

FESTSCHRIFT GEORG KARASEK



A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script. The signature starts with a large, sweeping 'U' shape on the left, followed by a horizontal line that curves upwards and then downwards to end in a small hook on the right.

Festschrift

GEORG KARASEK

herausgegeben von

Mag. Clemens M. Berlakovits
Mag. Wolfgang Hussian
Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka



Wien 2018
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Mit freundlicher Unterstützung von



Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-17101-8

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Bildnachweis: © KWR

Satzherstellung: Christian Taufer

Druck: FINIDR, s. r. o., Český Těšín

Vorwort

Georg Karasek feiert seinen 65. Geburtstag und zu diesem Anlass wollen wir ihm natürlich eine Freude bereiten. Schon lange vor diesem Ereignis gab es daher den Plan, den Jubilar zu dieser Gelegenheit mit einer Festschrift zu ehren. Wir freuen uns, dass dies nunmehr gelungen ist.

Üblicherweise werden Festschriften für Universitätsprofessoren geschrieben und damit ihr akademisches Wirken gewürdigt. Die vorliegende Festschrift ist somit eine Besonderheit, genauso wie auch der Jubilar selbst. Selten ist ein Rechtsgebiet so mit einem Namen verbunden, wie es bei *Georg Karasek* der Fall ist. Er ist als Experte für Bauvertragsrecht nicht nur Juristen bekannt, sondern darüber hinaus wohl jedem in der Bauwirtschaft.

Ein gewichtiger Beleg für die Bedeutung des Jubilars für das österreichische Bauvertragsrecht, ist die Auszeichnung, dass sein Name auch für sein Hauptwerk steht. Spricht man von „dem Karasek“ kann damit entweder der Jubilar selbst oder sein umfangreicher, stolze 1169 Seiten umfassender Kommentar zur ÖNORM B 2110 gemeint sein, der – bereits in dritter Auflage bei Manz erschienen – wohl als das Standardwerk zum österreichischen Bauvertragsrecht angesehen werden darf.

Der Jubilar hat sich aber nicht nur als erfolgreicher Rechtsanwalt und durch seine umfangreichen Publikationen um das Bauvertragsrecht verdient gemacht. Er ist darüber hinaus ein gefragter Vortragender und hat nicht zuletzt auch aufgrund seiner Lehrtätigkeit an der Universität Wien bei vielen Studenten der Rechtswissenschaft das Interesse an diesem Rechtsgebiet geweckt.

Schon bei der Lektüre der literarischen Werke von *Georg Karasek* erkennt der Leser sofort, dass hier ein Autor mit Hirn und Herz schreibt. Jeder, der den Jubilar kennt, wird berichten können, welchen Spaß es bereitet, mit ihm juristische Lösungen zu diskutieren. Die Offenheit in der Diskussion und der Respekt vor der Meinung des Gegenübers zeichnen hierbei *Georg Karasek* aus. Dieses Engagement für das Bauvertragsrecht und das über die anwaltliche Praxis hinausgehende Interesse an der Lösung der bauvertraglichen Fragestellungen, sind für den Jubilar charakteristisch.

Mit dieser Festschrift wollen wir aber nicht alleine den Juristen, sondern auch den Menschen *Georg Karasek* würdigen. Wir alle schätzen seinen Humor und seine unkomplizierte, gesellige Art. Vielleicht war dies auch einer der Gründe, weshalb sich so viele Autoren spontan und gerne bereit erklärten, einen Beitrag für diese Festschrift zu schreiben und so zu deren Gelingen beizutragen. Der Bogen der Autoren ist dabei weit gespannt und umfasst nicht nur den gesamten deutschsprachigen Raum, sondern auch verschiedene Professionen, von Juristen zu Technikern, von Rechtsanwälten bis zu Universitätsprofessoren.

Besonderer Dank gilt an dieser Stelle auch dem Verlag Manz, der sich sofort bereit erklärte, diese Festschrift zu verlegen.

Wien, im September 2018

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Georg Adler</i> Investitionsschutz in der Bauwirtschaft	1
<i>Thomas Anderl/Wolfgang Müller/Lukas Peissl</i> Der widersprüchliche Werkvertrag – Grenzen des Irrtumsrechts und alternative Lösungswege	25
<i>Philipp Anzenberger/Konstantin Pochmarski</i> Der rechtliche Schulterchluss der Werkunternehmer	47
<i>Constantin Benes/Christina Fritz/Peter Madl</i> BIM – Building Information Modeling	63
<i>Clemens M. Berlakovits/Natascha Stanke</i> Das Sicherstellungsrecht des Auftragnehmers gemäß § 1170b ABGB	77
<i>Anton Draskovits/Peter Hössl</i> Einhaltung eines Baukostenrahmens	97
<i>Helmuth Duve</i> Der Traum des Auftragnehmers und seine Erfüllung?	113
<i>Bernt Elsner</i> Standardisierte Leistungsbeschreibungen in der öffentlichen Auftragsvergabe	135
<i>Klaus Eschenbruch</i> Terminfortschreibung und Pufferlogik	153
<i>Elisabeth Fischer/Thomas Frad</i> Alternative Beilegung von Baukonflikten	159
<i>Gerald Fuchs</i> Gebäude im Spannungsfeld sich ändernder und divergierender rechtlicher Anforderungen	175
<i>Gerald Goger</i> Die Digitalisierung des Baubetriebes – neue Anforderungen an den Bauvertrag?	197

<i>Hans Gölles</i> Mehrkostenforderungen	219
<i>Thomas Haberer</i> Die Bau-ARGE nach der GesbR-Reform	231
<i>Roland Haring</i> Grenzen des Grundsatzes „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“	251
<i>Detlef Heck</i> Bauen NEU denken!	265
<i>Ingo Heegemann</i> Auswirkungen von Überstunden auf die Lohnkosten – eine kritische Detailbetrachtung	273
<i>Christian Hofstadler</i> Mit der Projektvorlaufzeit und Bauzeit gibt der Bauherr das Tempo vor und bestimmt damit wesentlich den Projekt(miss)erfolg	287
<i>Michael Hule</i> Privat-Sachverständigengutachten im Bauprozess	321
<i>Roland Hürlimann</i> Bau-Schiedsgerichtswesen in der Schweiz	343
<i>Wolfgang Hussian</i> Die Übertragbarkeit von (nicht) kalkulierbaren Risiken beim Bauwerkvertrag	355
<i>Karl Kaineder/Doris Link</i> Die unterschätzte Bedeutung der Örtlichen Bauaufsicht	369
<i>Andreas Kletečka</i> Der widersprüchliche Werkvertrag – Die Lösungsalternativen	391
<i>Georg Kodek</i> Zur Haftung des Ziviltechnikers bei einem Bietersturz	407
<i>Andreas Kropik</i> Die Baukalkulation	423
<i>Barbara Kuchar/Daniela Rauch</i> Die Freiheit des Straßenbildes in Österreich – Harmonisierungsbestrebungen in der EU	449
<i>Thomas Kurz</i> Der Bauprozess	461

