
A.2 Bauvertragsbedingungen und § 879 Abs 3 ABGB

Dr. Rudolf Lessiak

Rechtsanwalt
Lessiak & Partner
Börseplatz - Börsegasse 10
1010 Wien
www.lessiak.at
lawyers@lessiak.at

2.1 Abstract

§ 879 Abs 3 ABGB erklärt Vertragsklauseln in AGB dann für nichtig, wenn sie nicht die Hauptleistungen betreffen, aber gröblich benachteiligend sind. Wenige Normen des Vertragsrechts haben eine so umfangreiche und vielfältige Judikatur ausgelöst, wie dieser Tatbestand. Die dennoch kleine Menge dieser Entscheidungen zum Bauvertragsrecht erlaubt es, die wichtigsten dieser Entscheidungen im Rahmen dieser Arbeit darzustellen. In der Folge unternehme ich den Versuch, mithilfe der (von Wilburg in Graz entwickelten) Methode des „beweglichen Systems“ eine Basiswertung herauszuarbeiten, nach der alle drei Tatbestandselemente des § 879 Abs 3 ABGB einheitlich ausgelegt werden können. Entsprechend werden nach dieser Basiswertung die Tatbestandselemente AGB, Nebenleistung und gröbliche Benachteiligung abgehandelt. Wegen der im Bauvertragsrecht dominanten Bedeutung des Vertragsabschlusses im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens wird auf diese Besonderheiten vertieft eingegangen.

2.2 Situationsanalyse

Kaum eine Norm des Vertragsrechts prägt die Vertragsgestaltung so nachhaltig wie § 879 Abs 3 ABGB. Das gilt in besonders hohem Maße für das Bauvertragsrecht. Hier ist es der Normalfall, dass der Vertragsabschluss nicht durch mit einem einzigen Bieter ausverhandelten Vertrag, sondern im Wege einer wettbewerblichen Vergabe erfolgt. Damit werden in der Regel die Vertragsbedingungen als AGB im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert.

Angesichts der restriktiven Judikatur zur Auslegung des weiteren Tatbestandselements der Hauptleistung ist es daher wiederum der Normalfall, dass Vertragsbestimmungen in Bauverträgen nicht erst bei Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB, sondern bereits bei „gröblicher Benachteiligung“ iSd § 879 Abs 3 ABGB nichtig sind.

Das ist nicht nur in der nachprüfenden Kontrolle von hoher Bedeutung. Auch die Vertragsgestaltung wird von der Anforderung geprägt, die Vertragsklauseln so auszuarbeiten, dass sie diesem Nichtigkeitsverdikt nicht zum Opfer fallen.

Daher besteht hoher praktischer Bedarf an einer allen drei Tatbestandselementen gemeinsamen Basiswertung, um eine einheitliche und damit möglichst rechtssichere Beurteilung unterschiedlichster Vertragsklauseln unter den Gesichtspunkten des § 879 Abs 3 ABGB zu ermöglichen. Um die Ausarbeitung einer solchen Basiswertung und ihre Anwendung auf die genannte Norm in allen drei Tatbestandselementen (AGB, Hauptleistung und gröbliche Benachteiligung) bemüht sich diese Arbeit mit Schwerpunkt in den Anforderungen des Bauvertragsrechts.

2.3 Ausgangslage und Problemstellung

Auf einen fünfzigjährigen Bestand, wie das Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft der TU Graz, den diese Festschrift feiert, kann § 879 Abs 3 ABGB noch nicht zurückblicken. Er wurde gemeinsam mit dem KSchG in Österreich eingeführt und ist auf Verträge anzuwenden, die seit dem 01.10.1979 geschlossen wurden.

In diesen immerhin 40 Jahren, in denen diese Norm gröblich benachteiligende Klauseln in AGB mit Nichtigkeit sanktioniert, ist sie zu einer der reichhaltigsten Quellen für eine Judikatur des OGH geworden, die nicht nur in ihrer Menge, sondern auch in ihrer Vielfalt ihresgleichen sucht. Bereits ein Blick in gängige Großkommentare¹⁾ belegt diesen Befund, den man in den dort dargebotenen Übersichten²⁾ mit rund dreihundert Entscheidungen in Kürzestfassung bestätigt findet.

Da fällt auf, dass aus diesen mehr als 300 Entscheidungen des OGH zu § 879 Abs 3 ABGB nur ein geringer Anteil zum Bauvertragsrecht ergangen ist. Daher ist es im Rahmen dieser Arbeit möglich, auf die mE wichtigsten dieser Entscheidungen gesondert, unter Darstellung der wesentlichen Inhalte in Kürzestform, einzugehen.

Darüber hinaus versuche ich, aus dieser reichhaltigen Judikatur Leitlinien für die Gestaltung von Bauvertragsbedingungen im Sinne einer Grenzziehung, was innerhalb des Rahmens des § 879 Abs 3 ABGB zulässig ist und was nicht, zu erarbeiten.

Das führt zur Grundsatzfrage, wie das bewegliche System zur Vereinheitlichung der Auslegung dieser Norm beitragen kann. Denn der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesmaterialien³⁾ das bewegliche System gezielt in der Ausarbeitung des § 879 Abs 3 ABGB eingesetzt, um die Anwendung dieser (schon in ihrer Entstehung als recht komplex kritisierten Norm) in der Rechtsanwendung zu erleichtern.

Ausgangspunkt sind drei Tatbestandselemente der Norm. Zunächst die Anwendungsvoraussetzung, dass die zu prüfende (bzw. auszuarbeitende) Vertragsbestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern steht, dann die zweite Anwendungsvoraussetzung, dass diese Vertragsbestimmung nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt. Sind diese beiden Anwendungsvoraussetzungen erfüllt, dann ist zu untersuchen, ob die (geprüfte oder auszuarbeitende) Vertragsklausel das dritte Tatbestandselement der Norm erfüllt, nämlich dass sie „einen Teil“, nämlich den Adressaten und nicht den Verwender der AGB, gröblich benachteiligt, sodass sie „jedenfalls nichtig“ ist.

¹⁾ Hier werden als Beispiele nur genannt *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 und *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879.

²⁾ Rechtsprechungsüberblick ab Rz 302 bei *Graf*, ABGB-ON^{1.04} § 879 sowie ab Rz 386 bei *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴. Auch tendenziell zusammengefasste Darstellungen des § 879 Abs 3 ABGB wie etwa *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 435 f belegen diese Vielfalt eindrucksvoll mit mehr als zwei Dutzend in Kürzestform wiedergegebenen Entscheidungen. Vgl. auch regelmäßig erscheinende Judikaturübersichten, die höchst verdienstvoll die aktuellen Entscheidungen zu § 879 Abs 3 ABGB referieren, wie etwa *Sonnberger*, Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung, *ecolex* 2018, 620; *ecolex* 2019, 116.

³⁾ EBRV 744 BlgNR 16. GP, 47.

Diese drei Tatbestandselemente stehen scheinbar autonom nebeneinander. Trotz des in Lehre und Judikatur ganz einhellig vertretenen Standpunktes, dass diese Tatbestandselemente ein „eine objektive Äquivalenzstörung“ und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes „bewegliches System“ geschaffen hätten⁴⁾, werden diese drei Tatbestandselemente zumeist recht unabhängig voneinander abgearbeitet. Die im „beweglichen System“ geforderte Berücksichtigung des im konkreten Sachverhalt allenfalls unterschiedlich hohen Gewichts der einzelnen Tatbestandselemente spielt zwar innerhalb der Beurteilung eines einzelnen Tatbestandselements (insbesondere bei der „gröblichen Benachteiligung“), jedoch kaum in einer wertenden Gesamtbetrachtung aller drei Tatbestandselemente eine Rolle.

Tatsächlich scheint die Frage, ob eine konkrete Vertragsklausel Teil von AGB ist (oder nicht) durchaus getrennt beurteilbar von der Frage, ob diese Vertragsklausel eine Hauptleistung betrifft oder eine Nebenleistung und ob sie schließlich gröblich benachteiligend ist (oder nicht). Doch dieser erste Blick trägt.

Verlässt man den Kernbereich dieser Tatbestandselemente, dann zeigt sich in den Zweifelsfällen sehr rasch, dass eine allen drei Tatbestandselementen gemeinsame Basiswertung der Norm geeignet wäre, viele (wiederum zumindest auf den ersten Blick) in ihrem Ergebnis eher befremdlich wirkende Einzelentscheidungen tragfähig zu begründen – oder eben zu verhindern.

Als Beispiele nenne ich etwa aus der Judikatur, dass in einem Vergabeverfahren ausgeschriebene Vertragsbedingungen geradezu „automatisch“ als AGB beurteilt werden⁵⁾. Ob sie eigens für diese Ausschreibung (und nicht für eine Vielzahl gleichartiger Fälle) verfasst wurden, scheint in der Judikatur ebenso wenig eine Rolle zu spielen, wie der Umstand, dass das bei Verwendung von AGB typisch unterstellte Ungleichgewicht zwischen Anwender und Adressat der AGB wohl dann nicht begründet werden kann, wenn sich der Adressat der AGB zwar nicht auf eine „Verhandlungsbereitschaft“ seines Gegenübers stützt, jedoch die im Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber vorgesehene Rechtsschutzbehörde gegen die Verwendung bestimmter Vertragsklauseln anrufen kann. Diesfalls wird die Übermacht nicht durch „Verhandlungsbereitschaft“ beseitigt, sondern durch die Möglichkeit dieser Rechtsschutzbehörde, den Anwender schlicht zu zwingen (bei sonstiger Vernichtung seines Vergabeverfahrens), die betreffende Vertragsklausel fallen zu lassen oder zumindest gravierend zu ändern.

Aus diesem Standpunkt, dass ausgeschriebene Vertragsbedingungen gleichsam automatisch als AGB qualifiziert werden, folgt, dass es nur in höchst seltenen, praktisch nicht relevanten Ausnahmefällen Bauvertragsbedingungen geben wird, die nicht als AGB qualifiziert werden. Denn es ist der Normalfall der Vergabe eines Bauauftrags, dass nicht mit einem (einzigen) Bauunternehmer verhandelt, sondern eine Mehrheit von Bauunternehmern im Wege einer Ausschreibung zur Angebotslegung eingeladen wird.

⁴⁾ Hier wörtlich aus OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w unter Verweis auf RIS-Justiz RS0014676.

⁵⁾ Vgl. aus der jüngeren Judikatur OGH 26.06.2018, 10 Ob 17/18z; und obiter in der OGHE vom 25.10.2017, 1 Ob 177/17m unter Verweis auf die Vorjudikatur in RIS-Justiz RS0119323.

Auch wird zu hinterfragen sein, ob in diesen Fällen der Umstand eine Rolle spielt, dass die Vorgabe der Vertragsbedingungen durch den ausschreibenden Auftraggeber nicht Ausdruck seiner „Übermacht“ gegenüber den Adressaten dieser Vertragsbedingungen ist, sondern dem sachlichen Zwang folgt, vergleichbare Angebote zu erhalten und nicht die Vergleichbarkeit der Angebote schon daran scheitern zu lassen, dass ganz unterschiedliche Vertragsbedingungen angeboten werden, insbesondere wenn es sich um die unmittelbar in Geld wirksamen Themen der Haftungsübernahmen, der Vertragsstrafen etc handelt.

Weiters ist nicht unmittelbar einsichtig, dass AGB vorliegen, nur weil derjenige, der den Vertragstext vorschlägt, der dann in einer Reihe von Punkten in intensiven Verhandlungen abgeändert wird, in einem Vertragspunkt „hart bleibt“ und nicht bereit ist, dem von seinem Gegenüber in den Verhandlungen mit Nachdruck betriebenen Wunsch auf Änderung dieser Vertragsklausel nachzukommen. Darf gegenüber demjenigen, der (ohne jede Übermacht) in den Verhandlungen nicht nachgegeben hat (bzw. gar nicht nachgeben konnte), wenn man sich doch noch insgesamt einigt, diese eine Vertragsklausel als „AGB“ beurteilt werden?⁶⁾

Daher geht es in dieser Arbeit um die Frage, ob sich einheitliche Grundwertungen aller drei Tatbestandselemente des § 879 Abs 3 ABGB begründen lassen, die solche Zweifelsfälle lösen bzw. zu ihrer Lösung beitragen. Daher beginne ich mit der Darstellung der wesentlichen Judikatur, in der die Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB auf Bauvertragsklauseln zu prüfen war.

2.4 Die Judikatur zu Bauvertragsklauseln

Im Folgenden werden die mE wesentlichen Entscheidungen des OGH, in denen Bauvertragsklauseln⁷⁾ nach § 879 Abs 3 ABGB geprüft worden waren, in chronologischer Reihenfolge dargestellt.

Dabei wird grundsätzlich erörtert, wie der OGH zu jedem der drei Tatbestandselemente der Norm (AGB, Nebenleistung und gröbliche Benachteiligung) Stellung genommen hat. Dies entfällt, wenn das Tatbestandselement AGB völlig unstreitig erfüllt war. Etwa weil

⁶⁾ So aber der OGH in seiner Entscheidung vom 18.12.2014, 2 Ob 20/14a. Dort hatte das Erstgericht, das (anders als dann die Instanzgerichte) 879 Abs 3 ABGB in diesem Fall verneint hatte, in seinen (im Instanzenzug unveränderten) Feststellungen festgehalten, dass nach Übersendung des Vertragsentwurfs durch die Vermieterin und Retournierung mit Anmerkungen der Mieterin „... Vertragsverhandlungen (begannen), welche ca. ein halbes Jahr später zum Abschluss“ dieses Vertrages führten. Dabei hatte die Mieterin „diverse Verhandlungserfolge gegenüber dem ursprünglichen Entwurf erwirken können“, die das Erstgericht beispielhaft aufzählte und die nicht nur ein Nachgeben in „geldneutralen“ Klauseln, sondern auch eine Reduktion von Zahlungspflichten enthielten. Die Mieterin „versuchte auch, die in ... enthaltenen Regelungen zur Betriebskostenabrechnung zu Gunsten“ der Mieterin zu verändern. Das wurde von der Vermieterin jedoch abgelehnt, die klarstellte, dass das in einem Einkaufszentrum mit weit mehr als hundert Mietern vereinbarte System der Betriebskostenabrechnung für einen einzelnen Mieter nicht verändert werden könne, womit sich die Mieterin schließlich zufrieden gab (BGHS 25.04.2012, 11 C 625/07b – der Autor war am Verfahren beteiligt).

⁷⁾ Den effizientesten Zugang zur Judikatur des OGH betreffend einzelne Bauvertragsklauseln bietet mE unverändert (seit Erscheinen der Erstauflage im Jahr 2003) durch den großen Vorteil der thematischen Ordnung nach dem System der ÖNORM B 2110 und die umfassende, weit über die hier erörterte Thematik des § 879 Abs 3 ABGB hinausgehende Darstellung *Karasek, ÖNORM³ B 2110* (2016).

aus dem festgestellten Sachverhalt klar hervorgeht, dass die gegenständliche Klausel in den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ geregelt wurde, im Verfahren die Qualifikation als AGB nicht streitig war, etc. Gleiches gilt sinngemäß für die Qualifikation als Haupt- oder Nebenleistung. Weiters ist der OGH auf die Prüfung dieser beiden Tatbestandselemente nicht eingegangen, wenn er von vornherein das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung verneinte.

In 6 Ob 320/98x⁸⁾ wurde in den dem Bauauftrag zugrunde liegenden Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen Punkt 2.22⁹⁾ der ÖNORM B 2110 („Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer“) dahingehend abgeändert, dass für Schäden jedweder Arbeitsleistungen und Lieferungen, deren Urheber nicht feststellbar sind, die Kosten der Wiederherstellung auf alle auf der Baustelle beschäftigten Firmen im Verhältnis der Schlussrechnungssumme zu den Gesamtherstellungskosten aufgeteilt werden.

Das Tatbestandselement der gröblichen Benachteiligung hat der OGH bejaht. Denn die von der ÖNORM abweichende Klausel überwälzt nicht nur die den Auftraggeber nach Übernahme der Leistung treffende Gefahr und den gesamten, bestimmten Schädigern nicht zuordenbaren, Schaden auf die Auftragnehmer. Sie verwehrt ihnen überdies, den nach der ÖNORM B 2110 zulässigen Gegenbeweis mangelnder Kausalität. Es sei evident, dass der klagende Auftragnehmer im Verhältnis zur beklagten Stadtgemeinde der schwächere Vertragspartner ist.

Der OGH führt weiters aus, dass das hier auftretende auffallende Missverhältnis zwischen der Rechtsposition der Vertragspartner auch dadurch deutlich werde, dass die Auftraggeberin auch die sie nach der gesetzlichen Schadenstragungsregelung treffenden Schäden zur Gänze ersetzt erhalte. Der Auftragnehmer laufe hingegen mangels einer Beschränkung der Haftungshöchstsummen Gefahr, erhebliche Teile seines Entgelts oder sogar seinen gesamten Entgeltanspruch zu verlieren. Dass mit dieser Klausel einem möglichen Schädiger (der hier der Adressat der AGB war) der Schaden zugeordnet wird, ohne dass der Geschädigte den Kausalitätsnachweis führen müsse, sei eine Benachteiligung gegenüber der Dispositivregelung, die nicht gröblich benachteiligend sei, solange die – für eben diesen Fall in der durch die gegenständliche Klausel abgeänderten ÖNORM B 2110 vorgesehene – Möglichkeit des Freibeweises des potentiellen Schädigers bestünde. Da im vorliegenden Fall diese Möglichkeit des Freibeweises ausgeschlossen war, beurteilte der OGH die Klausel als gröblich benachteiligend¹⁰⁾.

