

Festschrift

GEORG KARASEK

herausgegeben von

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



Wien 2018
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Die Bedeutung der Herstell(ungs)kosten im Verhältnis zwischen Bauherrn und Architekt¹⁾

Hermann Wenusch, Wien

Übersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Der Begriff „Herstell(ungs)kosten“
- III. Die Prognose der Herstellkosten als Leistungsgegenstand
- IV. Die Herstellkosten als Bemessungsgrundlage für das Honorar (des Architekten)
 - A. Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aus Gründen, die vorhergesehen werden mussten („externe Gründe“)
 - B. Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aufgrund einer Fehleinschätzung durch den Architekten
 - C. Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aufgrund von Änderungen durch den Bauherrn
- V. Fazit

I. Vorbemerkung

Dass die Herstellkosten eines Gebäudes für den Bauherrn – von beneidenswerten Ausnahmen abgesehen – von immenser Bedeutung sind, ist wohl nicht erwähnenswert. Für den Rechtsanwender in der Baupraxis sind die Herstellkosten nicht nur aus ökonomischen, sondern auch aus zwei anderen Gründen bedeutsam:

- Die Prognose der Herstellkosten ist oft Leistungsgegenstand eines Vertrags (zwischen Bauherrn und Architekten).
- Die Herstellkosten sind oft Grundlage für die Berechnung des Entgelts (des Architekten).

II. Der Begriff „Herstell(ungs)kosten“

Zielführend ist daher wohl zunächst zu überlegen, was unter „Herstell(ungs)kosten“ zu verstehen ist.

Wird der Begriff in einem Vertrag verwendet, so könnte man es bei der Feststellung belassen, es sei eben „das, was die Parteien übereinstimmend darunter verstehen“. Etwas ausführlicher: *„Bei Auslegung einer Willenserklärung nach den §§ 914 ff ABGB ist zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, dabei aber nicht stehen zu bleiben, sondern der Wille der Parteien, das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden, zu erforschen. Letztlich ist*

1) Meinem ersten Ausbildungsanwalt zum Geburtstag!

die Willenserklärung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht, wobei die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen sind. Unter der gemäß § 914 ABGB zu erforschenden „Absicht der Parteien“ ist die dem Erklärungsgegner erkennbare und von ihm widerspruchslos zur Kenntnis genommene Absicht des Erklärenden zu verstehen. Es ist dabei das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift sowie aus sonstigem Tun oder Nichttun zusammensetzen kann, zu berücksichtigen“²⁾.

Damit wird man freilich insbesondere den nach Definitionen heischenden Baupraktikern kaum dienlich.

Bei der Suche nach dem, was mit „Herstell(ungs)kosten“ gemeint sein kann, stößt man (auch) auf § 203 (3) UGB: „Herstellungskosten sind die Aufwendungen, die für die Herstellung eines Vermögensgegenstandes [...] entstehen. Bei der Berechnung der Herstellungskosten sind auch angemessene Teile dem einzelnen Erzeugnis nur mittelbar zurechenbarer fixer und variabler Gemeinkosten in dem Ausmaß, wie sie auf den Zeitraum der Herstellung entfallen, einzurechnen. Sind die Gemeinkosten durch offenbare Unterbeschäftigung überhöht, so dürfen nur die einer durchschnittlichen Beschäftigung entsprechenden Teile dieser Kosten eingerechnet werden. Aufwendungen für Sozialeinrichtungen des Betriebes, für freiwillige Sozialleistungen, für betriebliche Altersversorgung und Abfertigungen dürfen eingerechnet werden. Kosten der allgemeinen Verwaltung [...] dürfen nicht in die Herstellungskosten einbezogen werden“.

§ 203 leg cit ist betitelt mit „Wertansätze für Gegenstände des Anlagevermögens; Anschaffungs- und Herstellungskosten“ und Teil des Drittes Buch „Rechnungslegung“. Selbst wenn manchmal Überschriften in Gesetzen als nicht aussagekräftig bezeichnet werden, so zeigt auch der Inhalt der Bestimmung, dass sie auf die betriebliche Darstellung abzielt und eben nicht auf als Grundlage geschaffen wurde, um die Leistung eines Planers darzustellen.

Sonst wird der Begriff legal nicht definiert.

Bei der weiteren Recherche wird man über kurz oder lang auf die Honorarordnung für Architekten 2002 (HOA 2002) der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten stoßen. Deren § 8 („Herstellungskosten“) lautet:

„(1) Die Herstellungskosten K (Baukosten ohne Kosten der Innenraumgestaltung nach den Bestimmungen des Abschnittes B) als Honorarbemessungsgrundlage umfassen sämtliche Kosten (ohne Umsatzsteuer), die zur Fertigstellung des Bauwerkes aufzuwenden sind, abzüglich der Kosten des Grunderwerbes sowie der Honorare und Nebenkosten der Ziviltechniker und sonstiger fachlich Beteiligter (Sonderfachleute). Skontoabzüge von Rechnungsbeträgen reduzieren die Herstellkosten zur Honorarbemessung nicht.

