

Leistungsänderungsrecht des Werkbestellers?

Ist ein Werkvertrag auch ohne dass ein Leistungsänderungsrecht des Bestellers vereinbart wurde, ein „flexibler“ Vertrag, bei dem der Besteller die vom Werkunternehmer geschuldete Leistung einseitig abändern kann?

Von Hermann Wenusch

Insbesondere bei Bauwerkverträgen entstehen nach Vertragsabschluss sehr häufig Änderungswünsche des Bauherrn. Grund dafür ist fast immer, dass die Planung bei Vertragsabschluss noch nicht fertig war, dass angesichts des Leistungsfortschritts (quasi am Modell 1:1) neue Ideen reifen oder dass „Überraschungen“ im Baugrund oder Altbestand neue Lösungen erfordern (letzterer Grund ist natürlich nur dann einschlägig, wenn vom Unternehmer nicht eine bestimmte Funktion des fertiggestellten Werks als Erfolg, sondern eine bestimmte Konstruktion – definiert vor allem durch ein Leistungsverzeichnis – geschuldet wird¹).

Aus diesen Gründen sieht zB die ÖNORM B 2110² in Pkt 7.1 ein einseitiges Änderungsrecht des Bauherrn vor: Er ist berechtigt den „Leistungsumfang“ (also die vom Unternehmer zu erbringenden Arbeiten) zu ändern, sofern dies zur Erreichung des „Leistungsziels“ (also dem vom Besteller angestrebten Zweck des Bauwerks) notwendig und dem Unternehmer zumutbar ist. Durch Änderung der geschuldeten Teilleistungen – die ÖNORM B 2110 setzt offensichtlich konstruktive Verträge (mit einem Katalog an Teilleistungen) voraus – soll der Besteller schließlich ein Werk erhalten, dass die von ihm gewünschte Funktion erbringt. Stellt sich also zB während der Bauausführung heraus, dass die ursprünglich vereinbarte Kellermauer aus Schalsteinen wegen unvermutet vorgefundenen Grundwassers dazu führen würde, dass der Keller schließlich unter Wasser stünde, so kann der Bauherr einseitig den Vertragsinhalt so ändern, dass vom Unternehmer eine andere – eben dichte – Kellermauer³ zu errichten ist (soweit – dies ist die zu dessen Absicherung wohl notwendige Beschränkung – dies dem Unternehmer zumutbar ist).

Was nun aber, wenn die ÖNORM B 2110 nicht vereinbart ist und der Bauherr vor dem geschilderten Problem steht? Der Bauherr kann jedenfalls nicht unmittelbar die Errichtung einer anderen als der vereinbarten Konstruktion verlangen – auch nicht über den Umweg der Gewährleistung.⁴ Er kann allenfalls eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung verlangen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Wenn dies aber nicht der Fall ist (wenn der Irrtum vom Unternehmer also nicht veranlasst wurde, er ihm auch nicht auffallen musste und er auch nicht rechtzeitig aufgeklärt wurde) so kann der Bauherr – nach hA – das Werk abbestellen, „weil es widersinnig wäre, den Besteller an einen Vertrag zu binden, dessen Ergebnis ihm allein zugute kommen soll, und ihm ein Werk aufzudrängen, das seinen Interessen vielleicht gar nicht mehr entspricht, und der Unternehmer, dem es in der Regel nur um die Vergütung für die Herstellung des Werkes geht [...], ohnehin den (eingeschränkten) Werklohnanspruch besitzt“.⁵ Damit ist der Bauherr zumindest nicht gezwungen, die Entstehung eines für ihn unbrauchbaren Werks mit ansehen zu müssen, das er schließlich mit teuren Mitteln wieder beseitigen muss.

Der erwähnte „eingeschränkte Werklohn“ ergibt sich gemäß § 1168 Abs 1 ABGB, indem der vereinbarte Werklohn um das reduziert wird, was der Unternehmer infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass grundsätzlich der Besteller die Reduktionen des Entgelts zu beweisen hat⁶ – zu einer allfälligen Ausnahme siehe unten (wobei gegebenenfalls § 27a KSchG zu berücksichtigen ist, wonach der Unternehmer die Gründe für eine unterbliebene Ersparnis und dergleichen mitzuteilen hat).