<i>Stefan Lampert</i> Der Einwand der UVP-Pflicht im Bauverfahren	477
<i>Andreas Lang</i> Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft des Bauunternehmers bei Behinderungen des Bauablaufs durch den Auftraggeber	489
<i>Hans Lechner</i> Entscheidungen und Änderungen in der Projektarbeit	507
<i>Rudolf Lessiak</i> Der verdeckte Mangel	541
<i>Jochen Markus</i> Die Vergütung zeitgebundener Kosten im Tunnelbau – ein Erfahrungsbericht aus der deutschen Vertragspraxis	591
<i>Anna Mertinz</i> Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft	603
<i>Katharina Müller/Mathias Ilg</i> Die Mehrkostenforderung infolge von gestörten Bauabläufen	617
<i>Sonja Müllner</i> Die Reform des deutschen Bauvertragsrechts	645
<i>Wolfgang Oberndorfer</i> Der Bausachverständige und die in Vergessenheit geratene Ethik	657
<i>Johannes Olischer</i> Gewährleistungsfristen im ABGB – Beginn, Lauf und Besonderheiten	681
<i>Matthias Rant</i> Ansätze von Industrie 4.0 in der Bauwirtschaft	695
<i>Bernhard Raschauer</i> Bauten vorübergehenden Bestandes	715
<i>Gerhard Saria</i> Stand der Praxis und guter technischer Standard statt Stand der Technik?	727
<i>Jan Philipp Schifko/Magdalena Zwarnig</i> Der Vertrauensverlust als Rücktrittsgrund beim Bauwerkvertrag	747
<i>Paul Schmidinger</i> Haftungsrechtliche Fragen der örtlichen Bauaufsicht	759
<i>Alexander Schopper</i> Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund nach dem ABGB	769

<i>Georg Seebacher</i> Das Mitverschulden des Bauherren für (Planungs-)Fehler seiner Architekten im Gegenwind der jüngeren Rechtsprechung	783
<i>Rainer Stempkowski</i> Bauwirtschaftliche Nachweisführung	797
<i>Arnold Tautschnig/Phillipp Baldauf/Anna Thurnes</i> Forcierungskosten	819
<i>Katharina Trettnak-Hahnl</i> Ausschreibungspflichtiger Bauauftrag oder vergabefreies Immobiliengeschäft?	849
<i>Maria Wallner-Kleindienst</i> Bewertung von Mehrhonorar- und Mehrzeitforderungen aufgrund Bauzeitverlängerung	859
<i>Eduard Wallnöfer/Johannes Augustin</i> Baulandmobilisierung unter besonderer Berücksichtigung der heranrückenden Wohnbebauung	877
<i>Irene Welser</i> Technischer Schulterabschluss von Bauunternehmern – Mythos oder Realität?	891
<i>Hermann Wenusch</i> Die Bedeutung der Herstell(ungs)kosten im Verhältnis zwischen Bauherren und Architekt	905
<i>Nikolaus Weselik</i> Die Anwendbarkeit des § 273 ZPO im Bauprozess	917
<i>Christoph Wiesinger</i> Kirchenrecht und Bauvertrag	925
<i>Georg Wilhelm</i> Die Übernahme der Bauleistung im Nicht-ÖNormen-Vertrag	937
<i>Jörg Zehetner/Merve Cetin</i> Die Bau-ARGE im Lichte des Kartellrechts	945
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	961
Curriculum Vitae Georg Karasek	965
Publikationsliste	967

Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund nach dem ABGB

Alexander Schopper, Innsbruck

Übersicht:

- I. Meinungsstand und dogmatische Grundlagen
- II. Wichtiger Grund
 - A. Allgemeine Überlegungen
 - B. Erhebliche Erschütterung des Vertrauens
- III. Eigene Vertragstreue des Rücktrittswilligen als Rücktrittsvoraussetzung
- IV. Rücktrittserklärung
- V. Rechtsfolgen
- VI. Abgrenzung zum Abbestellungsrecht des Werkbestellers und zum Rücktritt des Werkunternehmers nach § 1168 Abs 2 ABGB

I. Meinungsstand und dogmatische Grundlagen

Nach hL¹⁾ und stRsp²⁾ kann jeder Werkvertrag durch Rücktritt aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden. Das Rücktrittsrecht greift unabhängig davon, ob der konkrete Werkvertrag als Ziel- oder ausnahmsweise als Dauerschuldverhältnis³⁾ einzustufen ist. Beim werkvertraglichen Zielschuldverhältnis ist der Rücktritt bereits vor Fälligkeit der Leistung des Rücktrittsgegners möglich. Der Rücktritt entzieht somit dem Rücktrittsgegner das Recht, seine werkvertragliche Hauptleistungspflicht durch Erfüllung (§ 1412 ABGB) zum Erlöschen zu bringen, bevor diese fällig wurde. Das Rücktrittsrecht kann sowohl dem Werkbesteller als auch dem Werkunternehmer zustehen. Voraussetzung ist in jedem Fall aber ein wichtiger Grund für die vorzeitige Vertragsauflösung.

-
- 1) Vgl zum Werkvertrag im Speziellen *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 411; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1171 Rz 2; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*⁴ V § 1171 Rz 2; allgemein *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7; *Reidinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 918 Rz 21 und 96; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/156; *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 918 Rz 9; aA *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 16 ff (dazu sogleich unten); ähnlich *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1171 Rz 2; vgl aber *dens*, aaO § 1168 Rz 34.
 - 2) OGH 12.3.1991, 5 Ob 514/91 ecolex 1991, 453; 30.10.1998, 1 Ob 252/98k JBl 1999, 526; 31.5.2006, 7 Ob 77/06h; 22.5.2014, 2 Ob 163/13d ecolex 2014, 947 (*Wilhelm*); RIS-Justiz RS0111147; anders noch OGH 17.11.1987, 4 Ob 587/87 JBl 1988, 241.
 - 3) Vgl dazu allgemein OGH 7.7.1987, 2 Ob 613/86 ÖJZ 1987/176; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1166 Rz 27; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*⁴ V § 1165 Rz 5; für Deutschland zB *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989) 382 f.

In Deutschland existiert mit § 648a BGB neuerdings eine einschlägige gesetzliche Regelung für die „Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund“.4) Das ABGB enthält keine vergleichbare Bestimmung. Pkt 5.8 ÖNORM B 2110 enthält eine Sonderregelung für den Rücktritt vom Vertrag, die teilweise einschlägig oder zumindest verwandt mit den Rücktritt aus wichtigem Grund ist, hier aber nicht näher behandelt wird.5) In Österreich wird das Recht zum Rücktritt aus wichtigem Grund von der hA aus einzelnen Normen des Leistungsstörungsrechts (§§ 918, 920, 932 Abs 4; teilweise auch § 1168 Abs 2 ABGB6)) im Weg einer Gesamtanalogie abgeleitet.7)

Nach der Gegenansicht8) ist eine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund bei Zielschuldverhältnissen generell abzulehnen. § 918 knüpfe den Rücktritt an rein objektive Tatbestände, auf eine Sorgfaltsverletzung oder sonstige persönliche Umstände des Schuldners komme es nicht an. Der Rücktritt in Form einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund sei nur bei Dauerschuldverhältnissen möglich, nicht aber bei Zielschuldverhältnissen wie etwa einem Werkvertrag.9)

An der hA ist für die hier interessierenden Werkverträge mE festzuhalten. Jeder Werkvertrag – auch wenn es sich im Regelfall um ein Zielschuldverhältnis handelt – kann grundsätzlich durch Rücktritt aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden. § 932 Abs 4 Satz 2 ABGB zeigt, dass auch im Zielschuldverhältnis eine Vertragsauflösung (hier: Wandlung als sekundärer Gewährleistungsbefehl) vor allem dann in Betracht kommt, wenn ein Festhalten am Vertrag für eine der Parteien unzumutbar geworden ist. § 918 Abs 2 belegt, dass sich der Rücktritt im Zielschuldverhältnis auch auf noch gar nicht fällige, künftige Leistungen beziehen kann. Generell besteht wertungsmäßig kein Grund für eine strenge Differenzierung zwischen Ziel- und Dauerschuldverhältnissen, wenn es um die Frage geht, ob einer Vertragspartei unter Berücksichtigung des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Handelt es sich beim Werkvertrag um einen gemischten Vertrag, bei dem ausnahmsweise die Wesensmerkmale eines Dauerschuldverhältnisses überwiegen (zB Wartungsverträge, Reinigungsverträge, bestimmte Werbeverträge, Müllabfuhrverträge, Mobilfunk-

4) § 648a BGB wurde durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts in das BGB eingefügt. Der deutsche Gesetzgeber hat damit im Werkvertragsrecht erstmals ausdrücklich ein Recht zur Kündigung von Werkverträgen aus wichtigem Grund festgeschrieben. Ebenso wie von der hA in Österreich war auch in Deutschland schon vor Inkrafttreten dieser Novelle anerkannt, dass Werkverträge aus wichtigem Grund gekündigt werden können; s dazu *Busche* in *MüKoBGB*⁷ § 648a Rz 1.

