

Prozessfinanzierung zulässig?

ElWOG und Ökostromgesetz –  
Neuerungen

Aggressive Werbung von  
Matura-(Alkohol-)Reisen

Delegiertenversammlung des  
Vereins

Kartellverfahren  
Hausdurchsuchung

Pensionskassen-Betriebsvereinbarung  
Sachgerechte Auslegung

Bankgeheimnis und  
Geldwäscherei-Meldepflichten

EuGH *Dickinger/Öhler*  
Weiter Kampf um den Glücksspielmarkt

# Nochmals: Sowiesokosten

HERMANN WENUSCH

Sowiesokosten werden oft iZm dem Gewährleistungsrecht erörtert. Tatsächlich betreffen sie aber das Entgelt für außerhalb des ursprünglichen Vertrags liegende Leistungen des Unternehmers und haben mit Gewährleistung nichts zu tun.

Als „Sowiesokosten“ werden im Allgemeinen jene Kosten bezeichnet, die die Herstellung eines mangelfreien – dh auch vollständigen – Werkes von vornherein erfordert hätte<sup>1)</sup> und die daher vom Besteller zu tragen sind: „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.“<sup>2)</sup> Dabei wird der Begriff fast ausschließlich mit Fragen der Gewährleistung erörtert.<sup>3)</sup> Tatsächlich haben Sowiesokosten mit gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen nichts zu tun: Sowiesokosten entstehen dadurch, dass über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinaus weitere – nämlich die Sowiesokosten verursachende – Leistungen vom Unternehmer zu erbringen sind. Der Zusammenhang mit der Gewährleistung kommt wohl daher, dass nicht zwischen Mängelbehebung und Ertüchtigung unterschieden wird (weil beides als Verbesserung bezeichnet wird).<sup>4)</sup>

Prinzipiell kommen va drei Szenarien für das Entstehen von Sowiesokosten in Betracht:

- Erbringung ursprünglich nicht geschuldeter Leistungen;
- irrtumsrechtliche Vertragsanpassung;
- Erschwernisse durch Umstände, die auf der Seite des Bestellers liegen.

Erbringt der Unternehmer Leistungen, die über das hinaus gehen, was er aufgrund des (ursprünglichen) Werkvertrags schuldet, um das Werk so zu gestalten, dass es den Bedürfnissen des Bestellers entspricht, so handelt es sich um Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn nicht – was allerdings der viel häufigere Fall sein dürfte – der Vertrag angepasst wird. Wird der Vertrag (wohl zumeist schlüssig) angepasst, so gebührt natürlich auch ein zusätzliches Entgelt (wenn – was vorausgesetzt wird – zusätzliche Leistungen zu erbringen sind).

Bemerkt sei – quasi als Exkurs – an dieser Stelle, dass im ursprünglichen Vertrag nicht ausgeschlossen werden kann, dass gegebenenfalls ein (zusätzlicher) Entgeltanspruch des Unternehmers entsteht: „Erteile der Auftraggeber [...] den zusätzlichen Auftrag ohne jeden Vorbehalt und nehme der Auftragnehmer diese Offerte – wenn auch bloß schlüssig – an, so komme schon damit die von ihm initiierte Vertragsänderung unter Einschluss der Vereinbarung eines angemessenen Entgeltes zustande, ohne dass es noch auf die [...] zur Sicherung der Interessen des Auftraggebers eingebauten Kautelen ankäme.“<sup>5)</sup>

Es versteht sich von selbst, dass solche Sowiesokosten nur dann entstehen können, wenn die Leistung des Unternehmers konstruktiv (dh va durch ein Leistungsverzeichnis) beschrieben ist oder wenn sich der funktional beschriebene Erfolg ändert. Der Umstand allein, dass ein Pauschalpreis vereinbart wurde, spielt prinzipiell keine Rolle, weil er nur für den ursprüngli-

chen Leistungsumfang vereinbart wurde<sup>6)</sup> – ändert sich also etwas am Inhalt der Schuld des Unternehmers, so hat dies auch bei Vereinbarung eines Pauschalpreises eine Auswirkung auf das Entgelt.

Die Mehrleistungen sind gem § 1152 ABGB angemessen zu vergüten, wenn keine Vereinbarung über das Entgelt getroffen wird. Bei einem Einheitspreisvertrag ist die schlüssige Vereinbarung der Einheitspreise für die zusätzlichen Arbeiten wohl nicht unwahrscheinlich. Ganz allgemein lässt sich aber nicht sagen, dass die Kalkulationsansätze des ursprünglichen Vertrags fortzuschreiben sind: ZB mag ein Unternehmer bereit sein, hinsichtlich des ursprünglichen Vertrags einen gewissen Verlust in Kauf zu nehmen – durch eine „Fortschreibung“ im Falle zusätzlicher Leistungen würde sich dieser Verlust aber vergrößern. Es lässt sich nun wohl nicht ohne weiteres unterstellen, dass es dem beim ursprünglichen Vertragsabschluss erkennbaren Willen des Unternehmers entspricht, durch Änderungen jeden möglichen Verlust in Kauf zu nehmen. Ob der ursprüngliche Vertrag zumindest mittelbar dadurch Bedeutung erlangen kann, dass er bei der Ermittlung der Angemessenheit des Entgelts zu berücksichtigen ist, soll hier nicht untersucht werden.

