

Eine späte Glosse zu OGH 1 Ob 58/98f: „... über den Haufen geworfen“¹

Was passiert mit einer Pönalvereinbarung, wenn die Werkleistung durch Umstände, die auf der Seite des Bestellers liegen, erschwert wird?

Deskriptoren: Erschwernisse, Pönale, Vertragsauslegung; § 1168 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Die hier zu besprechende Entscheidung OGH 23.2.1999 1 Ob 58/98f lautet auszugsweise: *„Überschaubare kurzfristige Verzögerungen, die der Sphäre des Werkbesteller zuzurechnen sind, gleichviel ob sie von ihm angeordneten Leistungsänderungen oder der zögerlichen Erfüllung von dessen Mitwirkungspflichten entspringen, verlängern die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend; die Vertragsstrafe sichert dann die Einhaltung der so modifizierten (verlängerten) Ausführungsfristen. Überschreiten indes die aus der Sphäre des Werkbestellers herrührenden Verzögerungen das in erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Werkunternehmers abzulesende zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einzustellen hat, wird also der Zeitplan „über den Haufen geworfen“, dann gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Strafabrede geht ins Leere, selbst wenn der Unternehmer zur Leistung in angemessener Frist verhalten bleibt und insofern auch in Verzug geraten kann“.*

Eine rechtsdogmatische Begründung wird nicht geliefert – es wird nur auf die Judikatur des deutschen Bundesgerichtshofs bei „vergleichbarer Rechtslage“, die diesem zustimmende Lehre², OGH 19.12.1967 8 Ob 336/67 und *Mayrhofer* Ehrenzweig - Schuldrecht AT³ Seite 216³ verwiesen.

Der BGH begründet die Entscheidung⁴, auf die der OGH offenbar – zumindest mittelbar – Bezug nimmt, wonach eine Vertragsstrafe entfällt, wenn nicht vom Bauunternehmer zu vertretende Umstände dazu geführt haben, dass *„sein ganzer Zeitplan umgeworfen und er zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen wird“* (Hervorhebung durch den Autor), damit, dass ein Festhalten an der Vertragsstrafe *„nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen“* würde⁵. Der Verweis auf OGH 8 Ob 336/67 ist jedenfalls unverständlich, weil sich in dieser Entscheidung keinerlei für den gegenständlichen Fall dienliche Ausführungen finden.

Eine Berufung auf „Treu und Glauben“ kann heikel sein, wenn es über Fragen der Vertragsauslegung hinaus geht⁶. Es stellt sich daher die Frage, ob sich das Ergebnis nicht auch auf anderem Wege erzielen lässt.

In der Tat schert die Entscheidung zwei unterschiedliche Dinge über einen Kamm: Einerseits „weitere Verträge“⁷, die nach dem „Grundrechtsgeschäft“⁸ geschlossen werden (zB eine Änderung des Schuldverhältnisses durch Änderungsverträge; in der Entscheidung als „angeordnete Leistungsänderungen“ bezeichnet, was sicher unglücklich ist, weil eine Anordnung keinen Vertrag, sondern viel eher ein einseitiges Gestaltungsrecht vermuten lässt), andererseits eine Behinderung durch „zögerliche Erfüllung von Mitwirkungspflichten“ (gemeint wohl iSd § 1168 (2) ABGB; was allerdings auch nicht zutreffend ist, weil es nicht um eine Mitwirkung, sondern ebenfalls um eine Änderung (mit schleppender Entscheidung) gegangen ist)⁹.

Im Fall von neuen Verträgen zwischen den Parteien ist zu unterscheiden, ob es sich um Änderungsverträ-

1 Angeregt wurde dieser Beitrag durch den Vortrag „Der ‚über den Haufen geworfene‘ Bauzeitplan“ von Rechtsanwalt Mag. Lukas Andrieu, LL.M., BSc. am Baurechtsforum 2025.

2 Rieble in Staudinger, BGB¹³ § 339 Rz 106.

3 Aus FN 10 auf dieser Seite: „Umsoweniger verfällt der Vergütungsbetrag, wenn der Versprechende wegen einer Leistungsstörung des anderen Vertragspartners nicht erfüllen kann“.

4 Gemeint wahrscheinlich BGH 13.1.1966 VII ZR 262/63.

5 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch *Mayrhofer* in Ehrenzweig – Schuldrecht AT³ in § 3 Abschn V „Erfüllung nach Treu und Glauben“ (Hervorhebung durch den Autor) ausführt: „Wird eine Vertragsstrafe ohne Rücksicht auf das Verschulden an einer Vertragsverletzung festgelegt, so wird sie doch nicht geschuldet, wenn der Gläubiger die Erfüllung verhindert“.