⁸⁾ OGH vom 25.02.1999.

⁹⁾ In ihrer Fassung vom 01.03.1983. Vgl. in der aktuellen Fassung der ÖNORM B 2110 vom 15.03.2013 dazu Pkt 12.4 und meine diesbezüglichen Änderungsvorschläge in „Bauvertragsbedingungen und Einsatz digitaler Werkzeuge“ Teil II, der in ZVB 2019, Heft 09 publiziert wird.

¹⁰⁾ Insofern ist es missverständlich, wenn *Herrmann*, Risikoüberwälzung beim Bauwerkvertrag (Diss 2018) 109 ausführt: „Obwohl die unmodifizierte Bestimmung der ÖNORM B 2110 nicht Vertragsbestandteil war, hat der OGH in seiner Entscheidung die modifizierte Form der Regelung der ÖNORM B 2110 an der unmodifizierten Regelung gemessen. Gegenstand der Entscheidung war die Abweichung der modifizierten Regelung von der unmodifizierten Regelung.“ Tatsächlich hat der OGH die Vertragsklausel am dispositiven Recht gemessen. Die auch in diesem Sachverhalt vereinbarte, allerdings in dieser Klausel modifizierte ÖNORM B 2110 kam nur insoweit ins Spiel, als der OGH klarstellte, dass die in der konkreten Klausel vorgenommene Abweichung von der Dispositivnorm deshalb gröblich benachteiligend war, weil sie deutlich über die (als zulässig beurteilte) Abweichung der ÖNORM B 2110 hinausging, indem sie den Freibeweis ausschloss. Maßstab der Prüfung blieb jedoch stets das dispositive Recht.

Nach dem Sachverhalt in der Entscheidung 3 Ob 146/99p¹¹⁾ wurde in die Allgemeinen Rechtlichen Vertragsbestimmungen zum Projekt Inntaltunnel, welches im Wege einer Ausschreibung vergeben wurde, folgende Klausel aufgenommen:

„Die Gruppen gleicher Art und Preisbildung sind in den „Projektbezogenen Rechtlichen Vertragsbestimmungen“ angegeben. Bei der Ermittlung des Grenzwertes (20 %) sind die Massenänderungen aller Leistungen (Positionen der Leistungsgruppen) zu berücksichtigen. Ein Anspruch auf Änderung der Einheitspreise besteht nur für jene Positionen der Leistungsgruppe, die für sich eine Änderung um mehr als 20 % erfahren haben. Die Preisänderung muss durch die Ansätze in der dem Angebot zugrundeliegenden Preisermittlung belegbar sein.“

Der OGH führte aus, dass es sich nicht um eine Bestimmung über die Hauptleistungspflicht handle, sondern um eine Nebenbestimmung. Denn nach Lehre und Rechtsprechung sei die Abgrenzung so zu ziehen, dass die Ausnahmen dieser Gesetzesbestimmung möglichst eng verstanden werden, dass also Hauptpunkte nur diejenigen Vertragsbestandteile sind, die die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen¹²⁾. Demnach würden Bestimmungen über die Preisberechnung in allgemeiner Form unter § 879 Abs 3 ABGB fallen.

Der OGH erörterte schließlich zum Tatbestandselement der gröblichen Benachteiligung, dass selbst wenn man davon ausginge, dass nach dispositivem Recht der Auftraggeber das Baugrundrisiko zu tragen habe, nach den vorliegenden Feststellungen keinesfalls gesagt werden könne, dass eine gröbliche Benachteiligung vorliege. Eine sachliche Rechtfertigung der zu prüfenden Bestimmung fand der OGH darin, dass es für einen Werkbesteller legitim sei, die Folgen nicht vorausgesehener (allenfalls auch durch das Abweichen des tatsächlichen vom erwarteten Baugrundes verursachter) Kostenerhöhungen zu beschränken und teilweise auf den Auftragnehmer zu überwälzen. Schließlich könne die gegenständliche Bestimmung zugunsten beider Parteien ausschlagen.

In der Entscheidung 6 Ob 98/00f¹³⁾ ging es um folgende in den „Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis“ verankerte Klausel:

„Haftung: Der AN (= Auftragnehmer) wird den AG (= Auftraggeber) für Schäden aller Art, insbesondere auch für mittelbare und Folgeschäden schad - und klaglos halten, sofern deren Verursachung durch Dritte nicht einwandfrei nachgewiesen wird. Für Schäden, die von seinen Subunternehmern oder Lieferanten verursacht werden, haftet der Arbeitnehmer (gemeint: Auftragnehmer). Für Schäden, deren Verursacher nicht nachgewiesen wird, haften alle AN dem AG intern zur ungeteilten Hand, anteilig im Verhältnis ihrer Auftragssumme.“

Der OGH beurteilte die hier zu prüfende Bestimmung als nichtig. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers weichen in wesentlichen Punkten von der in Punkt 2.22 der ÖNORM B 2110¹⁴⁾ vorgesehenen Haftungsregelung mehrerer Auftragnehmer für Schäden ab. Nach der abgeänderten Bestimmung hafte auch jener

¹¹⁾ OGH vom 24.05.2000.

¹²⁾ Eben diesen Ansatz konkretisiert *Aicher* im Sinne eines dem Äquivalenzprinzip entsprechenden Abstellens auf den wirtschaftlichen Kern des Leistungsaustausches. Dazu ausführlich unten bei FN 69.

¹³⁾ OGH vom 17.01.2001.

¹⁴⁾ Damals noch in der Fassung vom 01.03.1983.

Auftragnehmer, der den Schaden gar nicht verursachen konnte, weil er seine Arbeiten schon abgeschlossen und die Baustelle geräumt oder die Leistung übergeben hatte.

Der OGH erörtert dazu, dass die Klausel nicht nur die den Auftraggeber nach Übernahme der Leistung treffende Gefahr und den gesamten Schaden, der einem bestimmten Schädiger nicht zugeordnet werden kann, auf die Auftragnehmer überwälze. Sie verwehre den Auftragnehmern darüber hinaus auch den Gegenbeweis mangelnder Kausalität. Die für den Auftragnehmer damit verbundene Benachteiligung stehe somit in einem auffallenden Missverhältnis zur Rechtsposition des Auftraggebers. Dem Auftraggeber sei zwar zweifellos ein Interesse an der Erleichterung des Ersatzes von nicht zuordenbaren Schäden zuzugestehen. Diesem Interesse werde aber voll und ganz durch die in der ÖNORM B 2110 geregelte Schadenstragung mehrerer Auftragnehmer Rechnung getragen.

Dass bei der gegenständlichen Klausel ein auffallendes Missverhältnis zwischen den Rechtspositionen der Vertragspartner auftritt, werde dadurch deutlich, dass die Auftraggeberin auch die sie nach der gesetzlichen Schadenstragungsregelung treffenden Schäden zur Gänze ersetzt erhält, während der Auftragnehmer mangels seiner Beschränkung der Haftungshöchstsumme Gefahr läuft, erhebliche Teile seines Entgelts oder sogar seinen gesamten Entgeltanspruch zu verlieren.

Die in der Entscheidung 1 Ob 144/04i¹⁵⁾ gegenständliche Klausel regelt, dass die Schlussrechnung endgültig und ohne Vorbehalt gelegt werden muss und dass Nachforderungen jeglicher Art ausgeschlossen sind. Die hier zu beurteilende Bestimmung gehörte (als Bestandteil von „Vorbemerkungen“ als üblicher Klauselkatalog in Ausschreibungen) zu den von der vergebenden Stelle vorformulierten Ausschreibungsunterlagen, mit welchen sich die Bewerber (die künftigen Bieter) idR abfinden müssen, um nicht aus dem Bieterverfahren auszuschneiden.

Der OGH führte aus, dass bei der Vergabe von Aufträgen mit vorformuliertem Klauselkatalog jene typische Ungleichgewichtslage vorliege, wie sie der Verwendung von AGB zu eigen sei, sodass es geboten erscheine, § 879 Abs 3 ABGB auch in solchen Fällen zur Beurteilung der Unwirksamkeit von Klauseln wegen gröblicher Benachteiligung analog heranzuziehen¹⁶⁾.

Dass die Vertragspartner Kaufleute sind, steht der Beurteilung als sittenwidrige Bestimmung nicht entgegen. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners sachlich gerechtfertigt erscheine, desto eher werde auch im Handelsverkehr die Sittenwidrigkeit zu bejahen sein. Das Berufungsgericht hatte den Zweck des Nachforderungsausschlusses darin gesehen, die Rechtslage bei Bauvorhaben mit hoher Auftragssumme möglichst innerhalb kurzer Frist zu klären und zu diesem Zweck die gesetzlichen Verjährungsfristen abzukürzen. Denn so solle der Auftraggeber zu einem möglichst frühen Zeitpunkt das gesamte Ausmaß seiner Verpflichtungen überblicken können. Dieses Interesse des Werkbestellers sei grundsätzlich anerkennenswert. Diesem Interesse stünde jedoch das Interesse des Auftragnehmers gegenüber, das ihm vertrags-

¹⁵⁾ OGH vom 12.08.2004.

¹⁶⁾ Siehe auch RIS-Justiz RS0119323; OGH vom 12.08.2004, 1 Ob 144/04i.

gemäß gebührende Äquivalent für die erbrachten Leistungen zur Gänze zu erhalten.

Für Fälle, in denen vergessen wurde, eine Position, welche in einer Teilrechnung aufscheint, in die Schlussrechnung aufzunehmen, sei die Vertragsklausel über den Nachforderungsausschluss überschießend. Die Klausel sei jedenfalls unwirksam. Die Tatbestandselemente „AGB“ und „Nebenleistung“ sah der OGH offensichtlich als gegeben an.

In der Entscheidung 8 Ob 164/08p¹⁷⁾ lauteten die im Werkvertrag vereinbarten AVB in einer Bestimmung wie folgt:

„Nach Korrektur der Schluss- und Regierechnungen wird ein Schlussabrechnungsblatt durch den Rechnungsprüfer ausgefüllt und zur Anerkennung an den Auftragnehmer geschickt. Sollte (gemeint: es) binnen 14 Tagen nach Ausgang des Schlussabrechnungsblatts durch den Auftragnehmer nicht retourniert werden, dann werden die Rechnungen mit Beträgen gemäß der Aufstellung im Schlussabrechnungsblatt beglichen; es werden keinerlei Einwendungen nachträglich akzeptiert.“

Der OGH bestätigte die dem Erstgericht widersprechende Entscheidung des Berufungsgerichtes. Auch in diesem Fall stand die gegenständliche Bestimmung in einem bei der Vergabe von Aufträgen vorformuliertem Klauselkatalog, weshalb nach der Rechtsprechung des OGH § 879 Abs 3 ABGB anzuwenden war¹⁸⁾.

Der OGH verweist bezüglich des Tatbestandelementes der gröblichen Benachteiligung auf die Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes. Dieses ging zusammengefasst davon aus, dass die Klausel in den AVB nichtig sei. Die in einem beweglichen System vorzunehmende Beurteilung orientiere sich auch bei der Frage nach der gröblichen Benachteiligung am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen Interessenausgleichs. Im konkreten Fall sei zu prüfen, ob sich die Position des Werkunternehmers nach der konkreten Vereinbarung noch erheblich weiter vom dispositiven Recht entferne als nach den Regelungen der einschlägigen ÖNORM. Diese ÖNORM schließe nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten sei oder binnen drei Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben werde.

Davon weiche die hier zu beurteilende Klausel massiv ab. Denn der Auftragnehmer werde gezwungen, bereits binnen 14 Tagen nach Absendung eines Schlussrechnungsprüfblatts zu reagieren. Hinzu komme, dass die 14-Tage-Frist nicht erst ab Erhalt des Prüfungsblatts, sondern bereits ab dessen Absendung durch die Gegenseite zu laufen beginne. So habe es der Auftraggeber in der Hand, diese Frist geradezu willkürlich noch deutlich zu verkürzen, wenn er zB die Postaufgabe am Ende der Woche vornehme. Für den Auftragnehmer bestehe weiters die Gefahr, dass sein Vertragspartner ein Anerkenntnis ableiten wolle, wenn er das Blatt an diesen retourniere. Der Auftragnehmer sei geradezu genötigt, das Schlussabrechnungsblatt kurzfristig zu retournieren, um sich inhaltliche Einwendungen gegen Kürzungen zu sichern. Die Regelung verführe geradezu dazu, dass

¹⁷⁾ OGH vom 23.04.2009.

¹⁸⁾ Siehe auch RIS- Justiz RS0119323; OGH vom 12.08.2004, 1 Ob 144/04i.

ein Werkunternehmer automatisch bzw. reflexartig das Schlussabrechnungsblatt mit „leeren Einwendungen“ zurücksende, um die Präklusion zu verhindern. Es sei nicht gerechtfertigt, den Auftragnehmer nur wegen eines geringfügigen Versäumnisses berechtigter Ansprüche verlustig gehen zu lassen. Der OGH beurteilte die gegenständliche Klausel daher als nichtig.

10 Ob 93/11s¹⁹⁾ ist ein Paradebeispiel für die Schwierigkeit der Konkretisierung, wann eine Abweichung von der Regelung der Dispositivnorm, welche durch die inkriminierte Klausel verdrängt wird, sachlich gerechtfertigt ist.

Der Kläger war mit der Lieferung, Montage und Endreinigung der Fensterkonstruktionen eines Hauses beauftragt und hatte für die Endreinigung den Beklagten eingesetzt. Der Beklagte hatte in seinen AGB eine Klausel, wonach durch seine Reinigungsleistungen entstandene Schäden binnen drei Tagen bei sonstigem Anspruchsverlust zu melden seien. Als der Beklagte diese Klausel gegen den Anspruch wegen tatsächlich zerkratzter Fenster einwendete, verneinte das ErstG die gröbliche Benachteiligung.

Diese Abweichung vom Dispositivrecht sei sachlich gerechtfertigt. Liege es doch im verständlichen Interesse des Fensterreinigers, dass gerade bei Baustellenreinigungen (wo im Objekt auch nach der Reinigung häufig noch andere Professionisten Arbeiten versehen) der Auftraggeber durch diese Klausel angehalten sei, eine umgehende Besichtigung des Gewerks der Beklagten vorzunehmen und auch umgehend Ansprüche schriftlich zu deponieren, um im Fall der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen schwierige Kausalitätsfragen hintanzuhalten.

Die Instanzgerichte sahen dies anders. Selbst wenn man die Klausel nur auf die ohne weiteres erkennbaren Mängel bezöge, würde auch das aner kennenswerte rasche Klarstellungsinteresse der Beklagten eine gegenüber der gesetzlichen Verjährungsregelung des § 1486 ABGB von drei Jahren so weitgehende Einschränkung der Frist nicht rechtfertigen. Diese Klausel war daher in AGB unwirksam.

Offen blieb, weshalb der OGH diese kurze Rügefrist an der dreijährigen Verjährungsfrist gemessen hatte. Denn dem vom OGH grundsätzlich anerkannten Interesse an rascher Klärung hätte selbst eine Rügefrist von einem Drittel der vom OGH als Maßstab herangezogenen Frist nicht genügt. Eine sachlich gerechtfertigte Frist hätte sich mit diesem Vergleichsmaßstab sohin nie finden lassen. Vielmehr wäre es nahe gelegen, die Zulässigkeit einer Rügefrist in diesem Fall an einer angemessenen Frist für eine Mängelrüge iSd § 377 UGB in einem vergleichbaren Fall des Verkaufs einer Sache mit ohne weiteres erkennbarem Mangel zu messen. Denn dass die Mängelrügeobliegenheit auch für andere Vertragsarten vereinbart werden könne, bejahte der OGH.

Zentral ist in 3 Ob 109/14x²⁰⁾ die Klärung des Inhalts jener Klausel, wonach der Auftragnehmer die Verpflichtung übernimmt, von der Auftraggeberin beige stellte (Hilfs-)

¹⁹⁾ OGH vom 14.02.2012.

²⁰⁾ OGH vom 18.03.2015.

Materialien und Anlagenteile bei Übernahme sorgfältig zu prüfen und eventuelle Beanstandungen der Auftraggeberin zu melden. Als Rechtsfolge ist vorgesehen, dass im Fall einer Unterlassung seitens des Auftragnehmers aus diesem Titel kein wie immer gearteter Einwand geltend gemacht werden kann und dass der Auftragnehmer auch für die vom Bauherrn beigestellten Materialien, Hilfsmaterialien und Anlagenteile voll haftet.

Zur Frage, ob in diesem Fall „AGB“ vorliegen, führt der OGH aus, dass auch einseitig vorformulierte, individuelle Vertragstexte wie Ausschreibungsunterlagen der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen²¹⁾.

