

Hermann Wenusch

Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag

Nachträge sind der Alltag bei nahezu jedem Bauvorhaben einer bestimmten Größe. Um ihre Berechtigung zu ermitteln, ist eine Analyse des Inhalts der Schuld des Bauunternehmers unumgänglich, weil nur bei diesbezüglichen Änderungen ein zusätzlicher Anspruch bestehen kann. Gerade beim Bauwerkvertrag ist eine Erörterung der betriebswirtschaftlichen Grundlagen unabdingbar.

Schlagnorte: Bauwerkvertrag; Nachträge.

Rechtsnormen: ÖNorm B 2110; §§ 914, 915, 1152, 1168 ABGB.

I. Begriffe

1. Bauvertragstypen

Der typische Bauvertrag – und nur um solche geht es hier – ist ein entgeltlicher Werkvertrag, somit ein synallagmatischer Vertrag: Einer Leistung steht eine Gegenleistung gegenüber; das Werk wird gegen Bezahlung errichtet.

Nach der Art, wie das Entgelt bestimmt wird, unterscheidet man Einheitspreisvertrag, Regie(preis)vertrag und Pauschalpreisvertrag. Alle drei Begriffe sind nicht legal definiert:

- Ein **Einheitspreisvertrag** ist „ein Bauwerkvertrag, der aufgrund eines Leistungsverzeichnisses zustande kommt“.¹⁾ Bei einem Leistungsverzeichnis handelt es sich um eine Aufgliederung eines Werkes in einzelne Einheiten (also zB Stück, m, m², m³, kg, h etc) von Teilleistungen, wobei diese Teilleistungen (auch „Positionen“ genannt) nach Tunlichkeit²⁾ so gebildet werden, dass sie jeweils nur zwingend zusammengehörige Faktoren enthalten.³⁾ Das Entgelt wird schließlich bestimmt, indem die Anzahl der Einheiten jeder tatsächlich erbrachten Teilleistung mit dem Preis pro Einheit (dem Einheitspreis) multipliziert wird. Zweck des Einheitspreises ist, ein „faïres“ Entgelt⁴⁾ auch

dann festlegen zu können, wenn das genaue Ausmaß (rein quantitativ!) des zur Werkerstellung erforderlichen Einsatzes an Produktionsfaktoren bei Vertragsabschluss noch nicht bekannt⁵⁾ ist. Da dem Werkunternehmer aber nicht der Druck zu effizientem Arbeiten genommen werden soll, werden die Positionen so definiert, dass sie dem Werkbesteller tatsächlich zu Gute kommende Fakten (zB m² Mauerwerk) und nicht den Verbrauch an Produktionsfaktoren (zB Arbeitszeit) abbilden.

- Beim **Pauschalpreisvertrag** handelt es sich – und das mag alle diejenigen, die sich laufend mit dem Unterschied zwischen Einheitspreis- und Pauschalpreisvertrag beschäftigen, auf den ersten Blick überraschen – eigentlich um eine (entartete) Spezialform des Einheitspreisvertrages, nämlich um einen Einheitspreisvertrag mit einer einzigen Einheit (und zwar Stk) einer einzigen Position (und zwar dem ganzen Werk), wie zB „ein Stk Einfamilienhaus“. Diese Betrachtungsweise macht deutlich, wie groß der Spielraum bei der Bildung der Teilleistungen bei einem Einheitspreisvertrag ist. Beim Pauschalpreisvertrag orientiert sich das geschuldete Entgelt, wie auch beim Einheitspreisvertrag, ausschließlich am Erfolg, dh dem, was dem Werkbesteller tatsächlich zukommt. Der Pauschalpreis ist theoretisch die simpelste Form eines Werkvertrages mit Preisvereinbarung: „Du machst mir dieses und jenes und bekommst dafür genau den Betrag X.“

¹⁾ Karasek, ÖNORM B 2110 (2003) Rz 579.

²⁾ Vgl dazu etwa § 97 BVergG 2006.

³⁾ Vgl VOB/B § 5 Pkt 1 lit a.

⁴⁾ S zB Heiermann et al, Handkommentar zur VOB¹⁰ (2003) Rz 2 zu A § 5 unter Berufung auf *Ingenstau/Korbion*, VOB¹⁵ (2003) Rz 3 zu A § 5: „Eine enge Beziehung und Abhängigkeit der Vergütung von der wirklichen Leistung“.

⁵⁾ Obwohl sich das genaue Ausmaß uU durchaus feststellen ließe, ist eine genaue Ermittlung ev sehr aufwändig und damit unwirtschaftlich (vgl dazu Wenusch, *Der Bauwerkvertrag als Einheitspreisvertrag*, *ecolex* 1998, 112).

- Der **Regiepreisvertrag** unterscheidet sich vom Einheits- und Pauschalpreisvertrag dadurch, dass sich das Entgelt nicht aus dem Erfolg, sondern aus dem Einsatz an Produktionsfaktoren durch den Werkunternehmer bemisst.

2. Nachtrag versus Zusatz

Der Begriff „Nachtrag“ wird nicht legal definiert. Es finden sich auch keine Definitionen in allgemein anerkannten Standards oder Normen. Als Nachtrag wird gemeinhin eine Forderung des Werkunternehmers verstanden, die über das Entgelt, das für das von ihm zu errichtende Werk ursprünglich vereinbart wurde, hinausgeht,⁶⁾ obwohl sich das Werk⁷⁾ selbst nicht vom ursprünglich vereinbarten unterscheidet. Ein Nachtrag unterscheidet sich damit von dem, was gemeinhin als **Zusatz** bezeichnet wird, dadurch, dass bei Letzterem eine Forderung darauf gestützt wird, dass gleichsam der ursprünglich geschlossene Vertrag geändert wurde (zB kommt zum Einfamilienhaus noch eine Garage hinzu).⁸⁾

Eine nachträgliche Forderung kann unterschiedlich begründet werden. Die sicherlich häufigsten Gründe sind

- **Mengenmehrung:** Der Unternehmer setzte mehr Produktionsfaktoren ein, als von ihm aufgrund des ursprünglichen Vertrages geschuldet;
- **Leistungsänderung:** Der Unternehmer setzte kostspieligere Produktionsfaktoren ein, als von ihm aufgrund des ursprünglichen Vertrages geschuldet, oder er kann seine Leistung nicht wie von ihm geplant erbringen.

Wesentliche Bedeutung kommt also der Frage zu, was der Unternehmer aufgrund eines mit ihm abgeschlossenen Werkvertrages schuldet, weil dies zwingend der Ausgangspunkt aller Überlegungen sein muss: *„Wenn ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung, also eine Vergütung für eine Soll-Ist-Abweichung geprüft werden soll, muss [...] zuerst das Bausoll des Bauvertrages definiert werden; [...] was – und wie – hat der Auftragnehmer vertragsgemäß zu bauen?“*⁹⁾

Nachträge sind in der Praxis der Traum des Werkunternehmers,¹⁰⁾ weil er erhofft, in einer gleichsam mo-

nopolartigen Situation den Preis diktieren zu können: Es ist regelmäßig unpraktisch, Teilleistungen von einem anderen Unternehmer erbringen zu lassen. Trotz der Pflicht zum Schulterchluss¹¹⁾ wirkt alleine die Unsicherheit über die Gewährleistungsverpflichteten für den Werkbesteller abschreckend.

