänderter Form, aber doch „im Prinzip“ – weiter bestehen soll.

Ein Leistungsänderungsrecht ist ein Einschnitt in die Privatautonomie<sup>32</sup>: Ein Vertragspartner kann dem anderen gleichsam etwas „aufzwingen“. Besonders problematisch ist dies dann, wenn nicht nur Art und Umfang der Änderung, sondern auch die Wahrscheinlichkeit des Eintretens für den anderen nicht vorhersehbar ist. Dies unterscheidet eine Leistungsänderung übrigens von einer Option: Hier ist bloß die Wahrscheinlichkeit ihrer Ausnützung unbekannt.

Der Umstand, dass durch nicht feststehende Vertragspflichten in die Privatautonomie eingegriffen würde, ist wohl der Grund dafür, dass § 869 ABGB festlegt, dass kein Vertrag entsteht, wenn Erklärungen „ganz unbestimmt“ sind. „Ein Vertrag setzt nach § 869 ABGB „bestimmte“ Erklärungen der Parteien voraus. Es muss daher möglich sein, aus den Willenserklärungen – allenfalls durch ergänzende Auslegung nach § 914 ABGB – bestimmte oder zumindest bestimmbar Rechtsfolgen abzuleiten, dies insbesondere in Bezug auf die essentialia negotii“<sup>33</sup>. „[A]ls Voraussetzung der Bestimmtheit einer Erklärung nach § 869 ABGB [reicht] auch deren Bestimmbarkeit aus[...]“<sup>34</sup>. Einseitiges Leistungsänderungsrecht mag daher bedenklich sein, was hier aber nicht weiter erörtert werden soll.

### 5.2.4. Änderung durch Anfechtung

An sich wirksam entstandene Verträge können später angefochten werden, womit sie rückwirkend wegfallen; es sind jene Positionen wieder herzustellen, die vor Vertragsabschluss bestanden haben. Ist dies nicht möglich, so ist ein entsprechender Wertersatz<sup>35</sup> zu leisten. Auch bezüglich möglicher Anfechtungen sollen hier keine weiteren Ausführungen erfolgen.

### 6. „Fortschreibung“

Häufig wird im Vertragstext vorgesehen, dass Leistungen, die nicht im ursprünglichen Vertrag enthalten sind, ohne schriftliche Bestellung nicht ausgeführt werden dürfen<sup>36</sup>. Oder dass die Ermittlung des Entgelts für „neue Leistungen“ auf der „Preisbasis“ des ursprünglichen Vertrages zu erfolgen hat<sup>37</sup>.

31 OGH 23.04.1998, 2 Ob 46/98y: „Ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit möglich und zulässig“.

OGH 02.09.2009, 7 Ob 136/09i: „Das gilt nicht nur für eine nachträgliche Vereinbarung, sondern auch für vorausgehende und gleichzeitige Nebenabreden und selbst für den Fall, dass die Parteien die Schriftform auch für das Abgehen vom Erfordernis der Schriftlichkeit vereinbart haben“.

OGH 21.2.2013, 9 ObA 156/12z: „Bereits durch den vom übereinstimmenden Willen beider Vertragspartner getragenen und von beiden Vertragspartnern als bindend erachteten Abschluss einer bestimmten Abrede kann die Abkehr vom Schriftformgebot vollzogen sein“.

32 Zur Bedeutung der Privatautonomie vgl zB *Wenusch*, § 1168 (1) ABGB und die Privatautonomie, ZRB 2019, 86 f.

33 OGH 09.06.2009, 4 Ob 84/09w (veröffentl: SZ 2009/77).

34 OGH 20.03.2019, 5 Ob 203/18s.

35 Dazu zB ausführlicher *Frad*, Wertersatz bei Wandlung unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertragsrechts, ZRB 2019, 79 ff.

36 Vgl dazu auch Pkt 7.5.1 der ÖNORM B 2110:2013 („Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen“).

37 Vgl dazu auch Pkt 7.4.2 der ÖNORM B 2110:2013 („Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts – Ermittlung“).

Der ursprüngliche Vertrag soll durch solche Klauseln also auch (sic!) zum „Rahmenvertrag“ werden, wobei dieser Begriff mehrdeutig ist. Häufig werden darunter Verträge verstanden, die ein Leistungskontingent vorsehen, aus dem – mehr oder weniger beliebig – abgerufen werden kann. Solche Verträge sind jedoch hier nicht (sic!) gemeint. Vielmehr sind im gegebenen Zusammenhang darunter Verträge zu verstehen, die keine Leistungen, sondern ausschließlich Regelungen enthalten. Weder in der Judikatur noch dem Schrifttum finden sich – soweit ersichtlich – aussagekräftige Überlegungen dazu – sie sollen hier weiters als „Regelungsverträge“ bezeichnet werden. Regelungsverträge sind vergleichbar mit der Vereinbarung eines Formvorbehalts, wie sie § 884 ABGB vor Augen hat – tatsächlich geht es in der Baubranche auch häufig um die Einhaltung der Schriftform. Doch darüber hinaus werden in der Baupraxis häufig detaillierte Prozeduren vereinbart, die eingehalten werden sollen. Die ÖNORM B 2110:2002 hat zB vorgesehen, dass Änderungen „bekannt zu geben“ sind, ein Anspruch auf Preisänderung „vor der Ausführung dieser Leistung dem Grunde nach [...] geltend zu machen“ und „ehestens ein Zusatzangebot mit auf den Preisgrundlagen und der Preisbasis des Vertrages erstellten neuen Preisen vorzulegen“ ist.