6 Vgl *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 Rz 4 (Stand 1.11.2014, rdb.at): „Außerhalb des Bereiches der (auch ergänzenden) Vertrags-

auslegung ist Berufung auf Treu u Glauben kein Ersatz für dogmatische Begründung, wenn es, wie in aller Regel, um einschränkende oder ausdehnende Interpretation geschriebenen Rechtes geht“.

7 „Zusätzlich zum Leistungsverzeichnis wünschten der Beklagte und sein Mitauftraggeber auch de[n] Einbau von Fensterinnen- und -außenbänken; dieser Wunsch wurde ausgeführt“.

8 Vgl dazu *Faistenberger et al* in *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht AT² 23.

9 „In der Folge wurden der Leistungsumfang und das „Leistungsbild“ gegenüber dem Leistungsverzeichnis vom Beklagten und seinem Mitauftraggeber mehrfach abgeändert: Im Leistungsverzeichnis war für den Wohnzimmerbereich beider Haushälften ein diagonal verlegter Lärchenriemenboden vorgesehen. Der Beklagte und sein Mitauftraggeber wünschten jedoch dann wegen der von ihnen angenommenen besseren Wärmeleitung einen geklebt verlegten Fußboden und diesen überdies in einer anderen Holzart“.

ge¹⁰ handelt oder um zusätzliche Verträge: Bei einem Änderungsvertrag wird ein bestehendes Schuldverhältnis geändert, bei einem zusätzlichen Vertrag wird zu einem bestehenden Schuldverhältnis (zwischen den selben Parteien!) ein weiteres begründet¹¹.

Greift ein neues Schuldverhältnis nicht in ein bereits bestehendes ein (zB wenn zu einem bereits zuvor bestellten Bauwerk eine freistehende Garage „dazubestellt“ wird), so ist die Sache grundsätzlich recht simpel: Das bestehende Schuldverhältnis bleibt unberührt und eine allfällige Pönalabrede des Grundvertrages bleibt wie sie ist – sie betrifft (nach wie vor) nur die (ursprünglich) vereinbarte Leistung. Mittels Vertragsauslegung ist zu ermitteln, ob die bestehende Pönalabrede (oder eine irgendwie abgewandelte) auch für das neue Schuldverhältnis gelten soll. Greift ein neues Schuldverhältnis in ein bestehendes ein (zB wenn an ein bereits zuvor bestelltes Bauwerk eine Garage angebaut und diese auch konstruktiv verbunden werden soll), so wird erstens das bestehende Schuldverhältnis geändert und es tritt zweitens ein weiteres Schuldverhältnis hinzu. Hinsichtlich des neuen Schuldverhältnisses gilt das oben Gesagte, hinsichtlich des geänderten Schuldverhältnisses gilt das sogleich zu Sagende.

Natürlich kann ein bestehendes Schuldverhältnis durch einen Änderungsvertrag irgend wie angepasst werden, ohne dass sich ein neues Schuldverhältnis dazugesellt. Dabei kann auch – allenfalls schlüssig – eine getroffene Pönalabrede modifiziert werden. Bei der Auslegung des Änderungsvertrages ist wohl besonders auf den Umfang der Änderung abzustellen. Werden bloß dem Bauherrn etwa gleich aufwändig erscheinende Leistungselemente ausgetauscht, so bleibt es wohl bei der ursprünglichen Pönalabrede, wenn der Bauunternehmer nicht bis zum Abschluss des Änderungsvertrages erklärt, nur bei Entfall oder Anpassung der Pönalabrede zur Änderung der Bauleistung bereit zu sein. Nämliches gilt wohl häufig für den Fall, dass Leistungselemente entfallen sollen, wobei allerdings anzumerken ist, dass auch eine Minderleistung aufwändiger als die ursprüngliche Leistung sein kann – dies etwa dann, wenn ein Gerät aufgrund seiner Größe nicht mehr für die Werkleistung eingesetzt werden kann¹² (siehe dazu „*Neuordnung*“ in der Judikatur des BGH). Bei anderen geringfügigen Änderungen wird wohl schlüssig eine Anpassung des Pönaltermins vereinbart. Ganz wesentlich ist wohl der Ein-

druck, den der Bauunternehmer auf ein Änderungsangebot des Bauherrn hin erweckt. Bietet der Bauunternehmer von sich aus die Änderung der Leistung an, so spricht dies wohl dafür, dass die Pönalabrede aufrecht bleibt. Ist die vom Bauherrn gewünschte Änderung von einem Ausmaß, dass er keinesfalls annehmen darf, dass die Pönalabrede noch gelten soll, so entfällt diese zur Gänze.