(2) Die Herstellungskosten werden (z.B. nach ÖNORM B 1801-1) geschätzt oder veranschlagt oder aufgrund der Schlussrechnungen festgestellt. Solange die Herstellungskosten nicht festgestellt sind, werden sie entsprechend dem Stand der nach § 3 (1), (2) und (5) erreichten Kostengenauigkeit angesetzt.

(3) Übernimmt der Bauherr selbst Lieferungen oder Arbeiten zur Bauherstellung, so ist deren ortsüblicher Wert zur Zeit ihrer Verwendung bei der Ermittlung der Herstellungskosten in diese einzubeziehen. Das gleiche gilt bei Widmungen, Rückvergütungen oder Vergünstigungen an den Bauherrn und bei allen Arbeiten und Lieferungen, deren Kosten nicht vom Bauherrn getragen werden“.

Hier ist die Zielsetzung erkennbar, als Maßstab für die Leistung eines Architekten zu dienen (ua durch die Bestimmung, dass Eigenleistungen des Bau-

2) OGH 25.5.2016, 7 Ob 52/16x.

herrn hinzuzurechnen sind). Die HOA 2002 musste zwar förmlich wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken zurück gezogen werden, doch wird sie dessen ungeachtet nach wie vor vielen Verträgen zu Grunde gelegt.

Praktische Bedeutung erlangt haben dürften die „Leistungs- und Vergütungsmodelle 2014“ (LM.VM 2014). Es handelt sich dabei um ein umfangreiches Kopendium aus 30 Faszikeln, in welchem ua die einzelnen Aspekte von Planerleistungen akademisch analysiert werden. Der Begriff Herstellkosten findet sich nur am Rande – die Rede ist vielmehr von „*anrechenbaren Kosten*“ (als „*Bemesungsgrundlage für die Berechnungswege nach Herstellkosten*“):

- Kosten zur Herstellung, zum Umbau, zur Modernisierung, Instandhaltung oder Instandsetzung von Objekten sowie den damit zusammenhängenden Aufwendungen.
- Ortsübliche Preise, wenn der Bauherr
 - selbst Lieferungen oder Leistungen übernimmt,
 - von bauausführenden Unternehmen oder von Lieferanten sonst nicht übliche Vergünstigungen erhält,
 - Lieferungen oder Leistungen in Gegenrechnung ausführt oder
 - vorhandene oder vorbeschaffte Baustoffe oder Bauteile einbauen lässt.
- Der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz gemäß AR.15 (7), ist bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen

Sowohl die HOA 2002 als auch die LM.VM 2014 verweisen auf die ÖNORM B 1801-1, die den Begriff „Herstellkosten“ ebenfalls nicht verwendet. Dort ist lediglich die Rede von Bauwerks-, Bau-, Errichtungs- und Gesamtkosten.

Ohne dies hier weiter zu problematisieren sei angemerkt, dass sowohl die HOA 2002 als auch die LM.VM 2014 Kosten beinhalten, die nichts mit Architekturleistung iES zu tun haben (zB Gebäudetechnik). Der Architekt wird also im Sinne eines „traditionellen“ Berufsbildes als alter ego des Bauherrn gesehen – bezüglich der Planung als Generalplaner.

Im Sinne einer modernen Arbeitsteilung stellt sich damit die Frage, ob für die Architekturplanung nicht nur die „reinen“ Baukosten (Baumeisterleistung) heran zu ziehen sind.

III. Die Prognose der Herstellkosten als Leistungsgegenstand

Von den eingangs erwähnten Ausnahmen abgesehen sind die Herstellkosten eines Bauvorhabens für einen Bauherrn von eminenter Bedeutung: Auf ihrer Grundlage entscheidet er, ob er das Bauvorhaben (in der jeweils vorliegenden Ausführung) realisiert. Oder ob noch kostensparende Modifikationen vorzunehmen sind, oder ob das Bauvorhaben vielleicht gänzlich unterbleiben soll.

Für einen eine Herstellkostenprognose erstellenden Architekten, stellt sich nun das Problem, das mit jeder prognostischen Tätigkeiten verbunden ist: Die Zukunft ist ungewiss – es gibt keine verlässliche Glaskugel, in der man sie vorhersehen kann. Dieses Problem stellt sich aber nicht nur einem Architekten, sondern auch jedem Unternehmer, der einen Preis für eine erst zu erbringende Leistung nennen muss. Die Kostenprognose des Architekten unterscheidet sich – bei genauer Betrachtung – prinzipiell nicht dadurch vom Preisangebot eines Unternehmers, dass die Leistung eines Dritten bewertet werden muss: Kaum ein Unternehmer kommt ohne „Vorleistungen“ Dritter aus, wobei dieser Begriff weit aufzufassen ist: Arbeitnehmer sind davon genauso umfasst wie Materiallieferanten.