Zum Tatbestandselement „Nebenleistung“ erörtert der OGH, dass mit dieser Klausel keine der beiderseitigen vertraglichen Hauptleistungen festgelegt werde. Zwar habe der OGH im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Hauptleistungspflicht und Schutzpflichten ausgesprochen, dass die Warnpflicht des Werkunternehmers in bestimmten Fällen eine Hauptleistungspflicht sei, wenn durch die Warnung erst die Herstellung des Werks ermöglicht werde. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, dass eine die Warnpflicht regelnde Vertragsklausel eine der „beiderseitigen Hauptleistungen“ des Vertrags iSd § 879 Abs 3 ABGB festlegt, die nach hM möglichst eng zu verstehen sind²²⁾.

Der OGH bestätigte vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Warnpflicht nach § 1168a ABGB die Ansicht des Berufungsgerichts, die beanstandete Klausel, mit der die Prüfpflicht hinsichtlich der bereitgestellten Materialien auf die Werkbestellerin überwältigt wird, sei nicht richtig.

In 2 Ob 206/16g²³⁾ geht es erneut um die Frage der Gültigkeit der Haftungsbeschränkung der ÖNORM B 2110 (nunmehr in Punkt 12.3.1).

Der OGH führt aus, dass die ÖNORM B 2110 ihrer Rechtsnatur nach zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zähle²⁴⁾. Obwohl sie in weiten Teilen einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen der an Werkverträgen Beteiligten darstelle, der die Rechtsposition des Auftraggebers weder vernachlässigt noch unberücksichtigt lässt, sei sie nicht nur selbst Maßstab²⁵⁾ für die „gröbliche Benachteiligung“ iSd § 879 Abs 3 ABGB, sondern ihre Bestimmungen unterliegen selbst der Inhaltskontrolle nach dieser Norm. Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung seien insofern wirksam, als ihr Abschluss oder doch ihre Anwendung im Einzelfall nicht gegen die guten Sitten verstößt²⁶⁾.

Vor diesem Hintergrund hatte der OGH²⁷⁾ die Sittenwidrigkeit der in der

²¹⁾ OGH vom 12.08.2004, 1 Ob 144/04i.

²²⁾ RIS-Justiz RS0016908, RS0016931 (T1); RS0128209, vgl. auch RIS-Justiz RS0039027.

²³⁾ OGH vom 14.12.2017.

²⁴⁾ OGH 6 Ob 566/95; vgl. zu diesem Thema insbesondere *Aicher* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Kap. 2, dort 2.2.2.2.

²⁵⁾ Zu dieser Maßstabsfunktion der ÖNORM B 2110 vgl. ausführlich *Aicher* bei FN 101.

²⁶⁾ OGH 8 Ob 46/17y; RIS-Justiz RS0038178.

ÖNORM B 2110 enthaltenen Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit auch in einem Rechtsstreit aus einem Individualvertrag ausdrücklich verneint. Eine gröbliche Benachteiligung bei einem (gänzlichen) Haftungsausschluss sei in der Rechtsprechung schon dann verneint worden, wenn er (wie hier) wechselseitig für beide Vertragsparteien gilt und daher nicht nur einer Partei zum Nachteil gereichen kann²⁸⁾.

Die in 10 Ob 17/18z²⁹⁾ zu prüfende Klausel betreffend Regierechnungen lautete wie folgt:

„Regierechnungen können nur aufgrund bestätigter Regiescheine gestellt werden. Für jede Leistung ist ein eigener Regieschein auszufüllen.

Die Regiescheine müssen spätestens sieben Tage nach der Ausführung der örtlichen Bauaufsicht zur Prüfung vorgelegt werden. Wird diese Frist nicht eingehalten, gilt die Leistung als nicht erbracht.

Regiearbeiten müssen spätestens vier Wochen nach der Prüfung durch die örtliche Bauaufsicht in Rechnung gestellt werden. Wird diese Frist nicht eingehalten, verfällt die Rechnung, es sei denn, dass seitens der ÖBA ein schriftliches Einverständnis zur späteren Rechnungsvorlage gegeben wurde.

Unterschriften auf Regiescheinen bestätigen nur die Ausführung der Leistung. Die Prüfung, ob eine daraus abgeleitete Forderung berechtigt ist, bzw. eine Regieleistung darstellt, erfolgt erst im Zuge der Rechnungsprüfung. ...“

In dieser Entscheidung beantwortete der OGH die Frage nach dem Vorliegen des Tatbestandelements „AGB“ erneut dahingehend, dass bei der Vergabe von Aufträgen mit vorformuliertem Klauselkatalog, mit dem den Bietern der Vertragsinhalt – zumindest weitgehend – vorgegeben wird, aufgrund des Vorliegens der typischen Ungleichgewichtslage (wie bei AGB) § 879 Abs 3 ABGB analog heranzuziehen sei³⁰⁾.

Der OGH folgte der Entscheidung des Berufungsgerichtes, dass die zur Geltendmachung der Regiekosten im Leistungsverzeichnis vorgesehene vierwöchige Rechnungslegungsfrist nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße. Insbesondere im Baugewerbe müsse (insbesondere im Zusammenhang mit Regieleistungen) mit einer kurzen Rechnungslegungsfrist gerechnet werden, um Problemen entgegenzuwirken, vor denen Bauherren durch unerwartete Überschreitungen der Baukosten stünden. Die Regelung über die Geltendmachung von Regiekosten sei nicht versteckt, weil das grundsätzliche Thema sogar in der Überschrift genannt werde. In der vierwöchigen Rechnungslegungsfrist liege keine gröbliche Benachteiligung für Auftragnehmer, die als Bauunternehmer die allgemeinen Probleme von Regieleistungen kennen. Die Frist von vier Wochen genüge auch zur Rechnungslegung, weil der Auftragnehmer die den unterschriebenen und einigermaßen sorgfältig angelegten Regiescheinen zugrunde liegenden Leistungen nur mehr mit der Kostengrundlage verknüpfen müsse.

²⁷⁾ OGH 8 Ob 46/17y; im Ergebnis auch 1 Ob 127/17h; diese Rechtsfrage noch offen lassend 7 Ob 211/09v; aA R. Welser in *Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II 6.11.3.2.

²⁸⁾ RIS-Justiz RS0124503.

²⁹⁾ OGH vom 26.06.2018.

³⁰⁾ Vgl. RIS-Justiz RS0119323.

2.5 Auslegung des § 879 Abs 3 ABGB unter Anwendung des „beweglichen Systems“

2.5.1 Vom Nutzen des beweglichen Systems für die vorliegenden Auslegungsfragen

Dass durch § 879 Abs 3 ABGB ein „eine objektive Äquivalenzstörung und verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen wurde, ist nicht nur ständige Judikatur³¹⁾, sondern war ausweislich der Gesetzesmaterialien³²⁾ auch die Absicht des Gesetzgebers.

Nach den genannten Erläuternden Bemerkungen werde dem Vorschlag von *F. Bydlinski* nach den „Gedankengängen *Wilburgs* über ein bewegliches System im Zivilrecht ... an die objektive Angemessenheit von Vertragsbestandteilen einen umso strengeren Maßstab zu legen, je „verdünnter“ der Wille des hierdurch beeinträchtigten Vertragspartners ist“ gefolgt. Das solle durch § 879 Abs 3 ABGB „im Gesetz ausgedrückt werden, um der Rechtsanwendung eine bessere Stütze bei der Prüfung des Vertragsinhalts zu geben“.

Dass diese Methode des beweglichen Systems³³⁾ in der Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB eine wertvolle Stütze wäre, ist sicher zutreffend. Daher bemühe ich mich in dieser Arbeit um eine – angesichts der Vielfalt und der Bandbreite der Judikatur in der Auslegung dieser Norm wohl gerechtfertigte – vertiefte Auseinandersetzung mit den Leistungen dieser Methode zu einer einheitlichen Auslegung der drei gegenständlichen Tatbestandselemente. Denn § 879 Abs 3 ABGB ist mE das Paradebeispiel einer Norm, in der – wie dies *F. Bydlinski* als zentrales Beispiel für die Stärken der Anwendung des beweglichen Systems nennt – in derselben Norm „starre Tatbestände bloß scheinbare Sicherheit gewährleisten, wenn neben ihnen vage Generalklauseln stehen“³⁴⁾.

³¹⁾ RIS-Justiz RS0016914, OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w wörtlich und wohl auch die diesbezügliche Lehre.

³²⁾ EBRV 744 BlgNR 16. GP, 47.

³³⁾ Neben der grundlegenden Arbeit, die *Wilburg* mit „Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht“ als Rede bei Antritt seines Rektorats am 22.11.1950 gehalten und in der Folge publiziert hat und seinen weiterführenden Überlegungen in „Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts“ AcP 163, 346 wird hier für das methodische Verständnis dieses Systems vor allem auf *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 529 ff verwiesen. Aus der weiteren, inzwischen sehr reichhaltigen Literatur zu dieser Methode nenne ich hier *F. Bydlinski*, Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg) das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 103; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriffe in der Jurisprudenz (1983) 74ff; *Canaris*, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg) das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 103ff; *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977); *Schilcher*, Das bewegliche System wird Gesetz, in *Heldrich/Prölss/Koller* (Hrsg) FS Canaris zum 70. Geburtstag (2007) 1299 und verweise im Übrigen auf die in ihrer Kürze sehr prägnante Beschreibung dieser Methode in *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 79 und die dort in FN 66 angeführten weiteren Nachweise. Um den Umfang dieser Arbeit nicht zu sprengen, beziehe ich mich in meinen folgenden Ausführungen nur auf *Wilburg*, Entwicklung sowie auf *F. Bydlinski*, Methodenlehre².

³⁴⁾ Methodenlehre² 534.

2.5.2 Die Basiswertung des § 879 Abs 3 ABGB

1.5.2.1 Ausgangsfrage

Wie *Wilburg*³⁵⁾ die Rechtsfolge eines Tatbestandes als „Ergebnis einer Kräftewirkung sieht“³⁶⁾, erörtert er am Beispiel des Wuchers. Das sei „einerseits ein auffallendes Missverhältnis der Leistungen, also eine übermäßige Bereicherung, andererseits eine Zwangslage oder Verstandesschwäche, Unerfahrenheit, Leichtsinns auf Seite des Übervorteilten und schließlich ein grobes Verschulden seines Gegners“.

Dieses Zusammenwirken, das dazu führt, dass ein „Mehr“ eines graduell abstufbaren Kriteriums ein „Weniger“ eines anderen Kriteriums desselben Tatbestands kompensiert, erläutert *Wilburg* an dem von ihm gebildeten Beispiel des Wuchers dahingehend, dass „ein nur geringes Verschulden des Gewinners genügen kann, wenn die Zwangslage des Benachteiligten besonders schwer und das Missverhältnis der Leistungen von außergewöhnlichem Grade ist“³⁷⁾.

Die feste Regel, an der sich dieses „Mehr“ oder „Weniger“ messen lassen muss, ist die der betreffenden Norm zugrunde liegende und unmittelbar aus ihr abgeleitete Basiswertung³⁸⁾.

Deutlich komplexer wird die Anwendung des beweglichen Systems, wenn in einer Norm Tatbestandselemente vereint sind, die – anders als im Beispiel des Wuchers – einem „Mehr“ oder „Weniger“ zumindest auf den ersten Blick nicht zugänglich sind.

Den Fall, dass starre Tatbestände mit (offensichtlich) „hochgradig vagen Generalklauseln (gute Sitten, Treue und Glauben, wichtiger Grund, Billigkeit etc)“³⁹⁾ zusammentreffen, beschreibt *F. Bydlinski* zutreffend als „besonders unglücklich, weil man nie voraussehen kann, wann nach den starren Tatbeständen, wann nach der Generalklausel beurteilt wird“⁴⁰⁾.

Das ist genau der Fall des § 879 Abs 3. Denn zumindest auf den ersten Blick erscheinen sowohl die Tatbestandselemente „AGB“ als auch „Nebenleistung“ (gegenüber dem Gegenbegriff der Hauptleistung) als relativ starr, weil sie eben verwirklicht sind oder nicht verwirklicht sind. Sie lösen die Rechtsfolge der Nichtigkeit aber nur in Kombination mit der eindeutig von Wertungen abhängigen und einem „Mehr“ oder „Weniger“ zugänglichen Generalklausel der „gröblichen Benachteiligung“ aus.

³⁵⁾ Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950) 19f.

³⁶⁾ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 529.

³⁷⁾ Entwicklung 19f.

³⁸⁾ So *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 531 im Anschluss an *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977) 204.

³⁹⁾ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 534.

⁴⁰⁾ Methodenlehre² 533.

Dass *F. Bydlinski* gerade für diesen Fall die Stärke der Anwendung des beweglichen Systems betont⁴¹⁾, hat der Gesetzgeber des § 879 Abs 3 ABGB – wie oben ausgeführt – offenbar ebenso gesehen⁴²⁾. Denn auch in diesem Fall der Kombination starrer Tatbestandselemente mit „vagen Generalklauseln“ lässt sich in allen Tatbestandselementen eine gemeinsame Basiswertung dieser Norm erkennen. Entsprechend dem Ergebnis, wie ausgeprägt diese Basiswertung im konkreten Sachverhalt im jeweils geprüften Tatbestandselement verwirklicht ist, ist dieses Tatbestandselement dann wiederum mehr oder weniger stark ausgeprägt oder gar nicht verwirklicht.

In der Beurteilung, ob die Rechtsfolge dann insgesamt eintreten soll, hält *F. Bydlinski*⁴³⁾ fest:

„Die zum Auslegungszweifel führende Schwäche des einen Kriteriums kann bei solcher Sicht im Rahmen der Gesamtwertung durch die besonders starke Ausprägung eines anderen ausgeglichen werden. Sind umgekehrt auch die anderen Merkmale eher schwach entwickelt, wird das die Verneinung der Rechtsfolge nahelegen“.

Im Ergebnis bekommen daher auch Tatbestandselemente, die – wie im vorliegenden Fall hinsichtlich „AGB“ und „Nebenleistung“ – nur bejaht oder verneint werden können, durch ihre Beurteilung der gesamten Norm, sohin dem § 879 Abs 3 insgesamt, hinterlegten Basiswertung eine Gewichtung, die letztlich in der Gesamtbetrachtung zur Bejahung oder Verneinung der Rechtsfolge führt.

Klarzustellen ist, dass in diesem Zusammenhang stets nur darauf abgestellt wird, ob ein Tatbestandselement im Lichte dieser Basiswertung stärker oder schwächer ausgeprägt ist. Liegt das Tatbestandselement nach dieser Basiswertung gar nicht vor – ist also im konkreten Sachverhalt die hinterlegte Basiswertung der Norm in einem Tatbestandselement überhaupt nicht verwirklicht – dann bleibt es dabei, dass die Rechtsfolge nicht eintritt, auch wenn andere Tatbestandselemente noch so ausgeprägt vorliegen.

Denn jedes Tatbestandselement muss verwirklicht sein, um die Rechtsfolge auszulösen. Andernfalls verlässe der Rechtsanwender die ihm durch die Norm vorgegebenen Grenzen der Auslegung, sodass es bei der Verneinung der Rechtsfolge bleibt. Denkbar ist zwar mE in diesem Fall, dass das nicht verwirklichte Tatbestandselement durch teleologische Reduktion beseitigt wird. Sohin bei festgestelltem, planwidrigem Fehlen einer Ausnahmeregelung durch Lückenfüllung mit einer Ausnahmeregelung, welche von diesem Tatbestandselement absieht. Ein derartiges Beispiel ist mir jedoch im Zusammenhang mit § 879 Abs 3 ABGB weder aus Lehre noch Judikatur geläufig.

Die weiter zu bearbeitende Ausgangsfrage ist sohin, was als Basiswertung des § 879 Abs 3 ABGB anzusehen ist. Hier helfen die bereits von den Gesetzesmaterialien zitierten Positionen *Bydlinskis* weiter, auf die daher im Folgenden näher eingegangen wird.

⁴¹⁾ Methodenlehre² 535.

⁴²⁾ Allerdings gestützt auf frühere (nicht die hier aus der Methodenlehre zitierten) Ausführungen *Bydlinskis*, auf die ich im Folgenden noch eingehe, da die Methodenlehre in ihrer Erstauflage erst 1982 erschienen ist.

⁴³⁾ Methodenlehre 536.

1.5.2.2 Ermittlung der Basiswertung

Den zu dieser Basiswertung führenden Grundsatz formuliert *F. Bydlinski* wie folgt⁴⁴⁾:

„Je freier die Entscheidung beim Vertrag ist, umso weniger kommt es auf inhaltliche Äquivalenz der vertraglich begründeten Rechtspositionen an, wofür die Schenkung ein besonders drastisches Beispiel ist. Je weniger frei die Entscheidung hingegen ist, umso mehr bedarf die inhaltliche Äquivalenz der Rechtspositionen der Prüfung und Kontrolle, wofür gerade die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Behandlung in Lehre und Praxis ein schlagender Beweis sind“.

Das entspricht der hM, für die hier zitiert wird:

„Je gravierender die Äquivalenz gestört ist, desto einwandfreier muss die Selbstbestimmung sein und desto geringer sind die sonstigen Voraussetzungen für die Aufhebung des Vertrages. Dieses Zusammenspiel von abstufbaren Kriterien kann als bewegliches System beschrieben werden“⁴⁵⁾.

