

# Probleme der Teilabbestellung beim Werkvertrag

Der Grundsatz, wonach der Werkbesteller den Werkvertrag jederzeit abbestellen kann, darf nicht dazu führen, dass dem Unternehmer eine Leistung aufoktroiert wird, zu der er sich nicht verpflichten wollte – genau das kann aber der Fall sein, wenn man eine bloß teilweise Abbestellung von noch zu erbringenden Leistung zulässt. Bei einer (teilweisen) Abbestellung hat der Werkunternehmer ein Rudiment erstellt – dass er dafür keinesfalls gewährleistungspflichtig wird, wie der OGH (in 7 Ob 43/14w; siehe Seite 195 in diesem Heft) judiziert, muss nicht in jedem Fall zutreffen.

Deskriptoren: Werkvertrag, Gewährleistung, Abbestellung, Ersparnis, pacta sunt servanda; §§ 1167 f ABGB.

Von Hermann Wenusch

---

## 1. Vorbemerkung

Nach herrschender Auffassung kann der Besteller das vertraglich vom Unternehmer zu errichtende Werk je-

derzeit abbestellen, weil ihm nicht etwas aufgezwungen werden soll,<sup>1</sup> wo es doch dem Unternehmer gar nicht darauf ankommt, das Werk zu errichten, sondern er nur Interesse am Entgelt hat, das er – wenn auch allenfalls nur eingeschränkt – trotz der Abbestellung erhält.

Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ wird zugunsten des Bestellers durchbrochen: Er muss nicht zusehen, wie ein nunmehr ungewünschtes Werk entsteht, das er dann mit zusätzlichen Kosten wieder entfernen (oder im besten Fall abändern) muss.

Abgesehen davon kommt dem Besteller als weitere Wohltat zugute, dass er nicht das (ganze) vereinbarte Entgelt bezahlen muss, sondern, dass er das abziehen darf, was sich der Unternehmer erspart oder durch anderweitige Verwendung erwerben kann (Der OGH verweist diesbezüglich auf „die in § 1168 ABGB vorgesehenen Folgen“<sup>2</sup>).

Anders als in Österreich ist der Fall der Abbestellung in Deutschland (dort Kündigung genannt) in § 649 dBGB („Kündigungsrecht des Bestellers“) geregelt: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen“.

Anders als in Österreich gibt es in Deutschland also eine – natürlich widerlegbare – gesetzliche Vermutung, dass sich der Unternehmer im Falle der Abbestellung einen Betrag erspart, der 95% des auf die abbestellten Werkteile entfallenden Entgelts ausmacht. In Österreich hat der „Abbesteller“ die Ersparnis des Unternehmers zu beweisen.<sup>3</sup> So weit, so gut.<sup>4</sup> Doch können mit einer Abbestellung durchaus Probleme entstehen, die bislang offensichtlich höchstens am Rande erkannt wurden:

- Ist eine Abbestellung von Teilen tatsächlich jedenfalls zulässig?
- Trägt der Unternehmer eine Gewährleistung für das von ihm errichtete Rudiment?

## 2. Zulässigkeit der Teilabbestellung

Zunächst zur Frage, ob eine Abbestellung von Teilen des bestellten Werks an sich zulässig ist. Dabei bleiben jene Fälle außer Betracht, in denen dem Unternehmer sehr wohl ein über das bloße Entgelt hinausgehendes Interesse zugestanden werden muss (etwa im Lehrbuchbeispiel der Errichtung eines Kunstwerkes).

Keine Probleme bereitet sicher die Konstellation, in der alle noch nicht erbrachten Leistungen abbestellt werden. Es wird einfach ein „Schlussstrich“ gezogen und die Errichtung der bis dahin unerledigten Werkteile unterbleibt.

Interessant ist aber die Konstellation, in der bloß einzelne, der noch nicht erbrachten Leistungen abbestellt werden, andere aber eben nicht (dh diese Werkteile sollen sehr wohl noch errichtet werden).