Eine Kostenprognose ist wohl mit einem Gutachten vergleichbar. Ein solches muss zwar „gut“ – iSv gut ausgearbeitet – aber nicht „richtig“ – iSv im Nachhinein zutreffend – sein³⁾: „Der Sachverständige haftet grundsätzlich nicht, wenn das nach den Regeln der Wissenschaft erarbeitete Gutachten in der Folge nicht standhält“⁴⁾. Sowohl Gewährleistungs- als auch Schadenersatzansprüche des Bauherrn kommen nur dann in Frage, wenn der Architekt bei der Ausarbeitung nicht lege artis vorgegangen ist oder er nicht auf Risiken hingewiesen hat.

Denkbar ist allenfalls eine Garantie des Architekten, wonach er das Zutreffen der Prognose der Herstellkosten garantiert und ein allenfalls übersteigender Betrag von ihm übernommen wird. Eine solche ist aber wohl nicht ohne weiters anzunehmen. Diesbezüglich gilt nämlich wohl, was zu Garantien des Architekten hinsichtlich der Mangelfreiheit des betreffenden Gebäudes judiziert wird: Eine solche Garantie bedarf zwar sicher nicht der Schriftform, weil sie nicht bürgerschaftsähnlich ist, doch muss sie „klar und unzweifelhaft“ ausgedrückt werden⁵⁾

Anders als bei einer Kostenprognose sieht es freilich aus, wenn der Architekt eine Kostenobergrenze bzw ein Kostenlimit nennt (oder ein solches vom Bauherrn genanntes akzeptiert⁶⁾). Umfasst der Vertrag zwischen einem Bauherrn und dessen Architekten eine Kostenobergrenze, so ist die Leistung des Architekten mangelhaft, wenn diese schließlich überschritten wird: „Eine Mangelhaftigkeit [...] besteht in einer qualitativen oder quantitativen Abweichung der Leistung vom vertraglich Geschuldeten“⁷⁾. „Mangels Vereinbarung einer Toleranzgrenze bewirkt jede Überschreitung des vereinbarten Kostenlimits oder Kostenrahmens einen Mangel der geschuldeten Architektenleistung und löst Gewährleistungsansprüche aus“⁸⁾.

Häufig wird eine Toleranzgrenze vereinbart – vielleicht sogar schlüssig, durch die Verwendung des Begriffs „Schätzung“, der im jeweiligen Einzelfall vielleicht als „circa Angabe“ zu verstehen ist⁹⁾ – dies soll aber hier nicht weiter interessieren.

Problematisch dabei ist wohl die Ermittlung eines allfälligen Preisminierungsanspruchs nach der „relativen Berechnungsmethode“¹⁰⁾, wonach der Entgeltanspruch in dem Verhältnis zu kürzen ist, in dem der Wert der tatsächlich erbrachten hinter dem Wert der ordnungsgemäßen Architektenleistung zurück bleibt: Wie soll denn der Wert einer falschen – oder besser: einer ungenauen – Architektenleistung bewertet werden?

3) Mit Humor kann man sagen, dass es ja auch bloß *Gutachten* und nicht *Richtigachten* heißt.

4) OGH 22.11.2016, 5 Ob 131/16z.

5) „Eine Garantiezusage des Architekten für die Mangelfreiheit des Bauwerkes ist unüblich und müsste im Architektenvertrag klar und unzweideutig formuliert werden“ (OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p; SZ 70/198).

6) Auch hier ist nicht ohne weiters anzunehmen, dass eine Prognose hinsichtlich der Kosten eine Nennung eines Kostenlimits ist: „Die verbindliche Vereinbarung einer Baukostengrenze bzw eines Baukostenlimits [...] erfordert, dass sich die vertragliche Regelung klar und eindeutig auf die Baukosten bezieht“ (OGH 26.1.2010, 9 Ob 98/09s).

7) OGH 26.6.2014, 8 Ob 57/14m.

8) OGH 26.1.2010, 9 Ob 98/09s.

9) In einem zu entscheidenden Einzelfall gilt natürlich wie immer, dass der Wille der Parteien zu erforschen ist – siehe dazu oben S 905 f.

10) Zum Begriff siehe zuletzt zB OGH 20.12.2017, 7 Ob 38/17i.