Damit ist noch nicht gesagt, welche Basiswertung diese Verknüpfung zwischen der Freiheit der Willensbildung einerseits und den Anforderungen an die Äquivalenz andererseits herstellt.

Auch diesbezüglich schaffen die Ausführungen von *F. Bydlinski* Klarheit⁴⁶⁾. Dazu verweise ich darauf, dass es in unserem Problemkreis um den von *F. Bydlinski* als „tragbare“ Äquivalenz bezeichneten Bereich geht. Das sei der „weite Spielraum“ bis zur Grenze des „auffallenden Missverhältnisses“, auf welches etwa die Wuchervorschrift des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB, aber wohl auch die Regelung der *laesio enormis* des § 934 ABGB abstellt. Dieser Bereich der tragbaren Äquivalenz lässt – wie *F. Bydlinski* betont – einen vertretbaren Gewinn zugunsten eines Vertragspartners zu, den man wiederum abzugrenzen hat vom nicht vertretbaren Gewinn, der etwa aus Wucher oder *laesio enormis* für den „Gewinner“ resultiert.

In diesem Bereich der tragbaren Äquivalenz stellt sich die Frage nach der subjektiven Äquivalenz, die nach *F. Bydlinski*⁴⁷⁾

„nur eine andere Formulierung für die Herrschaft des Parteiwillens (ist); eine Formulierung, die es gestattet, auf die Grundlagen dieses Willens und das Verfahren der Willensbildung zurückzugreifen, indem man fragt, auf welchen Vorstellungen die subjektive Bewertung der beiderseitigen Leistungen als gleichwertig aufbaut“.

Diese Gleichsetzung der subjektiven Äquivalenz mit der im Sinne der Privatautonomie die Bindungswirkung des Rechtsgeschäftes konstituierenden freien Willensentscheidung führt zur Thematik der Richtigkeitsgewähr. Denn da die Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen gerade dadurch gewährleistet ist, dass jede Partei für sich

⁴⁴⁾ Zur Einordnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht in FS *Kastner* (1972), 60.

⁴⁵⁾ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 321.

⁴⁶⁾ Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967), insbesondere (in der Reihenfolge der oben im Text erfolgenden Bezugnahmen) 155, 107, 106.

⁴⁷⁾ Privatautonomie 153.

entscheidet, für welche Gegenleistung sie zu welcher eigenen Leistung bereit ist, folgt daraus, dass diese Richtigkeitsgewähr nur dann einwandfrei funktionieren kann, wenn die Voraussetzung dieser Richtigkeitsgewähr, die freie Willensentscheidung des Einzelnen, in unverdünnter Willensfreiheit verwirklicht wird.

Ausgehend von dieser zentralen Funktion der freien Willensbildung für das Funktionieren des Vertragsmechanismus, der letztlich der Richtigkeitsgewähr dient, hält *F. Bydlinski*⁴⁸⁾ fest:

„Was an automatisch durch den funktionierenden Vertragsmechanismus gelieferter Richtigkeitsgewähr entfällt, das muss durch bewusste und gezielte Inhaltskontrolle ersetzt werden“.

Daraus leitet *F. Bydlinski* die bereits oben zitierte Forderung ab, dass gerade in einem Verfahren, das einem Vertragspartner nur „verdünnte Freiheit“ belässt, wenn er in ein Verpflichtungsverhältnis gerät, eben dieses Rechtsverhältnis „besonders auf seine inhaltliche Richtigkeit zu prüfen“ ist⁴⁹⁾.

Dieser Zusammenhang zwischen unverdünnter Willensfreiheit und Anforderung an die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zeigt sich auch im Extrembeispiel des Wuchers. Dort, wo die Willensfreiheit durch Zwangslage, Furcht, Not etc als so gering angesehen werden muss, dass sie gerade noch ausreicht, einen verbindlichen Vertragsabschluss zu bewirken, aber von einer Richtigkeitsgewähr dieser Entscheidung keine Rede mehr sein kann, ist der Vertrag im Sinne des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB nichtig, wenn diese verdünnte Willensfreiheit dann auch tatsächlich im Äquivalenzverhältnis schlagend wurde, indem Leistung und Gegenleistung in „auffallendem Missverhältnis“ zueinander stehen. Dann ist die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidungen des Bewucherten so (gegen Null) reduziert, dass die Rechtsordnung ohne Gefährdung der Privatautonomie sogar in den Kernbereich des Synallagmas, in das Austauschverhältnis der Hauptleistungen, eingreifen kann.

Eben dieser Mechanismus des Zusammenspiels des Ausmaßes der Verdünnung der Willensfreiheit mit einer daraus folgenden Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung wirkt auch in allen drei Tatbestandselementen des § 879 Abs 3 ABGB. Hinter diesen Tatbestandselementen steht in allen drei Fällen die Basiswertung, dass ohne Berücksichtigung dieses Zusammenhangs zwischen Freiheit der Willensbildung oder Verdünnung der Willensfreiheit einerseits und Bemessung von Leistung und Gegenleistung andererseits die Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen, die letztlich als tragende Säule der Privatautonomie angesehen wird, in ihrer Funktion gestört ist.

Dementsprechend wird bei den einzelnen Tatbestandselementen des § 879 Abs 3 ABGB jeweils zu prüfen sein, in welchem Ausmaß durch den konkreten Sachverhalt diese Störung der Richtigkeitsgewähr gegenüber einer Entscheidung mit unverdünnter Willensfreiheit beeinträchtigt ist. Aus dem Ausmaß dieser Beeinträchtigung ergibt sich dann das Gewicht des betreffenden Tatbestandselements im konkret zu beurteilenden Sachverhalt – bis hin zum Entfall dieses Tatbestandselements, wenn sichergestellt ist, dass nur der Anschein einer solchen Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr besteht, sie aber im konkreten Fall nicht eingetreten ist.

⁴⁸⁾ Privatautonomie 106.

⁴⁹⁾ Privatautonomie 106f.

1.5.2.3 Beweglich bewertet wird nur das dritte Tatbestandselement?

Bleibt noch zu prüfen, ob der Gesetzgeber in § 879 Abs 3 ABGB ganz gezielt zwei formale Tatbestandselemente (AGB und Nebenleistung) gewählt hat, die ohne mit ausgeprägter Rechtsunsicherheit behafteter Wertungsentscheidung als erfüllt oder nicht erfüllt zu beurteilen sind und nur im dritten Tatbestandselement, der gröblichen Benachteiligung, die naturgemäß mit Unsicherheiten behaftete Wertungsentscheidung, was jeweils gröblich benachteiligend sei, zu treffen ist.

Dieser These steht mE wohl nicht entgegen, dass gerade die Auslegung dieser Tatbestandselemente AGB einerseits sowie Nebenleistung (im Wege der Abgrenzung zwischen Hauptleistung und Nebenleistung) andererseits in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt⁵⁰⁾. Denn Auslegungsschwierigkeiten, insbesondere Abgrenzungsprobleme von nebeneinander stehenden Tatbestandselementen gibt es auch im Bereich der starren Rechtssätze. Dennoch meine ich, dass diese Auslegungsprobleme ganz zentral darauf zurückzuführen sind, dass ihre Prüfung ohne gemeinsame Basiswertung erfolgt.

Klar widerspricht jedoch der These, dass die drei Tatbestandselemente getrennt voneinander geprüft werden sollten und die Frage nach einer den Tatbestand in seiner Auslegung bestimmenden Basiswertung auf das dritte Tatbestandselement beschränkt sei, der in den Gesetzesmaterialien⁵¹⁾ eindeutig geäußerte Wille des Gesetzgebers.

Im unmittelbar vor dem oben zitierten Textblock, in dem der Gesetzgeber mitteilt, dass er sich ganz bewusst der Gedankengänge des beweglichen Systems bedient hätte, bezieht er die Notwendigkeit dieser Wertung gerade auf das Tatbestandselement der AGB, wenn er unter Berufung auf *F. Bydlinski*⁵²⁾ ausführt, dieser habe

„... nämlich mit Recht darauf hingewiesen, dass bei unlauteren Vertragsbestimmungen, vor allem wenn sie in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern enthalten sind, zwei Momente zusammenkommen:

a) die objektive Unbilligkeit der Bestimmung durch eine einseitige Verschiebung des vom Gesetz vorgesehenen Interessenausgleichs durch den Vertragsverfasser zum Nachteil seines Partners und

b) eine „verdünnte Willensfreiheit“ bei diesem Vertragspartner, durch die er Vertragsbestandteile zum Inhalt seiner Erklärung macht, die er nicht wirklich will“.

Unmittelbar an diese Ausführungen zur Verknüpfung des Ansatzes verdünnter Willensfreiheit mit der Unbilligkeit der so entstandenen Regelungen begründet dann der Gesetzgeber seine Lösung dieser Problematik durch Übernahme der Grundsätze des beweglichen Systems im Zivilrecht mit dem Ziel, die praktische Anwendung dieses Tatbestands zu erleichtern.

⁵⁰⁾ Vgl. *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121.

⁵¹⁾ EBRV 744 BlgNR 16. GP, 47.

⁵²⁾ Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, bes 122 ff und Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, FS *Kastner*, 45 (60).

Das spricht mE eindeutig dagegen, die Methode des beweglichen Systems nur auf das dritte Tatbestandselement (gröbliche Benachteiligung) zu beschränken.

Liest man an der in den Gesetzesmaterialien zitierten Stelle nach, dann zeigt sich, dass es *F. Bydlinski* ebendort⁵³⁾ gerade bei der Beurteilung von AGB um die hier ausgeführte „Basiswertung“, dass die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Willensentscheidung gewahrt sein muss, geht. Denn er führt aus:

„Die „Richtigkeitsgewähr“ des Vertragsmechanismus, die im wechselseitigen Abschleifen der Interessen durch die Notwendigkeit der Einigung liegt, ist daher hier nur noch in sehr geringem Maße wirksam ... Kurz: Eine sehr „verdünnte Freiheit, um mit Raiser zu sprechen, ist es gewiss, in der der Kunde kontrahiert. ... Mir scheint die gekennzeichnete Behandlung allgemeiner Geschäftsbedingungen und Standardverträge ein außerordentlich wichtiges Beispiel für das Zusammenspielen verschiedener rechtlicher Gesichtspunkte zu sein, das ich in Verfolgung der dogmatischen Methode von Walter Wilburg im Bereich des Vertragsrechtes aufzuzeigen mich bemühte: je freier die Entscheidung in einem Vertrag ist, umso weniger kommt es auf inhaltliche Äquivalenz der vertraglich begründeten Rechtspositionen an, wofür die Schenkung ein besonders drastisches Beispiel ist. Je weniger frei die Entscheidung hingegen ist, umso mehr bedarf die inhaltliche Äquivalenz der Rechtspositionen der Prüfung und Kontrolle, wofür gerade die allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer Behandlung in Lehre und Praxis ein schlagender Beweis sind“.

Bedenkt man überdies, dass dieser Beitrag *Bydlinskis* im Jahr 1972, also sieben Jahre vor Einführung des § 879 Abs 3 ABGB erschien, sohin die jetzt in § 879 Abs 3 ABGB vorgesehene Prüfung der „gröblichen Benachteiligung“ unter dem Maßstab der Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB noch nicht zur Verfügung stand und sich der Gesetzgeber auf eben diese Ausführungen beruft, wenn er die neu eingeführte Norm durch Anwendung des beweglichen Systems für die Praxis besser anwendbar gestalten will, dann liegt der Schluss nahe, dass eben diese Überlegung, dass die „verdünnte Willensfreiheit“ unter dem Gesichtspunkt der Basiswertung, ob die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung beeinträchtigt sei oder nicht, auch für die Frage, ob eine Vertragsklausel als AGB (bzw. eine Leistung als Haupt- oder Nebenleistung) zu beurteilen ist oder nicht, heranzuziehen ist.

Im Folgenden unternehme ich daher den Versuch, die drei Tatbestandselemente des § 879 Abs 3 ABGB unter Berücksichtigung der ihnen gemeinsamen Basiswertung, dass diese Norm die Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen schützt, auszulegen, mit dem Ziel, in sich stimmige, konfliktfreie Ergebnisse zu erzielen.

⁵³⁾ FS *Kastner*, 60.

2.6 Die einzelnen Tatbestandselemente

2.6.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen

1.6.1.1 Ungleichgewicht und Vielzahlkriterium

Dass „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblätter“ Synonyma sind, ist hM⁵⁴⁾. Daher differenziere ich auch in dieser Arbeit nicht, sondern spreche generell von AGB.

Ist – im Sinne der obigen Ausführungen – die Basiswertung des § 879 Abs 3 ABGB das Ziel, die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung zu wahren (zu schützen), dann ist auch das Vorliegen des Tatbestandselements AGB unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob die Vorgabe der zu prüfenden Vertragsklausel durch einen der beiden (künftigen) Vertragspartner tatsächlich zu einer verdünnten Willensfreiheit des anderen Vertragspartners führen konnte, welche die Richtigkeitsgewähr seiner privatautonomen Entscheidung beeinträchtigte.

Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob das für die Beurteilung der verwendeten Vertragsklausel als AGB typischerweise unterstellte Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern vorlag.

Nun ist es zwar unstreitig zutreffend, dass ein Ungleichgewicht zwischen demjenigen, der die Vertragsklausel formuliert und dem Adressaten dieser Formulierung geeignet ist, die Willensfreiheit des Adressaten zu verdünnen. Dies wird besonders dann deutlich, wenn der Erstgenannte in der Lage ist, Druck auf den Adressaten auszuüben. In der Beurteilung dieses Drucks auf die Willensfreiheit darf jedoch nicht übersehen werden, dass der „Druck“, nicht zu einem Vertragsabschluss zu kommen, wenn man sich mit dem Gegenüber nicht einigt, die Grundsituation privatautonomer Willensentscheidung ist. Denn erst durch übereinstimmenden Konsens beider Parteien entsteht bekanntlich der Vertrag.

Zur Begründung, dass ganz besonders hoher, die Willensfreiheit verdünnender Druck von jemandem ausgeübt wird, der auf einer bestimmten Vertragsklausel besteht und dann, wenn sein Gegenüber diese Klausel nicht akzeptiert, seinerseits nicht bereit wäre, den Vertrag abzuschließen, wird gerne der dramatische Vergleich „friss Vogel oder stirb“⁵⁵⁾ eingesetzt. Dabei wird verkannt, dass in dieser Situation, in der ein potentieller Vertragspartner bestimmte „Deal Breaker“ vorgibt, weder zum Fressen noch zum Sterben gezwungen wird. Es ist dies die Normalsituation der Privatautonomie, in der es eben zu keinem Abschluss kommt, wenn sich die potentiellen Vertragspartner nicht einigen können.

⁵⁴⁾ Vgl. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 427 mit ausführlichen Nachweisen in FN 61.

⁵⁵⁾ So etwa ausdrücklich *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, wobl 2014, 2.

Wenn ein Vertragspartner von einer bestimmten Forderung – sei es die Höhe der Hauptleistung oder die Übernahme einer bestimmten Vertragsverpflichtung – nicht abgeht und der andere Vertragspartner nicht bereit ist, diese Forderung zu akzeptieren, dann gibt es keinen Konsens und damit keinen Vertrag. Im Ergebnis läuft dieses „friss oder stirb“-Argument auf eine Art „Kontrahierungszwang zu abgeänderten Bedingungen“ hinaus, der mit unserer Privatrechtsordnung ganz offensichtlich nicht vereinbar ist.

Im Gegenteil. Die Position, dass eine Vertragsklausel schon deshalb das erste Tatbestandselement des § 879 Abs 3 erfüllt, weil der andere Vertragspartner auf der Einhaltung dieser Klausel beharrt, ist geradezu eine Einladung zu arglistigem Claim – Management. Denn mit dieser Gewissheit kann jeder Adressat von Vertragsklauseln jede beliebige Klausel im vollen Bewusstsein des damit verbundenen Risikos akzeptieren, weil er ohnehin darauf vertrauen darf, dass er diese Klausel im Wege des § 879 Abs 3 ABGB wieder beseitigen kann.

Das bloße Bestehen auf einer bestimmten vertraglichen Zusage bei sonstigem Scheitern des Vertragsabschlusses entspricht so sehr dem Wesen der privatautonomen Bindung durch freie Willensentscheidung, dass auch die Dramatik des „friss oder stirb“-Arguments nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass – wie oben ausgeführt – die Willensfreiheit in einer Weise verdünnt sein muss, welche die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung des Adressaten beeinträchtigt. Dazu genügt eben nicht die Gefahr, dass sich zwei Vertragsparteien nicht einigen können.