5) Vgl dazu *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 491 ff.

6) Siehe zB OGH 30.10.1998, 1 Ob 252/98k JBl 1999, 526; *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 411; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1168 Rz 53 mwN.

7) Vgl allgemein zB *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/156; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7; *Reidinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 918 Rz 21 und 96.

8) *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 16 ff; s auch die vereinzelte Entscheidung OGH 17.11.1987, 4 Ob 587/87 JBl 1988, 241 mit unrichtiger Berufung auf *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986) 378, wobei *Mayrhofer* aaO entgegen OGH 4 Ob 587/87 den Rücktritt auch bei Zielschuldverhältnissen ausdrücklich für zulässig hält.

9) *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 18.

10) Siehe dazu *Zankl*, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, *ecolex* 2005, 29; OGH 21.4.2005, 6 Ob 69/05y JBl 2005, 735; RIS-Justiz RS0018777 (T8).

verträge¹⁰⁾, bestimmte Architektenverträge¹¹⁾), liegt es mE aber näher, wie bei allen anderen Dauerschuldverhältnissen von einem „außerordentlichen Kündigungsrecht“ zu sprechen, das auf einer Gesamtanalogie der §§ 987, 1162, 1117 f, 1210 ABGB basiert.¹²⁾

Begründet man mit der hA das Rücktrittsrecht mittels Gesamtanalogie aus verschiedenen Vorschriften des Leistungsstörungsrechts sowie aus § 1168 Abs 2 ABGB, lässt sich daraus auch ein Rückschluss auf das Verhältnis dieses Rechtsinstituts zu anderen, im Gesetz ausdrücklich geregelten Gründen für eine vorzeitige Vertragsauflösung gewinnen. Das auf einer Analogie beruhende Rücktrittsrecht aus wichtigem Grund setzt eine Gesetzeslücke voraus. Wenn sich ein spezieller Auflösungsgrund schon unmittelbar aus den allgemeinen Regeln der Leistungsstörungen (insb §§ 918, 920, 932 Abs 4 ABGB) oder den speziellen Regeln des Werkvertrages (zB § 1168 Abs 2 ABGB) ergibt, ist das Gesetz diesbezüglich gar nicht lückenhaft und es geht dementsprechend der ausdrücklich im Gesetz verankerte Auflösungsgrund dem Rücktritt aus wichtigem Grund vor.¹³⁾ Insofern ist ein Rücktritt aus wichtigem Grund ein subsidiärer Rechtsbehelf.

II. Wichtiger Grund

A. Allgemeine Überlegungen

Grundvoraussetzung für das hier behandelte Rücktrittsrecht ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige Auflösung des Werkvertrages. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist nach der Rsp stets eine Frage des Einzelfalls, dem keine darüber hinausgehende Bedeutung zukommt.¹⁴⁾ In dieser Allgemeinheit trifft das nicht zu, weil sich die Wichtigkeit des Grundes häufig auch aus generellen Erwägungen ergibt, die sehr wohl für andere Fälle relevant sind.¹⁵⁾ Im Folgenden soll daher versucht werden, solche allgemeinen Leitlinien zu skizzieren.

In Anlehnung an die Prüfung eines wichtigen Grundes für die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen kann auch für werkvertragliche Ziel-schuldverhältnisse als Grundregel festgehalten werden, dass der Rücktritt aus wichtigem Grund nur dann zuzulassen ist, wenn dem rücktrittswilligen Vertragspartner unter Berücksichtigung des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Werkvertrages bis zur Fertigstel-

11) Häufig besteht der Inhalt eines Architektenvertrages auch darin, dass der Architekt neben der Planung auch die Oberleitung und örtliche Bauaufsicht übernimmt (vgl zB OGH 8.5.1974, 1 Ob 76/74 EvBl 1974, 657; 13.1.1982, 1 Ob 720/81; RIS-Justiz RS0021309). Der Architekt ist in solchen Fällen auch mit der Interessenwahrung für den Bauherrn gegenüber den ausführenden Professionisten betraut. Dann liegt ein gemischter Vertrag vor, der neben werkvertraglichen Elementen auch Elemente des Bevollmächtigungs- und allenfalls auch eines Dienstvertrages, somit auch eines Dauerschuldverhältnisses beinhaltet; vgl aus Deutschland zB *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (1989) 383.

12) Allgemein dazu *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 33.

13) Siehe *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/156.

14) OGH 31.5.2006, 7 Ob 77/06h; 22.5.2014, 2 Ob 163/13d ecolex 2014, 947 (*Wilhelm*); 9.11.2016, 7 Ob 198/16t; RIS-Justiz RS0018286 (T9).

15) Zutreffend kritisch daher *Wilhelm*, Anmerkung zu 2 Ob 163/13d, ecolex 2014, 947.

lung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁶⁾ Entscheidend ist dabei nicht eine subjektive Zumutbarkeit sondern, ob der rücktittswilligen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bei objektiver Würdigung der konkreten Umstände nicht mehr zugemutet werden kann. Im Rahmen der Interessenabwägung ist das Interesse des Rücktrittsgegners am Weiterbestehen des Vertrages auf der einen Seite mit dem Auflösungsinteresse des Rücktrittswilligen auf der anderen Seite abzuwägen.

Tragende Säule des Interesses des Rücktrittsgegners am Fortbestand des Vertrages ist der Grundsatz der Vertragstreue. Im vorliegenden Kontext ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Parteien ein werkvertragliches Zielschuldverhältnis vereinbart haben. Nach dem vertraglich festgelegten Programm sollte der Werkvertrag durch Herstellung des geschuldeten Werkes auf der einen Seite und Bezahlung des Werklohns auf der anderen Seite, also durch Erfüllung iSd § 1412 ABGB erlöschen. Grundsätzlich ist jede Partei des Werkvertrages zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten eigenen Leistung nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt. Die vorzeitige Auflösung des Werkvertrages ohne Eintritt einer Leistungsstörung steht damit in Widerspruch, weil sie dem Rücktrittsgegner die Chance auf Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung endgültig nimmt. Sie bedarf daher einer besonderen Begründung.

Das zentrale Element dieser Begründung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Grundlage für das gegenläufige Interesse der anderen (dh der rücktittswilligen) Partei an einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages bildet. Je stärker dieser wichtige Grund das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander stört oder die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses behindert, desto höher ist das Auflösungsinteresse der rücktittswilligen Partei zu gewichten. Überwiegt es das Bestandsinteresse des Rücktrittsgegners, ist der Rücktritt aus wichtigem Grund zuzulassen.

Beim wichtigen Grund kann es sich um ein einmaliges Ereignis handeln oder auch um eine Kette mehrere Umstände, die zwar jeweils nicht für sich alleine, wohl aber in ihrer Gesamtheit geeignet sind, die weitere Durchführung des Werkvertrages in seiner Basis zu erschüttern.¹⁷⁾

Ob ein Verschulden des Rücktrittsgegners Voraussetzung für das Vorliegen eines wichtigen Grundes von werkvertraglichen Zielschuldverhältnissen ist, wird von Lehre und Rsp soweit ersichtlich nicht näher thematisiert.¹⁸⁾ Bei den von der hA als Analogiebasis herangezogenen Bestimmungen zeigt sich ein heterogenes Bild: Während bei §§ 918 Abs 1, 932 Abs 4 und 1168 Abs 2 ABGB das Recht zur Vertragsauflösung unabhängig vom Verschulden besteht, setzt der Rücktritt gem § 920 ABGB ein Verschulden bzw einen vom Schuldner zu vertretenden Zufall¹⁹⁾ voraus. Für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus

16) Vgl auch § 648a Abs 1 BGB; zur entsprechenden Formel bei der Prüfung eines wichtigen Grundes für die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen s zB *Fenyoes*, „Wichtige Gründe“ bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 143.