Bedenkt man, dass die Ermittlung eines „wahren Wertes“ schon aus prinzipiellen Erwägungen problematisch ist¹¹⁾, kommt wohl nur eine subjektive Betrachtung in Frage: Was ist der Wert der ungenauen bzw unrichtigen Kostenschätzung für den Bauherrn. Hat diese für ihn überhaupt keinen Wert – etwa, weil er bei Kenntnis der tatsächlich entstehenden Herstellkosten eine vollkommen andere Entscheidung getroffen hätte –, so liegt wohl ein Fall der „Preisminderung auf Null“ vor: „Kein Entgeltanspruch eines Architekten, der sich nicht an die vereinbarte Baukostenlimitierung hält.“¹²⁾

Ist die Zusage der Herstellungskostenobergrenze durch den Architekten schuldhaft unrichtig, so kommen auch Schadenersatzansprüche des Bauherrn in Betracht. Bei der Schädigerfreundlichkeit des österreichischen Schadenersatzrechts¹³⁾ dürfte dieser allerdings häufig „seine liebe Not“ mit dem Nachweis seines Schadens haben: Die Mehrkosten sind nämlich sicher nicht (zumindest nicht ohne weiters) mit einem Schaden des Bauherrn gleich zu setzen (dazu sogleich noch mehr).

Schadenersatzforderungen des Bauherrn kommen übrigens auch dann in Betracht, wenn der Architekt den Bauherrn nicht prompt nach dem Erkennen, dass die Kostenprognose unrichtig war, auf diesen Umstand hinweist¹⁴⁾.

Häufig wird in der Praxis von Architekten, deren Kostenprognose sich schließlich als ungenau bzw falsch herausstellt, argumentiert, dass eine „richtige“ Prognose zum „Planungsstand“ (Vorentwurf, Entwurf, Einreichung, ...), zu dem sie erstellt wurde, gar nicht möglich gewesen wäre. Wäre dies der Fall, so würde es sich um einen Fall der anfänglichen Unmöglichkeit gemäß § 878 ABGB handeln und der Vertrag wäre diesbezüglich nichtig.

Dabei ist an dieser Stelle einzufügen, dass (abgesehen von rechtlich Verbottenem) nur faktisch Absurdes¹⁵⁾ zur anfänglichen (und nicht bloß schlichten) Unmöglichkeit führt. Faktisch absurd ist eine Kostenschätzung aber wohl nie – selbst eine Kostenschätzung aufgrund einer Skizze oder einer verbalen Beschreibung ist nicht absurd. Der Architekt hat es ja in der Hand, entsprechend vorsichtig zu schätzen oder als Vertragspartner eine „Unschärfeklausel“ aufzunehmen.

Es lässt sich nun wohl darüber streiten, ob die Kostenprognose dermaßen wichtig ist, dass damit zugleich auch der restliche Vertrag nichtig wäre. Dies sei aber hier nicht weiter erörtert, weil sich daraus kaum allgemeine Lehren ziehen lassen.¹⁶⁾

11) Vgl dazu zB *Wenusch*, Die Krux der Unternehmensbewertung und die Auswirkung auf die Rechtswissenschaft, GesRZ 2001, 182.

12) OGH 19.12.1974, 7 Ob 288/74, wobei zu bemerken ist, dass zwar eine „Limitierung“ etwas anderes ist, als eine Prognose, doch kann im Ergebnis nichts anderes gelten, wenn der Bauherr die Prognose (erkennbar) zur Grundlage seiner Disposition macht.

13) Vgl dazu zB *Wenusch*, Sind die schadenersatzrechtlichen Regelungen in Österreich tatsächlich präventiv? ZRB 2017, 41.

14) „Liegt [...] eine Verletzung der Beratungspflicht des Architekten vor, weil dieser den Bauherrn nicht rechtzeitig auf sich ergebende preisliche Veränderungen hingewiesen hat, die dem Bauherrn auch nicht bekannt sind, so kommt ein Schadenersatzanspruch des Bauherrn in Betracht“ (OGH 26.1.2010, 9 Ob 98/09s).

15) Siehe zB OGH 25.6.2014, 3 Ob 72/14f.

16) Vgl dazu zB OGH 20.1.1998, 2 Ob 382/97h: „Die Frage, ob die Vertragspartner bei teilweiser Unmöglichkeit im Sinne des § 878 ABGB den Restteil des Vertrages auch allein geschlossen hätten, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, weshalb grundsätzlich die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht gegeben sind“.

Wohl viel interessanter ist der Umstand, dass dem Architekten die (anfängliche) Unmöglichkeit bekannt sein muss, womit er gemäß § 878 ABGB dem Bauherrn den Schaden zu ersetzen hat, den dieser „durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat“ (allerdings nur, wenn dieser die entsprechenden Kenntnisse nicht gehabt hat). Dies klingt natürlich für den Architekten bedrohlich, wenn man bedenkt, dass der Bauherr ja argumentieren kann, dass er bei Kenntnis der schließlich tatsächlich entstehenden Baukosten (dh bei Richtigkeit der Prognose der Herstellkosten) überhaupt vom Bauvorhaben Abstand genommen hätte!