Vielmehr wird zu prüfen sein, ob die konkrete Drucksituation die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung, diese Vertragsklausel zu akzeptieren, beeinträchtigt. Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn die Drucksituation die vollständige Einbindung dieser Vertragsklausel in die eigene Willensentscheidung behindert oder gar verhindert. Sei es, dass zu wenig Zeit vorhanden ist, um sich mit dieser (und allen anderen) Vertragsklauseln hinreichend zu befassen, sei es, dass der Vertragsabschluss unter Umständen erfolgt, die eine detaillierte Prüfung der Vertragsklauseln, geschweige denn eine Verhandlung über Vertragsklauseln von vornherein ausschließen – wie in der typischen Situation des Massengeschäfts (Vielzahl gleichartiger Verträge) mit vorformulierten AGB, sei es, dass die Marktsituation (monopolähnliche Stellung, Käufer- oder Verkäufermarkt, hoher Nachfragedruck aus Gründen, wie zB bei dringendem Bedarf oder Versorgungsknappheit für diese spezifische Ware oder Dienstleistung etc) es dem Verwender erlaubt, seine Vertragsbedingungen schlicht vorzugeben, sei es, dass der Aufwand der vollständigen Erfassung der Auswirkungen dieser Klausel auf die Bildung der eigenen Äquivalenz nicht zumutbar ist (Situation des Bieters in einem Vergabeverfahren) oder was immer dafür verantwortlich ist, dass die Bildung jenes Willens, der für die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung erforderlich ist, beeinträchtigt und damit die Willensfreiheit verdünnt ist.

Gleiches gilt für das zur Beurteilung der Vertragsklausel verwendete Vielzahlkriterium⁵⁶⁾, das daher mE nicht als „zusätzliches“ Kriterium neben dem Kriterium des Ungleichge-

⁵⁶⁾ Zum diesbezüglichen Meinungsstand, insbesondere zur Frage, ob allein das Ungleichgewicht ausreicht oder zusätzlich das Vielzahlkriterium, wonach der Verwender die Klausel für eine Vielzahl von Geschäften vorformuliert, verwirklicht sein müsse, vgl. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 427 mwN.

wichts erfüllt sein muss, sondern bei hohem Gewicht das mangelnde Gewicht des Kriteriums des Ungleichgewichts kompensieren kann.

Prüft man mit der Gewichtung des beweglichen Systems, ob ein Mehr oder Weniger an Ungleichgewicht kompensiert wird durch ein Mehr oder Weniger des Vielzahlkriteriums, dann kommt man bei Anwendung der Basiswertung (Verhinderung der Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung) zu schlüssigen Ergebnissen, welche auch die in Diskussion stehenden Grenzfälle lösen.

Denn ob die Richtigkeitsgewähr dadurch beeinträchtigt wird, dass der Adressat der Vertragsklausel wegen der Übermacht seines potentiellen Vertragspartners keine „unverdünnte Willensfreiheit“ hatte oder ob die Richtigkeitsgewähr dadurch beeinträchtigt wird, dass der Verwender der AGB durch die Vielzahl von Anwendungsfällen dieser Klausel einen Aufwand in die für ihn günstige Formulierung investieren konnte, der dem Adressaten für seinen Einzelfall nie zugesonnen werden kann (weshalb er etwa die wirtschaftliche Tragweite oder sonstige mit dieser Klausel verbundene Risiken nicht erkennt), führt stets zum selben, weil nach derselben Basiswertung vorgenommenen Ergebnis, das abhängt von der Auswirkung der Gefährdung der Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung.

1.6.1.2 Besonderheiten in Vergabeverfahren

Zu den Spezifika der Vorgabe von Vertragsbestimmungen in Vergabeverfahren (außerhalb und innerhalb des Anwendungsbereichs des BVerG) kann auf die ausführliche Darlegung *Aichers*⁵⁷⁾ verwiesen werden, sodass ich mich im Folgenden auf Einzelaspekte beschränke.

Daher können auch Vertragsklauseln, die ein Auftraggeber für durchaus „gleichgewichtige“ Auftragnehmer formuliert, selbst dann, wenn dies nur für dieses einzige Vergabeverfahren geschieht, zur Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr der Bieter, zu diesen ausgeschrieben Klauseln anzubieten, führen.

Dazu weist *Aicher*⁵⁸⁾ zutreffend darauf hin, dass auch in diesem Fall „Ungleichgewicht“ verwirklicht sein kann, welches das Tatbestandselement „AGB“ erfüllt. Denn man wird auch in solchen Fällen der für eine einzige Ausschreibung formulierten Vertragsbedingungen davon ausgehen können, dass der Ausschreibende zur Formulierung für ihn günstiger Klauseln einen ungleich höheren Aufwand in Kauf nehmen kann als der einzelne Bieter zur Prüfung dieser Klausel. Geht doch der Auftraggeber von vornherein

⁵⁷⁾ Vgl. zu all dem ausführlich *Aicher* in Handbuch I 2.5.1, wo *Aicher* völlig zutreffend differenziert zwischen Verfahren, in denen nach ihrer Art (offenes oder nicht offenes Verfahren) oder durch Festlegung des Auftraggebers die ausgeschrieben Vertragsbedingungen nicht verhandelt werden können und Verfahren, in denen diese Vertragsbedingungen verhandelt werden, weil dies die Wahl des Verfahrens (Verhandlungsverfahren, ebenso aber auch wettbewerblicher Dialog und alle anderen Formen zulässiger Verhandlungen) erlaubt und der Auftraggeber die Vertragsbedingungen nicht für „verhandlungsfest“ erklärt hat.

Vgl. auch *Lessiak*, Inhaltskontrolle ausgeschrieben Vertragsbestimmungen, in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg) Festschrift für Josef Aicher (2012) 425 – 439; *Oppel*, Geltung der ÖNORM B 2110, ZVB 2015, 79 (81f).

⁵⁸⁾ Handbuch I 2.5.1.

davon aus, dass die von ihm ausgeschriebenen Klauseln letztlich vertraglich vereinbart werden, während der Bieter den Aufwand der Prüfung dieser Klauseln (auch) an seiner Chance messen muss, das Vergabeverfahren zu gewinnen. Wird allerdings die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung des Adressaten der Klausel nicht beeinträchtigt, dann führt dieses Fehlen verdünnter Willensfreiheit dazu, dass die Klausel nicht als AGB qualifiziert wird.

Der Verstoß gegen die Bestimmungen des BVergG 2018, die unmittelbare Vorgaben für die Vertragsgestaltung enthalten, kann zugleich den Rechtsschutz nach dem BVergG 2018 auslösen. Diesfalls hat der Bieter die Möglichkeit, gegen die Verwendung der von ihm inkriminierten Vertragsklausel in Ausschreibungsbedingungen die Rechtsschutzbehörde anzurufen, die dann ihrerseits in einem Nachprüfungsverfahren diese Klausel für zulässig oder für unwirksam erklärt. In der Praxis enden solche Verfahren häufig damit, dass sich der Auftraggeber bereit erklärt, die Klausel anzupassen – wenn ihm dies noch möglich ist, ohne dass er das gesamte Vergabeverfahren widerrufen muss.

Grundsätzlich schafft diese Rechtsschutzmöglichkeit daher ein Gegengewicht, das ein allenfalls zwischen Verwender der Vertragsklausel (ausschreibendem Auftraggeber) und interessiertem Bewerber bestehendes Ungleichgewicht beseitigt. Denn wenn die ernsthafte Verhandlung von Vertragsklauseln mit der Chance, diese auch tatsächlich zu ändern, genügt, um den Charakter als AGB zu beseitigen, dann muss dies erst recht gelten, wenn die Möglichkeit besteht, den Verwender der Klausel zu ihrer Anpassung im Rechtsweg zu zwingen.

Allerdings ist die vergaberechtlich vorgegebene Beschränkung dieser Anfechtungsmöglichkeit zu beachten. So wird nach der Judikatur die Klausel nur dann für nichtig erachtet, wenn es sich um Rechtsmissbrauch oder Sittenwidrigkeit handelt⁵⁹⁾.

Anders ist dies aus der Sicht des Vergaberechts bei einer Gruppe von Vertragsklauseln, die auch unter dem Aspekt der gröblichen Benachteiligung besonders anfechtungsanfällig sind. Das sind Vertragsklauseln, mit denen dem Adressaten ein nicht kalkulierbares Risiko übertragen wird.

Eine solche Klausel, die verhindert, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können, verstößt gegen § 88 Abs 2 BVergG 2018. Sie wird von der Judikatur durchgängig auch aus vergaberechtlicher Sicht als anfechtbar und – wenn sich der Vorwurf der Unkalkulierbarkeit als berechtigt herausstellt – als nichtig beurteilt⁶⁰⁾.

⁵⁹⁾ So die bisherige Judikatur zu § 99 Abs 2 BVergG 2006. Durch die Neufassung dieser Bestimmung in § 105 Abs 3 BVergG 2018 wurde die Bindung des Auftraggebers an die dort genannten Leitlinien weiter verringert, sodass zumindest keine Verschärfung der Judikatur gegen solche Klauseln zu erwarten ist.

⁶⁰⁾ Vgl. zu all dem ausführlich *Aicher* mit ausführlichen Nachweisen der Judikatur zu diesem gesamten Problemkreis des Umgangs mit benachteiligenden Vertragsklauseln inklusive der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken in Vergabeverfahren in Handbuch I 2.5.1.2.1.6ff. Dies bis hin zu Fragen des präventiven Vergaberechtsschutzes vor unbilligen Vertragsbestimmungen, Handbuch I 2.5.2.3.

Für diesen Fall der Verwendung einer Vertragsklausel, die vor den Rechtsschutzbehörden des Vergaberechts mit Aussicht auf Erfolg hätte angefochten werden können und diese Anfechtungsmöglichkeit dem Bieter auch bewusst war, ist diese Vertragsklausel auch dann nicht als AGB zu beurteilen, wenn sie vom Auftraggeber einseitig vorgegeben und nicht verhandelbar war.

Auch hier wird in der Praxis der Nachweis, dass dem Bieter die Möglichkeit der (erfolgreichen) Anfechtung dieser Klausel vor den Rechtsschutzbehörden bewusst war, durchaus möglich sein. Denn es entspricht gängiger Praxis, dass Bieter ihrem Wunsch nach Änderung von Vertragsklauseln auch mit der Androhung Gewicht verleihen, andernfalls die Rechtsschutzbehörde anzurufen und damit das Vergabeverfahren (zumindest) vorübergehend zu stoppen.

In diesem Fall der bewussten Inkaufnahme dieser Klausel durch ihren Adressaten ist die Basiswertung, dass durch die zu prüfende Vorgangsweise (Ausschreibung der Vertragsbedingungen) die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung des Bieters beeinträchtigt wird, nicht erfüllt.

Das wird vor allem auch dann der Fall sein, wenn der Bieter die mit der gegenständlichen Klausel verbundenen Risiken erkennt und die Richtigkeitsgewähr seiner Entscheidung dadurch vorliegt, dass er dieses erhöhte Risiko in sein Angebot einpreist.

Ein Beispiel aus der Vergabe von Bauverträgen ist der durchaus geläufige Fall, dass Bieter als Alternative zur ausgeschriebenen Vertragsklausel eine andere, für sie günstigere Vertragsklausel vorschlagen und gleichzeitig ausführen, dass sie bei Annahme dieses Vorschlags durch den Auftraggeber einen – im Regelfall auch bezifferten – Preisabschlag in ihrem Angebot vornehmen können. Verkürzt gesagt: Sie würden den wegen dieser Klausel in ihr Angebot einkalkulierten Risikozuschlag dann, wenn er durch Veränderung der Klausel nicht mehr benötigt wird, wiederum streichen.

Weitere Beispiele solcher Fälle sind Haftungsklauseln, bei denen von den Bietern gegenüber der Ausschreibung abweichende Deckelungen gefordert werden oder die Reduktion von Pönalen und vieles mehr, was sich für einen Bieter in Bauprojekten durchaus kalkulieren lässt.

Lehnt der Auftraggeber diese Vertragsänderung ab, dann kann es nicht darauf ankommen, ob er die Vertragsänderung von vornherein ablehnt, weil er diesen Punkt für nicht verhandelbar erklärt oder in Verhandlungen unverändert auf dem Standpunkt beharrt, dass diese Vertragsklausel nicht verändert werde. Auch wenn in dieser Konstellation der Auftraggeber tatsächlich Verhandlungen führt, in denen zwar die realistische Chance bestand, dass diese Klausel verändert wird, diese Klausel dann aber doch nicht (etwa weil dem Auftraggeber der Preisabschlag für die verhandelte Rücknahme dieses Risikos zu gering erschien) an den Vorschlag des Bieters angepasst wird, ändert das nichts an dem in allen drei genannten Fällen gleichen Ergebnis: In dieser Konstellation war die Gewährleistung der subjektiven Richtigkeit der Entscheidung des Bieters, diese Klausel letztlich zu akzeptieren, nicht beeinträchtigt. Hat er sie doch (nachweislich) in der Bildung seines Preises

berücksichtigt. In keinem dieser drei Fälle ist daher die betreffende Vertragsklausel als AGB iSd § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen.

Auch die dem Vielzahlkriterium nachgebildete Situation, dass die ausschreibende Stelle hinsichtlich der von ihr verwendeten Vertragsklauseln dem Bieter dadurch überlegen ist, dass sie (wie oben ausgeführt) einen wesentlich höheren Aufwand in die Formulierung der von ihr verwendeten Klauseln investieren kann, als dies vom Bieter hinsichtlich der Prüfung dieser Klauseln erwartet werden kann, spielt in diesem Fall, in dem der Bieter die Tragweite der Klausel und damit die Möglichkeit ihrer Anfechtung und / oder ihre Auswirkungen auf die Bildung seines Preises im vorstehend beschriebenen Sinn erkennt, keine Rolle.

Ob der Adressat der Klausel eine „echte Chance“ hatte, die Klausel zu verhandeln oder die Möglichkeit hatte „die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“ ist daher nicht relevant – solange gesichert ist, dass die Richtigkeitsgewähr seiner privatautonomen Entscheidung dadurch, dass ihm diese Klausel „aufgezwungen“ wird, nicht beeinträchtigt wird. Das ist gerade dann der Fall, wenn er diese Klausel in die Bildung seiner subjektiven Äquivalenz nachweislich einfließen ließ. Also nicht nur dann, wenn er schon ausweislich eines kalkulierten Preiszuschlags für diese Klausel diese Klausel bei Bemessung seiner eigenen Leistung hinreichend berücksichtigt hat, sondern auch dann, wenn er vergeblich versucht hat, diese Klausel weg zu verhandeln und in voller Kenntnis der Tragweite dieser Klausel dennoch den Vertrag abschließt⁶¹⁾.

Zusammenfassend ist daher zu diesem Tatbestandselement AGB festzuhalten:

Ist im konkreten Fall nachweislich, dass die Vorgabe der Verwendung einer bestimmten Vertragsklausel beim Adressaten dieser Vorgabe keine Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr seiner privatautonomen Entscheidung zum Vertragsabschluss bewirkt hatte, insbesondere weil er die für ihn mit dieser Klausel verbundenen Nachteile richtig in die Bewertung seiner eigenen Vertragsleistung (in die Bildung des von ihm geforderten Preises⁶²⁾) einkalkuliert hat oder – bei Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken und entsprechendem Rechtsschutz in einem Vergabeverfahren – die Möglichkeit dieses Rechtsschutzes zwar erkannt, aber nicht genutzt hat, so scheidet die Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB bereits am Fehlen dieses Tatbestandselements.

Da jedoch bereits die Vorgabe einer Vertragsklausel, ohne dass der Vertragsinhalt

⁶¹⁾ Gegenteilig jedoch die Judikatur, etwa in OGH 18.12.2014, 2 Ob 20/14a. Ebenso im Ergebnis OGH 16.10.2013, 7 Ob 154/13t, in der der OGH nicht darauf abstellt, ob Adressat der Klausel die vom OGH vermisste „Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Vertragsinhalts“ dadurch nützen konnte, dass er seine eigene Leistung unter Berücksichtigung der Klausel veränderte, sondern (unter Berufung auf Vorjudikatur) nur darauf abstellt, ob der Verwender der Klausel „zu einer Abänderung des von ihm verwendeten Textes erkennbar bereit gewesen“ sei. Vgl. zu dieser OGHE *Kellner*, Zur Abgrenzung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ausgehandelten Verträgen, ÖBA 2015, 475.

⁶²⁾ Diesem Ergebnis widersprechen auch nicht die Überlegungen zum sogenannten „Preisargument“, bei dem es im Kern darum geht, dass die vom Verwender der AGB behauptete „Günstigkeit“ des angebotenen Preises in Wahrheit nicht vorliegt bzw. nicht in Relation steht zum Nachteil der vorgegebenen Klausel und der Adressat der Klausel im Ergebnis in seiner Willensbildung getäuscht wird. In den hier genannten Fällen bildet der Adressat den Preis, um den er bereit wäre, diese Klausel zu akzeptieren, sodass von einer vergleichbaren Verdünnung seiner Willensfreiheit keine Rede sein kann. Vgl. zu all dem ausführlich *Krejci* im Handbuch 161ff.

nachweislich auf allfällige Verhandlungsversuche des Adressaten reagiert hat, den Anschein erweckt, dass diese Vorgabe zu einer verdünnten Willensfreiheit und damit einer Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr beim Adressaten geführt habe, liegt die Beweislast dafür, dass dies im konkreten Sachverhalt entgegen dem Anschein nicht der Fall war, beim Verwender der Vertragsklausel⁶³⁾.

