

# EDITORIAL

## § 1168 ABGB – die Rettung vor Unmöglichkeit



Hermann Wenusch

<https://doi.org/10.33196/zrb202304011701>

Ein Bauunternehmer schuldet nicht ein bloß quantitativ und qualitativ beschriebenes Werk, sondern die „Herstellung“ dieses Werkes: Seine Schuld ist nicht nur durch Qualität und Quantität des Bauwerks, sondern auch durch den Ort sowie durch Zeitpunkt und Zeitraum der Leistung definiert. Kurz gesagt: Ein Bauwerk, das in einer ländlichen Region im Sommer errichtet wird, ist etwas anderes, als das grundsätzlich idente Bauwerk, das im Winter im Zentrum einer Metropole zu errichten ist. Oder mit anderen Worten: Geschuldet wird nicht, ein qualitativ und quantitativ beschriebenes Bauwerk „immer und überall“ zu errichten. Für die geschuldete Herstellung (Ausführung) ist ein bestimmtes Produktionsprogramm (Kombination von Produktionsfaktoren) notwendig. Im Falle einer Erschwerung – hier interessieren übrigens nur solche, die von der Seite des Bestellers kommen – muss das ursprünglich notwendige Produktionsprogramm irgendwie angepasst werden – ist dies nicht der Fall, handelt es sich bei geänderten Umständen gar nicht um eine Erschwerung.

Ganz streng genommen handelt es sich also schon bei einer auch noch so geringen Erschwerung um eine andere als die ursprünglich versprochene Ausführung. Diese ist gleich zu setzen mit dem dafür notwendigen Produktionsprogramm und das hat sich eben – in welchem Ausmaß auch immer – geändert. Krass ausgedrückt: Die Ausführung eines Bauvorhabens, die zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen soll und für die eine Bauzeit von 260 Wochen vereinbart wurde, ist nicht mehr möglich, wenn erst eine Woche später begonnen werden kann – es ist einfach unmöglich, diesen Umstand ungeschehen zu machen! Natürlich lässt sich die Ausführung verschieben, nur erfordert dies eine Änderung des Produktionsprogramms: Wohin mit den Produktionsfaktoren, die in der ersten Woche nicht benötigt werden und woher die Produktionsfaktoren nehmen, die in der zusätzlichen Woche

notwendig werden? Freilich lässt sich auch die Leistung forcieren und in 259 statt 260 Wochen erbringen – nur ist und bleibt dies eben etwas Anderes.

§ 1168 ABGB verschiebt nun gleichsam die Grenze zur Unmöglichkeit: Obwohl sich durch einen „Zeitverlust“ (Erschwerung) das notwendige Produktionsprogramm ändern muss – und damit „die Herstellung“ eine andere ist – fällt der Vertrag nicht weg, sondern das Entgelt wird angepasst.

Darüber, wie die Anpassung des Entgelts erfolgen soll, scheiden sich nun die Geister: Die Baubetriebswirte einerseits und andererseits die Juristen, die glauben, wenn man nur oft genug zitiert, erspare man sich eine stichhaltige Begründung, behaupten, dass die „subjektive Äquivalenz“ gewahrt werden muss und dass die vereinbarten Preise „fortgeschrieben“ werden müssen.

Dabei wird natürlich übersehen, dass Produktionsfaktoren nicht beliebig disponibel sind: Überflüssige Produktionsfaktoren lassen sich nicht nach Belieben (gleich profitabel!) anderswo einsetzen und ob sich zusätzliche Produktionsfaktoren (zu gleichen Kosten!) beschaffen lassen, kann auch fraglich sein. Dabei darf nicht übersehen werden: Die hier interessierenden Erschwerungen kommen nicht von der Seite des Unternehmers, sondern der des Bestellers!

Wie auch immer: § 1168 ABGB ist kein Allheilmittel. Ab einem bestimmten Ausmaß führen Erschwerungen dazu, dass die erforderliche Herstellung überhaupt nicht mehr die ist, die eigentlich vereinbart wurde, sondern eine gänzlich andere (ein Aliud) – es wird dann auch von fehlender Werkidentität gesprochen (wobei dieser Begriff wohl die Aufmerksamkeit zu sehr auf Qualität und Quantität lenkt). Montagearbeiten im Hochgebirge, die im Februar statt im August ausgeführt werden, sind nicht bloß „erschwert“, sondern etwas ganz Anderes ...

Selbst dann, wenn grundsätzlich (zB durch die ÖNORM B2110) eine „Fortschreibung“ vereinbart wurde, ist diese auf ein Aliud nicht anwendbar.