Für den Bauherrn problematisch ist allerdings die Darstellung des Schadens, der ja als Differenz in seinem Vermögen definiert ist: „Der Schädiger hat den Geschädigten grundsätzlich so zu stellen, wie er ohne schuldhaftes Verhalten gestellt wäre. Der Schaden ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln“¹⁷⁾. Das Problem dabei ist, dass er zwar mehr für das Werk zahlen musste, als er erwartet hat – er hat dafür aber auch ein „wertvolleres“ Gebäude, als erwartet (wenn man vereinfachend unterstellt, dass die Herstellkosten zugleich den Wert des Bauwerkes darstellen).

Ohne dies hier weiter zu untersuchen – es würde den Rahmen bei weitem sprengen – könnte der Bauherr aber bspw argumentieren, dass er durch die (immer beabsichtigte) Vermietung des Gebäudes bloß jenen Betrag erwirtschaften wird, der – mehr oder weniger – der Kostenprognose entspricht. In diesem Fall wäre sein Schaden in der Tat die Differenz zwischen endgültigen Herstellkosten und dem Betrag der Prognose. Dem könnte der Architekt natürlich erwidern, dass der Bauherr den Schaden ja dadurch vermeiden – oder zumindest mindern – könnte, dass er das zu teure Gebäude verkauft. Diese Argumentation zieht aber nicht in Betracht, dass auch Immobilien oft aufgrund ihres Ertragswerts bewertet werden. Damit wäre man aber wieder bei der Summe der kapitalisierten Mieteinnahmen – die übersteigenden Baukosten wären ein „stranded investment“¹⁸⁾.

IV. Die Herstellkosten als Bemessungsgrundlage für das Honorar (des Architekten)

Zunächst ist festzustellen, dass die Kosten, die mit der Herstellung eines Gebäudes einhergehen, nicht unbedingt etwas über die Komplexität der Planungs-, Ausschreibungs- und Überwachungstätigkeit aussagen: Eine große und damit teure Industrielagerhalle „auf der grünen Wiese“ ist insoweit vielleicht simpler, als ein kleines und damit relativ billiges Wohngebäude, bei dem aber spezielle Bedürfnisse der Nutzer und sonstige Auflagen berücksichtigt werden müssen¹⁹⁾.

Hohe Kosten indizieren aber trotzdem hohen Aufwand – wahrscheinlich ist die statistische Korrelation zwischen Herstellkosten und notwendigem Aufwand ziemlich hoch. Dies ist allgemein anerkannt und zeigt sich auch daran,

17) OGH 15.12.2009, 1 Ob 213/09v.

18) Zur diesbezüglichen Rechtslage in Deutschland siehe BGH 21.5.2016, VII ZR 190/14.

19) Aus diesem Grund werden zB in der HOA 2002 zusätzlich zu den Herstellkosten auch Erhöhungs- oder Abminderungsfaktoren vorgesehen.

dass auch die Entlohnung von Rechtsanwälten nach dem RATG auf Grund des Streitwerts ausgemittelt wird.

Werden die Herstellkosten als Grundlage für die Honorarermittlung vereinbart, so weist dies also darauf hin, dass ein leistungsbezogenes Entgelt bezahlt werden soll. Wäre dies nicht der Fall, würde wohl ein betraglich unveränderliches Pauschalhonorar vereinbart.

Dies reflektiert auch die HOA 2002, wenn darin bestimmt wurde, dass Skonti nicht von den Herstellkosten abgezogen werden und „kostenlose“ Eigenleistungen des Bauherrn zu bewerten und den Herstellkosten hinzu zu zählen sind.

Nun gibt es aber mehrere Ursachen, die dazu führen können, dass der Bauherr schließlich mehr oder weniger bezahlen muss – wirkt sich das auch über die Herstellkosten auf das Honorar des Architekten aus? Folgende Konstellationen seien untersucht:

- „externe“ Gründe der Abweichung
 - Unvorhersehbare Mehrleistungen und Behinderungen
 - Pönalen
 - gewährleistungsrechtliche Preisminderungen
 - Mehrkosten durch Ersatzvornahmen
- Fehleinschätzung der Herstellkosten durch den Architekten
- Änderungen durch den Bauherrn

A. *Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aus Gründen, die nicht vorhergesehen werden mussten („externe Gründe“)*

Vorauszuschicken ist, dass (hier) zu unterstellen ist, dass der Architekt seine Leistung ordnungsgemäß erbracht hat.

Kommt es unvorhersehbar zu Mehrleistungen²⁰⁾ (zB erhöhter Verbrauch an Stabilisierungsmitteln aufgrund unvorhersehbar schlechter Untergrundverhältnisse) oder Behinderungen (zB durch das Vorhandensein von Blindgängern), so erhöhen sich die Kosten für den Bauherrn. Mit wohl sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhöhen sich aber damit auch die Aufwände für den Architekten. Das ist natürlich nicht zwingend der Fall und es ist auch nicht gesagt, dass die Aufwände des Architekten für die von ihm zu erbringenden Leistungen proportional anwachsen, nur haben die Parteien eben vereinfachend die Herstellkosten als „Entgeltausmesser“ vereinbart.