II. Betriebswirtschaftlicher Exkurs

Betriebswirtschaftlich betrachtet ist die Produktion eines Werks aus der Sicht des Unternehmers eine Kombination verschiedener Produktionsfaktoren (ohne hier auf die entsprechende wissenschaftliche Erörterung näher einzugehen, also zB Arbeit, Betriebsmittel und Werkstoffe). Welche Produktionsfaktoren und die Art und Weise, wie diese im Einzelnen eingesetzt werden (das Faktorallokationsprogramm), kann vom Unternehmer teilweise selbst entworfen werden (das gleiche Ergebnis lässt sich einmal mit mehr Arbeit und weniger Maschineneinsatz und ein andermal mit weniger Arbeit und mehr Maschineneinsatz erzielen). Zum restlichen Teil ist das Faktorallokationsprogramm von verschiedenen, vom Unternehmer nicht (zumindest nicht unmittelbar) zu beeinflussenden Umweltvariablen abhängig:

- Das **Werk** selbst beeinflusst das Faktorallokationsprogramm wohl am wesentlichsten. Soll ein Ziegelhaus produziert werden, so ist der Werkstoff „Ziegel“ genauso vorgegeben wie „Mörtel“ (bzw dessen Komponenten).
- Der **Ort**, an dem das Werk herzustellen ist, beeinflusst das Faktorallokationsprogramm aus mehreren Gründen: Die physikalische Beschaffenheit der Umwelt (Stichwort: Baugrund) genauso wie die juristischen Rahmenbedingungen (Stichwort: Lärmschutz oder Verkehrsbeschränkungen), um nur zwei zu nennen.
- Auch bei der **Zeit** sind durchaus unterschiedliche Aspekte zu berücksichtigen. Zum Ersten ist die Zeit, innerhalb derer das Werk fertiggestellt sein muss, beachtlich. Beachtlich ist aber natürlich auch die Jahreszeit, während der das Werk errichtet werden muss. Ein Beispiel, das dies erläutert: Dass eine Tiefgarage ein anderes Faktorallokationsprogramm benötigt als ein Einfamilienhaus aus Ziegel, ist so klar, dass es nicht erwähnt werden muss. Doch auch ein und dasselbe Bauwerk (oder genauer gesagt: Bauwerke mit identischen qualitativen und quantitativen Merk-

⁶⁾ Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag⁴ (2000) Rz 1: *„Wenn ein Bauauftragnehmer von seinem Auftraggeber zusätzliche Zahlung haben will.“*

⁷⁾ Hier wird die Komponente Zeit (iS von zB Fertigstellungstermin) noch außer Acht gelassen – mehr dazu unten.

⁸⁾ Im Einzelfall kann es strittig sein, ob eine sich um ein eine Novation, eine Schuldänderung oder den Abschluss eines vom ursprünglichen unabhängigen (weiteren) Vertrag handelt (s dazu auch OGH in 10 Ob 251/99i), was im gegebenen Zusammenhang allerdings nicht interessiert und daher auch nicht weiter thematisiert wird.

⁹⁾ Kapellmann/Schiffers, Vergütung (FN 6) Rz 100.

¹⁰⁾ Vgl dazu Karasek, ÖNORM (FN 1) Rz 427: *„In der Regel wird der AN ein wirtschaftliches Interesse an der Erbringung von zusätzlichen Leistungen haben.“*

¹¹⁾ Vgl OGH in 4 Ob 558/81 = SZ 54/179: *„Pflicht zur Zusammenarbeit mehrerer zur Herstellung desselben Werkes bestellten Unternehmer. Jeden von ihnen trifft die Pflicht, alles zu vermeiden, was das Gelingen des Werkes vereiteln könnte“* und 3 Ob 22/03m: *„Die Unternehmer haben sich vom Vorliegen der für das Gelingen und die Funktionsfähigkeit des Gesamtwerks erforderlichen positiven und vom Fehlen der sein Misslingen indizierenden negativen Bedingungen zu überzeugen, wenn die Funktionsfähigkeit einer Anlage den technischen Zusammenschluss ihrer Teile erfordert, um den Besteller vor Schaden zu bewahren, der aus der mangelnden Harmonisierung und Abstimmung der einzelnen Teile des Gesamtwerks entstehen kann.“*

malen) erfordert ein anderes Faktorallokationsprogramm, wenn es einmal in der Zeit von März bis September eines Jahres in einem ländlichen Gebiet und das andere Mal in der Zeit von September bis zum März des Folgejahres in einem städtischen Ballungsraum errichtet wird.

- Aufgrund der **Ausstattung des Unternehmens** wird ein und dasselbe Werk von einem Industriebetrieb anders hergestellt als von einem handwerklich organisierten Unternehmen.
- Schließlich beeinflusst die betriebliche **Auslastung des Unternehmers** aus wohl nicht näher zu erörternden Gründen dessen Faktorallokationsprogramm.

III. Inhalt der Schuld des Werkunternehmers

Der Werkunternehmer schuldet ein Unikat, das nicht nur durch sein Ausmaß und seine Beschaffenheit definiert wird.¹²⁾

1. Quantität und Qualität

So seltsam dies klingen mag: Obwohl die Anzahl der Abhandlungen über die Ansprüche des Werkunternehmers Legion sind,¹³⁾ findet sich nichts zum genauen Inhalt der Schuld des Werkunternehmers. Es gibt natürlich eine Reihe von Entscheidungen zu dem, wie die Leistung qualitativ zu beschaffen sein hat (was also die Leistung des Werkunternehmers zu einer ordnungsgemäßen macht), aber zur inhaltlichen Bestimmung der eigentlichen Leistung (also welche Leistungen vom Werkunternehmer überhaupt zu erbringen sind) herrscht Leer, von einigen Sonderfällen, die allerdings im gegebenen Zusammenhang nicht interessieren (wie etwa Schutzpflichten und dergleichen), einmal abgesehen.

Literatur zur Frage des Inhalts der Schuld des Werkunternehmers findet sich überhaupt keine, was mangels akademischen Interesses nur hinsichtlich der Frage nach der geschuldeten Qualität nicht überrascht.

Das konstatierte Fehlen von Rechtsprechung und Lehre zur Frage des Schuldinhalts des Werkunternehmers ist wohl auf den praktischen Befund zurückzuführen, dass nicht um den Umfang der Leistung, sondern jenen der Gegenleistung gestritten wird: Im Eifer des Gefechts um die Frage, wie viel denn zusätzlich zu zahlen ist, scheint völlig übersehen zu werden, ob denn überhaupt etwas zu zahlen ist. Es kann immer wieder beobachtet werden, dass die Werkunternehmer richtig erpicht sind, alle möglichen Leistungen zu erbringen, weil sie sich davon einen Nachtrag erwarten – auf das Interesse daran wurde bereits eingegangen.

Tatsächlich dürfte bei Pauschalpreisverträgen kaum Zweifel bestehen. Geschuldet wird das ganze Werk – fix und fertig, so wie es im Bauvertrag (zumeist funktional) beschrieben ist. Beim Regiepreisvertrag verhält es sich kaum anders. Unklarheit dürfte aber beim Einheitspreisvertrag bestehen.

Für den Einheitspreisvertrag wird die Meinung vertreten, dass Schuldinhalt (nur) das Leistungsverzeichnis, also die positionsweise Aufzählung von Teilleistungen, sei. Die Entsprechende Meinung wird allerdings nicht begründet, sondern vielmehr vorausgesetzt – noch dazu nicht in explizierter Art und Weise, sondern stillschweigend.

Dass nur das Leistungsverzeichnis selbst Schuldinhalt wird, lässt sich an einem einzigen Beispiel leicht entkräften: Aus 77.000 m³ Beton lassen sich entweder ein Flakturm oder eine 2,6 km lange und 60 m breite Rollbahn oder eine 77 km lange, 2 m hohe Mauer samt Fundament bauen. Die Position „m³ Beton“ allein in einem Leistungsverzeichnis sagt also gar nichts darüber aus, welches Werk der Unternehmer herstellen soll. Es leuchtet sicher sofort ein, dass es sich der Werkbesteller auch bei einem Einheitspreisvertrag nicht aussuchen kann, was für ein Werk der Unternehmer errichten muss, solange nur die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses „abgearbeitet“ werden. Das Faktorallokationsprogramm unterscheidet sich von Werk zu Werk und damit unterscheiden sich auch die Selbstkosten für den Unternehmer. Er wollte sich deshalb nur für die Errichtung eines ganz bestimmten Werkes verpflichten, auch wenn das Ausmaß der Teilleistungen noch nicht im Detail bekannt war. Dieser Umstand muss jedem redlichen Empfänger eines vom Unternehmer ausgearbeiteten Angebots klar sein und wird damit Vertragsinhalt.