Hier erscheinen wohl zunächst die Fälle einfach, in welchen es um in sich abgeschlossene Teilleistungen geht: Von einem Doppelhaus wird eine der bauphysikalisch völlig voneinander abgekoppelten Hälften abbestellt. Der Unternehmer kann seine Komposition an Produktionsfaktoren<sup>5</sup> (in der Sprache der Baupraktiker: die Resultate seiner Arbeitsvorbereitung) einsetzen, auch wenn einzelne Produktionsfaktoren falsch dimensioniert sind (im Beispiel zB das Betriebsmittel „Kran“, das im Endeffekt zu groß für bloß die eine Doppelhaushälfte ist). Schwieriger ist es, wenn die abbestellten Teilleistungen dazu führen, dass der Unternehmer seine Komposition an Produktionsfaktoren nicht mehr einsetzen kann: Vereinbart ist zunächst die Herstellung einer („großen“) Baugrube mit einer bestimmten Kubatur, in welche Bagger und LKW über eine Rampe einfahren können, um diese auszuheben; durch die Abbestellung von Aushub (Verkleinerung der Baugrube) ist dies dann aber nicht mehr möglich – die („kleinere“) Baugrube muss nun auf andere Art und Weise ausgehoben werden. Oder es wird zunächst die Herstellung eines Tunnels mit einem be-

1 „Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Ausführung oder Vollendung des Werkes, ein Recht auf Beschäftigung steht ihm nicht zu. Der Besteller kann vielmehr nach seinem Belieben die Inangriffnahme oder die Fortsetzung und Vollendung des Werkes hindern, da es unbillig und unzumutbar wäre, ihn zu zwingen, das Werk auch dann herstellen zu lassen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht“ (ständig seit OGH 7.4.1976, 1 Ob 576/76).

2 „Das Gesetz kennt im Rahmen eines Werkvertrages keinen Anspruch des Unternehmers auf Herstellung und Abnahme des Werkes. Die Pflicht des Bestellers erschöpft sich in der Gegenleistung“ (ständig seit OGH 1.2.1972, 5 Ob 9/72, SZ 45/11).

3 OGH 14.12.2011, 3 Ob 126/11t.

4 „Der Unternehmer muß nicht von sich aus die Anrechnung vornehmen; vielmehr hat der Besteller zu behaupten und zu beweisen, was sich der Unternehmer anrechnen lassen muß“ (OGH 10.06.1999, 2 Ob 54/99a).

5 Wenn man davon absieht, dass der Unternehmer sehr wohl ein Interesse an Beschäftigung haben kann (und wenn er nur den Unkenrufen „schau, der hat keine Arbeit“ entgegen will).

5 Jede Produktion kann als Kombination bestimmter Faktoren (nach Gutenberg [Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre - Die Produktion] sind dies zB Arbeitsleistung, Betriebsmittel und Werkstoff) angesehen werden. Die Komposition dieser Produktionsfaktoren („das Rezept“) ist „die Spezialität“ des Unternehmers. Dabei ist zu beachten, dass die Produktionsfaktorenkomposition nicht nur aus der Art und Beschaffenheit der Produktionsfaktoren (qualitative Komponente: „was“) sowie deren Menge (quantitative Komponente: „wie viel“), sondern auch aus der Art und Weise der Kombination (prozedurale Komponente: „wie“) besteht. Bei der Art und Weise der Kombination spielt die Zeit (zeitliche Komponente: „wann“) sicher eine besondere Rolle.

stimmten Querschnitt vereinbart; durch die Abbestellung von Ausbruch (Verkleinerung des Querschnitts) kann die vom Unternehmer ursprünglich vorgesehene Tunnelfräse nicht mehr eingesetzt werden.

Die Beispiele zeigen: So unproblematisch, wie eine Teilabstellung vielleicht zunächst erschienen mag sei, muss sie nicht sein. Eine Teilabbestellung kann nämlich dazu führen, dass sich – bei naturwissenschaftlich analytischer Betrachtung – die vom Unternehmer zu leistende Erbringung nicht nur quantitativ, sondern qualitativ ändert. Nimmt man die Privatautonomie und das Prinzip „pacta sunt servanda“ ernst, so kann man vom Unternehmer wohl nicht verlangen, etwas ganz anderes zu leisten, als wozu er sich verpflichten wollte.