Die ÖNORM B 2110, die regelmäßig Vertragsbestandteil der Bauwerkverträge wird²¹⁾, sieht in Pkt 8.3.3 („Schlussrechnung“) vor, dass Vertragsstrafen abzuziehen²²⁾ sind. Nach dem Wortlaut der HOA 2002 werden Herstellkosten „aufgrund der Schlussrechnungen festgestellt“, was bedeuten würde, dass sich diese verringern, wenn ein Pönale anfällt. „Das Pönale wegen Verspätung bei der Vertragserfüllung ist regelmäßig eine den Verspätungsschaden abgeltende Konventionalstrafe“²³⁾. Ein

20) Zur Frage, ob dies auch bei sog „baubetriebswirtschaftlichen Claims“ der Fall ist, siehe zB *Lechner*, Herstellkosten – anrechenbare Kosten Claims, bauaktuell 2017, 1.

21) Vgl OGH 19.3.1985, 5 Ob 519/85 (veröffentl: SZ 58/41): „[Die] in Österreich generell akzeptierten ÖNORM B 2110“.

22) Die ÖNORM B 2110 spricht wörtlich davon, dass diese „anzuführen“ sind. Da dies auch für „Abschlagsrechnungen und -zahlungen sowie Haftungsrücklass“ gilt, dürfte es zweifelsfrei sein, dass damit „abzuziehen“ gemeint ist.

kompensando abgezogener Verspätungsschaden macht aber natürlich das Gebäude „an sich“ nicht billiger. Dass ein Verspätungsschaden anfällt, macht auch die Leistungen eines Architekten nicht leichter (eher das Gegenteil ist der Fall). Es ist aber nun der oben dargestellte Sinn der Vereinbarung der Herstellkosten als Grundlage der Honorarberechnung zu berücksichtigen, dass ein leistungsgerechtes Honorar ermittelt wird. Der Wortlaut der HOA 2002 ist daher als eindeutiges Redaktionsversehen anzusehen – Schadenersatz für Verspätung (allenfalls in Form einer Vertragsstrafe) vermindern die Herstellkosten nicht.

Da ein Pönale nichts anderes als pauschalierter Schadenersatz ist, muss Nämliches für sonstige kompensando eingewandte Schadenersatzforderungen gelten.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Wortlaut der HOA 2002 in § 8 (2) überhaupt misslungen ist: Die Formulierung, dass die Herstellkosten „aufgrund der Schlussrechnungen festgestellt“ werden, ist sicher ebenfalls ein Redaktionsfehler. Nicht die Beträge der Schlussrechnungen sollen ausschlaggebend sein, sondern die den ausführenden Unternehmen gebührenden Beträge – ansonsten ergäben sich absurde Resultate: Vergäße ein ausführendes Unternehmen auf die Legung einer Schlussrechnung, so hätte dies eine Auswirkung auf das Honorar des Architekten; läge ein ausführendes Unternehmen „Phantasieschlussrechnungen“ mit weit überhöhten Beträgen, gälte Nämliches.

Für gewährleistungsrechtliche Preisminderungen muss Ähnliches wie bei Vertragsstrafen gelten, obwohl eine solche Preisminderung tatsächlich zu einer Verminderung des Entgelts führt („Da ein Preisminderungsanspruch keine aufrechenbare Gegenforderung darstellt, sondern einen Anspruch auf Minderung des Entgeltes, ist es unrichtig, einen solchen gegen die Kaufpreisforderung kompensando einzuwenden“²³⁾). Der Architekt erbringt seine Leistung im entsprechenden Umfang. Es muss auch der Fall seltsam anmuten, dass der Architekt gleichsam dadurch „gestraft“ würde, dass sein Honorar darunter leidet, dass er Mängel entdeckt.

Verteuerungen des Bauvorhabens aufgrund unvorhersehbarer Mehrleistungen oder Behinderungen führen also zu einer entsprechenden Anpassung des Architektenhonorars, Vertragsstrafen und gewährleistungsrechtliche Preisminderungen vermindern aber das Entgelt nicht.

Bleibt noch zu untersuchen, was gelten soll, dass der Bauherr gezwungen ist, zu Ersatzvornahmen zu schreiten, weil ausführende Unternehmen entweder die von ihnen geschuldeten Leistungen gar nicht erbringen können oder weil sie die Behebung von Mängeln verweigern.