Die Vereinbarung solcher Prozeduren ist aber wirkungslos, wenn die Parteien später – wenn auch bloß schlüssig – ein davon abweichendes Rechtsgeschäft abschließen<sup>38</sup>: Bestellt ein Bauherr zusätzliche Leistungen ohne jeden Vorbehalt und nimmt der Unternehmer diese Offerte – wenn auch bloß schlüssig – an, so kommt schon damit die von ihm initiierte Änderung (dies kann natürlich auch ein separater Vertrag sein) unter Einschluss der Vereinbarung eines angemessenen Entgeltes zustande, ohne dass es noch auf eingebaute Kautelen zur Sicherung der Interessen des Bauherrn ankäme<sup>39</sup>.

Folgt man dieser Ansicht, so ist es nicht möglich, für zukünftige Verträge endgültig bindend Regelungen (Konditionen, Bedingungen, etc) vorzusehen. MaW: Für die „dazubestellten“ Leistungen wird gemäß § 1152 ABGB grundsätzlich ein angemessenes Entgelt geschuldet!

Auf ein „angemessenes Entgelt“ ist freilich nur dann zurückzugreifen, wenn nicht einmal eine schlüssige Vereinbarung getroffen wird<sup>40</sup>. Tatsächlich darf ein Bauherr wohl davon ausgehen, dass ein Bauunternehmer, der

eine Zusatzbestellung „ohne Worte“ durch Beginn der Ausführung (dh schlüssig) annimmt, damit auch zu erkennen gibt, dass er für vergleichbare Leistungen auch die Preise des „Hauptvertrages“ verrechnen wird: „Werden nach einer auf Grund eines (detaillierten) Kostenvoranschlags 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 Kostenvoranschlags und nicht Regiepreise verrechnet werden. Beabsichtigt der Unternehmer, für die Zusatzarbeiten ein höheres Entgelt zu verlangen, so hat er den Besteller darauf hinzuweisen“<sup>41</sup>.

Aber immer ist zu bedenken: Zusatzarbeiten sind prinzipiell nur dann gleichartig, wenn sie in örtlicher und zeitlicher Nähe zu erbringen sind.

## 7. Resümee

Ein Vertrag ist ein Bündel an Rechten und Pflichten, das durch ein Rechtsgeschäft geschnürt wird. Durch ein weiteres Rechtsgeschäft kann dieser Vertrag geändert werden (wobei Ort und Zeit beim Werkvertrag nicht bloß Nebenbestimmung sind).

Mit solch einem weiteren Rechtsgeschäft kann aber auch ein neuer („separater“) Vertrag abgeschlossen werden, der dann neben dem weiterhin existierenden ursprünglichen Vertrag besteht. Ob ein Vertrag geändert wird, oder ob ein (weiterer) Vertrag abgeschlossen wird, entzieht sich der Parteidisposition.

Erfolgt statt der Änderung eines Vertrages der Abschluss eines weiteren Vertrages, ist eine „Vermischung“ unbedingt zu vermeiden und es sind die beiden Verträge getrennt voneinander zu „behandeln“. Es kann einen ganz wesentlichen Unterschied machen, ob Leistungen aufgrund eines oder mehrerer Verträge erbracht werden.

Für neue Verträge ist es nicht möglich, bereits im Voraus die Bedingungen des „Hauptvertrages“ beidseits bindend vorzusehen. Will man dies erreichen, so muss man die Bedingungen des „Hauptvertrages“ in die „selbständigen Ausweitungen“ bei deren Vereinbarung einbeziehen. Was natürlich auch schlüssig geschehen kann.

Hermann Wenusch

38 Zum Formerfordernis der Schriftlichkeit: OGH 23.04.1998, 2 Ob 46/98y: „Ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit möglich und zulässig“; OGH 07.03.2006, 5 Ob 37/06m: „Das gilt selbst für den Fall, dass die Parteien die Schriftform auch für das Abgehen vom Erfordernis der Schriftlichkeit vereinbart haben“; OGH 02.09.2009, 7 Ob 136/09i: „Das gilt nicht nur für eine nachträgliche Vereinbarung, sondern auch für vorausgehende und gleichzeitige Nebenabreden“; OGH 21.02.2013, 9 ObA 156/12z: „Bereits durch den vom übereinstimmenden Willen beider Vertragspartner getragenen und von beiden Vertragspartnern als bindend erachteten Abschluss einer bestimmten Abrede kann die Abkehr vom Schriftformgebot vollzogen sein“.

39 OGH 27.4.2006, 2 Ob 248/05t unter Berufung auf 1 Ob 251/99i.

40 Vgl OGH 26.06.2007, 1 Ob 219/06x: „Nur wenn es im Vertrag keine besonderen Anhaltspunkte im Sinne des § 914 ABGB gibt, greift § 1152 ABGB“ oder OGH 24.2.1982, 3 Ob 658/81: „Haben aber die Parteien eine Entgeltsvereinbarung getroffen, bleibt diese auch dann gültig, wenn das vereinbarte Entgelt nicht angemessen im Sinne des § 1152 ABGB sein sollte“.

41 OGH 06.06.1974, 6 Ob 93/74. Dazu ist zu sagen, dass es dabei in Wahrheit nicht um die Angemessenheit des Entgelts, sondern den schlüssig vereinbarten Vertragsinhalt geht.