17) Vgl zum Parallelproblem bei Dauerschuldverhältnissen etwa *Fenyoes* in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht 152.

18) Tendenziell gegen ein Verschuldenserfordernis *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7.

19) Vgl dazu zB *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 920 Rz 4.

wichtigem Grund besteht im Allgemeinen kein Verschuldenserfordernis.²⁰⁾ Im Ergebnis sprechen mE die besseren Argumente dafür, dass der Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund nicht unbedingt ein Verschulden des Rücktrittsgegners voraussetzt. Eine schwerwiegende Erschütterung des Vertrauens in die Person des Vertragspartners (dazu sogleich unten) wird aber in aller Regel mit einem schuldhaften Verhalten des Rücktrittsgegners oder der ihm zuzurechnenden Gehilfen verbunden sein oder zumindest durch einen Mangel in seiner Sphäre verursacht sein. Wird die Basis der Vertragsbeziehung durch eine nachträgliche Änderung von Umständen aus einer neutralen Risikosphäre gestört, ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage zu prüfen, nicht aber ein Rücktritt aus wichtigem Grund im hier erörterten Sinn. Im Ergebnis ist zwar nicht von einem strikten Verschuldenserfordernis auszugehen, aber der wichtige Grund für die Vertragsauflösung muss der Sphäre des Rücktrittsgegners zurechenbar sein. Jedenfalls spielt die Frage des Verschuldens im Rahmen der Interessenabwägung eine zentrale Rolle. Hat der Rücktrittswillige den wichtigen Grund selbst zu vertreten oder zumindest mitverschuldet, spricht das gegen die Schutzwürdigkeit seines Interesses an einer Vertragsaufhebung. Umgekehrt ist das Interesse des Rücktrittsgegners am Fortbestand des Vertrages weniger schutzwürdig, wenn er den Grund für die Vertragsauflösung fahrlässig oder gar vorsätzlich herbeigeführt oder durch einen Mangel in seiner Sphäre begünstigt hat. Außerdem ist zu beachten, dass der erfolgreiche Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund Schadenersatzansprüche nicht ausschließt. Wurde der wichtige Grund vom Rücktrittsgegner schuldhaft herbeigeführt, kommt neben dem Rücktritt auch ein Schadenersatzanspruch in Betracht (dazu noch unten V).

Der für die Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes maßgebende Zeitpunkt ist jener der Rücktrittserklärung.²¹⁾ Ist die Vertragspartei nach Kenntnis des wichtigen Grundes zunächst zur Aufrechterhaltung des Vertrages bereit und erklärt erst später den Rücktritt, spricht das im Regelfall dafür, dass die Vertragsfortsetzung zumutbar ist und ein Rücktritt aus wichtigem Grund ausscheidet. Wer in voller Kenntnis des Sachverhalts zunächst zu erkennen gibt, dass er die vertragliche Beziehung fortsetzen will, verliert den Rücktrittsgrund.²²⁾

Wie bereits ausgeführt, gilt das Rücktrittsrecht für den Werkvertrag als Zielschuldverhältnis. Eine auf längere Dauer angelegte Vertragsabwicklung ist für das Bestehen eines Rücktrittsrechts aus wichtigem Grund grundsätzlich nicht erforderlich. Allerdings spielt die Vertragsdauer als eines von mehreren Elementen im Rahmen der Interessenabwägung sehr wohl eine Rolle. Ein Rück-

20) Siehe beispielsweise zur außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrages *Stambthener/Dimmel*, Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696 (702); *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 987 Rz 4; demgegenüber setzt die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund die grob schuldhaft Verletzung einer wesentlichen gesellschaftsvertraglichen Pflicht (§ 1210 Abs 2 1. Fall ABGB) oder deren Unmöglichwerden (§ 1210 Abs 2. Fall ABGB) voraus; im Arbeitsrecht können die meisten Entlassungsgründe nur schuldhaft herbeigeführt werden, doch existieren auch solche, deren Verwirklichung vom Willen des Dienstnehmers gänzlich unabhängig sind und die daher kein Verschulden erfordern.

21) *Busche* in *MüKoBGB*⁷ § 648a Rz 6.

22) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7; OGH 6.10.2000, 1 Ob 101/00k EvBl 2001, 218, wo der Werkbesteller nach Kenntnis bestimmter Mängel von bereits erbrachten Teilleistungen die Zahlung von Raten des Werklohns zugesagt hat.

trittsrecht ist umso eher anzunehmen, je mehr Zeit die Abwicklung des Vertragsverhältnisses ab dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bzw des Eintritts des Rücktrittsgrundes noch in Anspruch nehmen würde.²³⁾ Umgekehrt ist die Fortsetzung des Vertrages für die rücktrittswillige Partei eher zumutbar, wenn der vermeintlich wichtige Grund für den Rücktritt ganz knapp vor Fälligkeit der Leistung des Rücktrittsgegners eintritt. In einem solchen Fall liegt es nahe, dem Rücktrittsgegner noch die Chance einzuräumen, den Werkvertrag durch Erfüllung der eigenen Leistungspflicht zum Erlöschen zu bringen.

Ein weiteres Element der Interessenabwägung sind die wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeiten zwischen den Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsabwicklung. Je intensiver der Kontakt und die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten des Rücktrittsgegners auf die Rechtsgüter des Rücktrittswilligen im Rahmen der weiteren Vertragsabwicklung sind, desto schwerer wiegt eine Erschütterung der Vertrauensbasis für die weitere Vertragserfüllung. Ein intensiver Kontakt mit vergleichsweise hohen Einwirkungsmöglichkeiten besteht beispielsweise dann, wenn der Werkunternehmer den Vertrag in den Räumlichkeiten des Werkbestellers über einen längeren Zeitraum und womöglich in gleichzeitiger Anwesenheit des Bestellers ausführt. Die Vertragsfortführung kann zB dann unzumutbar sein, wenn der mit Renovierungsarbeiten in einer Rechtsanwaltskanzlei betraute Werkunternehmer trotz mehrfacher Abmahnung erkennbar alkoholisiert arbeitet und Kanzleiarbeiten oder den Kontakt mit Klienten stört. Gleiches gilt, wenn der Werkunternehmer trotz Abmahnung im Privathaus des Bestellers raucht oder sich im Umgang mit dort anwesenden Kindern (mehrfach) so verhält, dass eine Vertragsfortsetzung aus Sicht des Bestellers unzumutbar erscheint.