2.6.2 Nebenleistung

Außer dem meist nicht näher begründeten Stehsatz, dass der Begriff der Hauptleistung in § 879 Abs 3 ABGB „restriktiv“ auszulegen sei, werden kaum Abgrenzungskriterien genannt. Auch diese Anforderung der „restriktiven“ Auslegung klärt wenig, wenn offen bleibt, mit welchem Ziel und nach welcher Wertung diese Restriktion erfolgen soll. Ist es das Ziel, den Anwendungsbereich der Norm groß zu halten, etwa weil man entgegen der Absicht des Gesetzgebers meint, die Anwendung sollte möglichst weit in den Bereich des vereinbarten Leistungsaustausches hineinreichen oder weil man die Leitfunktion der Dispositivordnung höher stellt als die privatautonome Entscheidungsfreiheit. Ebenso wäre der Ansatz denkbar, dass demjenigen, der eine Klausel formuliert hat, von vornherein eine Übermacht unterstellt wird, sodass das Schutzinteresse des Adressaten der Klausel höher zu bewerten sei. Ein weiterer Ansatz wäre es, die Grenze nach inhaltlichen Kriterien zu ziehen, die der Vertrag vorgibt. Letzteres ist der Ansatz dieser Arbeit.

Entsprechend vielfältig ist die Judikatur. Mit eben jener Selbstverständlichkeit, mit welcher der OGH die Verpflichtung des Mieters zur Bezahlung von Erhaltungskosten im Bestandvertrag als im unmittelbaren Austauschverhältnis stehende Hauptleistung beurteilt hatte⁶⁴⁾, ging er in der Folge zur gegenteiligen Position über und beurteilte diese Verpflichtung als Nebenleistung⁶⁵⁾.

Hinsichtlich der Vielfalt der Argumentation zur Beurteilung von vertraglich vereinbarten Leistungen als Hauptleistung oder als Nebenleistung wird im Rahmen dieser Arbeit auf die in den beiden vorgenannten Entscheidungen referierten Literaturstellen verwiesen, sodass ich mich im Rahmen dieser Arbeit auf die Anwendung der oben dargestellten Basiswertung zur Auslegung dieses Tatbestandselements beschränken kann.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der von ihm auch in

⁶³⁾ So entspricht es hA, dass zur Frage des Vorliegens der Ungleichgewichtslage bei Verwendung von AGB eine Beweislastumkehr in dem Sinn eintritt, dass der Verwender der AGB das „Nichtvorliegen“ der Ungleichgewichtslage beweisen muss. Vgl. dazu *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 436 mwN in FN 93. Das trifft mE nicht nur auf einzelne Kriterien, die für das Vorliegen von AGB sprechen, wie eben hier die Ungleichgewichtslage, zu, sondern auch für alle anderen Fälle, in denen entgegen dem äußeren Anschein, der bereits durch die Vorgabe einer Vertragsklausel entsteht, die inhaltlich nicht so verhandelt wird, dass sich die Verhandlung im Vertragstext niederschlägt, der Anschein einer Gefährdung der Richtigkeitsgewähr des Adressaten dieser Klausel entsteht.

⁶⁴⁾ 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

⁶⁵⁾ OGH 18.12.2014, 2 Ob 20/14a, entgegen der Ansicht des Erstgerichtes, das ebenso selbstverständlich die Verpflichtung des Mieters zur Bezahlung der Erhaltungskosten als Hauptleistung beurteilt hatte. Der OGH folgte (ohne nähere Begründung) seiner Vorentscheidung 28.11.2012, 7 Ob 93/12w, die sich wiederum im Wesentlichen auf die vorangegangene „mietrechtliche Klauseljudikatur“ (vgl. FN 85) und die dazu vorliegende Literatur stützte – und damit genau jene Wertungswidersprüche auslöste, auf die in dieser Arbeit eingegangen wird.

den Materialien zitierten Forderung, den Tatbestand des § 879 Abs 3 ABGB nicht auf Nebenleistungen einzuschränken, sondern diese Prüfung der durch AGB behaupteten gröblichen Benachteiligung auch auf Hauptleistungen auszudehnen, dieser Forderung nicht nachgekommen ist.

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber mit § 879 Abs 3 ABGB in den Kern der Bildung der subjektiven Äquivalenz, das ist die wechselseitige Festlegung der Hauptleistungen, nicht eingreifen wollte. Dieser Eingriff sollte den eine höhere Intensität der Beeinträchtigung der Willensfreiheit und des Auseinanderklaffens der Äquivalenz der Leistungen voraussetzenden Bestimmungen des § 879 Abs 1 sowie des Wuchertatbestands nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB vorbehalten bleiben.

Daher begründen die Gesetzesmaterialien diese Einschränkung auf Nebenleistungen abschließend wie folgt⁶⁶⁾:

„Durch eine Einbeziehung dieser Äquivalenzprüfung in die so allgemeine Regelung des § 879 Abs. 3 würde den Gerichten die Aufgabe gestellt, in jedem Einzelfall exakt den angemessenen Preis der Leistung festzustellen; für eine solche ganz allgemeine Prüfung fehlen die Maßstäbe, die Gerichte wären durch diese Aufgabe überfordert“.

Klarer kann wohl kaum gesagt werden, dass die Norm nicht in die von den Parteien gebildete, subjektive Äquivalenz der im synallagmatischen Austausch stehenden Leistungen und Gegenleistungen eingreifen sollte. Ergänzend ist nur hinzuzufügen, dass im System privatautonomer Gestaltung des Leistungsaustausches die Bildung der subjektiven Äquivalenz zwar durch die Judikatur ergänzt bzw. korrigiert, aber gerade nicht im Kernbereich der Äquivalenzbildung des Austausches von Leistung und Gegenleistung, sohin der im unmittelbaren Austauschverhältnis stehenden Leistungen, der Vertragskonsens durch Gerichtsentscheid ersetzt werden sollte.

In diesem Tatbestandselement der Nebenleistung spielt eine „verdünnte Willensfreiheit“, die ihrerseits die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung beeinträchtigt, insoweit eine Rolle, als zu prüfen ist, ob die betreffende Leistung vom Adressaten der Vertragsklausel bei Bildung seiner subjektiven Äquivalenz einkalkuliert wurde oder nicht.

Hier besteht weniger die Gefahr, dass die Richtigkeitsgewähr durch eine „Drucksituation“ oder ähnlich gestört wird, sondern steht die Gefahr im Vordergrund, dass eine Leistung, die tatsächlich gegenüber der Hauptleistung als Nebenleistung in ihrer Bedeutung für den Adressaten der Klausel so weit zurücktritt, dass sie von ihm nicht hinreichend (entsprechend ihrer tatsächlichen Bedeutung) berücksichtigt und daher bei Bildung seiner subjektiven Äquivalenz nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wird.

Die Richtigkeitsgewähr der Willensbildung wird daher bei Nebenleistungen tendenziell dadurch stärker beeinträchtigt als bei Hauptleistungen, dass neben der Hauptleistung in ihrer Bedeutung zurücktretende Leistungen – eben Nebenleistungen – nicht bewertet, sohin nicht in die Bildung des subjektiven Parteiwillens eingeflossen sind.

⁶⁶⁾ EBRV 744 BlgNR 16. GP, 47.

Dazu verweise ich darauf, dass ein ähnliches Argument – die mangelnde Kalkulierbarkeit der Leistungen – ganz zutreffend als Störung der Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidungsfindung beurteilt und daher – unter dem Aspekt der gröblichen Benachteiligung – als tatbestandsmäßig beurteilt wird.

Daher sollte die Abgrenzung von Hauptleistungen gegenüber Nebenleistungen wie folgt vorgenommen werden:

Es ist darauf abzustellen, welche Kerninhalte der wechselseitigen Leistungspflichten zugleich die wesentlichen Elemente zur Bildung der subjektiven Äquivalenz und damit zur Herstellung des (von beiden Seiten subjektiv betrachteten) Leistungsgleichgewichts waren, das beide Vertragspartner dazu bewogen hat, den Vertrag abzuschließen. Dies sind die Hauptleistungen.

Die Bildung der subjektiven Äquivalenz hinsichtlich der Hauptleistungen ist in erster Linie verantwortlich für die subjektive Richtigkeit der privatautonomen Entscheidung zum Vertragsabschluss. Deshalb greift der Gesetzgeber in diesen Bereich auch nur bei krasser Störung der Freiheit der Willensbildung ein, da er sonst diese Funktion der Privatautonomie gefährden würde.

Anders bei den Nebenleistungen. Sie mögen zwar durchaus auch zur Bildung der subjektiven Äquivalenz beitragen, erreichen dabei aber nie das Gewicht der Hauptleistungen. Auch sie tragen zur subjektiven Richtigkeit der privatautonomen Entscheidung bei. Da sich die Vertragsparteien in ihrer Willensbildung zum Vertragskonsens stärker auf die Hauptleistungen als auf die Nebenleistungen stützen, wird die subjektive Richtigkeitsgewähr ihrer diesbezüglichen Entscheidungen im Wesentlichen durch jene Äquivalenz hergestellt, die der Gesetzgeber im Dispositivrecht als gerechten Interessenausgleich vorsieht.

Wirkt hingegen eine Verdünnung der Willensfreiheit, wie sie typisch mit dem Einsatz von AGB verbunden ist, zusammen mit einer Störung der im Dispositivrecht unterstellten Äquivalenz, dann entsteht die Gefahr, dass – wie dies die Judikatur aus den Gesetzesmaterialien übernommen hat und seit Jahrzehnten zu § 879 Abs 3 ABGB formuliert⁶⁷⁾ – der Adressat der AGB einen „Vertragsbestandteil zum Inhalt seiner Erklärung macht, den er nicht wirklich will.“

Aus den vorgenannten Überlegungen folgt, dass nach dem wirtschaftlichen Kern des vereinbarten Leistungsaustausches in jedem Einzelfall zu fragen ist, um Hauptleistungen von Nebenleistungen abzugrenzen⁶⁸⁾ – oder wie dies *Aicher*⁶⁹⁾ für diese Abgrenzungsfrage präzise formuliert:

„Der Ausschluss der Inhaltskontrolle gem. § 879 Abs 3 ABGB beschränkt sich auf den engsten Kern der Leistungszusage, sohin nur auf jene Vertragsbestandteile, die die individuelle, zah-

⁶⁷⁾ Vgl. etwa von einer der Leitentscheidungen zu dieser Norm, OGH 18.01.1983 5 Ob 732/81 bis herauf zu OGH 10.12.2014, 7 Ob 168/14b uva.

lenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen festlegen. Bestimmungen, welche die Hauptleistung nur ausgestalten, modifizieren oder einschränken, unterliegen als Nebenbestimmungen der Inhaltskontrolle gem. § 879 Abs 3 ABGB.“

2.6.3 Gröbliche Benachteiligung

1.6.3.1 Anknüpfungspunkt

Dass die Wahrung der „subjektiven Richtigkeitsgewähr“ privatautonomer Abschlussfreiheit (ob und mit welchem Inhalt ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird) das zentrale Anliegen des § 879 Abs 3 ABGB sei, sohin nicht nur auf die Auslegung des Tatbestandselements der „gröblichen Benachteiligung“ beschränkt ist, wurde bereits oben ausgeführt. Soweit zu sehen, entspricht dies auch der hL⁷⁰⁾. Ebenso unstrittig ist, dass die gröbliche Benachteiligung am dispositiven Recht zu messen sei. Das steht schon so in den Gesetzesmaterialien⁷¹⁾. Dort wird erläutert, dass der in der RV noch enthaltene

„besondere Hinweis darauf, dass die Benachteiligung am dispositiven Recht zu messen ist, ... dem Ausschuss überflüssig (erschien), da dies selbstverständlich ist, wobei natürlich nicht jede Abweichung vom dispositiven Recht eine „gröbliche Benachteiligung“ darstellt.“

Klärungsbedürftig ist m.E., welcher Maßstab für die Beurteilung der Abweichung bei Fehlen eines dispositiven Beurteilungsmaßstabes heranzuziehen ist. Da geht es mE zunächst darum zu unterscheiden, ob bei Heranziehung eines nicht aus dem dispositiven Recht folgenden Maßstabes, sohin bei Heranziehung der beiderseitigen Rechtspositionen⁷²⁾ oder eines außervertraglich ermittelten Maßstabes⁷³⁾, wie etwa der ÖNORM B 2110 oder der B 2118 dieselben Regeln gelten, insbesondere der selbe Grad der Abweichung durch die konkrete Vertragsregelung für die Beurteilung der „gröblichen Benachteiligung“ heranzuziehen ist, wie bei Heranziehung des dispositiven Rechts.

⁶⁸⁾ Das verkennt *Pletzer* (Erhaltung in Einkaufszentren, wobl 2014, 2 (3)), wenn sie meiner in wbl 2012, 121 vertretenen Position, die als Teil der Miete in Einkaufszentren auf die Mieter überwälzten Erhaltungskosten seien im Synallagma stehende Gegenleistung und damit keine Nebenleistung, entgegenhält:

„Warum den Bestandnehmer treffende Erhaltungspflichten bei Wohnungsmietverträgen Nebenleistungen, bei EKZ-Bestandverträgen hingegen Hauptleistungen sein sollen, ist nicht erfindlich“. Das wird rasch erfindlich, wenn man aus wirtschaftlicher Sicht danach fragt, welche Leistungen im Kern des Leistungsaustausches des konkreten Sachverhalts liegen.

Bei dem in OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a entschiedenen Fall hatte der OGH eine Erhaltungspflicht im Wohnungsmietvertrag (Ausmalverpflichtung bei Rückgabe der Wohnung) völlig zutreffend als Nebenleistung dem § 879 Abs 3 ABGB unterstellt. Denn es lag nahe, dass jener Mieter, dessen Vertrag auf fünf Jahre (zuzüglich Verlängerungsoption) befristet war, bei Kalkulation seiner Zahllast, sohin bei Bildung seiner subjektiven Äquivalenz, nicht jene Kosten einkalkulierte, die entstehen werden, wenn er irgendwann in ferner Zukunft bei Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet sein wird, die Wohnung auszumale.

Ganz anders der Mieter eines Einkaufszentrums, der beginnend mit der ersten Vorschreibung seines Mietzinses die ihm nach dem Mietvertrag überwälzten, anteiligen Erhaltungskosten zu tragen hat, die bei Einkaufszentren durchaus ein Viertel oder mehr der monatlichen Bruttobelastung des Mieters ausmachen. Dass dieser Mieter diese Kosten ebenso selbstverständlich in die Bildung seiner subjektiven Äquivalenz einfließen lässt, wie dies der vorgenannte Wohnungsmieter nicht tut, sollte klar sein.

⁶⁹⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.1.

⁷⁰⁾ Vgl. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 435.

⁷¹⁾ BJA1223 BlgNR 14. GP, 5.

⁷²⁾ So etwa *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 436 mit mwN in FN 92.

⁷³⁾ Zu dieser Maßstabfunktion vgl. *Aicher* bei FN 101 und FN 103.

Denn dass das dispositive Recht anderen, außervertraglichen „Maßstäben“, also im konkreten Fall den Bauvertragsbedingungen der ÖNORMEN B 2110 bzw. B 2118 vorgeht⁷⁴⁾, ist zwar zutreffend. Doch wenn es – wie die Judikatur dies auch mehrfach tut – darum geht, zu beurteilen, ob die beurteilte Vertragsklausel zu einem groben Missverhältnis führt, dann bezieht sich dies zunächst einmal auf ein solches Missverhältnis zwischen den Vertragsparteien nach den Grundpositionen des abgeschlossenen Vertrages.

bezieht sich dies zunächst einmal auf ein solches Missverhältnis zwischen den Vertragsparteien nach den Grundpositionen des abgeschlossenen Vertrages.

Das spielt in unserem Fall der Bauvertragsbedingungen dann eine zentrale Rolle, wenn der Bauvertrag nicht nach den Risikoverteilungsregeln der §§ 1168, 1168a ABGB, sondern nach den Regelungen der ÖNORM B 2110, also insbesondere nach der Risikoverteilungsregel ihres Punktes 7.2 abgeschlossen wurde.

Denn die Regelungen der B 2110 verschieben die Risikoverteilung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber gegenüber dem Konzept des ABGB grundlegend. So wird das Risiko der „dritten Sphäre“ nach dem ABGB, entsprechend dem Konzept der Erfolgsabhängigkeit des Werkvertrags, dem Werkunternehmer, nach Pkt. 7.2 der B 2110 dem Auftraggeber zugeordnet⁷⁵⁾.

In diesem Fall meine ich, dass die durch die einzelne, in Prüfung gezogene Vertragsklausel bewirkte Risikoverteilung dann zu einem gröblichen Missverhältnis führen kann, wenn sie zwar dem Grundkonzept der Risikoverteilung nach §§ 1168, 1168a ABGB nicht widerspricht, dieses Konzept jedoch im konkreten Vertrag durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110 ersetzt wurde. Dann ist die konkret zu prüfende Vertragsklausel am Grundkonzept des Punktes 7.2 der ÖNORM B 2110 zu messen – sohin nach einem Konzept der Risikoverteilung, das wesentlich stärker an das Konzept des (freien) Dienstvertrages als des Werkvertrags angelehnt ist.

1.6.3.2 Systematik der Benachteiligungsfälle – Vorbemerkungen

Vor systematischer Erörterung der im Kernbereich der gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 liegenden Fällen ist klarzustellen, dass es selbstverständlich auch bei Verwendung von AGB betreffend Nebenklauseln Nichtigkeitsfälle nach § 879 Abs 1 ABGB geben wird.