Auch ein Einheitspreisvertrag „ist eben kein ‚beliebig flexibler Vertrag‘, der an alle möglichen Gegebenheiten angepasst werden kann“.¹⁴⁾

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass das Leistungsverzeichnis alleine niemals die vom Unternehmer zu erbringende Leistung beschreibt, was natürlich ein ungeheures Konfliktpotential birgt: „Da sich der Vertragsinhalt von Bauverträgen oftmals aus verschiedenen Bestandteilen ergibt, die zum Teil nicht von den Parteien selbst ausgearbeitet, sondern nur durch Verweisung in den Vertrag einbezogen sind, treten zwischen den einzelnen Vertragsbestandteilen häufig Widersprüche auf, die sich oft erst im Ablauf und bei Umsetzung des Projektes ergeben.“¹⁵⁾

Inhalt der Schuld des Werkunternehmers wird also – der Grundlage der Rechtsgeschäftslehre entsprechend – das, was sich ergibt, wenn man die objektiven Erklärungswerte der von den Parteien abgegebenen Erklärungen zur Deckung bringt¹⁶⁾ (ansonsten kommt we-

¹²⁾ Vgl zB auch *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung (FN 6) Rz 100: „Das Bausoll ist [...] die durch den Bauvertrag [...] als Vorgabe, nach Bauinhalt (Was?) und [...] nach Bauumständen (Wie?) näher bestimmte Leistung des Auftragnehmers zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges“.

¹³⁾ S zB *Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag (1999) mwH.

¹⁴⁾ *Wenusch*, Bauwerkvertrag (FN 5) 115.

¹⁵⁾ *Acker/Moufang*, Bauvertrag nach VOB/B und BGB (2003) Rz 203.

¹⁶⁾ Vgl zB *Kletecka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 128.

gen des Vorliegens von Dissens überhaupt kein Vertrag zustande).¹⁷⁾ Bei der allenfalls vorzunehmenden Auslegung wird der Besteller wohl regelmäßig durch die Unklarheitsregel des § 915 ABGB belastet: Da sich die Unklarheit im Allgemeinen aufgrund seiner Äußerungen – des von ihm ausgearbeiteten Konvoluts an Unterlagen bzw der von ihm gewählten Verweise – ergeben, erfolgt die Auslegung gegebenenfalls zu seinem Nachteil.¹⁸⁾

Beachtlich scheint wegen der in der Praxis häufigen Verwendung der ÖNorm B 2110 deren Bestimmung hinsichtlich der „Vertragsbestandteile“. Der einleitende Satz „Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragspartner ergeben sich aus dem Vertrag, das sind die gesamten, dem Vertragsabschluss zu Grunde gelegten Unterlagen“¹⁹⁾ geht völlig an der Realität vorbei, weil allgemein viele nicht als „Unterlagen“ zu bezeichnende Informationen nach dem Willen beider Parteien Vertragsinhalt werden sollen. Das wird vor allem klar, wenn man sich die Ausführungen zur Wahl des Faktorallokationsprogramms ins Gedächtnis ruft.²⁰⁾ Es scheint, dass die ÖNorm B 2110 für den Bauvertrag Schriftlichkeit²¹⁾ voraussetzt, weil die nicht in den erwähnten Unterlagen enthaltenen Informationen nicht Vertragsbestandteil werden (sollen). Da aber an anderer Stelle²²⁾ das Vorliegen eines schriftlichen Vertrages nur als eine Möglichkeit gesehen wird (arg: „Lieg ein schriftlicher Vertrag vor“), dürfte dem aber doch nicht so sein. Auch in Literatur²³⁾ und Rechtsprechung²⁴⁾ wird kein Formgebot gefordert.

¹⁷⁾ Vgl zB Vgl Faistenberger ua, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1992) 660.

¹⁸⁾ Vgl dazu aus der Bauwirtschaft OGH in 7 Ob 522/87 = SZ 60/42: „Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, [...] dass allfällige unklare Ausdrücke in den vorgelegten Vertragsbedingungen zu Lasten der beklagten Partei [hier: der Auftraggeber für Arbeiten im Bauvorhaben „Umfahrung Mürzzuschlag“] gehen, weil die diesbezüglichen Urkunden und Formulierungen von ihr stammen.“

¹⁹⁾ Die ÖNorm geht offenbar vom laienhaften Verständnis des Begriffs „Vertrag“ aus, wonach als solcher nur ein „schriftlicher Vertrag“ bezeichnet wird. Dies vermeidet sogar die ansonsten wortgleiche Standardisierte Leistungsbeschreibung – Hochbau (LB-HB) 1 unter Pkt 00.14 „Allgemeine Vertragsbestimmungen“: „Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragspartner ergeben sich aus sämtlichen dem Vertragsabschluss zu Grunde gelegten Unterlagen.“

²⁰⁾ Die VOB/B spricht nach dem tautologischen Einleitungssatz „Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt“ nicht von dem, was ausschließlich, sondern von dem was auch (!) Vertragsinhalt wird: „Als Bestandteil des Vertrages gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen“ (§ 1 Z 1).

²¹⁾ Nachdem auch Proben und Muster als „Unterlagen“ bezeichnet werden können, ist die Verwendung des Wortes „Schriftlichkeit“ ganz streng genommen eigentlich zu eng.

²²⁾ Pkt 5.5 „Änderungen“.

²³⁾ Vgl dazu zB Karasek, ÖNORM (FN 1) Rz 55: „Der Bauvertrag ist an keine Form gebunden.“

²⁴⁾ Vgl dazu zB OGH in 10 Ob 251/99i: „Die Streitparteien haben [...] in Abänderung des miteinander geschlossenen Bau(werk)vertrages im Zuge dessen Abwicklung schlüssig vereinbart, dass [...]“

Blanker Unfug ist dann aber jedenfalls die Reihenfolge der Vertragsbestandteile, die nach der ÖNorm B 2110 im Falle von Widersprüchen gelten soll. Danach geht das Leistungsverzeichnis der zeichnerischen Darstellung oder der verbalen Baubeschreibung vor. Der Unsinn wird dann besonders deutlich, wenn man ein extremes Beispiel bemüht: Unter dem Titel „Neuerrichtung einer Rollbahn“ erfolgt eine Ausschreibung, deren Pläne ebenso wie die (verbale) Baubeschreibung die genaue Beschaffenheit und Lage der Rollbahn wiedergeben. Bei einer Begehung der Örtlichkeit werden technische Einzelheiten der Rollbahn erörtert. Das Leistungsverzeichnis enthält aber nur Positionen für die Errichtung eines Einfamilienhauses. Es ist wohl klar, dass sich der Werkunternehmer zur Errichtung der Rollbahn verpflichten soll!²⁵⁾ Insgesamt ist zu sagen, dass unbegreiflich ist, weshalb die Autoren der ÖNorm nicht die feinselierten Bestimmungen des Zivilrechts nutzen bzw zumindest berücksichtigen.