Es zeigt sich, dass es irreführend sein kann, davon zu sprechen, dass der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg schuldet.<sup>6</sup> Man könnte geneigt sein, aufgrund eines simplen Größenschlusses anzunehmen, dass er das „kleinere Ergebnis“ natürlich auch schuldet, wenn er doch schon das „große Ergebnis“ schuldet (das „große“ und das „kleine“ Ergebnis unterscheiden sich gezwungenermaßen durch die Quantität – die Tatsache, dass jedenfalls ein Unterschied besteht, täuscht nun leicht darüber hinweg, dass eventuell nicht nur ein problemloser quantitativer, sondern vielmehr auch ein sehr wohl problematischer qualitativer Unterschied besteht). Man sollte vielmehr davon sprechen, dass der Unternehmer eine bestimmte Errichtung schuldet.<sup>7</sup> Hier kann zwar zunächst auch der Größenschluss unproblematisch angewendet werden: Wenn der Werkunternehmer das „mehr an Errichtung“ schuldet, so schuldet er erst recht das „Weniger an Errichtung“. Es wird aber deutlich, dass keinesfalls eine „andere Errichtung“ (selbst wenn diese augenscheinlich für ihn weniger beschwerlich ist) geschuldet wird. Die „große Errichtung“ und die „kleine Errichtung“ zeichnet aus, dass letztere mit der Produktionsfaktorkomposition der ersteren erfolgen kann. Umgelegt auf die oben genannten Beispiele: Die Baugrube ist zwar kleiner, doch kann sie noch immer befahren werden, womit der Aushub wie geplant erfolgen kann. Der Tunnelquerschnitt ist zwar kleiner, doch kann die ursprünglich vorgesehene Vortriebsmethode noch immer angewandt werden.

Praktisch kann fraglich sein, was gelten soll, wenn die ursprünglich vorgesehene Komposition an Produktionsfaktoren für das zunächst vereinbarte Werk gar nicht tauglich war und für das reduzierte Werk noch immer ist. Dann ist wohl – ohne dies hier allerdings näher zu untersuchen – zu fragen, ob die für das ursprüngliche

Werk richtige Produktionsfaktorenkomposition auch für das durch die Teilabbestellung betroffene Werk anwendbar ist.

Ein besonderes Problem ergibt sich schließlich bei „verschränkten“ Leistungen – dh bei Teilleistungen, die für andere Teilleistungen nötig sind: Wird die „Unterkonstruktion“ abbestellt, so kann wohl die darauf aufbauende „Oberkonstruktion“ nicht (jedenfalls nicht unverändert) Schuldinhalt bleiben.<sup>8</sup> Das gilt auch für den Fall, dass die abbestellte Unterkonstruktion vom Besteller zur Verfügung gestellt wird: Den Unternehmer träfe danach nämlich plötzlich eine Warnpflicht für die als „Stoff“ zur Verfügung gestellte Unterkonstruktion. Diese Warnpflicht hat ursprünglich nicht bestanden und die Aufbüdung einer neuen Pflicht verstößt sicher gegen das Prinzip der Privatautonomie und ist daher unzulässig.

Anzumerken ist, dass die Vereinbarung eines Leistungsverzeichnisses<sup>9</sup> nicht darüber hinweg täuschen darf, dass es sich bei einem Einheitspreisvertrag nicht um einen Rahmenvertrag handelt, aus dem vom Besteller beliebig Leistungen abgerufen werden können.<sup>10</sup> Geschuldet wird auch dabei eine ganz bestimmte Errichtung und wenn eine Reduktion durch eine Teilabbestellung die ursprüngliche Produktionsfaktorenkomposition untauglich macht oder dem Unternehmer eine zunächst nicht geschuldete Warnpflicht aufbürdet, ist eine solche nicht zulässig.

Zu beachten ist im gegebenen Zusammenhang, dass nur solche Leistungen abbestellt werden können, die vom Unternehmer noch geschuldet werden. Das klingt logisch, wird aber – vor allem in der Praxis – nicht immer gesehen. Es ist möglich, dass Teilleistungen auch ohne physische Erbringung (gleichsam „von selbst“) „erledigt“ werden können. Solche Leistungen, die durch die Erledigung nicht mehr geschuldet werden, können danach nicht mehr abbestellt werden: Wird vereinbart, dass der Unternehmer für ein bestimmtes ihm zugeordnetes Risiko ein bestimmtes Entgelt erhält, so kann diese Risikoübernahme nicht abbestellt werden, wenn die Risikoübernahme – eben ohne Verwirklichung des Risikos – bereits konsumiert wurde. Wird beim Unternehmer die Wasserhaltung für den Fall eines Anstiegs des Grundwassers bestellt und tritt der Anstieg nicht ein, so kann die Wasserhaltung nicht mehr abbestellt werden.

6 Vgl zB OGH 14.3.1984, 1 Ob 40/83: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“.

7 Vgl zB *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 177.

8 Die „Verschränkung“ wirkt häufig nur in eine Richtung: Eine Oberkonstruktion setzt zwar die Unterkonstruktion voraus, die Unterkonstruktion aber setzt wohl nur ausnahmsweise die Oberkonstruktion voraus.

