

Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis

Hermann Wenusch

Übersicht:

- I. Der Inhalt der Schuld des Werkbestellers
- II. Der Inhalt der Schuld des Werkunternehmers
 - A. Vorbemerkung
 - B. Herstellung gemäß (ursprünglicher) Beschreibung
 - C. Gewünschte Funktion
 - 1. Misslungenes Werk (unrichtige Anweisung)
 - 2. Unvollständiges Leistungsverzeichnis
 - 3. Fehlende Ausführungsplanung
- III. Resümee

Der Bauwerkvertrag ist typischerweise ein entgeltlicher Werkvertrag, somit ein synallagmatischer Vertrag: Einer Leistung steht eine Gegenleistung gegenüber; das Werk wird gegen Bezahlung errichtet.¹⁾ Spricht man vom Schuldinhalt des Bauwerkvertrages, so spricht man also genau genommen von zwei getrennten Schuldinhalten: dem Inhalt der Schuld des Werkunternehmers und dem Inhalt der Schuld des Werkbestellers – dies scheint mitunter allerdings völlig übersehen zu werden.

I. Der Inhalt der Schuld des Werkbestellers

Die primäre Schuld des Werkbestellers – und nur diese soll hier erörtert werden – ist die Bezahlung des Entgelts. Die genaue Höhe des Entgelts, das schließlich zu bezahlen ist, steht nicht unbedingt im Voraus fest:

Wird der Bauwerkvertrag ohne das Entgelt betreffende Abrede geschlossen, so tut dies der Gültigkeit des Vertrages keinen Abbruch, weil beim Werkvertrag das Entgelt nicht zu den „essentialia negotii“ zählt – es ist gem § 1152 ABGB ein „angemessenes“ Entgelt zu bezahlen²⁾. Was angemessen ist, ist natürlich nicht ohne Weiteres zu beantworten. Die oberstgerichtliche Judikatur zur Frage der Angemessenheit eines werkvertraglichen Entgelts ist ziemlich spärlich. Was aber auch nicht weiter überrascht, weil es sich bei der Frage nach der Angemes-

1) *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 169.

2) OGH 4 Ob 2161/96i.

senheit wohl um eine Tatsachenfrage und noch dazu eine solche des Einzelfalls handelt, womit sie einer Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen ist. Wenn, dann finden sich hauptsächlich unbestimmte – um nicht zu sagen: inhaltsleere Floskeln, wie: *„Es sind insbesondere die Anhaltspunkte, die das Gesetz dafür bietet, was angemessen sein soll, zu berücksichtigen. Wenn sie auch nur lückenhaft sind, bieten sie doch wesentliche Richtlinien“*³⁾. Eine „handfeste“ Aussage findet man nur diejenigen Fälle betreffend, in denen „verbindliche Tarife“ bestehen: *„Soweit für Leistungen ein besonderer – verbindlicher – Tarifansatz besteht, ist regelmäßig dieser als angemessenes Entgelt anzusehen“*⁴⁾ – angesichts des Umstandes, dass „verbindliche Tarife“ wohl der Vergangenheit angehören dürften, eine nicht wirklich hilfreiche Aussage. Immerhin findet sich eine Aussage zu dem Fall, in dem eine „naheliegende“ Entgeltvereinbarung vorliegt: *„Werden nach einer auf Grund eines (detaillierten) Kostenvoranschlages erfolgten Bestellung eines Werkes noch weitere gleichartige Zusatzarbeiten an denselben Objekten in Auftrag gegeben, dann dürfen – mangels anderer Vereinbarung – als angemessenes Entgelt für die Zusatzarbeiten nur Preise auf der Basis des Kostenvoranschlages und nicht Regiepreise verrechnet werden. Beabsichtigt der Unternehmer, für die Zusatzarbeiten ein höheres Entgelt zu verlangen, so hat er den Besteller darauf hinzuweisen“*⁵⁾.

Dass für bestimmte Leistungen einmal getroffene Entgeltvereinbarungen in die Zukunft fortwirken sollen, ist alleine schon dann ziemlich bedenklich, wenn man die Grundsätze der Preisbildung eines Werkunternehmers analysiert⁶⁾. 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.

3) OGH 4 Ob 536/75.

4) OGH 4 Ob 541/92.

5) OGH 6 Ob 93/74.

6) Vgl dazu zB Wenusch, Des einen Traum, des anderen Alptraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 170.

- Auch bei der Zeit sind 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 Merkmalen) 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.

Dabei wurden unternehmensexterne preispolitische⁷⁾ Überlegungen, die ein Unternehmer in einer modernen Marktwirtschaft anzustellen hat, noch gar nicht berücksichtigt.

Zu bedenken ist, dass die soeben angestellten Überlegungen zur Frage der Angemessenheit nur die Preisbildung durch den Unternehmer betrachten. Versteht man den Begriff der Angemessenheit allerdings nicht so eingeschränkt, so sind auch Umstände auf der Seite des Werkbestellers beachtlich – zB dessen Vermögenszuwachs durch das Werk. Außer Betracht zu bleiben haben aber sicher rein subjektive Umstände, wie persönliche Vorlieben, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit etc.