Dass das vom Unternehmer geschuldete Werk nicht nur aufgrund des Leistungsverzeichnisses definiert wird, gilt natürlich auch dann, wenn einzelne Teilleistungen, die zur Errichtung des Werkes erforderlich sind, im Leistungsverzeichnis nicht berücksichtigt werden. Auch sie müssen selbstverständlich vom Unternehmer erbracht werden: Ist etwa in sämtlichen Plänen ein bestimmter Bauteil (zB ein Geländer) eingezeichnet und ist ein solcher zudem verbal erwähnt und vielleicht bei einem Ausbaustand, der offensichtlich angestrebt wird, auch zu erwarten, so hat ihn der Unternehmer auch dann herzustellen, wenn er im Leistungsverzeichnis nicht beschrieben ist.

Nichts anderes gilt, wenn eine Teilleistung zwar im Leistungsverzeichnis vorhanden, aber nicht vollständig beschrieben ist; mit anderen Worten: Es fehlt der Teil einer Teilleistung. Die fehlende Teil-Teilleistung ist wie eine fehlende Teilleistung zu behandeln und muss vom Unternehmer erbracht werden.

Die Pflichten, die eine Vertragspartei treffen, sind im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Dabei kommt dann, wenn Verträge ausgelegt werden müssen, gemäß § 914 ABGB dem, was der „redliche Verkehr“ erwartet, vorrangige Bedeutung zu.²⁶⁾ Die kann durchaus zu einer Erweiterung²⁷⁾ des mit Worten beschriebenen Leistungsumfanges führen. Aus dem „redlichen Verkehr“ werden so ua diverse Nebenleistungspflichten gewonnen. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Ist in einem Leistungsverzeichnis bei der Teilleistung „Gipsbauplattenständerwände“ nicht erwähnt, dass die Gipskartonplatten mit den Ständern verschraubt werden müssen, so wird trotzdem auch das Verschrauben (samt der

²⁵⁾ Die VOB/B enthält für Widersprüche auch eine „Vorangeregel“ – die zeichnerische Darstellung und/oder die verbale Baubeschreibung sind aber darin nicht enthalten.

²⁶⁾ OGH in 1 Ob 658/78 = SZ 51/103: „Der rechtsgeschäftliche Verkehr darf nicht dazu missbraucht werden, einen anderen hineinzulegen, sondern soll sich ehrlich abspielen.“

²⁷⁾ Vgl Faistenberger ua, Schuldrecht (FN 17) 51.

Lieferung der dafür erforderlichen Schrauben) vom Unternehmer geschuldet.

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass sich bei der Untersuchung, ob Teilleistungen zu erbringen sind, quantitative und qualitative Fragen berühren können. ZB ist es eine quantitative Frage, ob die Parteien eine bestimmte Teilleistung vereinbart haben. Es kann zugleich eine qualitative Frage sein, ob das gesamte Werk ohne diese Teilleistung als mit einem Mangel behaftet hergestellt zu betrachten ist. Wiederum ein Beispiel: Es ist eine quantitative Frage, ob die Parteien eine bestimmte Abdichtung als Vertragspflicht des Unternehmers vereinbart haben. Es ist eine qualitative Frage, ob das gesamte Werk ohne diese Abdichtung mangelhaft wäre.

Aus dem Gewährleistungsrecht kann daher mitunter auch auf die Leistungspflicht des Werkunternehmers geschlossen werden. „*Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt [...], haftet [...] dafür, dass die Sache die [...] gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat [...] und dass sie der Natur des Geschäftes [...] gemäß verwendet werden kann*“²⁸⁾ – gerade wenn man an Abdichtungen udgl denkt, so wird klar, dass Leistungen nicht zwischen den Parteien vereinbart werden müssen, um vom Unternehmer geschuldet zu werden.

Bemerkenswert ist, dass auch die ÖNorm B 2110 offenbar davon ausgeht, dass ein bestimmtes Gesamtwerk geschuldet wird. Allerdings ist der Schuldinhalt nach der ÖNorm gegenüber dem allgemeinen rechtlichen Schuldinhalt reduziert: Nach der ÖNorm sind (neben den gesetzlichen Bestimmungen und behördlichen Anordnungen) nur die „*allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten*“²⁹⁾ während dies ansonsten nicht ausreicht.³⁰⁾

2. Die Umstände der Leistungserbringung

Der Werkunternehmer schuldet also ein bestimmtes Werk, das nach quantitativen und qualitativen Merkmalen festgelegt ist. Doch damit ist noch nicht alles gesagt; er schuldet dieses Werk – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – an einem ganz bestimmten Ort und zu einer ganz bestimmten Zeit. Vertragsinhalt ist die Leistung in einer ganz bestimmten Umwelt, denn nur dazu will sich der Unternehmer verpflichten, weil er sein Faktorallokationsprogramm genau auf dieser Grundlage erstellt hat. Da sich Ort und Zeit sicher aus den Informationen, die vor dem eigentlichen Vertragsabschluss ausgetauscht werden, ergeben, ist zumindest von einem entsprechenden schlüssigen Vertragsinhalt auszugehen.

Aber nicht nur Raum und Zeit beeinflussen das Faktorallokationsprogramm. Von praktischer Bedeutung

sind durchaus auch andere Umweltvariablen, wie zB der Baugrund. Detailliert wird an anderer Stelle auf diese Problematik eingegangen.

3. Leistungsänderungen

Nach dem allgemeinen Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ kann von keinem der Vertragsparteien später eine andere Leistung verlangt werden, als von dieser Partei ursprünglich im Vertrag übernommen wurde.³¹⁾ Insbesondere kann vom Werkunternehmer nicht die Errichtung eines vom Vertrag abweichenden Werkes verlangt werden.

Dies gilt nicht nur für die **Quantität** und die **Qualität** des Werkes, sondern auch für die **Umstände der Leistungserbringung**; das geschuldete Werk ist eben nicht nur durch die an ihm selbst feststellbaren Größen definiert. Dem Werkunternehmer kann eine frühere Fertigstellung, ein späterer Baubeginn oder eine kürzere Bauzeit genauso wenig abgefordert werden wie eine andere Qualität des Werks.

Ist kein **Weisungsrecht** vereinbart, so kann dem Werkunternehmer aber auch keine Vorschrift hinsichtlich seiner Leistungserbringung gemacht werden. Das leuchtet ein, weil nicht ohne weiteres in das Faktorallokationsprogramm des Unternehmers, das schließlich für die Preisermittlung durch ihn wesentlich war, eingegriffen werden kann. Genauso wenig könnte dem Verkäufer einer Sache vorgeschrieben werden, wo er diese bzw deren Einzelteile beschaffen muss.

Beachtlich scheint wegen der in der Praxis häufigen Verwendung der ÖNorm B 2110 deren Bestimmung zur „*Berechtigung des AG zur Anordnung von Leistungsänderungen bzw zusätzlichen Leistungen*“: „*Der AG ist berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistung oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern oder zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind, sofern solche Änderungen oder zusätzliche Leistungen dem AN zumutbar sind.*“³²⁾

Bei näherer Betrachtung ist nämlich unklar, was zu verlangen der AG berechtigt ist: Ist der Besteller (in der Diktion der ÖNorm der AG) nur dann, wenn dies zur Ausführung der Leistung erforderlich (und zumutbar) ist, berechtigt 1. Art und Umfang der Leistung zu ändern, 2. die Umstände der Leistungserbringung zu ändern, 3. zusätzliche Leistungen zu verlangen?³³⁾ Oder ist der AG (soweit zumutbar) jedenfalls berechtigt, Art und Umfang der Leistung und/oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern, zusätzliche Leistungen aber nur dann verlangen darf, wenn dies zur Ausführung der Leistung auch notwendig ist?³⁴⁾

²⁸⁾ § 922 Abs 1 ABGB.

²⁹⁾ Pkt 5.20.1.1.