Zutreffend verweist *Aicher*⁷⁶⁾ darauf, dass

„... unter Bedachtnahme auf die geforderte „Berücksichtigung aller Umstände des Falles“ auch eine strengere Beurteilung als bisher nach § 879 Abs 1 ABGB Platz greifen kann“.

⁷⁴⁾ Wenn sohin keine dieser ÖNORMEN als Vertragsbestandteil vereinbart wurde.

⁷⁵⁾ Vgl. dazu bereits *Lessiak*, Die ÖNORM B 2110 und Bauablaufstörungen, im Tagungsband zum 9. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 2011, 238 (insbesondere 245 ff) und jüngst *Lessiak*, Bauvertragsbedingungen und Einsatz digitaler Werkzeuge, ZVB 2019, Heft 07/08. Vgl. ausführlich zur Risikoverteilung, insbesondere in Gegenüberstellung der Regelungen des ABGB mit jenen der ÖNORM *Herrmann*, Risikoüberwälzung beim Bauwerkvertrag (Diss 2018), der ebenfalls betont, dass abweichend von den Regelungen des ABGB nach der ÖNORM B 2110 das „Risiko unvorhersehbarer, unabwendbarer Ereignisse und von Ereignissen, die die Leistung objektiv unmöglich machen, vom Auftraggeber getragen“ werde.

⁷⁶⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.3.

Das ist der Fall, wenn überdies (über das Tatbestandselement des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten hinaus) die beiden ersten Tatbestandselemente des § 879 Abs 3 ABGB verwirklicht sind. Dann ist bereits durch Erfüllung dieser beiden Tatbestandselemente eine Verdünnung der Willensfreiheit eingetreten, die auch dann, wenn die in § 879 Abs 1 ABGB geforderte Intensität der Äquivalenzstörung unterschritten wird, zur Nichtigkeit führt. Dies im Sinne des oben erörterten Prinzips, dass das „Mehr“ eines Elements ein „Weniger“ eines anderen Elements ermöglicht und dennoch der Tatbestand verwirklicht wird, sohin die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu bejahen ist. Stets ausgehend von derselben Basiswertung, dass die Gefährdung der objektiven Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung zu verhindern ist. Das führt hier dazu, dass bereits eine geringere Intensität der Sittenwidrigkeit als sie ohne Verwirklichung der beiden ersten Tatbestandselemente des § 879 Abs 3 ABGB zu fordern wäre, zur Erfüllung der Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB ausreicht.

Schließlich weist *Aicher*⁷⁷⁾ darauf hin, dass auch „Wertungsgesichtspunkte des § 6 KSchG für die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel in AGB auch beim Unternehmergeschäft sprechen“ können. Auch dies ist zutreffend. Dabei ist mE zu berücksichtigen, dass sich Wertungsgesichtspunkte unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes häufig mit der hier gegenständlichen Basiswertung des Schutzes der Richtigkeitsgewähr überschneiden werden, diese beiden Wertungsgesichtspunkte aber dennoch systematisch getrennt beurteilt werden sollten.

Kehrt man zurück zum Kern des Tatbestandselements der gröblichen Benachteiligung, dann ist wiederum der Ausgangspunkt, dass die Basiswertung des § 879 Abs 3 ABGB Beeinträchtigungen der objektiven Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung durch ein Zusammenwirken der Kräfte „verdünnte Willensfreiheit“ und „Äquivalenzstörungen“ verhindern soll. Damit lassen sich die vom Tatbestandselement der „gröblichen Benachteiligung“ erfassten Fälle wie folgt systematisieren⁷⁸⁾.

1.6.3.3 Vergleich der Äquivalenz innerhalb des Vertrages

Das ist zunächst jene Gruppe von Fällen, in denen die Rechtspositionen beurteilt werden, welche die zu prüfende Vertragsklausel den beiden Vertragsparteien zuweist. Stehen diese Rechtspositionen in einem „auffälligen Missverhältnis“, dann (und nur dann – sohin nicht bereits bei jeder Differenz ohne sachliche Rechtfertigung) liegt gröbliche Benachteiligung vor.

Dies folgt bereits aus dem Vergleich mit § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Die im Wuchertatbestand sanktionierte Äquivalenzstörung des auffälligen Missverhältnisses der wechselseitigen Leistungen, die im Zusammenspiel mit der dort beschriebenen (massiven) Verdünnung der Willensentscheidung (Leichtsinn, Zwangslage etc) zur Nichtigkeit führt, muss auch als auffälliges Missverhältnis in den Fällen des § 879 Abs 3, in denen neben

⁷⁷⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.3.

⁷⁸⁾ Das entspricht im Wesentlichen auch der hA und Judikatur, zu deren Nachweis auf *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 436, insbesondere in FN 90 ff verwiesen wird. Weiters auf *Graf*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 279, insbesondere mit der dort in FN 582 genannten Judikatur; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 376 ff mit den dortigen, sehr umfangreichen Judikaturnachweisen und schließlich *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 166 f. Auf Divergenzen in den hier zitierten Positionen, die sich mE jedoch unter Anwendung der genannten Basiswertung glätten lassen, wird im Text eingegangen.

der Äquivalenzstörung als zweite Kraft der Einsatz von AGB und die Beschränkung auf Nebenleistungen zur Gefährdung der Richtigkeitsgewähr der Vertragsentscheidung führt, vorliegen.

Wenn dies die Judikatur dahingehend beschreibt, dass die gröbliche Benachteiligung dann anzunehmen sei, wenn es für die Abweichung der Klausel vom Dispositivrecht keine sachliche Rechtfertigung gäbe und dies „jedenfalls dann anzunehmen“⁷⁹⁾ sei, wenn ein „auffälliges Missverhältnis“ vorliegt, dann ist dies zwar im Ergebnis richtig. Doch darf durch dieses „jedenfalls dann anzunehmen“ nicht verdeckt werden, dass das Kriterium des auffälligen Missverhältnisses nur abstellt auf den Leistungsaustausch inter partes. Die Beurteilung einer Abweichung von den Dispositivnormen als sachlich nicht gerechtfertigt, sohin der Vergleich der durch diese Vertragsklausel bewirkten „Äquivalenz“ mit der durch das Dispositivrecht unterstellten Äquivalenz, ist daher strikt zu trennen von der Beurteilung der Äquivalenzstörung inter partes unter Heranziehung dieses Kriteriums aus dem Wuchertatbestand.

1.6.3.4 Vergleich der Äquivalenz gegenüber dem Dispositivrecht

In der zweiten Gruppe der Fälle gröblicher Benachteiligung gibt es für die nach der zu prüfenden Vertragsklausel vorgenommene Regelung eine Dispositivregelung, welche das Gleichgewicht der Äquivalenz zwischen den Vertragsparteien anders bildet als die zu prüfende Vertragsklausel. In diesen Fällen ist unstreitig⁸⁰⁾, dass die Dispositivregelungen als Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der konkreten Vertragsklausel als gröblich benachteiligend heranzuziehen sind.

Hier geht die oben zitierte Lehre und Judikatur zutreffend davon aus, dass sachlich nicht gerechtfertigte Abweichungen von den Dispositivnormen als gröblich benachteiligend zu beurteilen sind.

In diesem Bereich der im Sinne *F. Bydlinskis*⁸¹⁾ „tragbaren Äquivalenz“ spielt die Frage nach der „sachlichen Rechtfertigung“ der Abweichung – die sich beim „auffälligen Missverhältnis“ nicht stellt – eine so zentrale Rolle, dass auf diese Thematik (was ist eine sachliche Rechtfertigung und welcher Maßstab ist für die Sachlichkeitsprüfung anzulegen) in den folgenden zwei Unterpunkten gesondert eingegangen wird.

1.6.3.5 Die sachliche Rechtfertigung der Abweichung

In der Vielzahl der Judikate, welche die Formel von der sachlichen Rechtfertigung der Abweichung bemühen⁸²⁾, liefert auch eine detaillierte Durcharbeitung des runden Dutzends jüngerer Entscheidungen höchstens Anhaltspunkte für eine einheitliche

⁷⁹⁾ OGH 09.04.2015, 7 Ob 62/15s unter Verweis auf die stRsp in RIS-Justiz RS0016914; RS0014676.

⁸⁰⁾ Dass hier das dispositive Recht heranzuziehen ist, betont bereits der Ausschussbericht – siehe oben. Das ist an sich ohne großen Begründungsaufwand nachvollziehbar. Schwieriger ist dann schon die Begründung, welche Abweichung vom Dispositivrecht als gröblich benachteiligend zu beurteilen ist. Denn ganz zutreffend betonen hier die Gesetzesmaterialien, dass dies nicht für jede Abweichung vom Dispositivrecht gelten kann.

⁸¹⁾ Siehe oben bei FN 47.

⁸²⁾ Allein im Rechtsatz RIS-Justiz RS0016914 sind dies rund 50 Entscheidungen.

Argumentationslinie.

Auch wenn sich zB feststellen lässt, dass in bestimmten Branchen, die mehrfach mit Verbandsklagen konfrontiert werden, der Anteil der erfolgreich angegriffenen Vertragsklauseln sinkt⁸³⁾, andere Branchen nach einem Angriff in der Judikatur weitestgehend nicht mehr vorkommen⁸⁴⁾, und andere Bereiche Dauerbrenner der (mietrechtlichen) Klauseljudikatur⁸⁵⁾ sind, lässt sich (trotz des zumindest in einzelnen Branchen eintretenden Lerneffekts) dennoch kaum eine einheitliche Leitlinie erkennen, nach welcher die Judikatur aus dieser Vielzahl von Vertragsklauseln pro Einzelfall die gröblich benachteiligenden Klauseln aussondert und andere Klauseln weiterbestehen lässt.

In jenen Entscheidungen, welche die sachliche Rechtfertigung verneinten, reicht die Bandbreite der Begründungen vom Vergleich der als unangemessen kurz beurteilten Rügefrist von drei Tagen mit der vollen Verjährungsfrist von drei Jahren⁸⁶⁾ zu einem Übermaß an Gestaltungsmacht, indem der Versicherer seine Leistungen letztlich von nicht näher determinierbaren Zusagen abhängig machte, sodass der Versicherte in diesem Punkt letztlich der Willkür des Versicherers ausgeliefert war⁸⁷⁾, über eine Vielzahl von Einzelbegründungen, mit denen jede der zahlreichen angegriffenen Versicherungsklauseln als sachlich nicht gerechtfertigte Verschlechterung der Position des Versicherten beurteilt wurden⁸⁸⁾, bis hin zur Beurteilung der Haftungseinschränkung für leichte Fahrlässigkeit als gröblich benachteiligend, weil dies die Hauptleistungspflicht des Verwenders der AGB beeinträchtigt⁸⁹⁾.

Als sachlich gerechtfertigt beurteilte der OGH⁹⁰⁾ die Haftungseinschränkung eines Fahrzeugvermieters, weil sie der vom Kunden zu erbringenden Gegenleistung entspreche und daher ein gewisses Äquivalenzverhältnis im Leistungsaustausch herstelle. Auch die zweite in diesem Verfahren angegriffene Klausel, in der es um die Verfolgung von Ansprüchen gegen Dritte ging, hielt der Prüfung stand, weil sie dem Adressaten der AGB zugleich Rechte einräumte, die ihm ohne diese Klausel – sohin nach dem dispositiven Recht – nicht zugestanden wären.

Auch hält es der OGH⁹¹⁾ für sachlich gerechtfertigt, die Gemeinschaftswerbung dem Bestandgeber als Betreiber des Einkaufszentrums zu übertragen und dennoch, obgleich

⁸³⁾ So wurden zunächst im Banken- und Kreditwesen in der OGHE vom 24.08.2017, 4 Ob 110/17f von 13 geprüften Klauseln in AGB elf als gröblich benachteiligend beurteilt, sodass nur zwei Klauseln (Veränderung einer Kündigungsfrist und Rücktrittsrecht im Konkurs) Bestand hatten. Auch in der Entscheidung vom 20.02.2018, 10 Ob 60/17x wurde von zwölf angegriffenen Klauseln nur die Vereinbarung eines Haftungshöchstbetrag für im Safe hinterlegte Wertgegenstände als sachlich gerechtfertigt beurteilt. Hingegen hat der OGH in 1 Ob 124/18v vom 03.04.2019 nur mehr rund die Hälfte der angegriffenen Klauseln dieser ebenfalls im Bank- und Kreditwesen angesiedelten AGB als gröblich benachteiligend für nichtig erklärt.

⁸⁴⁾ Das Fitnessstudio in der OGHE vom 22.03.2016, 5 Ob 87/15b durfte immerhin fünf der insgesamt 15 angegriffenen Klauseln weiterverwenden und blieb als Branche in der Folge ein Einzelfall.

⁸⁵⁾ Vgl. die Nachweise bei *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 869 Rz 21 FN 66.

⁸⁶⁾ 10 Ob 93/11s vom 14.02.2012.

⁸⁷⁾ 7 Ob 168/14b vom 10.12.2014.

⁸⁸⁾ 7 Ob 53/14s vom 18.02.2015.

⁸⁹⁾ 1 Ob 243/16s vom 10.02.2017.

⁹⁰⁾ 10 Ob 74/15b vom 07.06.2016.

⁹¹⁾ 8 Ob 27/19g vom 25.03.2019.

kein Mitspracherecht besteht, eine Kostenbeteiligung der einzelnen Ladenbesitzer als Bestandnehmer vorzusehen.

Auch die Leistungsbegrenzung für bestimmte Schäden (Bandscheibenvorfall) im Versicherungsvertrag war sachlich gerechtfertigt⁹²⁾.

Weiters bejahte der OGH⁹³⁾, gestützt auf eine in dieser Entscheidung sehr ausführlich wiedergegebene Vorjudikatur, in der die Vereinbarung von Entgelten für Zusatz- und Nebenleistungen regelmäßig als nicht gröblich benachteiligend beurteilt worden war, auch die Vereinbarung eines wertabhängigen Kreditbearbeitungsentgelts als sachlich gerechtfertigt.

Schließlich sei auch die Überwälzung der Prüfpflicht hinsichtlich der bereitgestellten Materialien auf die Werkbestellerin vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Warnpflicht nach § 1168a ABGB durchaus vertretbar, weshalb der OGH⁹⁴⁾ die Revision in dieser Sache nicht zuließ.

So unterschiedlich die Begründungen des OGH in diesen Fällen auch sein mögen, meine ich doch, dass es als einigermaßen stabile Leitlinie gelten kann, die sachliche Berechtigung der Abweichung von der Dispositivnorm zumindest primär unter dem Aspekt zu überprüfen, welche Auswirkungen diese Klausel auf das Äquivalenzverhältnis, sohin auf den unmittelbaren Austausch der Leistungen im Vertragsverhältnis hat. Hier wiederum durchaus mit Schwerpunkt auf dem Austausch der Hauptleistungen. Dies ist gerade bei Anwendung der Basiswertung zutreffend, da dieser Bereich des unmittelbaren Leistungsaustausches, insbesondere hinsichtlich der Hauptleistungen, von wesentlich höherer Bedeutung für die Richtigkeitsgewähr der Vertragsentscheidung ist als jeder andere Bereich. Dieser Bereich ist daher primär relevant, wenn es um die Auswirkungen von „Nebenabreden“⁹⁵⁾ geht.

Auf diesen Ansatz, primär aus den Auswirkungen der in Prüfung stehenden Klausel auf den Leistungsaustausch auf die sachliche Rechtfertigung der Abweichung zu schließen, gehe ich daher in diesem Schlussteil meiner Arbeit näher ein.

1.6.3.6 Maßstab vereinbarter Leistungsaustausch

Ansätze wie etwa bei *Krejci*⁹⁶⁾ dass sich eine sachliche Rechtfertigung aus der „Natur des Rechtsgeschäftes“ ergäbe, werden zwar wiederholt ausgeführt, haben aber geringe praktische Auswirkungen in der Judikatur.

⁹²⁾ 7 Ob 86/17y vom 05.07.2017.

⁹³⁾ 6 Ob 13/16d vom 30.03.2016.

⁹⁴⁾ 3 Ob 109/14x vom 18.03.2015

⁹⁵⁾ Im Sinne von *Krejci*, Handbuch 147.

⁹⁶⁾ Handbuch 166.

Doch der ebenfalls von *Krejci*⁹⁷⁾ stammende Hinweis, dass sich die sachliche Rechtfertigung auch aus einem „Nachteilsausgleich in den anderen Nebenbestimmungen des Vertrages“ ergäbe könne, und die Fortführung durch *Aicher*⁹⁸⁾ zur „Möglichkeit des Nachteilsausgleichs durch zweckkongruente begünstigende Nebenbestimmungen“ führen mE zu einem Ansatz, den man aus der jüngeren Judikatur ablesen kann und ausbauen sollte.

So hat der OGH⁹⁹⁾ in dieser Entscheidung zunächst nur die Vorjudikatur in dem Sinne zitiert, dass bei auffallendem Missverhältnis der Rechtsposition der Vertragsparteien die sachliche Berechtigung jedenfalls zu verneinen sei und die sachliche Rechtfertigung fortgesetzt verneint „wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall vorgesehenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914)“.