Verweigert ein – aus der Sicht des Bauherrn – mangelhaft leistender Bauunternehmer die Mängelbehebung, so gibt es für den Bauherrn folgende Möglichkeiten:

- entweder er besteht auf der Behebung der Mängel und klagt schließlich darauf – erhält er Recht, so muss der Unternehmer leisten (und die Prozesskosten bezahlen), womit keine zusätzlichen Kosten entstehen (von der wohl immensen Zeitverzögerung einmal abgesehen).
- oder er verlangt Preisminderung und lässt die Mängel von einem Dritten beheben, was bei realistischer Betrachtung wohl mehr kostet, als durch die Preisminderung gewonnen wird – verweigert der Unternehmer schuld-

23) OGH 18.10.2000, 7 Ob 37/00t.

24) OGH 4.3.1976, 6 Ob 160/75.

haft die Mängelbehebung, so sind diese Mehrkosten als Schaden von ihm zu ersetzen.

„Unter dem Strich“ ändert sich für den Bauherrn durch eine Ersatzvornahme (natürlich bei idealisierter Betrachtung, die zB eine Insolvenz des mangelhaft leistenden Unternehmers nicht in Betracht zieht) nichts: Durch die Ersatzvornahme verteuert sich das Bauvorhaben für den Bauherrn nicht. Nämliches gilt für den Architekten: Ob die Bauleistung von dem einen oder dem anderen Unternehmer durchgeführt wird, macht hinsichtlich seiner Leistung keinen Unterschied (wobei natürlich wiederum Idealbedingungen vorausgesetzt werden).

B. Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aufgrund einer Fehleinschätzung durch den Architekten

Von den Verteuerungen, die durch „externe“ (also vom Architekten nicht einfach vorhersehbare) Umstände entstehen (also unvorhersehbare Mehrleistungen und Behinderungen, Pönalen, gewährleistungsrechtliche Preisminderungen und Mehrkosten durch Ersatzvornahmen), sind Überschreitungen von Kostenprognosen, die sich durch Fehleinschätzungen des Architekten ergeben, zu unterscheiden. Mit anderen Worten: Der Architekt prognostiziert die Baukosten mit 100, worauf sein Honorar mit 10% der Herstellkosten, also 10, vereinbart wird. Tatsächlich betragen die Herstellkosten schließlich 200 – gebührt nun ein Honorar von 20?

Am einfachsten ist es wohl, die Vereinbarung zwischen Bauherrn und Architekten auf folgenden Satz zu reduzieren „Für die Betreuung des Bauvorhabens gebührt der absolute Betrag, der sich ergibt, wenn man die prognostizierten Herstellkosten zu Grunde legt (im Beispiel also 10)“²⁵⁾.

Nachdem der Architekt einen Irrtum beim Bauherrn veranlasst hat, wäre eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung möglich. Dabei stößt man aber auf die Frage, wie der Vertrag anzupassen ist: „Er ist so zu gestalten, wie ihn die Parteien bei Kenntnis der wahren Sachlage geschlossen hätten“²⁶⁾, wäre die eine Möglichkeit. Der Bauherr hat wohl einen bestimmten absoluten Betrag für das Honorar des Architekten vor Augen gehabt – der (nicht listig agierende) Architekt wohl auch – er wird auch bei Angabe eines Prozentsatzes kalkulieren, ob das Honorar für das konkrete (nach physikalischen Gesichtspunkten und nicht nach Kosten definierte) Bauvorhaben ausreicht. Damit bliebe es bei dem Honorar, das sich aus den prognostizierten Herstellkosten bei Anwendung des vereinbarten Prozentsatzes ergibt.

Es gibt aber auch eine andere Möglichkeit: Das Honorar könnte nach der relativen Berechnungsmethode²⁷⁾ anzupassen sein, um die subjektive Äquivalenz zu wahren²⁸⁾. Wie dies bei der Vereinbarung eines Prozentsatzes geschehen

25) Zu diesem Ergebnis gelangt auch der BGH 6.10.2016, VII ZR 185/13, weil sich ein Planer treuwidrig verhielte, wenn er einen höheren Honoraranspruch entgegen seiner vertraglichen Leistungspflichten zur Baukostenobergrenze durchsetzen wolle.

26) Koziol – Welsch / Kletečka Bürgerliches Recht I⁴ Rz 503.

27) Ständig seit OGH 8.7.1953, 3 Ob 420/53 SZ 26/185: „Die Herabsetzung [...] ist nach jenem Verhältnis vorzunehmen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde“.

28) Vgl zB OGH 29.11.2005, 10 Ob 115/05t: „Die Anpassung des Preises erfolgt daher mit Hilfe der „relativen Berechnungsmethode“, die auch bei der Preisminderung Anwendung findet“.

soll, ist schleierhaft, weil nicht klar ist, was in Verhältnis gesetzt werden soll. Dies soll hier nicht weiter behandelt werden (angemerkt werden soll der Vollständigkeit halber, dass die Judikatur sogar bei einer Vertragsanpassung wegen List die relative Berechnungsmethode heran zieht)²⁹⁾.