³⁰⁾ Welser in Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² (2001) 247: „*Da der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg schuldet, kann er sich zB zur Abwendung seiner Gewährleistungspflicht grundsätzlich nicht darauf berufen, dass er bei der Herstellung die Regeln der Technik eingehalten hat*“ (mwN).

³¹⁾ Vgl dazu Karasek, ÖNORM (FN 1) Rz 427.

³²⁾ Pkt 5.24.1.

³³⁾ IdS Längle, Entgelt (FN 13) Pkt 4.2.3.

³⁴⁾ IdS Karasek, ÖNORM (FN 1) Rz 430 („*weil sich der Satzteil ‚aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind‘ nur auf zusätzliche Leistungen bezieht*“).

Hier muss festgehalten werden, dass bei der Auslegung von ÖNormen, die (als AGB) Bestandteil eines Vertrages wurden, nicht auf den wahren Willen der Vertragsparteien abzustellen ist, sondern die Auslegung wie bei Gesetzen zu erfolgen hat.³⁵⁾

Problematisch ist die Stellung des Relativsatzes, der mit „die im Vertrag nicht vorgesehen“ beginnt: Würde dieser Relativsatz direkt hinter „zusätzliche Leistungen“ stehen, so würde er sich unzweifelhaft nur auf diese „zusätzlichen Leistungen“ beziehen. Durch seine tatsächliche Stellung könnte er sich aber auch auf die Änderungen („Art und Umfang“ sowie „Umstände“) beziehen, obwohl dies streng grammatikalisch unrichtig wäre. Auch logisch scheint es nicht möglich, etwas zu ändern, was noch gar nicht vereinbart wurde. Und trotzdem: Eine vereinbarte Leistung zu ändern, bedeutet nichts anderes, als schließlich eine Leistung zu erbringen, die bislang eben nicht vereinbart war. Wenn man sich die Ausführungen zum Faktorallokationsprogramm in Erinnerung ruft, so bewirkt auch eine Änderung des Umfangs der ursprünglich vereinbarten Leistung oder der ursprünglich vereinbarten Umstände der Leistungserbringung, dass insgesamt eine andere als die ursprünglich vereinbarte Leistung vorliegt.

Es führt also nur eine teleologische Interpretation zu einem sinnvollen Ergebnis: Art, Umfang der Leistung oder die Umstände deren Erbringung können bei Vereinbarung der zitierten Klausel einseitig nur geändert werden, wenn dies zur Ausführung der Leistung (weniger missverständlich, weil der Begriff „Leistung“ nicht mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt wäre, wäre die Wendung „zur Ausführung des Werks“) notwendig ist.

Nun wurde dargetan, dass Inhalt der Schuld des Werkunternehmers ohnehin das komplette Werk ist – er schuldet ohnehin alles, was zur Fertigstellung erforderlich ist. Da keine gesetzliche Bestimmung so ausgelegt werden darf, dass ihr kein Anwendungsbereich verbleibt,³⁶⁾ scheint es nun vielleicht so, dass die zitierte Klausel der ÖNorm eben nicht wie dargestellt interpretiert werden darf. Dabei würde aber übersehen, dass auch bei der vertretenen Interpretation ein Anwendungsbereich bleibt: Es ist nämlich möglich, dass sich

³⁵⁾ OGH in 6 Ob 151/05g : „Bei den einem Bauauftrag zugrunde liegenden ÖNORMEN handelt es sich weder um von einer der Vertragsparteien aufgestellte allgemeine Geschäftsbedingungen noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um ‚kollektiv‘ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite – dem österreichischen Normungsinstitut – herausgegeben werden. Ihre Bestimmungen sind objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß § 914 ABGB auszulegen. Sie sind so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen.“

³⁶⁾ OGH in 9 ObA 606/92 (SZ 66/36): „Bei der wörtlichen Auslegung darf nicht stehengeblieben werden, wenn sich dadurch für einzelne Bestimmungen kein Anwendungsgebiet ergibt, sie also sinnlos blieben.“

nach dem Vertragsabschluss Änderungen ergeben, die das ursprünglich vereinbarte Werk (definiert eben nicht nur durch Quantität und Qualität, sondern auch durch Zeit und sonstige Umstände) unmöglich machen.

Stammen diese Änderungen nicht aus dessen Sphäre, so könnte der Werkunternehmer ohne entsprechende Abrede entweder vom Werkbesteller zu vertretende Unmöglichkeit einwenden oder auf der Errichtung des ursprünglich vereinbarten Werkes beharren und den Werkbesteller in eine Abbestellung zwingen. Die zitierte Klausel soll nun sicherstellen, dass der Werkunternehmer (soweit zumutbar) weiter machen muss, wenn unvorhergesehene Änderungen die Erstellung des Werkes beeinflussen. Sie ist aber kein Freibrief für willkürliche Änderungswünsche des Werkbestellers.

Im Einzelfall ist natürlich auch zu untersuchen, ob die Parteien nicht vielleicht doch ein freies Änderungsrecht vereinbaren wollten. Ohne weiteres wird man ein solches aber nur hinsichtlich untergeordneter Teilleistungen annehmen können und jedenfalls nur, solange das Faktorallokationsprogramm des Werkunternehmers nicht berührt wird (zu denken ist in dem Zusammenhang etwa daran, dass ein vorgesehene Fenster an einer etwas anderen Stelle eingebaut wird, ohne dass damit strukturelle Änderungen verbunden sind).

IV. Die Beachtlichkeit von Nachträgen

Vorweg kann festgehalten werden, dass hier Nachträge beim Regiepreisvertrag nicht interessieren. Von Bedeutung können sie beim Regiepreisvertrag auch überhaupt nur dann sein, wenn ein Kostenvoranschlag gelegt wurde: Ein Preis, der (im Fall eines Kostenvoranschlags ohne Garantie: beträchtlich) über dem Kostenvoranschlag liegt, muss allenfalls begründet sein. Regiepreisverträge werden weiters aber nicht beachtet.

1. Mengenänderungen

Als Nachträge aufgrund von Mengenänderungen sind (nachträgliche) Forderungen des Werkunternehmers zu verstehen, die damit begründet werden, dass von diesem mehr von einer unstrittig zu erbringenden Teilleistung zu erbringen war, als dies ursprünglich Vertragsinhalt war.

Wurde ausschließlich das ursprünglich vereinbarte Werk (zur Erinnerung: Ein Werk ist nicht nur durch Quantität und Qualität definiert!) errichtet, so sind Nachträge sowohl beim Pauschalpreisvertrag als auch beim Einheitspreisvertrag grundsätzlich ausgeschlossen: Beim Pauschalpreisvertrag ist eben genau der Pauschalpreis zu bezahlen; beim Einheitspreisvertrag der Preis, der sich aus dem Produkt der Anzahl von Einheiten der verschiedenen Teilleistungen mit dem Preis der jeweiligen Einheiten ergibt.

Eine Ausnahme vom soeben dargestellten Grundsatz kann sich allerdings ergeben, wenn die Massen der Teilleistungen grob vom vorhergesehenen Umfang abweichen. Praktisch ist dies wahrscheinlich vor allem

dann, wenn sich Mengen der Teilleistungen nicht aus der Planung selbst herleiten lassen – zB bei unterschiedlichen Gesteins- oder Bodenklassen im Tunnelbau. Es definiert das Leistungsverzeichnis allein zwar nicht das geschuldete Werk, doch ist es natürlich alles andere als bedeutungslos: Oben wurde klar gemacht, dass ein Werk eigentlich durch alle Merkmale definiert wird, die den Werkunternehmer bei der Gestaltung seines Faktorallokationsprogramms beeinflussen (können). Der Umfang der Teilleistungen tut dies uU, wie sich an einem Beispiel leicht demonstrieren lässt. In einem Leistungsverzeichnis für einen Tunnelbau finden sich zwei Positionen für das abzubauen Gestein: Eine Position für 10.000.000 m³ der Gesteinsklasse A, die problemlos ab- und auszubauen ist und eine Position für 500.000 m³ der Gesteinsklasse B, die sehr schwierig ab- und auszubauen ist. Die erwarteten Mengen lassen sich den Unternehmer für ein Faktorallokationsprogramm entscheiden, auf dessen Basis er seinen Angebotspreis kalkuliert. Stößt man beim Vortrieb dann tatsächlich ausschließlich auf die Gesteinsklasse B, so ergibt das aufgrund der ursprünglichen Annahmen gewählte Faktorallokationsprogramm möglicher Weise ein Ergebnis, das der Werkunternehmer nicht gewollt hat – hätte der Werkunternehmer bereits ursprünglich Kenntnis vom wahren Sachverhalt gehabt, dann hätte er womöglich ein anderes Faktorallokationsprogramm gewählt und hätte aufgrund dessen anders kalkuliert.