1 Dazu, dass es bei unerwarteten Eigenschaften des Baugrundes grundsätzlich nur bei konstruktiven Verträgen zu einer Änderung der vom Bauunternehmer geschuldeten Leistung kommt, siehe zB Wenusch, Nochmals: Das Baugrundrisiko, bbl 2011, 109 ff.

2 Wenn hier von der ÖNORM B 2110 die Rede ist, so ist damit jeweils die Ausgabe 2011 gemeint.

3 Dazu ist zu bemerken, dass sich bei einer Ausübung des Leistungsänderungsrechts ein konstruktiver Vertrag nicht in einen funktionalen wandelt: Geschuldet wird nach wie vor nicht die Funktion, sondern eine andere als die zunächst vereinbarte, aber nichts desto weniger noch immer vom Besteller auszuwählende Konstruktion.

4 Vgl OGH 29.06.2000, 8 Ob 97/00y: „Das Begehren des Beklagten auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien [...] gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw. geliefert wurde“.

5 OGH 05.06.1991, 1 Ob 642/90, SZ 64/71.

6 ZB OGH 11.03.1993, 6 Ob 519/93: „Die [...] [Bestell]erin wäre in diesem Zusammenhang dafür behauptungs- und beweispflichtig gewesen, daß sich der Beklagte infolge Unterbleibens der Fertigstellung der Arbeit etwas erspart oder anderweitig erworben hätte“ und OGH 20.12.2005, 5 Ob 167/05b: „es [ist] Sache des Bestellers [...], konkrete Behauptungen darüber aufzustellen und zu beweisen, was [...] der Unternehmer [...] zu erwerben absichtlich versäumt hat“.

Ob der Unternehmer tatsächlich nur Interesse am „(eingeschränkten) Werklohnanspruch“ hat, ist sicher zu hinterfragen, was hier aber nicht geschehen soll.⁷

Hier interessiert vielmehr zuerst, dass der Unternehmer sich anrechnen lassen muss, was er „durch andere Verwendung“ erwirbt. Was also muss sich der Unternehmer im Falle einer Abbestellung von seinem prinzipiell bestehen bleibenden Entgeltanspruch abziehen lassen und wie ist bei der Lösung eines praktischen Falles vorzugehen?

Gleich am Beginn sei hier angemerkt, dass von einem anzurechnenden „Ersatzgeschäft“ – dies ist eine „Verwendung“, die sich ein Unternehmer im Fall der Abbestellung auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen muss – eigentlich nur dann die Rede sein kann, wenn der Unternehmer ohne Abbestellung völlig ausgelastet wäre. Ansonsten würde es sich um keine „anderweitige Verwendung“ handeln; er hätte dieses Geschäft nämlich auch dann wahrgenommen, wenn die betreffende Leistung nicht abbestellt worden wäre.

Der simpelste Fall ist wohl jener, in dem bereits vorhandene Produktionsfaktoren einfach „weiterverkauft“ werden können, ohne dass die Verwertung irgendwelche Aufwände mit sich bringt. Es ist aber zu bedenken, dass nur „echte“ Ersatzgeschäfte (und nicht bloß temporäre Verlagerungen) anzurechnen sind. Nicht jeder alternative Einsatz von momentan frei werdenden Produktionsfaktoren ist ein anzurechnendes Ersatzgeschäft: Werden etwa durch die Abbestellung frei werdende Arbeiter auf einer anderen Baustelle eingesetzt, so handelt es sich nicht um ein anzurechnendes Ersatzgeschäft, wenn die andere Baustelle daraufhin früher fertig ist und eben (erst) dann Arbeiter ohne Einsatzmöglichkeit vorhanden sind.

Verursacht die Verwertung Aufwände, so sind diese vom Erlös des Ersatzgeschäfts abzuziehen. Indirekte Kosten⁸ („Gemeinkosten“), die die alternative Verwertung betreffen, sind dabei nicht in Anschlag zu bringen, weil diese bereits zugeordnet wurden.