Eine weiterhin bestehende Kooperations- und Gesprächsbereitschaft des Rücktrittsgegners spricht gegen eine massive Erschütterung des Vertrauens in seine Person.²⁴⁾ Wenn beispielsweise der Werkunternehmer bei einem Bauprojekt gegenüber dem Bauherrn seine Bereitschaft erklärt, die Kostenstruktur und deren Probleme zu analysieren und an Adaptierungen des Projekts zur Erreichung einer Kostenreduktion mitzuwirken, ist das ein gewichtiges Element, das gegen eine schwerwiegende Vertrauenserschütterung spricht.²⁵⁾

Erschwernisse und Probleme bei der Vertragsabwicklung, die schon bei Abschluss des Werkvertrages vorhersehbar waren, oder Risiken, die vom nunmehr rücktrittswilligen Vertragspartner offensichtlich bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Kauf genommen wurden, rechtfertigen keinen Rücktritt aus wichtigem Grund.²⁶⁾

B. Erhebliche Erschütterung des Vertrauens

Das Festhalten am Vertrag ist für den Rücktrittswilligen dann unzumutbar, wenn die andere Vertragspartei, sei es der Werkunternehmer oder der Werkbe-

23) *Busche* in MüKoBGB⁷ § 648a Rz 3; zutreffend idS auch *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 918 Rz 96, der gerade für Zielschuldverhältnisse, bei denen der Kontakt unter den Vertragspartnern über einen längeren Zeitraum besteht, im Hinblick auf die Auswirkung tief greifender Vertrauenserschütterung wertungsmäßig keinen Unterschied zu Dauerschuldverhältnissen sieht.

24) Vgl dazu OGH 28.7.2010, 9 Ob 36/10z.

25) OGH 28.7.2010, 9 Ob 36/10z.

26) Ebenso zum Bestandrecht zB *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 12.

steller, das für die Durchführung des Vertrages erforderliche Vertrauensverhältnis schwerwiegend erschüttert hat.²⁷⁾ Der erhebliche Verlust des Vertrauens in die Person des Vertragspartners ist zweifellos der Hauptfall eines wichtigen Grundes für den Rücktritt vom Werkvertrag. In der Literatur wird zwar betont, dass daneben auch andere Auflösungsgründe denkbar seien²⁸⁾, allerdings bleibt offen, um welche Fallkonstellationen es dabei gehen soll. Wenn nicht das Vertrauen in die Person des Vertragspartners betroffen ist, wird es sich um nachträgliche, unvorhersehbare Änderungen von Umständen aus der neutralen Sphäre handeln, die mE anhand der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage²⁹⁾ und nicht nach den hier erörterten Grundsätzen des Rücktritts aus wichtigem Grund zu lösen sind.

Bei der erheblichen Vertrauenserschütterung handelt es sich um einen sehr unbestimmten und daher schwer zu fassenden Tatbestand. Daher wird versucht, auf Basis der bisherigen Judikatur und Literatur Fallgruppen herauszuarbeiten, um diesen Tatbestand näher zu konkretisieren.

Eine wichtige Fallgruppe des erheblichen Verlusts des Vertrauens in die Person des Vertragspartners bilden jene Fälle, in denen bereits während der Vertragsabwicklung deutlich wird, dass der *Werkunternehmer zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werkes offensichtlich nicht im Stande* ist. Die einschlägigen Fälle weisen eine Nähe zum (Teil-)Verzug und zur Gewährleistung, insbesondere zur mangelhaften Erfüllung von Teilleistungen auf. Der Unterschied zu den „klassischen“ Fällen des Schuldnerverzugs und der Gewährleistung liegt darin, dass die Rechtsfolge des Rücktritts vom Gesamtvertrag bereits vor dem Fälligkeitszeitpunkt bzw vor Übergabe des Werkes eintritt und der Rücktritt im Unterschied zu § 918 Abs 1 ABGB keiner Nachfristsetzung bedarf. Im Kern geht es somit um antizipierte Leistungsstörungen infolge des grob fehlerhaften Erfüllungsverhaltens durch den Werkunternehmer.

- In OGH 4 Ob 587/87³⁰⁾ schuldete der Werkunternehmer die Herstellung, Lieferung und Montage einer Ölstehtankanlage und scheiterte in drei Anläufen an der Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung, weshalb der Werkbesteller ohne Setzung einer Nachfrist den Rücktritt vom Vertrag erklärte. In dieser älteren Entscheidung ging der OGH überhaupt noch davon aus, dass der Rücktritt in Form einer außerordentlichen Kündigung ohne Nachfristsetzung aufgrund eines Verlusts des Vertrauens in die Person des Vertragspartners nur bei Dauerschuldverhältnissen, nicht aber bei einem werkvertraglichen Zielschuldverhältnis möglich sei, wobei der OGH diese Ansicht in der Folge aufgab. Schon in dieser Entscheidung musste der OGH trotzdem weiter prüfen, ob sich der Werkunternehmer infolge der drei erfolglosen Erfüllungsanläufe als „ungeeignet für Umfang und Art der ausgeschriebenen Leistung“ erwiesen hat, weil der Werkvertrag für diesen Fall ein Kündigungsrecht des Werkbestellers vorsah. Dass der Werk-

27) OGH 30.10.1998, 1 Ob 252/98k JBl 1999, 526; 6.10.2000, 1 Ob 101/00k EvBl 2001, 218; 8.6.2005, 7 Ob 40/05s ecolex 2006, 24; 22.5.2014, 2 Ob 163/13d ecolex 2014, 947 (Wilhelm); Busche in MüKoBGB⁷ § 648a Rz 3.

28) Vgl Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7: (schwere) Erschütterung des Vertrauens in die Person des Schuldners ist ein Auflösungsgrund, aber nicht Voraussetzung für den Rücktritt aus wichtigem Grund vom Zielschuldverhältnis.

29) Vgl dazu umfassend aus jüngerer Zeit Fenyves in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 901 Rz 26 ff.

30) OGH 17.11.1987, 4 Ob 587/87 JBl 1988, 241.

unternehmer dreimal keine dichte Ölstehtankanlage herstellen und übergeben konnte, bildet nach Ansicht des OGH bloß einen Anscheinsbeweis für die Untüchtigkeit des Werkunternehmers. Die Untüchtigkeit des Werkunternehmers zur Vertragserfüllung stehe erst fest, wenn die drei erfolglosen Erfüllungsversuche in dessen Verantwortungsbereich fallen.

- Verspätete und (gleichzeitig) mangelhafte Teilleistungen können nach Ansicht des OGH eine Erschütterung des Vertrauens in die Leistungsfähigkeit des Werkunternehmers im Hinblick auf die Herstellung des (unteilbaren) Gesamtwerks begründen und den Werkbesteller zum Rücktritt ohne Setzung einer Nachfrist berechtigen.³¹⁾ Auch nach der Ansicht des BGH³²⁾ liegt ein wichtiger Grund für den Rücktritt vom Werkvertrag vor, wenn der Werkunternehmer mehrere Fristen für Teilabschnitte nicht einhält und für den Werkbesteller bereits eindeutig feststeht, dass der Werkunternehmer die Vertragsfrist aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird.
- Auf der anderen Seite wird vom OGH³³⁾ zutreffend betont, dass gerade im Baubereich nicht alle Koordinierungsprobleme, die nahezu bei jedem Bauprojekt und umso mehr bei einem Großprojekt auftreten, eine sofortige Vertragsauflösung durch den Werkbesteller rechtfertigen. Generell ist mE bei der mangelhaften Erfüllung von Teilleistungen die Wertung des § 934 Abs 4 ABGB zu berücksichtigen, wonach die Wandlung bloß ein sekundärer Gewährleistungsbefehl ist.
- In die vorliegende Fallgruppe gehört auch eine Entscheidung des OGH³⁴⁾, in welcher der Rücktritt vom zahnärztlichen Behandlungsvertrag grundsätzlich für möglich gehalten wird, wenn der Patient während der in mehreren Abschnitten erfolgenden Behandlung Kenntnis davon erlangt, dass dem Arzt im Rahmen der bisherigen, noch nicht vollständig abgeschlossenen Behandlung schwere Kunstfehler unterlaufen sind. Im konkreten Fall wurde der Rücktritt dennoch nicht zugelassen, weil der Patient im Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts gar keine Kenntnis von bereits unterlaufenen Kunstfehlern hatte und die Fortsetzung des Behandlungsvertrages daher nicht unzumutbar war.