Natürlich ist die Tatsache, dass die Errichtung eines Werkes für den Unternehmer nicht das gewünschte Ergebnis erbringt, für sich noch kein Argument – ein Vertrag muss erfüllt werden, gleich ob das Ergebnis für die eine Partei vorteilhaft oder nachteilig ist. Der Punkt ist aber, dass der Unternehmer – zumindest nicht ohne weiteres – nicht das abstrakte und nur nach Quantität und Qualität bestimmte Werk schuldet, sondern eben das so beschriebene Werk, aber nur in einer bestimmten Umwelt und zu einer bestimmten Zeit. In einer anderen Umwelt handelt es sich aber um ein anderes (als das geschuldete) Werk, selbst wenn das Ergebnis das Gleiche ist.

Wesentliche Mengenänderungen rechtfertigen Nachträge, wenn sich dadurch die Umstände der Leistungserbringung ändern – es wird also auf die dortigen Ausführungen verwiesen.³⁷⁾

2. Qualitätsänderungen

Als Nachträge aufgrund von Änderungen der Qualität sind (nachträgliche) Forderungen des Werkunternehmers zu verstehen, die damit begründet werden, dass von diesem

- Teilleistungen zu erbringen waren, die überhaupt nicht vorgesehen waren (zB Wand oder Decke, die gar nicht vorgesehen war);

- Teilleistungen zu erbringen waren, die qualitativ von den Teilleistungen abwichen, die ursprünglich Vertragsinhalt waren (zB statt einer Betonwand eine Wand aus Ziegeln).

a. „Zusätzliche“ Teilleistungen

Oben wurde ausgeführt, dass sämtliche Teilleistungen, die zur Fertigstellung des geschuldeten Werkes erforderlich sind, vom Unternehmer erbracht werden müssen. Alle anderen Leistungen sind als Zusätze getrennt zu vereinbaren.

Hinsichtlich der Zusätze sind auch die Grundsätze zur Ermittlung des Entgelts einfach: Wurde nichts vereinbart, so gebührt ein angemessenes Entgelt gemäß § 1152 ABGB. Fraglich kann allerdings sein, was gilt, wenn eine Teilleistung zwar zu erbringen ist, diese aber nicht „ausgepreist“ (also im Leistungsverzeichnis nicht enthalten) ist.

Dazu ist einmal ganz allgemein und abstrakt zu untersuchen, wie sich der Preis für eine Leistung, deren Komponenten bei Vertragsabschluss noch nicht in allen Einzelheiten bekannt sind, errechnen lässt.³⁸⁾ Der einfachste Fall ist der einer Leistung, die völlig homogen, beliebig teilbar und formindifferent³⁹⁾ ist, weil man hier als „Preisausmesser“ auf die grundsätzlichen Maßeinheiten (besser eigentlich deren Preise) der Physik (m, m², m³, kg etc) zurückgreifen kann – der Gesamtpreis „einer Wagenlieferung“ (nähere Einzelheiten sind noch nicht bekannt) errechnet sich beispielsweise als Multiplikation des Gesamtgewichts mit dem Preis pro Gewichtseinheit.

Die gleichen Preisausmesser kann man auch anwenden, wenn die Leistung zwar beliebig teilbar und formindifferent, aber nicht völlig homogen ist: Den Preis des Kuchens kann man nach kg errechnen, ohne die darin enthaltenen Rosinen abzuzählen.

Je weniger homogen, je weniger teilbar und je weniger formindifferent eine Leistung ist, desto differenzierter wird man bei der Wahl der Preisausmesser vorgehen müssen: Bei einer Folie aus PVC handelt es sich beispielsweise um etwas anderes als einen robusten PVC-Quader, selbst wenn Material und Kubatur übereinstimmen. Je komplexer eine Leistung, desto mehr Preisausmesser sind grundsätzlich wohl erforderlich, um das Entgelt vernünftig festlegen zu können. Im Beispiel mit den PVC-Produkten wird man recht einfach vielleicht noch mit Fläche und Dicke auskommen.

Aber auch bei sehr komplexen Leistungen benötigt man uU nicht eine unüberschaubare Menge an Preis-

³⁸⁾ Bei Vertragsabschluss muss der Gesamtpreis noch nicht bekannt sein, er muss aber bestimmbar sein; s dazu zB *Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht (FN 30) 155.

³⁹⁾ Als Formindifferenz soll verstanden werden, dass die äußere Gestalt den Inhalt der Leistung nicht berührt: Es spielt zB keine Rolle, ob sich ein m³ Kohle in einer Schütte mit dem Ausmaß 200 cm × 50 cm × 100 cm oder dem Ausmaß 100 cm × 100 cm × 100 cm befindet.

³⁷⁾ Vgl dazu insb *Wenusch*, Bauwerkvertrag (FN 5) 112 ff.

ausmessen. Dies nämlich zB dann, wenn die Leistung genau beschrieben ist (zB in technischen Standards, die allenfalls schlüssig Vertragsinhalt werden). Wird nach Muster gefertigt, so kann die Stückzahl als der simpelste Preisausmesser Anwendung finden, selbst wenn es sich bei der Leistung, deren Entgelt bestimmt werden soll, um komplexe technische Apparaturen handelt.

Die Parteien eines Vertrages, bei dem ihnen die Leistung nicht im Detail bekannt ist, können den bzw die für sie geeigneten Preisausmesser frei wählen. Bei der Auswahl der Preisausmesser kommt wohl der Verteilung der Risiken als auch den Kosten, die zur Ermittlung des endgültigen Entgelts anfallen, gewisse Bedeutung zu. Beim Bauvertrag sind sehr simple Preisausmesser denkbar: Beim Pauschalpreisvertrag ist dies etwa „das Stück“; denkbar ist aber auch m³ umbauten Raumes etc.

Am anderen Ende des Spektrums steht eine enorme Menge an Preisausmessern für alle Teilleistungen: Zuschlag- und Zusatzstoffe einzeln getrennt.