Sind andere Leistungen des Unternehmers erforderlich, als im ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang enthalten, um das Werk den Bedürfnissen des Bestellers entsprechend zu gestalten, so kann dieser den Vertrag allenfalls irrtumsrechtlich anpassen, wenn die Voraussetzungen des § 871 ABGB vorliegen. In Frage kommen diesbezüglich vor allem eine Veranlassung des Irrtums und dessen Auffallenmüssen. Ein Irrtum wird zB durch eine Verletzung der Warnpflicht verursacht, wobei zu beachten ist, dass eine Warnung nur dort erforderlich ist, wo das Misslingen droht (dh nur dort, wo das Ergebnis für den Besteller nicht brauchbar ist) – nicht zu warnen ist jedoch vor bloß unzumutbaren Werkbeiträgen des Bestellers.<sup>7)</sup> Wird die Leistungspflicht des Unternehmers durch eine Vertragsanpassung geändert, so hat dies natürlich auch Auswirkungen auf das vom Besteller geschuldete Entgelt.<sup>8)</sup> Dabei ist wesentlich, dass bei der Vertragsanpassung nicht nur auf den Willen des Irrenden, son-

Ing. Dr. Hermann Wenusch ist Rechtsanwalt in Rekawinkel.

- 1) Vgl zB B. Jud, Vorteilsausgleich im Gewährleistungsrecht, JBl 2000, 2.
- 2) OGH 2 Ob 152/03 x.
- 3) Vgl zB Kozioll/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 261; Ofner in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 932 Rz 14; Bydlinski in Kozioll/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar<sup>3</sup> § 1167 Rz 3.
- 4) Wenusch, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, eclex 2010, 841 f.
- 5) OGH 2 Ob 248/05 t.
- 6) Vgl zB Krejci, Die bauvertragliche Pflicht zur Baugrundrisikotragung, wbl 1988, 427: „Das Wesen einer Pauschalpreisvereinbarung deckt also keineswegs von vornherein Änderungen des vertraglichen Leistungskonzepts“.
- 7) OGH 2 Ob 728/54: „Eine bloß unzumutbare Anweisung muss keineswegs für das Werk schädlich sein“ (veröff: SZ 27/1292).
- 8) OGH 8 Ob 97/00 y: „Eine solche Vertragsanpassung führt aber nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung, sondern gegebenenfalls auch

dem auch auf den des anderen Vertragsteils abzustellen ist, „damit den Parteien durch die Vertragsanpassung kein Vertrag aufgezwungen wird, den sie nie abgeschlossen hätten“.<sup>9)</sup> Es ist nach dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien zu suchen<sup>10)</sup> und wenn „bei Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens kein Ergebnis erzielt werden könnte, ist die Frage zu beantworten, wie normale Parteien redlicherweise gehandelt hätten“.<sup>11)</sup> Auch hier ist anzumerken, dass aus dem Umstand, dass der Unternehmer beim ursprünglichen Vertrag einen Verlust (in bestimmter Höhe!) in Kauf genommen hat, nicht geschlossen werden darf, dass er bei höherer Entgeltsumme auch einen höheren Verlust in Kauf genommen hätte. Das gilt natürlich spiegelbildlich für den Besteller: Nur weil er beim ursprünglichen Vertrag bereit war, eine bestimmte „Prämie“ zu zahlen, ist daraus nicht zu schließen, dass der Besteller bei einem insgesamt höheren Entgelt eine entsprechend höhere Prämie zu zahlen bereit wäre.