9 Zum Begriff: *Bammer*, Leistungsverzeichnis („LV“), ZRB 2012, VII.

10 Siehe zB *Wenusch*, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis, in *ÖGeBau* (Hrsg), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, 331 ff.

Bei einem Einheitspreisvertrag können aber auch einzelne Positionen (die dann häufig als „Wahlposition“ bezeichnet werden) durchaus als „wenn erforderlich“ zu verstehen sein: Die entsprechenden Leistungen sind zu erbringen, falls sie notwendig werden. Sie sind in diesem Fall (und nur dann) auch zu bezahlen. Werden sie nicht notwendig, so sind sie nicht zu bezahlen, ohne dass es sich dabei um eine Abbestellung handelt.

Ansonsten können aber – wie gesagt – einzelne Positionen nicht einfach entfallen. Ob es sich bei einer Position eines Einheitspreisvertrages um eine „wenn erforderlich“-Position handelt oder eine Position, die ein gegebenenfalls abzubestellender Schuldinhalt ist, lässt sich nur im Einzelfall ermitteln.

Das Problem der eingeschränkten Zulässigkeit von Teilabbestellungen wird für den Besteller allerdings wesentlich entschärft: Er kann das gesamte Werk abbestellen und dem Unternehmer zugleich anbieten, mit ihm einen Vertrag über die Errichtung eines anderen Werks abzuschließen. Der Unternehmer muss sich dann das anrechnen lassen, was er alternativ erwirtschaften konnte. Natürlich bietet das Raum für ewige Diskussionen, ob der Unternehmer das andere Werk überhaupt errichten muss und was er gegebenenfalls anzurechnen hat, dies soll hier aber nicht näher erörtert werden.<sup>11</sup>

### 3. Gewährleistung nach Abbestellung

Nun zur Frage, ob der Unternehmer Gewährleistung für das von ihm errichtete Rudiment tragen muss (andere „Haftungen“ bleiben hier ausgeklammert): Der Unternehmer schuldet die Errichtung des Werks und er hat für die Beschaffenheit (die Eigenschaften) dieses Werks Gewähr zu leisten. Es erscheint nun selbstverständlich, dass der Unternehmer nicht für die Eigenschaften eines fertigen Werkes haften kann, wenn er dieses Werk gar nicht fertig gestellt hat – oder besser: wenn er das Werk aufgrund einer Abbestellung nicht fertig stellen konnte/durfte. Gilt das auch für allfällige Rudimente?

In einer rezenten Entscheidung hat der OGH für den Fall einer Abbestellung eine Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers für das von ihm erbrachte Rudiment verneint: „Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche d[es Bestellers] auf Übergabe eines [...] mängelfreien Werks“.<sup>12</sup>

Dass dies nicht immer sachgerecht sein kann, zeigt ein Blick auf folgende Beispiele: Vereinbart wird die Errichtung einer Wohnanlage, die aus mehreren völlig selbständigen Gebäuden besteht – eines der Gebäude wird

abbestellt. Vereinbart wird die Errichtung eines Teilstücks einer Autobahn über mehrere Kilometer – ein paar hundert Meter (am Ende des Teilstücks) werden abbestellt. Vereinbart wird die Errichtung eines schlüsselfertigen Hauses – die Innenfußböden werden abbestellt. Es ist wohl nicht einzusehen, dass für die bereits zur Gänze fertig gestellten Wohnhäuser, die bereits fertig gestellte Autobahn oder den bereits fertig gestellten Rohbau keine Gewähr mehr zu leisten ist.

Es ist wohl zu unterscheiden, ob die Abbestellung mengen- oder zeitbezogen ist. Wird vereinbart, dass der Unternehmer mehrere Räume eines Gebäudes ausmalen soll und wird die Malerei für einen der Räume später abbestellt, so ist diese Abbestellung mengenbezogen. Hat bei gleicher Ausgangslage der Unternehmer augenscheinlich nur den einen der auszumalenden Räume nicht ausgemalt und der Bauherr bestellt alle bis dahin noch nicht erbrachten Leistungen ab, so ist diese Abbestellung zeitbezogen.