Fraglich und im Einzelfall zu ermitteln ist, was bei einem Einheitspreisvertrag Wertmesser ist. Nahe liegend wäre, die vorhandenen Positionen des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen. Nicht enthaltene Positionen sind zwar vom Unternehmer zu leisten (das wurde ausführlich begründet), werden aber nicht (getrennt) vergütet – sie sind eben „einzurechnen“ (für die Teilleistungen, die nicht im Leistungsverzeichnis vorgesehen sind, erhält der Unternehmer kein [besonderes und getrennt zu ermittelndes] Entgelt).⁴⁰⁾

In diesem Zusammenhang ist eine Behandlung der sog „Sowiesokosten“ angezeigt. Sowiesokosten sind solche, „die zwar im Zuge der Mängelbehebung anfallen, aber die Herstellung eines mangelfreien Werks von vornherein [...] erfordern“.⁴¹⁾ Wenn der OGH Sowiesokosten zuspricht, so ua deshalb, weil er eben den (ursprünglichen) Schuldinhalt des Werkunternehmers nur (!) mit im Leistungsverzeichnis enthaltenen Teilleistungen gleichsetzt: Tatsächlich ist aber zu unterscheiden, ob Leistungen erbracht werden müssen, die im Leistungsverzeichnis überhaupt nicht enthalten sind oder solche, die mit einer falschen Qualität enthalten sind (also zB Rohre aus einem ungeeigneten Material).⁴²⁾

Zusammengefasst ist zu sagen, dass im Einzelfall zu ermitteln ist, was die Parteien als Preisausmesser vereinbart haben. Hier spricht Folgendes dafür, dass eine im Leistungsverzeichnis fehlende Teilleistung eben nicht als Wertausmesser gewählt und dementsprechend nicht besonders (getrennt) zu vergüten ist:

⁴⁰⁾ Vgl dazu zB *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung (FN 6) Rz 147: „Das bedeutet, dass solche Leistungen, die nach der Verkehrssitte üblich sind, nicht gesondert vergütet werden.“

⁴¹⁾ OGH 8 Ob 318/01z.

⁴²⁾ Dass der OGH diese Unterscheidung nicht trifft ergibt sich aus OGH 2 Ob 152/03x: „Das Problem des etwaigen Ersatzes der Sowieso-Kosten stellt sich dort, wo ein Werk einen bestimmten Erfolg aufweisen soll, dieser Erfolg aber nicht erreicht wird, weil mit dem laut Vertrag qualitativ und/oder quantitativ einzusetzenden Mitteln dieser Erfolg nicht erreichbar ist.“

- eine grobe Beschreibung der übergeordneten Teilleistung (dh der tatsächlich beschriebenen Teilleistung, von der fraglich ist, ob in ihrem Entgelt auch das für die im Leistungsverzeichnis fehlende Teilleistung enthalten ist);
- die technische Notwendigkeit der im Leistungsverzeichnis fehlenden Teilleistung;
- eine nach der Auffassung der entsprechenden Verkehrskreise bestehende Zusammengehörigkeit von übergeordneter und im Leistungsverzeichnis fehlender Teilleistung;
- ein Angebotspreis für das gesamte Werk, der nicht allzu weit unter dem wahren Wert liegt (dies weil eben ein Gesamtwerk und nicht Teilleistungen Vertragsinhalt werden).

Ausdrücklich hingewiesen werden muss hier noch darauf, dass Fragen einer allfälligen Warnpflichtverletzung hier überhaupt nicht berücksichtigt wurden.

b. „Andere“ Teilleistungen

Muss der Unternehmer Teilleistungen in einer anderen Qualität, als dies im Leistungsverzeichnis vorgesehen ist, erbringen, so könnte man argumentieren, dass eben nicht vorgesehene Leistungen zu erbringen sind, wobei gleichzeitig einer der festgelegten Preisausmesser nicht angewandt werden kann. Dies würde aber dem Willen der Parteien kaum gerecht, die durch die Vereinbarung eines Einheitspreisvertrages im Allgemeinen und durch die Wahl der betreffenden Teilleistung als Preisausmesser im Speziellen, einen möglichst „fairen“ Vertrag gestalten wollten. Soll – was wohl der Regelfall sein dürfte – nicht der ganze Vertrag – etwa wegen Irrtums – angefochten werden, so ist der hypothetische Parteiwillen⁴³⁾ zu ergründen.

Dabei dürfte grundsätzlich unstrittig sein, dass die Parteien die Teilleistung⁴⁴⁾ – wenn auch in einer anderen Qualität – als Preisausmesser festlegen wollten. Doch welchen Preis pro Einheit die Parteien vereinbart hätten, lässt sich wohl nur im Einzelfall ermitteln.

Dabei ist sicher ganz wesentlich, wie fein gewoben die Positionen sind: Ist tatsächlich jede Teilleistung im Leistungsverzeichnis getrennt erfasst und unterscheidet sich die tatsächlich zu erbringende Leistung nur hinsichtlich einer Dimension von der im Leistungsverzeichnis beschriebenen (sind also zB Rohre aus einem anderen Material zu verbauen, ohne dass sich dadurch der Arbeitsablauf und -einsatz ändert), so wird man besonders dann, wenn ein Preisteil für Material ausgewiesen ist, relativ einfach den pro Einheit gebührenden Preis ermitteln können. Je gröber die Positionen sind, desto schwieriger wird es. Klar ist das Ergebnis beim

⁴³⁾ Zum Begriff zB OGH in 10 Ob 28/05y: „Was hätten vernünftige und redliche Parteien unter Berücksichtigung der besonderen Interessenkonstellation der Parteien vereinbart?“

⁴⁴⁾ Streng genommen ist es nicht richtig von „der Teilleistung“ zu sprechen; genau müsste es lauten: „Das Ausmaß der Teilleistung“.

Pauschalpreisvertrag, also bei einem Einheitspreisvertrag mit einer Position (nämlich dem gesamten Werk) und einer Einheit (nämlich einem Stk): Der Werkunternehmer schuldet das komplette, fehlerfreie Werk und er erhält das vereinbarte Entgelt, auch wenn Teilleistungen qualitativ falsch beschrieben wurden.

Bemerkenswert sind die Bestimmungen der ÖNorm B 2110 zu „Nebenleistungen“⁴⁵⁾ (und zwar nicht nur wegen der sprachlichen Eigenart alleine). Danach sollen gewisse Leistungen,⁴⁶⁾ die nicht explizit erwähnt werden, unter bestimmten Umständen doch zu erbringen sein, ohne dass dies bei der Ermittlung des Entgelts separat vergütet wird.⁴⁷⁾

Wird die ÖNorm B 2110 vereinbart, so ist daraus der Schluss zu ziehen, dass alle anderen Leistungen, die nicht explizit erwähnt werden – von Bedeutung wohl hauptsächlich jene, die nicht „*verhältnismäßig gering*“ sind –, separat zu vergüten sind. Entlastet die ÖNorm B 2110 den Besteller von der Unklarheitsregel, so schlägt das Pendel jetzt zurück: Die explizit angeführten Teilleistungen (va wohl die Positionen des Leistungsverzeichnisses) werden nicht ausschließliche Preisausmesser – Lücken in der expliziten Leistungsbeschreibung gehen zu Lasten des Bestellers (soweit es sich nicht um Nebenleistungen handelt).

3. Änderungen der Umstände der Leistungserbringung

Als Nachträge aufgrund von Änderungen der Umstände der Leistungserbringung sind (nachträgliche) Forderungen des Werkunternehmers zu verstehen, die damit begründet werden, dass von diesem das Werk anders zu erbringen war, als dies ursprünglich Vertragsinhalt war.

Dabei ist wiederum daran zu erinnern, dass ein Werk nicht nur durch Ausmaß und Qualität, sondern auch durch Zeit und Ort definiert wird. Aus Zeit und Ort ergeben sich eine Fülle weiterer Parameter, die vielleicht kaum bewusst, nichts desto weniger von großer Bedeutung sind: Rechtliche Rahmenbedingungen (zB Arbeitnehmerschutzvorschriften), (gesamt)wirtschaftliche Rahmenbedingungen (zB Zinsniveau, Inflation, Ar-

beitslosenrate) und technische Rahmenbedingungen (zB Baugrund) bilden eine einzigartige Umwelt, in der das Werk zu errichten ist – die Errichtung des Werkes in der einen Umwelt unterscheidet sich von der Errichtung des nach Ausmaß und Qualität völlig übereinstimmenden Werkes in einer anderen Umwelt. Der Bauwerkvertrag unterscheidet sich damit von anderen Werkverträgen, die kaum orts- und viel weniger zeitabhängig sind: Ein Schuhmacher produziert die Schuhe immer in seiner Werkstätte – die für ihn wesentlichen Rahmenbedingungen ändern sich für ihn eigentlich nie.