Bei Erschwernissen, die der Seite des Bauherrn entspringen, bleibt das (ursprüngliche) Schuldverhältnis unverändert, auch wenn sich die Bauleistung (im physikalischen Sinn) und das dafür geschuldete Entgelt ändern. Es ist also wohl nicht richtig, wenn mitunter gesagt wird, dass „der Vertrag“ (gemeint: das Schuldverhältnis) durch eine Erschwernis „angepasst“ wird¹³, weil eben zwischen Vertrag, Schuldverhältnis und Leistung unterschieden werden sollte (obwohl hier natürlich nicht der „*Begriffsjurisprudenz*“¹⁴ das Wort geredet werden soll). Ganz deutlich zeigt sich dies übrigens bei einer „funktionalen“ Schuld: Stellt sich heraus, dass sich die Umstände (die nicht irgendwie festgelegt wurden) geändert haben, so muss der Unternehmer (physikalisch) andere als zunächst von ihm erwartete (physische) Leistungen erbringen, um den geschuldeten Erfolg zu erreichen, ohne dass sich das Schuldverhältnis dadurch irgendwie ändert.

Behinderungen können ganz streng genommen dazu führen, dass die geschuldete Leistung gar nicht mehr erbracht werden kann: Eine Leistung, die für die Monate Juni bis August versprochen wird, kann nach dem Juni nicht mehr erbracht werden. Das nach Quantität und Qualität beschriebene Ergebnis lässt sich zwar vielleicht noch immer erzielen, nur ist die Leistung in der Zeit von zB Oktober bis Dezember eben etwas anderes. § 1168 ABGB sorgt dafür, dass (mehr oder weniger) geringe Behinderung nicht als Unmöglichkeit anzusehen sind, sondern nur zu einer Anpassung der zu erbringenden Leistungen führen¹⁵. Irgendwann ist das Schuldverhältnis aber nicht mehr zu retten – irgendwann geht nämlich die „*Identität des Vertrages*“¹⁶ (besser wäre wohl: die „*Identität des Schuldinhalts*“ oder die „*Identität des Werks*“ oder die „*Identität der Ausführung*“) verloren und die geschuldete „*Ausführung des Werkes*“ muss daher unterbleiben.

Natürlich können die Vertragsparteien weiterhin die ursprünglichen Ziele des Bauherrn verfolgen und „weiter machen“ – dies etwa, um eine mühsame Auseinander-

10 Vgl OGH RIS-Justiz RS0032447.

11 Vgl dazu *Faistenberger et al* in *Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht AT² 24 „*Daher pflegt man zwischen Grundrechtsgeschäft und Rechtsverhältnis bei den Dauerschuldverhältnissen zu unterscheiden, während man bei den Zielschuldverhältnissen [...] sowohl den Vertrag wie das Schuldverhältnis zu verstehen pflegt; aber auch hier ist die Unterscheidung geboten*“. Ausführlicher: *Wenusch*, Die Abgrenzung von Verträgen ZRB 2024, 64 ff.

12 Näheres siehe *Wenusch*, Probleme der Teilabbestellung beim Werkvertrag ZRB 2014, 168 ff.

13 So zB *Kodek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1168 ABGB Rz 138 unter Verweis auf OGH 5 Ob 558/93: „*Aus systematischer Sicht handelt es sich bei § 1168 Abs 1 S 2 um eine gesetzliche Vertragsanpassung*“ (Hervorhebung im Original).

14 Siehe zB *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff¹² 109 ff.

15 Vgl dazu *Wenusch* § 1168 ABGB – die Rettung vor Unmöglichkeit ZRB 2023 117.

16 *Kodek* in *Draskovits et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag² 59.

setzung mit Streit darüber, was sich der Bauunternehmer (bei Unterbleiben der Ausführung) durch alternativen Erwerb anrechnen lassen muss, zu vermeiden; oder nur um zusätzliches Entgelt zu lukrieren. Dieses „Weitermachen“ bedarf natürlich eines weiteren Vertrages, der wohl (fast) immer konkludent abgeschlossen wird ... Ist die Erschwernis nur von einem solchen Umfang, dass die Identität des Werkes nicht verloren geht, bleibt das Schuldverhältnis aufrecht, auch wenn die Parteien etwas anderes leisten müssen, als sie zunächst erwartet haben: Der Unternehmer muss die Erschwernis mit einem geänderten Einsatz an Produktionsfaktoren bewältigen und der Besteller muss mehr zahlen¹⁷. Nun stellt sich in der Tat die Frage, was in einem solchen Fall mit einer getroffenen Pönalabrede passiert.