C. Überschreitung der prognostizierten Herstellkosten aufgrund von Änderungen durch den Bauherrn

Es ist eine Tatsache, dass sich häufig im Zuge der Durchführung von Bauvorhaben, die Wünsche des Bauherrn weiterentwickeln.

Sind die Herstellkosten als Bemessungsgrundlage für das Honorar des Architekten vereinbar, ist zunächst zu fragen, ob sich bei einem Projekt, das sich gleichsam „aus der Vogelperspektive“ betrachtet „vergrößert“ hat, auch die vom Architekten zu erbringende Leistung verändert hat. Entscheidet sich – überzeichnet dargestellt – der Bauherr zu seiner Villa zugleich auch eine separate Garage zu bauen, mit der der Architekt aber nichts zu tun haben soll, so sind die dadurch entstehenden Kosten nicht den zur Honorarermittlung heranzuziehenden Herstellkosten hinzuzurechnen. Bei diesem plakativen Beispiel dürfte dies sofort einleuchten – im Einzelfall können sich aber natürlich Abgrenzungsprobleme ergeben.

Ansonsten sind die veränderten Herstellkosten der Honorarermittlung zu Grunde zu legen. Die Vereinbarung eines Prozentsatzes kann wohl nur so aufgefasst werden, weil ansonsten ja ein Pauschalpreis vereinbart worden wäre: Die Arbeit des Architekten wird ja nicht dadurch schwieriger, dass die quantitativ und qualitativ unveränderten Bauleistungen teurer als erwartet sind.

Ist der Architekt nicht mit allen möglichen Aufgaben betraut (Planung, ÖBA etc), so stellt sich die Frage, ob Kostensteigerungen in Bereichen, die nicht vom Architekten zu bearbeiten sind, ebenfalls „honorarwirksam“ sein sollen. Ist der Architekt bspw nicht mit der Gebäudetechnik befasst – und genau dort kommt es zu einer Kostensteigerung – ist wohl im Einzelfall nach dem Willen der Vertragsparteien zu suchen. Und das beginnt schon dabei, ob die entsprechenden „Teil-Herstellkosten“ von allem Anfang an überhaupt zu den zur Honorarermittlung heranzuziehenden Herstellkosten hinzuzurechnen sind.

V. Fazit

Im Verhältnis zwischen Bauherrn und Architekten können Herstellkosten zweifach Bedeutung haben: Als Gegenstand einer vom Architekten zu erbringenden Prognose oder als Grundlage zur Ermittlung des Architektenhonorars.

Obwohl im Einzelfall immer der Wille der Vertragsparteien zu erforschen ist, dürfte im Zweifel nach wie vor die Definition der HOA 2002 heranzuziehen sein.

Eine Kostenprognose muss lege artis erarbeitet werden – ist dies der Fall,

29) OGH 15.5.1997, 1 Ob 27/97w: „Das Ausmaß der angemessenen Vergütung gemäß § 872 ABGB wird mit Hilfe der relativen Berechnungsmethode ermittelt. Diese schafft den Ausgleich für die durch den Willensmangel gestörte subjektive Äquivalenz der im Austauschverhältnis stehenden vertraglichen Leistungen. [...] Nach derselben Methode ist bei Aufrechterhaltung des Vertrags auch der Schadenersatzanspruch gemäß § 874 ABGB zu berechnen (SZ 64/32).“

scheiden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen den Architekten aus, sofern er auf allfällige Risiken hinweist und den Bauherrn darauf aufmerksam macht, sobald die Überschreitung erkennbar wird.

Wird jedoch eine Baukostenobergrenze oder ein Baukostenlimit überschritten, ist die Leistung des Architekten mangelhaft. Neben Gewährleistungsansprüchen kann er bei Verschulden auch Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein. Die Höhe der Schadenersatzansprüche ist aber nicht mit dem Überschreibungsbetrag der Baukostenobergrenze gleich zu setzen: Der Bauherr hat zwar mehr ausgegeben, er hat dafür aber eventuell auch ein „wertvolleres“ Haus. Es ist aber denkbar, dass die aufgelaufenen Kosten tatsächlich nicht (zur Gänze) den Wert des Gebäudes darstellen.

Eine Garantie des Architekten hinsichtlich der Baukosten wird nur ausnahmsweise anzunehmen sein.

Ist ein Prozentsatz der Herstellkosten als Honorar vereinbart, so sind folgende tatsächlichen Minderungen nicht abzuziehen:

- Gewährleistungsrechtliche Preisminderungen
- Pönalen (oder sonstiger Schadenersatz)

Hinzuzurechnen sind unvorhersehbare Änderungen, nicht jedoch Mehrkosten allfälliger Ersatzvornahmen oder die Mehrkosten, die durch Fehleinschätzungen des Architekten entstehen. Steigen durch Änderungen des Bauherrn die Herstellkosten insgesamt, so ist im Einzelfall zu untersuchen, ob dies „honorarwirksam“ ist.