Schließlich können noch „Erschwernisse“ durch Umstände, die auf der Seite des Bestellers liegen, beachtlich sein. § 1168 ABGB sieht vor, dass dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes „verkürzt“ wird, sofern die Umstände, die dazu führen, auf der Seite des Bestellers liegen – auch diese Entschädigung kann als Sowiesokosten betrachtet werden, weil der Unternehmer das entsprechende Entgelt einkalkuliert hätte, wenn er von der Behinderung gewusst hätte. Teilweise<sup>12)</sup> wird dazu die Meinung vertreten, dass eine solche Entschädigung auch dann gebührt, wenn die Verkürzung aus einer Erschwernis herrührt, die nicht auch zu einem Zeitverlust führt, tlw wird dies ausdrücklich abgelehnt.<sup>13)</sup> Nach der Rsp müssen „hindernde Umstände“ „auf der Bestellerseite [...] nicht immer zu einer Verzögerung der Werkerstellung führen“.<sup>14)</sup> Tatsache ist, dass der Unternehmer bei einem Werkvertrag in der Art und Weise, die das ABGB als Regelfall ansieht, eine Erfolgsverbindlichkeit eingeht. Bei einer solchen Erfolgsverbindlichkeit scheidet andere Erschwernisse für den Unternehmer als zeitliche Verzögerungen aus: Ist ein Beitrag des Bestellers ungeeignet, so scheitert die Errichtung des Werks; ein anderes Werk – etwa aus einem anderen Stoff oder aufgrund anderer Pläne<sup>15)</sup> – muss der Unternehmer aber nicht herstellen. Was bleibt, ist eine zeitliche Verzögerung: Zwar könnte man einwenden, dass auch zeitliche Verschiebungen das Werk zu einem anderen machen können, doch hat der Gesetzgeber dies offensichtlich nicht bedacht – er ist vielmehr davon ausgegangen, dass zB ein Maßanzug derselbe bleibt, selbst wenn bei der Herstellung eine Verzögerung eintritt, die dadurch entsteht, dass sich eine erforderliche Anprobe aus Gründen aus der Sphäre des Bestellers verspätet. Bei einem Bauwerkvertrag spielen die äußeren Rahmenbedingungen natürlich eine viel größere Rolle als bei einer Werkstattfertigung, doch soll hier nicht erörtert werden, ob tatsächlich von einem anderen Werk gesprochen werden muss, wenn sich der Zeitpunkt und/oder der Zeitraum, zu dem ein Bauwerk errichtet werden soll, ändert.<sup>16)</sup> Bei einem „konstruktiven Werkvertrag“ (das ist ein solcher, bei dem nicht eine Funktion des Werks, sondern eine bestimmte Konstruktion geschuldet wird)<sup>17)</sup> handelt es sich also nicht um den Regelfall, den das ABGB vor Augen hat. Es spricht also wohl

– grob gesprochen – nichts gegen die Annahme einer Lücke und die analoge Anwendung des § 1168 ABGB dahin, dass bei konstruktiven Werkverträgen auch für Erschwernisse, die nicht als Verzögerung betrachtet werden können, dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung gebührt. Zur Höhe der Entschädigung (die übrigens Entgelt und nicht Schadenersatz ist)<sup>18)</sup> wird judiziert: „Die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts soll sich an der in der Vereinbarung des Grundpreises zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung orientieren“.<sup>19)</sup> Das kann aber aus der bereits oben dargestellten Überlegung nicht richtig sein, wonach aus der Hinnahe eines bestimmten Verlusts (im Falle des Unternehmers oder eines Überpreises im Falle des Bestellers) nicht geschlossen werden darf, dass sich dieser in Abhängigkeit vom Entgelt vergrößert.

zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten ‚Sowieso-Kosten‘ entspricht“.

- 9) OGH 5 Ob 144/98 g.
- 10) ZB OGH 7 Ob 40/78.
- 11) OGH 5 Ob 768/80.
- 12) ZB *Krejci*, Die bauvertragliche Pflicht zur Baugrundrisikotragung, wbl 1988, 426: „[A]us den immerhin erkennbaren Ordnungsgesichtspunkten des Gesetzes [lässt sich] ableiten, daß § 1168 ABGB (...) auch dann, wenn es lediglich zu (...) Erschwernissen bei der Werkerstellung kommt (beachtlich ist)“; ders in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 1168 Rz 25, 28.
- 13) *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 39: „Satz 2 erfasst nach Wortlaut und Materialien nur Nachteile des Unternehmers, die durch Zeitverlust und damit Verzögerung verursacht wurden. Für Mehraufwendungen, die durch sonstige Erschwernisse (zB andere Eigenschaften des Stoffes als angenommen oder erwartet) verursacht werden, gibt § 1168, insbes Abs 1 S 2 mE nichts her“.
- 14) OGH 2 Ob 248/05 t.
- 15) So ua OGH in 6 Ob 2144/96 d: „Die Verbesserung kann nicht dazu führen, daß vom Vertragsinhalt abgewichen wird. Ist der vereinbarte Erfolg nicht erreichbar, weil zur Herstellung eines funktionstüchtigen Werkes von der Vereinbarung abgewichen werden mußte, ist der Mangel unbehebbar. Wird das Werk unter Abänderung (untauglicher) Pläne und Vorgaben ‚verbessert‘, ist dies nicht mehr der ursprünglich geschuldete Erfolg. Solche Kosten können im Rahmen der Gewährleistung nicht begehrt werden“.
- 16) Vgl dazu *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Alptraum: Nachteile beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 169 ff.
- 17) Vgl dazu *Wenusch*, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, ecolx 2010, 841 ff.
- 18) OGH 1 Ob 642/90: „Der Anspruch nach § 1168 ABGB ist ein Entgeltanspruch und kein Schadenersatzanspruch“ (veröff: SZ 64/71).
- 19) OGH 2 Ob 203/08 d.

#### SCHLUSSTRICH

Das Phänomen der Sowiesokosten steht außerhalb des Gewährleistungsrechts – Sowiesokosten können vielmehr durch Vertragsänderung, durch irrtumsrechtliche Vertragsanpassung oder durch Erschwernisse entstehen. Bei ihrer Berechnung ist nicht Rückgriff auf den (ursprünglichen) Vertrag zu nehmen.