Eine Möglichkeit wäre eine ergänzende Vertragsauslegung des Grundvertrags: Was hätten die Vertragsparteien („*unter der Maxime redlichen Handelns*“¹⁸) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hinsichtlich der Pönale vereinbart, wenn sie diesbezüglich die Möglichkeit von Erschwernissen (wie der dann auch tatsächlich eingetretenen) bedacht hätten.

Eine andere Möglichkeit ist, eine Regel aus dem Gesetz herzuleiten: § 1168 (1) ABGB spricht für den Fall von Erschwernissen von einer „*angemessenen Entschädigung*“. Dies lässt sich wohl ohne besonderen Zwang (und ohne auf die Einzelheiten der Gesetzesauslegung näher einzugehen) so verstehen, dass die Pflichten des Schuldverhältnisses insgesamt „*angemessen*“ anzupassen sind – so auch die Pönalverpflichtung.

Geht ein Unternehmer eine Pönalverpflichtung ein, so wird er das damit verbundene Risiko abwägen, das er mit dem von ihm gewählten Produktionsprogramm (und natürlich angesichts der ihm zur Verfügung stehenden Produktionsfaktoren) eingeht. Eine angemessene Anpassung der Pönalregelung ist also, dass diese prinzipiell bestehen bleibt, wenn keine grundsätzliche „*Neuordnung*“ (siehe dazu die oben angeführte Entscheidung des BGH!) des Produktionsprogramms erforderlich ist. Natürlich erfordert eine angemessene Anpassung aber auch ohne eine erforderliche „*Neuanordnung*“ eine Verlängerung der Leistungsfrist, um die „*Balance*“ zu wahren. Ist eine „*Neuanordnung*“ notwendig, so muss die Pönalregelung entfallen, auch wenn noch immer von einer Identität der „*Ausführung des*

Werks“ gesprochen werden kann. Geht diese Identität verloren, so unterbleibt die „*Ausführung des Werks*“ und die Pönalregelung ist ohnehin hinfällig.

Die hier besprochene Entscheidung spricht davon, dass es für die Frage, ob eine Pönalabrede wegen eines Erschwernisses entfällt, entscheidend ist, ob der „*Zeitplan* „über den Haufen geworfen““ wird. Die Bezeichnung „*Zeitplan*“ (gemeint damit ist offenbar der Zeitplan des Unternehmers und nicht ein allenfalls vereinbarter Zeitplan) ist wohl nur ein etwas laienhafter Ausdruck für den Begriff „*Produktionsprogramm*“ (oder, wenn auch etwas unscharf, „*Arbeitsvorbereitung*“).

Eine Pönale wird von einem Werkunternehmer dann versprochen, wenn er sich (mehr oder weniger) gewiss ist, dass er mit dem gewählten Produktionsprogramm rechtzeitig fertig wird. Diese Gewissheit hat er bei einem anderen Produktionsprogramm aber vielleicht nicht – selbst wenn er zunächst glaubt, auch mit diesem Programm den Fertigstellungstermin einzuhalten – bloß zu „*glauben*“ ist eben etwas anderes, als sich dessen gewiss zu sein – eine zunächst nicht gegebene Unsicherheit entsteht; bei dieser Unsicherheit hätte er möglicherweise keine Pönale versprochen.

Ein praktisches Beispiel: Ein Bauunternehmer verfügt über einen großen Bagger samt Fahrer. Durch eine Erschwernis ist das Arbeitspensum nur mehr mit zwei kleinen Baggern zu erledigen – prinzipiell auch in der selben Zeit. Der Bauunternehmer muss aber die zwei kleinen Bagger und einen zusätzlichen Fahrer aber erst beschaffen – es ist fraglich, ob er dies kann und wenn, dann in welcher Zeit. Und es ist auch fraglich, ob „*sein*“ Baggerfahrer mit dem kleinen Gerät (ohne „*Gewöhnungszeit*“ sofort) optimal umgehen kann.

Auch bei der **Ausübung von dem Besteller eingeräumten Gestaltungsrechten** können die Überlegungen zu einer Erschwernis wohl nützlich sein: Wenn bei einem vereinbarten Gestaltungsrecht nicht eine starre (dh auch bei jeder denkbaren Ausübung geltenden) Pönalfrist vereinbart ist, kann es zur Anpassung bzw auch zum Entfall kommen (etwas verkürzt flapsig ausgedrückt: Die Ausübung eines Gestaltungsrechts führt zu einer Erschwernis).

Korrespondenz:

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

17 Einzelheiten dazu siehe zB Wenusch, Nochmals: Das Entgelt, das dem Werkunternehmer für eine Erschwernis zusteht ZRB 2023, 79.

18 Heiss/Mahmud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 914 Rz 81 (Stand 15.10.2024, rdb.at).