Mit der Schlussfolgerung, dass die sachliche Rechtfertigung aus der sachlich berechtigten Abweichung folge, ist natürlich noch nicht gesagt, wann eine solche sachlich berechtigte Abweichung von der Dispositivnorm vorliegt.

Diese Konkretisierung lässt sich mE dennoch aus den nachfolgenden Ausführungen des OGH in dieser Entscheidung ableiten. Denn der OGH stellt einerseits darauf ab, ob dem Vertragspartner für die Abweichung von der im Dispositivrecht unterstellten Äquivalenz eine „angemessene Gegenleistung gewährt wird“. Andererseits führt er aus, dass die sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung gerade darin liege, dass der Adressat der Klausel für die gegenüber dem dispositiven Recht erhöhte Belastung kein „entsprechendes Äquivalent“ erhält.

Daraus leite ich ab, dass ein Vergleich der inkriminierten Vertragsklausel mit dem dispositiven Recht primär auf der Ebene der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu erfolgen hat. Dies folgt dem Ansatz, dass das Dispositivrecht als „Leitbild eines abgewogenen und gerechten Interessenausgleiches“¹⁰⁰⁾ anzusehen ist.

Zwar entspricht es dem Wesen privatautonomer Vertragsfreiheit, dass die Vertragsparteien von diesem Leitbild abweichen können. Dagegen ist aus der Sicht der Rechtsordnung auch kein Einwand zu erheben, wenn diese Abweichung vom unbeeinträchtigten Willensentschluss jener Vertragspartei, die diese Abweichung in Kauf nimmt, getragen ist.

Denn die Funktion der Richtigkeitsgewähr der Privatautonomie wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass sich jemand für ein „schlechtes Geschäft“ entscheidet. Steht es ihm doch frei, eine Leistung ganz ohne Gegenleistung, nämlich im Wege der Schenkung, zu erbringen oder selbst einen Vertrag mit der krassen Äquivalenzstörung, mehr als das

⁹⁷⁾ Handbuch 166.

⁹⁸⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.5.

⁹⁹⁾ 28.11.2012, 7 Ob 93/12w.

¹⁰⁰⁾ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 377 mwN.

Doppelte dessen zu leisten, als er selbst bekommt, verbindlich abzuschließen, wenn er dies in voller (unverdünnter) Willensfreiheit aus „besonderer Vorliebe“ tut.

Entscheidend ist daher, dass die von der Dispositivregel als ausgewogen unterstellte Äquivalenz nur dann „störungsfrei“ verändert werden kann, wenn diese Äquivalenzregelung durch eine anderslautende Annahme wechselseitiger Äquivalenz, welche die Parteien privatautonom mit unverdünnter Willensfreiheit getroffen haben, verdrängt wird.

Die Korrektur der inter partes vereinbarten Äquivalenz durch die von den Dispositivnormen unterstellte Äquivalenz ist daher beschränkt auf die Umsetzung der Basiswertung des § 879 Abs 3 ABGB, die objektive Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen zu schützen.

Unter diesem Aspekt ist daher auch die sachliche Rechtfertigung der Abweichung zu beurteilen. Sachlich gerechtfertigt ist daher die Abweichung von der Dispositivregelung nur, wenn das im Vergleich zur in der Dispositivnorm unterstellten Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bestehende Delta zwischen Leistung und Gegenleistung (soweit dies aus der gegenständlichen Vertragsklausel folgt) durch entsprechende, äquivalenzwirksame Leistungen des Verwenders der AGB ausgeglichen wird.

1.6.3.7 Vergleich der Äquivalenz mit außerhalb des Vertrages und des dispositiven Rechts liegenden Maßstäben

Bleibt noch die dritte Gruppe der Fälle gröblicher Benachteiligung, in denen keine dem Regelungsgehalt der inkriminierten Klausel vergleichbare Dispositivregelung vorhanden ist, die als Maßstab für die Zulässigkeit der Äquivalenzabweichung, ja überhaupt zur Beurteilung der Frage, ob eine Äquivalenzabweichung vorliegt, herangezogen werden könnte.

In diesen Fällen, in denen es keinen dispositiv-rechtlichen Maßstab gibt, erscheint es zulässig, allgemein anerkannte Leitlinien für die Bildung ausgeglichenen, äquivalenten Leistungsaustausches als Maßstab heranzuziehen. Dafür bieten sich im Bauvertragsrecht die ÖNORMEN B 2110 und B 2118 an.

*Aicher*¹⁰¹⁾ hat diese „Maßstabsfunktion der ÖNORM B 2110 als Modell einer im Großen und Ganzen ausgewogenen Bauvertragsordnung“ bezeichnet.

Zu beachten ist, dass in diesen Fällen entweder eine im dispositiven Recht vorgeschlagene Lösung bereits durch die ÖNORM B 2110 (in zulässiger Weise) verändert wird und die konkrete Vertragsklausel ihrerseits wiederum von der Regelung der Norm abweicht. Dann ist zu prüfen, ob die durch die konkrete Klausel bewirkte, in der Regel noch weiter vom Dispositivrecht entfernte Lösung zulässig ist. Das wird zutreffend an der Abweichung dieser weitergehenden Änderung gegenüber der ÖNORM B 2110 geprüft¹⁰²⁾.

¹⁰¹⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.4 mit ausführlichen Beispielen aus der Judikatur für die Umsetzung dieser Maßstabsfunktion.

Ebenso wird die Maßstabsfunktion der ÖNORM B 2110 anzuwenden sein, wenn das dispositiven Recht zu diesem Thema gar nichts sagt. Dann wird in jenen Vertragssituationen, welche dem in der ÖNORM B 2110 unterstellten Leistungsaustausch grundsätzlich entsprechen, die ÖNORM B 2110 als Maßstab heranzuziehen sein.

Nie kann diese Maßstabsfunktion dazu führen, dass statt der Regelung des dispositiven Rechts die ÖNORM B 2110 als Maßstab herangezogen wird. Denn auch die Regelungen der ÖNORM B 2110 sind – wie *Aicher*¹⁰³⁾ in diesem Zusammenhang zutreffend klarstellt – AGB, sodass ihre Bestimmungen selbst der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen. Sie gelten nur kraft vereinbarter Anwendung, können daher nie ohne privatautonome Einigung das dispositive Recht verdrängen – auch nicht als Maßstab für die Beurteilung, ob die Vertragsklausel gröblich benachteiligend sei.

Weiters ist es mE zulässig, im Wege ergänzender Vertragsauslegung, die stets erst eingreift, wenn das Dispositivrecht keine Regelung vorschlägt¹⁰⁴⁾ analog der Vorgangsweise bei Füllung einer Vertragslücke zu prüfen, was redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie diese Vertragsklausel nicht vereinbart hätten. Praktische Relevanz kann dieser – zugegeben wahrscheinlich äußerst seltene – Fall dort erhalten, wo die Alternativregelung, die dann als Maßstab heranzuziehen ist, nach dem Gesamtgefüge des Vertrages zu beurteilen ist.

Ist in diesem Fall die ÖNORM B 2110 vereinbart (selbstverständlich unterstellt, dass die ÖNORM B 2110 ebenfalls keine Regelung für diesen Fall enthält, denn dann gäbe es eine vertragliche Vereinbarung), dann wird die Vergleichsklausel nach der Risikoverteilung der ÖNORM B 2110 und nicht nach dem Konzept der §§ 1168, 1168a ABGB zu bilden sein.

In all diesen Fällen, in denen der Maßstab nicht aus dem dispositiven Recht gewonnen wird, ist die Äquivalenzstörung gegenüber dem so gefundenen Maßstab, also gerade auch gegenüber dem Maßstab der ÖNORM B 2110 oder B 2118, nur dann so ausgeprägt, dass eine gröbliche Benachteiligung zu bejahen ist, wenn das Leistungsmissverhältnis der im Wuchertatbestand unterstellten Äquivalenzstörung, sohin einem „auffälligen Missverhältnis“ entspricht.

Das haben *Aicher*¹⁰⁵⁾ und *Krejci*¹⁰⁶⁾ überzeugend begründet. Dies unter Verweis darauf, dass die Parteien in der Rechtsgestaltung der Nebenleistungen „ebenso frei sind wie bei der Konzipierung der Hauptleistungen“, sohin nach dem Tatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

Das belegt auch ein einfacher Größenschluss. Wenn die Vertragsparteien bei einer so

¹⁰²⁾ Vgl. dazu die oben geschilderte OGHE 25.02.1999 6 Ob 320/98x.

¹⁰³⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.4 mit ausführlichen Beispielen aus der Judikatur für die Umsetzung dieser Maßstabsfunktion.

¹⁰⁴⁾ Vgl. dazu ausführlich *Lessiak*, Der verdeckte Mangel, in *Berlakovits/Hussian/Kletečka* (Hrsg) Festschrift Georg Karasek (2018) 541 (581 ff).

¹⁰⁵⁾ Handbuch I 2.5.2.2.1.2

¹⁰⁶⁾ Handbuch, 167 sowie in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 381.

ausgeprägten Verdünnung der Willensfreiheit, wie sie § 879 Abs 2 Z 4 ABGB unterstellt, die Äquivalenz bis zur Grenze des „auffallenden Missverhältnisses“ verschieben dürfen, dann ist – in Ermangelung einer Vorgabe der von der Dispositivordnung als ideal ausgeglichen unterstellten Äquivalenz – kein Grund zu sehen, warum diese Grenze der Äquivalenzverschiebung im Falle des § 879 Abs 3 ABGB, in dem die Willensfreiheit zwar auch verdünnt, aber doch deutlich stärker ausgeprägt ist als beim Wuchertatbestand, anders sein sollte.

Dies entspricht auch der Anwendung der Basiswertung auf diese Auslegungsfrage. Denn wenn das Dispositivrecht keinen Maßstab für die im konkreten Fall als äquivalent anzusehende Lösung beistellt, dann ist davon auszugehen, dass die Rechtsordnung die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung auch dann für gewährleistet hält, wenn sich die Parteien innerhalb der durch andere, auf dieselben „Kräfte“ abstellende Normen gezogenen Grenzen, hier konkret auf den Wuchertatbestand abstellend, bewegen.

Die gegenteilige Ansicht¹⁰⁷⁾ vermag daher nicht zu überzeugen.

2.7 Zusammenfassung

Die Menge und Vielfalt der zu § 879 Abs 3 ABGB ergangenen Judikatur verstärkt die Notwendigkeit der Ausarbeitung einheitlicher Grundsätze zur Auslegung der drei Tatbestandselemente dieser Norm (AGB, Nebenleistung und gröbliche Benachteiligung).

Sollen diese Grundsätze nicht nur für die Nachprüfung von Vertragsklauseln, sondern auch für ihre Gestaltung, aber auch für ihren Einsatz (Wahl des Weges der Vergabe) Hilfestellung leisten, dann bietet sich der durch die Methode des beweglichen Systems vorgeschlagene Weg an, eine Basiswertung zu ermitteln, die allen drei Tatbestandselementen dieser Norm gemeinsam ist.

Diese Basiswertung wird aus den in § 879 Abs 3 ABGB abgebildeten Elementen einer verdünnten Willensfreiheit im Zusammenspiel mit einer durch die Vertragsklausel ausgelösten Äquivalenzstörung ermittelt. Denn das Zusammenspiel dieser beiden Kräfte, die im Sachverhalt unterschiedlich stark ausgeprägt sein können, gefährdet im Ergebnis die Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen. Diese Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung des Adressaten der AGB zu vermeiden, ist jene Basiswertung, die allen drei Tatbestandselementen des § 878 Abs 3 ABGB gemeinsam ist.

Daher sind in Umsetzung dieser Basiswertung diese drei Tatbestandselemente einheitlich, sohin ohne inneren Widerspruch bei den Ergebnissen ihrer Prüfung, auszulegen. Dazu wird bei Prüfung jedes der drei Tatbestandselemente, insbesondere in den „Grenzbereichen“ ihrer Anwendbarkeit, danach gefragt, welches Auslegungsergebnis der vorgeannten Basiswertung entspricht und entsprechend dieser Antwort das zutreffende Ausle-

¹⁰⁷⁾ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 279 mwN.

gungsergebnis ermittelt.

Die damit erreichte Harmonisierung der Auslegung aller drei Tatbestandselemente sollte dem Rechtsanwender verlässliche Hilfestellung bieten. Dies ebenso in der nachträglichen Prüfung von Vertragsklauseln als auch bei der Frage nach der Gestaltung künftiger Vertragsklauseln, damit diese das Nichtigkeitsverdikt der Norm vermeiden.

2.8 Literaturverzeichnis

- Aicher** in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-10444-3).
- F. Bydlinski** Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) Wien, New York. Springer-Verlag.
- F. Bydlinski** Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, in *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft*, in *Loebenstein* (Hrsg) FS Kastner, Seite 45-68 (1972). Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-21406-101-2).
- F. Bydlinski** Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg) Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Seite 21-42 (1986) Wien. Verlag Österreich. (ISBN 978-3-70465-961-3).
- F. Bydlinski** Methodenlehre, 2. Auflage (2011) Wien. Verlag Österreich. (ISBN 978-3-7046-5972-9).
- Canaris** Systemdenken und Systembegriffe in der Jurisprudenz, 2. Auflage (1983) Berlin. Duncker & Humblot. (ISBN 978-3-42805-312-4).
- Canaris** Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in *F. Bydlinski/Krejci/Schilcher/V. Steininger* (Hrsg) Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Seite 103-116 (1986) Wien. Verlag Österreich. (ISBN 978-3-70465-961-3).
- Graf** in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879.
- Herrmann** Risikoüberwälzung beim Bauwerkvertrag (Diss 2018) Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-01416-2).
- Karasek** ÖNORM B 2110, 3. Auflage (2016) Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-13575-1).
- Kellner** Zur Abgrenzung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ausgehandelten Verträgen, *BankArchiv* 2015, 475-481. Wien. Linde Verlag. (ISSN 1015-1516).
- Krejci** KSchG und ABGB, in *Krejci* (Hrsg) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Seite 85-192 (1981) Wien. Orac. (ISBN 978-3-85368-425-2).
- Krejci** in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB 4. Auflage, § 879, Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-16443-0).
- Lessiak** Die ÖNORM B 2110 und Bauablaufstörungen, in

- Heck/Lechner/Hofstadler* (Hrsg) Tagungsband – 9. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium – Bauablaufstörungen – Baubetriebliche, bauwirtschaftliche und rechtliche Aspekte, Seite 221-238 (2011) Graz. Verlag der Technischen Universität Graz. (ISBN 978-3-85125-136-4).
- Lessiak** Inhaltskontrolle ausgeschriebener Vertragsbestimmungen, in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg) FS für Josef Aicher, Seite 425-439 (2012) Wien. Verlag Österreich. (ISBN 978-3-7046-6362-7).
- Lessiak** § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl – Wirtschaftsrechtliche Blätter, 2012, 121-126. Wien. Verlag Österreich. (ISSN print 0930-3855) (ISSN online 1864-3434).
- Lessiak** Der verdeckte Mangel, in *Berlakovits/Hussian/Kletečka* (Hrsg) FS Georg Karasek, Seite 541-590 (2018) Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-17101-8).
- Lessiak** Bauvertragsbedingungen und Einsatz digitaler Werkzeuge, ZVB – Zeitschrift für Vergabe- und Bauvertragsrecht 2019, Heft 07/08 sowie Heft 09. Wien. Manz Verlag. (in Druck).
- Oppel** Geltung der ÖNORM B 2110, ZVB – Zeitschrift für Vergabe- und Bauvertragsrecht 2015, 79. Wien. Manz Verlag.
- Pletzer** Erhaltung im Einkaufszentrum, wobl – Wohnrechtliche Blätter 2014, 2-12. Wien. Verlag Österreich. (ISSN print 0933-2766) (ISSN online 1613-7647).
- Pletzer** in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 869.
- Schilcher** Theorie der sozialen Schadensverteilung – Schriftenreihe zum Bürgerlichen Recht – Band 42. (1977) Berlin. Duncker und Humblot. (ISBN 978-3-42803-989-0).
- Schilcher** Das bewegliche System wird Gesetz, in *Heldrich/Prölss/Koller* (Hrsg) FS Canaris zum 70. Geburtstag, Seite 1299-1330 (2007) München. C.H.Beck. (ISBN 978-3-406-56170-2).
- Sonnberger** Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung, *ecolex – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018, 620-622. Wien. Manz Verlag. (ISSN 1022-9418).
- Sonnberger** Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung, *ecolex – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, 116-119. Wien. Manz Verlag. (ISSN 1022-9418).
- Welser/Kletečka** Bürgerliches Recht I, 15. Auflage (2018) Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-14714-3).
- R. Welser** in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhafungsrecht II. Wien. Manz Verlag. (ISBN 978-3-214-08947-4).
- Wilburg** Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950) Graz. Kienreich Verlag. (ISBN 978-3-214-14845-4).
- Wilburg** Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, *AcP – Archiv für die civilistische Praxis*, Band 163, Heft 4, Seite 346-379 (1964) Tübingen. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG.

-
- ÖNORM B 2210** Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 2013-03-15).
- ÖNORM B 2218** Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 2013-03-15).