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass beim Werkvertrag nicht das Werk, sondern dessen (erfolgreiche) Erstellung geschuldet wird. Das scheint auf den ersten Blick vielleicht rabulistisch, doch macht es die Abhängigkeit von der Umwelt deutlich und ist für die weiteren Überlegungen hilfreich.

Aufgrund aller dieser äußeren Größen wird zusammen mit seinen inneren Parametern (Ausstattung, Know-how, Risikoprofil etc) vom Unternehmer das Faktorallokationsprogramm entworfen und damit der Angebotspreis ermittelt. Jeder Eingriff in das Faktorallokationsprogramm kann die Kalkulation des Unternehmers berühren.

Der Werkunternehmer schuldet gemäß dem Grundsatz *pacta sunt servanda* nur das durch eine Vielzahl von Determinanten bestimmte Werk (wie gesagt eigentlich besser dessen Erstellung), wobei es grundsätzlich – dh ohne entsprechende Vereinbarung – ihm allein anheim gestellt ist, wie er das Werk errichtet.⁴⁸⁾

Unter Umständen sind nun nicht alle die Werkerstellung betreffenden Variablen bei Vertragsabschluss mit völliger Sicherheit bekannt. Vereinbart wird dann möglicher Weise ein Werk in einer bestimmten Umwelt, die aber vom Tatsächlichen abweicht. Prominentestes Beispiel ist wahrscheinlich der Baugrund: Abweichungen vom Erwarteten können uU sogar die Errichtung des nur nach Ausmaß und Qualität definierten Werkes überhaupt unmöglich machen (zB dadurch, dass eine andere Fundierung zu erfolgen hat). Auch wenn das nur nach Ausmaß und Qualität definierte Werk errichtet werden kann, so muss das eventuell anders – dh unter Anwendung eines anderen Faktorallokationsprogramms – geschehen, als vorgesehen (zB unter Zuhilfenahme einer zunächst überhaupt nicht vorgesehenen Wasserhaltung).

Grundsätzlich ist der Unternehmer nicht verpflichtet ein anderes Werk zu erstellen, als vereinbart. Er ist nicht verpflichtet, einen Tag früher oder später mit der Ausführung zu beginnen oder einen Tag früher abzuliefern. Er ist auch nicht verpflichtet, das Werk einen Meter neben der Stelle, die ursprünglich vereinbart wurde, zu errichten. Praktisch wird zwar das Sprichwort „fast ge-

⁴⁵⁾ Pkt 5.20.2 iVm 3.7.

⁴⁶⁾ Solche „Nebenleistungen“ müssen „*verhältnismäßig gering*“ und „*zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung [...] unerlässlich*“ sein und „*der Usance entsprechend auch dann auszuführen [sein], wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind.*“

⁴⁷⁾ Die VOB/B verzichtet auf die Behandlung von Nebenleistungen. Ihr § 2 Pkt 1. lautet „*Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrs-sitte zur vertraglichen Leistung gehören*“ – dieser Wortlaut legt nahe, dass die Einheitspreise die ausschließlichen Preisausmesser sein sollten.

⁴⁸⁾ Angemerkt werden kann an dieser Stelle, dass der Besteller nicht unbedingt untätig bis zum vereinbarten Fertigstellungstermin zuwarten muss, wenn der Unternehmer offensichtlich nicht in der Lage ist, das geschuldete Werk zu errichten: Es ist durchaus möglich, bereits zuvor vom Vertrag zurückzutreten.

treffen, ist auch daneben“ nicht immer anzuwenden sein, weil – vor allem beim Bauvertrag – zumindest schlüssig gewisse Toleranzen vereinbart werden, doch ändert dies am dargestellten Grundsatz nichts.⁴⁹⁾

Zu ergänzen bleibt, dass verschiedene Änderungen in der Umwelt auch dem Unternehmer „zugerechnet“ werden – so wie Veränderungen im inneren Bereich des Unternehmers, entlasten ihn solche Änderungen nicht.

Im konkreten Einzelfall ist jeweils zunächst zu untersuchen, ob sich eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung noch innerhalb der vereinbarten Toleranzen bewegt. Tut sie dies nicht, so muss die Ausführung des (geschuldeten) Werkes unterbleiben und der Unternehmer erhält uU gemäß § 1168 Abs 1 ABGB trotzdem sein – allenfalls um Einsparungen geschmäleretes – Entgelt. Wird dann ein – eben anderes – Werk ausgeführt, so hat der Unternehmer mangels anderer Vereinbarung Anspruch auf ein angemessenes Entgelt.

Dies klingt vielleicht drastischer als es ist: Der Unternehmer dürfte sich hinsichtlich des unterbliebenen Werkes so gut wie alles ersparen, weil er ja die meisten Ressourcen in das nunmehrige Werk einbringen kann. Und auch der ursprünglich angebotene Preis dürfte bei der Ermittlung dessen, was angemessen ist, nicht völlig bedeutungslos sein.

⁴⁹⁾ Was die Rechtsprechung als „fast getroffen“ ansieht, lässt sich aus den Entscheidungen zu geringen Leistungsstörungen ersehen – zB OGH 1997/08/28 3 Ob 2212/96g = SZ 70/165: „Wird in einem gerichtlichen Vergleich vereinbart, dass mit der fristgerechten Zahlung eines Betrages von rund neunhundertfünfundzigtausend Schilling die Schuld getilgt ist, bei Verzug aber weitere zweihunderttausend Schilling zu zahlen sind, ist auf Grund der gesetzlichen Wertungen des § 39a VersVG, § 53 Abs 4 AO und § 156 Abs 4 KO als vereinbart anzunehmen, dass eine bloße geringe Nichterfüllung (hier S 69,95) die weitere Zahlungspflicht nicht auslöst.“

Heikel kann es natürlich sein, wenn der Werkbesteller das Vergaberecht zu beachten hat – im Detail soll aber auf diese Problematik hier nicht eingegangen werden.

V. Resümee

- Ein Bauwerk ist ein Unikat, das nicht nur durch seine Ausmaße und Beschaffenheit, sondern durch die gesamte Umwelt definiert wird. Änderungen in dieser Umwelt machen das Bauwerk zu einem anderen.
- Der Bauwerkvertrag ist oft ein Vertrag mit Toleranzen – gewisse Änderungen des Bauwerkes müssen hingenommen werden.
- Der Bauunternehmer erstellt ein Faktorallokationsprogramm – Änderungen des Bauwerkes, die dieses Faktorallokationsprogramm beeinflussen, müssen vom Bauunternehmer nicht hingenommen werden.
- Der Inhalt der Schuld des Bauunternehmers ergibt sich nicht nur und nicht einmal vorrangig aus dem Leistungsverzeichnis.
- Ob eine im Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Teilleistung gesondert zu vergüten ist, hängt davon ab, was die Parteien als Preismesser gewählt haben.
- Die ÖNorm B 2110 greift in allgemeine Grundsätze des Zivilrechts ein – ihre Aufnahme sollte daher im Einzelfall gründlich überdacht werden, weil mitunter falsche Erwartungen geweckt werden.
- Um zu eruieren, ob ein geforderter Nachtrag berechtigt ist, ist eine genaue Analyse dessen, was der Unternehmer schuldet, erforderlich. Nachträge sind dann eher gerechtfertigt, wenn die vertraglichen Toleranzen überschritten sind und das Faktorallokationsprogramm des Werkunternehmers betroffen wird.

Korrespondenz: RA DDr. Ing. Hermann Wenusch, Sachverständiger für Betriebswirtschaft, Mariahilfer Straße 88a/I/11, 1070 Wien.