Bei einer zeitbezogenen Abbestellung kann der Unternehmer immer einwenden, dass er ja noch nicht fertig sei und er die bestehenden „Leistungsdefizite“<sup>13</sup> schon noch vor Ablieferung behoben hätte: Der Maler und Anstreicher aus dem soeben genannten Beispiel kann – vielleicht mit gutem Grund – behaupten, dass er bestehende Fehlstellen der bereits hergestellten Malerei zugleich mit der Herstellung der noch ausstehenden ausgebessert hätte.

Bei der mengenbezogenen Abbestellung betrifft diese die Gewährleistung für die anderen Räume nicht – es ist bloß das Ausmaß des geschuldeten Erfolgs, nicht aber dessen Qualität betroffen.

Nachdem bei „verschränkten“ Teilleistungen eine Teilabbestellung nicht in Frage kommt (siehe oben), erübrigen sich Überlegungen hinsichtlich der Auswirkungen auf die Gewährleistung. Wird bei verschränkten Teilleistungen eine Teilabbestellung vom Unternehmer „akzeptiert“, so wird der Vertrag dadurch geändert – die Gewährleistungsfrage ist nun anhand der neuen Vertragslage zu lösen.

Eine Abbestellung mag vielleicht auf den ersten Blick wie eine zeitbezogene aussehen, obwohl sie dies in Wahrheit nicht ist – ein solcher Schein rührt daher, dass die abbestellten Quantitäten im Arbeitsablauf erst später zu erbringen gewesen wären. Das ändert nichts daran, dass es sich bloß um eine mengenmäßige Reduktion handelt.

Es gilt nun diese Überlegungen auf folgenden Fall anzuwenden: Vereinbart ist zunächst die Errichtung eines

11 Vgl. dazu *Wenusch*, Zum „unverbindlichen“ Kostenvoranschlag, ZRB 2012, 37 ff.

12 OGH 4.6.2014, 7 Ob 43/14w.

13 Um eine terminologische Abgrenzung von der Gewährleistung zu schaffen, welche ja eine – hier eben nicht vorliegende – „Ablieferung“ voraussetzt, soll in diesem Zusammenhang nicht von Mängeln gesprochen werden.

kompletten Hauses. Nach der Errichtung des Kellers samt Kellerdecke bestellt der Bauherr den Rest des Gebäudes ab (er fordert aber eben nicht die sofortige Einstellung sämtlicher Arbeiten). Das hergestellte Mauerwerk des Kellers entspricht nicht der Vereinbarung. Zunächst ist zu konstatieren, dass keine Verschränkung vorliegt, weil die Herstellung des Kellers von der Herstellung des restlichen Gebäudes unabhängig ist. Es handelt sich auch um eine mengenbezogene Abbestellung – der Umstand, dass die abbestellten Teilleistungen allesamt nach dem bereits erstellten Rudiment zu erbringen sind, darf darüber nicht hinweg täuschen. Der Unternehmer ist also für das Kellermauerwerk gewährleis-

tungspflichtig, wenn man unterstellt, dass der Bauherr dieses übernommen hat (alternativ ist wohl auch trotz Teilabbestellung ein Erfüllungsanspruch hinsichtlich der nicht abbestellten Teile denkbar). Entgegen der Unternehmer dem die gewährleistungsrechtliche Mängelbehebung begehrenden Bauherrn, dass er mit dem Kellermauerwerk noch nicht fertig sei und er die Leistungsdefizite im Zuge der Erfüllung beheben werde, so ist dies im Ergebnis wohl ident und erfordert keine weitere Erörterung.

Fordert der Bauherr aber die sofortige Einstellung der Arbeiten, so muss Gewährleistung ausscheiden, sofern nicht bereits eine Teilübergabe stattgefunden hat.

---

## Fazit

- Eine Teilabbestellung ist nur zulässig, wenn die nicht abbestellten Teilleistungen mit den abbestellten Teilleistungen verschränkt sind (dh von jenen abhängen).
- Eine Teilabbestellung, die nicht alle erst zu erbringenden Teilleistungen umfasst, ist nur dann zulässig, wenn die noch zu erbringenden Teilleistungen mit der ursprünglich vom Unternehmer gewählten Komposition an Produktionsfaktoren erbracht werden können.
- Eine Teilabbestellung ist nur hinsichtlich nicht konsumierter Teilleistungen zulässig.
- Gewähr für das vom Unternehmer erstellte Rudiment ist nur dann zu leisten, wenn durch die Teilabbestellung bloß Quantitäten betroffen sind und der Unternehmer Gelegenheit hat, die verbliebenen Teilleistungen fertigzustellen.