Schwierig wird die Sache jedenfalls dann, wenn man sich vorstellt, dass das anzurechnende Ersatzgeschäft über die bloß alternative Verwertung der aufgrund der Abbestellung „übrig gebliebenen“ Produktionsfaktoren hinausgeht und zudem so komplex ist, dass sich die Erlöse der alternativen Verwertung nicht bestimmen lassen. Zwar kann diese Problematik wohl kaum tatsächlich auftreten, weil eine Anrechnung grundsätzlich nur bei Vollauslastung denkbar ist (siehe oben); ein anzu-

rechnendes Ersatzgeschäft, das über die alternative Verwertung hinausgeht, kann aber in ganz speziellen Konstellationen trotzdem auftreten – etwa dann, wenn der Unternehmer zwar freie Kapazitäten hat, diese aber nur zusammen mit den aufgrund der durch die Abbestellung frei werdenden weiteren Kapazitäten ausreichen, um ein bestimmtes Geschäft wahrzunehmen. Besonders heikel muss dies natürlich dann erscheinen, wenn das Ersatzgeschäft insgesamt nicht kostendeckend ist.

Nach der Anrechnung tatsächlich getätigter Ersatzgeschäfte interessiert weiters, dass sich der Unternehmer anrechnen lassen muss, was er „zu erwerben absichtlich versäumt hat“. Offensichtlich gibt es hier eine Art Kontrahierungszwang: Der Unternehmer darf nicht dadurch einen Schaden des Bestellers verursachen, dass er anzurechnende Ersatzgeschäfte absichtlich „auslässt“. Doch zum Abschluss welcher Ersatzgeschäfte ist der Unternehmer gezwungen?

Die Judikatur verlangt, dass ein Ersatzgeschäft nur dann getätigt werden muss, wenn nicht nur die Verwertung aller die Werkherstellung vorbereitenden Aufwendungen, sondern auch die Erzielung eines gleichen oder sogar höheren Gewinns möglich ist.⁹ Dies ist aber mit Sicherheit zu hinterfragen. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb durch das Ersatzgeschäft tatsächlich die Verwertung aller die Werkherstellung vorbereitenden Aufwendungen möglich sein muss. Darf sich – überspitzt ausgedrückt – der Unternehmer wirklich ein „Bombengeschäft“ entgehen lassen, nur weil ihm dabei etwas aus seiner Vorbereitung für den abbestellten Vertrag „übrigbleibt“? Und darf der Unternehmer ein Ersatzgeschäft auslassen, nur weil daraus ein Verlust entsteht, der allerdings viel geringer ist, als das Entgelt, das auf die abbestellte Leistung entfällt?

Diese erste Frage ist sicher zu verneinen, weil es wohl nur auf das ökonomische Ergebnis ankommen kann. Etwas umständlich könnte man es auch so ausdrücken, dass die „Überbleibsel“ eben durch deren Entsorgung „für das Ersatzgeschäft verwendet werden“. Auch die zweite Frage ist zu verneinen, weil der Sinn von § 1168 ABGB auch der Schutz des „Abbestellers“ ist: Diesem ist selbstverständlich auch durch ein Ersatzgeschäft gedient, das für den Unternehmer nicht so günstig oder vielleicht sogar – für sich genommen – defizitär ist, solange es nur zu einer Reduktion des trotz Abbestellung zu zahlenden Entgelts kommt.

Gibt es für den Fall einer Abbestellung also tatsächlich einen allgemeinen Kontrahierungszwang des Unternehmers? Dies weil eigentlich fast jedes Ersatzgeschäft für den Abbesteller günstiger ist als eine Untätigkeit des Unternehmers. MaW: Ist der Unternehmer im Falle einer

7 Siehe dazu den Gedankensplitter auf S 107 dieser Ausgabe der ZRB.

8 *Kemmettmüller/Bogensberger*, Handbuch der Kostenrechnung⁸, 25 f.

9 OGH 10.02.2004, 1 Ob 268/03y.