Die zweite zentrale Fallgruppe für den Rücktritt aus wichtigem Grund bildet die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. Nach zutreffender hA kann auch die Verletzung einer Schutzpflicht als vertragliche Nebenpflicht eine erhebliche Erschütterung des Vertrauens in die Person des Vertragspartners bewirken und daher einen Rücktritt aus wichtigem Grund nach § 918 ABGB analog rechtfertigen.³⁵⁾ Auch bei der Verletzung von Schutzpflichten als vertragliche Nebenpflichten³⁶⁾ des Werkvertrages ist ein Rücktrittsrecht nach § 918

31) OGH 8.6.2005, 7 Ob 40/05s ecolex 2006, 24 (Rücktrittsrecht bejaht); vgl aber auch 6.10.2000, 1 Ob 101/00k EvBl 2001, 218 und 7.2.2008, 9 Ob 35/07y bbl 2008, 157, wo das Vorliegen eines Rücktrittsgrundes im Ergebnis jeweils verneint wird.

32) BGH 4.5.2000, VII ZR 53/99 NJW 2000, 2988.

33) OGH 31.5.2006, 7 Ob 77/06h.

34) OGH 12.3.1991, 5 Ob 514/91 ecolex 1991, 453.

35) Schopper, Nachvertragliche Pflichten (2009) 202; Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ IV § 918 Rz 21; aA Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} § 918 Rz 16.

36) Bei der Verletzung nachvertraglicher Schutzpflichten ist ein Rücktrittsrecht mE generell zu verneinen; vgl Schopper, Nachvertragliche Pflichten 202 f. Bei Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten ist der Vertrag ohnehin noch gar nicht abgeschlossen, sodass sich die Frage eines Rücktritts gar nicht stellt.

ABGB analog aber nur dann anzunehmen, wenn ein Festhalten am Vertrag bzw die Übernahme des – auch vertragsgemäß angebotenen Werkes – für die geschädigte Partei aufgrund der Schwere der konkreten Schutzpflichtverletzung unzumutbar ist. Ein Rücktritt wird vor allem bei einem mehrfachen Verstoß trotz Abmahnung oder bei einer besonders groben einmaligen Verletzung von Schutzpflichten in Betracht kommen. Einer Vertrauenserschütterung in die Person des Vertragspartners gleichzuhalten ist der Fall, dass die Verletzung einer Schutzpflicht durch einen Vertragspartner das Interesse des anderen Vertragspartners an der Erfüllung des Werkvertrages überhaupt beseitigt. Beispielsweise ist an die Verletzung von nebenvertraglichen Geheimhaltungspflichten durch den Werkunternehmer zu denken, wenn der Werkbesteller nach Bekanntwerden von Details des Vertragsinhalts kein Interesse an der Erfüllung des Werkvertrages mehr hat. Umgekehrt kann auf der Seite des Werkbestellers eine schwerwiegende Verletzung von nebenvertraglichen Schutzpflichten darin bestehen, dass dieser Pläne und Kalkulationsgrundlagen des Werkunternehmers ohne dessen Wissen an Dritte (Konkurrenten) weitergibt.³⁷⁾

Der Verletzung von Schutzpflichten sind Fälle eines grob treuwidrigen Verhaltens gleichzuhalten. Beispielsweise hat der BGH³⁸⁾ den Rücktritt aus wichtigem Grund zugelassen, wenn ein Architekt verbotenerweise Provisionen von Bauhandwerkern angenommen hat. Hierher gehört auch das von *Reischauer*³⁹⁾ erwähnte Beispiel des diebischen Handwerkers, auch dann, wenn nur ein Gehilfe diebisch tätig war. Macht ein Vertragspartner nur von seinen Rechten und Pflichten Gebrauch, kann dadurch keine Vertrauenserschütterung begründet werden.⁴⁰⁾ Kommt der Werkunternehmer seiner Warnpflicht nach und weist auf die Untauglichkeit des Stoffes oder der gewählten Bauausführung hin, liegt darin keine Vertrauenserschütterung des Werkbestellers, auch wenn sich die Bedenken nachträglich als unbegründet herausstellen.

Ein Rücktritt aus wichtigem Grund kommt auch bei der Verletzung inäquivalenter, lediglich der Vorbereitung oder der reibungslosen Abwicklung der Werkherstellung dienender Nebenpflichten in Betracht.⁴¹⁾ Auch hier kann der Werkbesteller nur dann nach § 918 ABGB analog zurücktreten, wenn dies zu einer schweren Vertrauenserschütterung führt oder das Interesse an der Herstellung des Werkes überhaupt wegfällt.

Wie der OGH zutreffend betont, steht auch dem Werkunternehmer – und nicht nur dem Besteller – das Recht zum Rücktritt vom Werkvertrag zu, wenn er das Vertrauen in seinen Vertragspartner wegen dessen treuwidrigen Verhaltens verloren hat und die weitere Durchführung des Werkvertrages daher unzumutbar ist.⁴²⁾

37) *Busche* in *MüKoBGB*⁷ § 648a Rz 5.

38) BGH 31.3.1977, VII ZR 186/74 NJW 1977, 1915.

39) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7.

40) *Peters/Jacoby* in *Staudinger BGB* (2014) § 659 Rz 58.

41) Allgemein dazu *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ IV § 918 Rz 25.

42) RIS-Justiz RS0111147; vgl dazu die „Leitentscheidung“ OGH 30.10.1998, 1 Ob 252/98k JBl 1999, 526, in der die Treuwidrigkeit des Verhaltens des Werkbestellers jedoch im Ergebnis verneint wird.

III. Eigene Vertragstreue des Rücktrittswilligen als Rücktrittsvoraussetzung

Hat auch der Rücktrittsberechtigte selbst zur Zerrüttung der Vertrauensbeziehung zwischen den beiden Vertragsteilen maßgeblich beigetragen, ist das Rücktrittsrecht idR ausgeschlossen.⁴³⁾ Grundsätzlich ist nämlich die Vertragstreue des Rücktrittswilligen Voraussetzung für den Rücktritt aus wichtigem Grund.⁴⁴⁾ Von dieser Grundregel ist ausnahmsweise dann abzugehen, wenn zunächst aufgrund von dem Rücktrittsgegner zuzurechnenden Umständen das für die Durchführung des Vertrags erforderliche Vertrauensverhältnis massiv erschüttert wurde und die Vertragsuntreue des Rücktrittswilligen nur eine verständliche Reaktion darauf ist.⁴⁵⁾

IV. Rücktrittserklärung

Ebenso wie die Rücktrittserklärung nach § 918 ABGB⁴⁶⁾ ist auch die Erklärung des Rücktritts aus wichtigem Grund an keine bestimmte Form gebunden. Es ist jedoch möglich, die wirksame Ausübung des Rücktrittsrechts vertraglich zB an die Schriftform zu knüpfen.

Aus der Rücktrittserklärung muss – gemessen am objektiven Empfängerhorizont – klar hervorgehen, dass der Erklärende den Vertrag auflösen möchte.⁴⁷⁾ Die hA verlangt für die Wirksamkeit des Rücktritts in den Fällen des Schuldnerverzugs gem § 918 Abs 1 ABGB grundsätzlich die Angabe des Rücktrittsgrundes.⁴⁸⁾ Die Angabe des Rücktrittsgrundes soll in den Fällen des Schuldnerverzugs dem säumigen Schuldner ermöglichen, sein gem § 918 Abs 1 ABGB bestehendes Recht zur ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung innerhalb der Nachfrist zu wahren. Der Schuldner muss wissen, worin der Mangel seiner Leistung aus Sicht des zurücktretenden Gläubigers besteht, um sie innerhalb der Nachfrist vertragsgemäß erbringen zu können.⁴⁹⁾ Bei den hier interessierenden Fällen des Rücktritts aus wichtigem Grund ist aber jedenfalls für den Hauptanwendungsfall der schweren Erschütterung des Vertrauens in die Person des Vertragspartners anerkannt, dass der Rücktritt – im Unterschied zu den Fällen des Schuldnerverzugs gem § 918 Abs 1 ABGB – auch *ohne Nachfristsetzung zulässig* ist.⁵⁰⁾ Insoweit ist die Angabe des Rücktrittsgrundes in den

43) Busche in MüKobGB⁷ § 648a Rz 6.

44) RIS-Justiz RS0016326.

45) Siehe OGH 22.2.2007, 3 Ob 13/07v Zak 2007, 174 (zu einem Kaufvertrag): Auch dem selbst in einer Leistungsstörung Verfangenen steht das Rücktrittsrecht zu, wenn seine Interessen durch Nichterfüllung des anderen Vertragsteils so beeinträchtigt werden, dass ihm die Aufrechterhaltung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden kann; ähnlich bereits OGH 24.9.1987, 7 Ob 646/87 JBl 1988, 446; vgl dazu P. Bydliński in KBB⁵ § 918 Rz 9.

46) OGH 8.7.1975, 4 Ob 555/75; 29.6.1976, 3 Ob 532/76; RIS-Justiz RS0014396; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 28.

47) Siehe zB P. Bydliński in KBB⁵ § 918 Rz 9.

48) OGH 19.9.2002, 3 Ob 96/02t JBl 2003, 240; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 26.

49) Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ IV § 918 Rz 40; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 918 Rz 26 jeweils mwN.

50) Reischauer in Rummel, ABGB³ Vor §§ 918-933 Rz 7; Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ IV § 918 Rz 96; Dullinger, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/156; OGH 28.7.2010, 9 Ob 36/10z; RIS-Justiz RS0111147.

Fällen des Rücktritts vom Werkvertrag aus wichtigem Grund nicht erforderlich, weil der Rücktrittsgegner ohnehin kein Recht zur vertragsgemäßen Erfüllung innerhalb einer Nachfrist hat. Gegen das Erfordernis der Angabe des Rücktrittsgrundes spricht außerdem, dass auch im Bestand⁵¹⁾ und Arbeitsrecht⁵²⁾ nach der jeweils hA der wichtige Grund in der Auflösungserklärung nicht bekannt gegeben werden muss. Vielmehr genügt es, wenn der zum Rücktritt berechtigte wichtige Grund nachträglich, allenfalls auch erst im Prozess, genannt wird und es dem Rücktrittswilligen gelingt, den wichtigen Grund nachzuweisen. Denn Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes liegen beim vermeintlich Rücktrittsberechtigten.⁵³⁾

V. Rechtsfolgen

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, welche Rechtsfolgen bei einem erfolgreichen Rücktritt vom Werkvertrag aus wichtigem Grund eingreifen. Zur Klärung der Frage liegt es nahe, die Rechtsfolgen einer Vertragsaufhebung nach jenen Vorschriften zu analysieren, die von der hA als Analogiebasis zur Begründung des Rücktritts aus wichtigem Grund herangezogen werden. Dabei ergibt sich aber kein einheitliches Bild: Die „Kündigung“ nach § 1168 Abs 2 ABGB wegen fehlender Mitwirkung des Werkbestellers entfaltet nach hA keine Rückwirkung.⁵⁴⁾ Demgegenüber wirkt ein Rücktritt nach § 918 Abs 1 ABGB schuldrechtlich (dh mit Wirkung zwischen den Vertragsparteien) ex tunc.⁵⁵⁾ Die Parteien sind zur Herstellung des Zustandes vor dem Vertragsabschluss verpflichtet. Bereits erbrachte Leistungen sind bereicherungsrechtlich nach § 1435 bzw § 921 Satz 2 ABGB zurückzustellen. Die außerordentliche Kündigung eines in Vollzug gesetztes Dauerschuldverhältnisses, mit der ein Rücktritt vom Ziel-schuldverhältnis aus wichtigem Grund eng verwandt ist, wirkt hingegen ex nunc.⁵⁶⁾ Auch nach dem in Deutschland jüngst eingeführten § 648a Abs 5 BGB (Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund) ist der Werkunternehmer im Falle einer Kündigung des Werkvertrages durch eine Vertragspartei aus wichtigem Grund nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werkes entfällt. Somit führt die Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund in Deutschland zu einer Beendi-

51) Vgl *Loerek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 13; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1119 Rz 2; *M. Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*⁴ V § 1118 Rz 20; aA *Klang* in *Klang*² V 118.

52) OGH 11.11.1999, 8 ObA 90/99i RdW 2000, 377; 5.6.2008, 9 ObA 25/08d DRdA 2008, 525; RIS-Justiz RS0112695.

53) OGH 22.5.2014, 2 Ob 163/13d ecolex 2014, 947 (*Wilhelm*).

54) *Apathy*, Schadenersatz und Rücktritt bei Annahmeverzug, JBl 1982, 561 (568); diesem folgend *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1168 Rz 47.

55) Siehe *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2 514 f; *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 918 Rz 50 jeweils mwN; OGH 25.11.1969, 8 Ob 180/69; 19.3.1974, 4 Ob 97/73 JBl 1974, 486; RIS-Justiz RS0018414.

56) Vgl dazu aus jüngerer Zeit etwa *P. Bydlinski/Ibler*, Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, JBl 2016, 2 (16) mit ausführlicher Auseinandersetzung mit der bloß ex nunc wirkenden (außerordentlichen) Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und den Rechtsfolgen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen.

gung des Vertragsverhältnisses mit Wirkung ex nunc.⁵⁷⁾ Dieses heterogene Bild legt einen differenzierten Lösungsansatz für die Rechtsfolgen eines Rücktritts aus wichtigem Grund nahe.

Tritt der Werkbesteller aus einem dem Werkunternehmer zuzurechnenden wichtigen Grund zurück, ist in analoger Anwendung von § 918 Abs 2 ABGB zunächst danach zu fragen, ob die Leistung teilbar ist, und wenn die Leistung teilbar ist, ob der Werkbesteller in Anbetracht des konkreten Rücktrittsgrundes überhaupt ein Interesse an der bereits erbrachten Teilleistung hat. Im Detail stellen sich die Rechtsfolgen in derartigen Fällen wie folgt dar:

Ist die geschuldete Leistung unteilbar, entsprechen die Rechtsfolgen jenen des Rücktritts nach § 918 Abs 1 ABGB, sofern der Werkvertrag ein Zielschuldverhältnis⁵⁸⁾ ist. Der Rücktritt wirkt daher schuldrechtlich ex tunc und es ist mithilfe der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Zustand vor dem Vertragsabschluss herzustellen. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gem § 1435 ABGB richtet sich primär auf Rückgabe der an den anderen Vertragspartner geleisteten Sachen, soweit dies möglich und tunlich ist.⁵⁹⁾ Auch die vom Werkunternehmer bereits erbrachten Leistungen sind im Unterschied zu § 1168 Abs 2 ABGB zurückzustellen. Freilich kann für Handlungen, die der Werkunternehmer oder seine Gehilfen zur Erfüllung des Werkvertrages bisher geleistet haben, ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden.⁶⁰⁾ Mit anderen Worten trägt der Werkunternehmer das Risiko der Nutzlosigkeit bereits erbrachter Leistungen und wird häufig gar kein Entgelt erhalten. Sachen, an denen das Eigentum im Rahmen der Vertragserfüllung auf den anderen Vertragspartner übergegangen ist, sind rückzüberweisen, weil der Rücktritt aus wichtigem Grund – ebenso wie jener nach § 918 Abs 1 ABGB – sachenrechtlich ex nunc wirkt.

Ist die Leistung des Werkunternehmers teilbar, betrifft der Rücktritt aus wichtigem Grund grundsätzlich alle noch offenen Leistungen (§ 918 Abs 2 ABGB analog). Wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 918 Abs 2 ABGB spielt die Frage der Fälligkeit der noch ausstehenden Teilleistungen keine Rolle.⁶¹⁾ Für Teilleistungen, die bis zur Rücktrittserklärung bereits erbracht wurden, besteht ein Entgeltsanspruch, dessen Rechtsgrundlage der insoweit weiterhin bestehende Werkvertrag und nicht das Bereicherungsrecht ist. Bei der Frage der Teilbarkeit ist in den hier interessierenden Fällen mE aber auch die Auswirkung des konkreten Rücktrittsgrundes auf die Interessen des Werkbestellers an den bisher erbrachten Leistungen zu berücksichtigen. Mit anderen Worten muss eine Teilbarkeit auch dann verneint werden, wenn die bisher erbrachte Teilleistung allein aufgrund des Verhaltens des Werkunternehmers und der damit verbundenen

57) Näher dazu *Busche* in MüKoBGB⁷ § 648a Rz 10.

58) Handelt es sich beim Werkvertrag ausnahmsweise um ein Dauerschuldverhältnis, das bereits in Vollzug gesetzt wurde, sind die Grundätze der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen anzuwenden. Demnach wirkt die Auflösung schuldrechtlich ex nunc. Rechtsgrundlage für die Vergütung der vom Werkunternehmer bereits erbrachten Leistungen ist daher weiterhin der gekündigte Werkvertrag und nicht das Bereicherungsrecht.

59) *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1431 Rz 6; *Mader* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1437 Rz 9.

60) *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1431 Rz 7.

61) Grund dafür ist in den hier interessierenden Fällen der Umstand, dass ein Festhalten am Vertrag für den Werkbesteller unzumutbar ist und sein Auflösungsinteresse in Bezug auf die noch ausstehenden Teilleistungen höher bewertet wird als das Interesse des Werkunternehmers an der Resterfüllung.

massiven Vertrauenserschütterung für den Werkbesteller wertlos geworden ist.⁶²⁾ Beispielsweise kann uU ein von einem berühmten Wirtschaftsprofessor bereits fertiggestelltes Teilgutachten für den Werkbesteller deshalb wertlos sein, weil der Wirtschaftsprofessor mittlerweile aufgrund einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung seinen guten Ruf verloren hat. In derartigen Fällen kann der Werkbesteller vom Gesamtvertrag zurücktreten und der Werkunternehmer trägt das Risiko der Nutzlosigkeit seiner bisher erbrachten Leistungen.

Tritt der Werkunternehmer wegen eines dem Werkbesteller zurechenbaren wichtigen Grundes zurück, besteht wertungsmäßig eine starke Nähe zu dem in § 1168 Abs 2 ABGB geregelten Fall des Rücktritts wegen unterbliebener Mitwirkung durch den Werkbesteller. § 1168 Abs 2 ABGB erfasst den Fall der Verletzung einer bloßen Mitwirkungsobliegenheit durch den Besteller und greift unabhängig von der Gravität dieses Verstoßes ein. Demgegenüber liegt beim Rücktritt aus wichtigem Grund teilweise ein schwerwiegender Verstoß gegen vertragliche Nebenpflichten vor oder die Vertragserfüllung wird für den Werkunternehmer aus sonstigen, dem Werkbesteller zuzurechnenden Umständen unzumutbar. Es wäre daher wertungswidersprüchlich, den Werkunternehmer beim Rücktritt wegen eines dem Werkbesteller zurechenbaren wichtigen Grundes schlechter zu stellen als beim Rücktritt wegen unterlassener Mitwirkung nach § 1168 Abs 2 ABGB. Der Werkunternehmer ist daher auch beim Rücktritt aus wichtigem Grund jedenfalls nicht mehr verpflichtet, das Werk herzustellen oder zu vollenden. Der Vertrag wird wie bei § 1168 Abs 2 ABGB mit Wirkung ex nunc aufgehoben. Gleich wie beim Rücktritt nach § 1168 Abs 2 ABGB steht dem Unternehmer der Entgeltsanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB zu, wenn er wegen eines dem Besteller zuzurechnenden wichtigen Grundes vom Vertrag zurückgetreten ist. Bereits erbrachte Teilleistungen sind voll zu honorieren und unterliegen nicht der Anrechnung nach § 1168 Abs 1 ABGB. Weil der Werkbesteller das Risiko der Nutzlosigkeit trägt, gilt das auch dann, wenn die erbrachten Teilleistungen für den Werkbesteller wertlos sind. Dem Werkunternehmer übergebene Werkstoffe sind dem Werkbesteller zurückzugeben. Umgekehrt hat der Werkbesteller alles herauszugeben, was dem Unternehmer gehört, zB beim Besteller befindliche Werkzeuge, Geräte oder Material.⁶³⁾

Die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, wird durch den erfolgreichen Rücktritt aus wichtigem Grund nicht ausgeschlossen (§ 921 S 1 ABGB analog). In Deutschland ist dies für die Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund kürzlich ausdrücklich in § 648a Abs 6 BGB verankert worden. Voraussetzung des Schadenersatzanspruches ist, dass der zum Rücktritt berechtigte wichtige Grund vom Anspruchsgegner schuldhaft herbeigeführt wurde.

Besteht der geltend gemachte wichtige Grund für den Rücktritt nicht, ist die Rücktrittserklärung unberechtigt und rechtsunwirksam. Der Werkvertrag bleibt dann grundsätzlich aufrecht.⁶⁴⁾ Die Rsp gesteht dem Empfänger einer un-

62) Demnach ist für die Frage der Teilbarkeit auch ein erst während der Vertragserfüllung gesetztes Verhalten des Werkunternehmers zu berücksichtigen. Demgegenüber geht man beim unmittelbaren Anwendungsbereich des § 918 Abs 2 ABGB davon aus, dass der Parteiwille oder der dem Gegner bei Vertragsabschluss bekannte oder erkennbare Wille einer Partei relevant ist, mithin Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

63) Allgemein zu den Rechtsfolgen des § 1168 Abs 2 ABGB s *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 37.

64) *P. Bydlinski in KBB*⁵ § 918 Rz 10.

berechtigten Rücktrittserklärung jedoch das „Wahlrecht“ zu, am Vertrag festzuhalten oder nicht.⁶⁵⁾ Tritt ein Teil unberechtigt und daher rechtsunwirksam zurücktritt und lässt es der andere Teil dabei bewenden, kommt nach der Rsp ein Schadenersatzanspruch in Betracht.⁶⁶⁾

VI. Abgrenzung zum Abbestellungsrecht des Werkbestellers und zum Rücktritt des Werkunternehmers nach § 1168 Abs 2 ABGB

Die soeben dargelegten Rechtsfolgen des Rücktritts aus wichtigem Grund unterscheiden sich zumindest teilweise erheblich von den Rechtsfolgen der Abbestellung des Werkes durch den Werkbesteller. Übt der Werkbesteller sein Abbestellungsrecht aus, liegt ein Fall des § 1168 Abs 1 ABGB vor. Dem Werkunternehmer steht der eingeschränkte Entgeltsanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB zu, für dessen Berechnung der für das Gesamtwerk vereinbarte Werklohn die Grundlage bildet. Gleiches gilt nach hA für die Kündigung gem § 1168 Abs 2 ABGB.⁶⁷⁾

65) OGH 25.9.1991, 9 Ob 712/91 JBl 1992, 247; diesem Ergebnis folgend, sofern sich der Rücktritt in ein Angebot zur Vertragsauflösung umdeuten lässt, *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 918 Rz 10.

66) OGH 25.9.1991, 9 Ob 712/91 JBl 1992, 247 (Kaufvertrag).

67) Siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 487.