Sobald eine Entgeltvereinbarung getroffen wurde, ist die Angemessenheit des Entgelts unerheblich: „Haben aber die Parteien eine Entgeltsvereinbarung getroffen, bleibt diese auch dann gültig, wenn das vereinbarte Entgelt nicht angemessen im Sinne des § 1152 ABGB sein sollte“⁸⁾.

Beim Bauwerkvertrag sind praktisch nur folgende Entgeltvereinbarungen anzutreffen: Einheitspreis-, Pauschalpreis- und Regiepreisvergütung; der Entgeltsberechnung folgend werden die entsprechenden Verträge in der Praxis zur Gänze als Einheitspreis-, Pauschalpreis- und Regiepreisvertrag bezeichnet, wobei diese Begriffe nicht legal definiert sind.

Bei einem Einheitspreisvertrag wird das Entgelt auf Grund eines Leistungsverzeichnisses ermittelt. Ein solches Leistungsverzeichnis ist eine Aufgliederung eines Endprodukts in einzelne Einheiten (also zB Stück, m, m², m³, kg, h etc) von Teilleistungen, wobei diese Teilleistungen nach Tunlichkeit⁹⁾ so gebildet werden, dass sie jeweils nur zwingend zusammengehörige Produktionsfaktoren

7) Mandl, Rechnungswesen & Rechnungslegung (2004) 660 (zum Begriff Preispolitik).

8) OGH 3 Ob 658/81.

9) Vgl dazu etwa § 97 BVergG 2006.

enthalten¹⁰). 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 „fares“ Entgelt¹¹) auch dann festlegen zu können, wenn das genaue Ausmaß (rein quantitativ zu verstehen!) des zur Werkerstellung erforderlichen Einsatzes an Produktionsfaktoren bei Vertragsabschluss noch nicht bekannt¹²) 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.

Mitunter wird ein Einheitspreisvertrag definiert als „*ein Bauwerkvertrag, der aufgrund eines Leistungsverzeichnisses zustande kommt*“¹³) – diese Definition reflektiert allerdings nicht den Umstand, dass das Leistungsverzeichnis primär die Grundlage für die Entgeltberechnung ist und nur höchstens hilfsweise – und wie gezeigt wird, keinesfalls abschließend – den Schuldinhalt des Werkunternehmers definiert.

Die Entgeltberechnung des Einheitspreisvertrages gilt nur für das geschuldete Werk – und nur für dieses spezielle Werk, das nicht nur durch Quantität und Qualität definiert ist¹⁴). Das Leistungsverzeichnis ist keine „Speisekarte“, aus der sich der Werkbesteller nach Belieben sein „Menü“ zusammen stellen darf. Dies wird klar, wenn man sich die Kalkulation des Werkunternehmers vor Augen führt – diese erfolgt gesamthaft und berücksichtigt nicht nur Quantitäten und Qualitäten des eigentlichen Werks (siehe oben).

Die Entgeltberechnung des Einheitspreisvertrages gilt selbst für das geschuldete Werk nicht in jedem Fall¹⁵): Haben unrichtige Mengenangaben im Leistungsverzeichnis eine unrichtige Kalkulation des Werkunternehmers verursacht, so kann die vereinbarte Entgeltberechnung irrtumsrechtlich angepasst werden. Dies setzt aber eine gewisse Signifikanz der Abweichung voraus – mit geringen Mengenabweichungen ist zu rechnen, weil die Erwartung solcher „Unschärfen“ genau der Grund dafür ist, weshalb ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen wird.

Oftmals lassen sich notwendige Teilleistungen auffinden, die durchaus als eigene Position in das Leistungsverzeichnis aufgenommen werden hätten können, dies aber tatsächlich nicht wurden. Es stellt sich dann die Frage, ob diese

10) Vgl VOB/B § 5 Pkt 1 lit a.

11) *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 170.

12) 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).

13) *Karasek*, ÖNORM B 2110 (2003) Rz 579.

14) Pointiert *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 177: Es „lässt sich sagen, dass beim Werkvertrag nicht das Werk, sondern dessen (erfolgreiche) Erstellung geschuldet wird“.

15) *Wenusch*, Der Bauwerkvertrag als Einheitspreisvertrag – Auswirkungen quantitativer Änderungen, *ecolex* 1998, 112ff.

Teilleistungen separat zu vergüten sind, oder ob sie in die vorhandenen Positionen „einzurechnen“ sind. Dazu ist zunächst ganz allgemein und abstrakt zu untersuchen, wie sich der Preis für eine Leistung, deren Ausmaß bei Vertragsabschluss noch nicht in allen Einzelheiten bekannt ist, errechnen lässt¹⁶). Der einfachste Fall ist der einer Leistung, die völlig homogen, beliebig teilbar und formindifferent¹⁷) ist, weil man hier als „Preisausmesser“ auf die grundsätzlichen Maßeinheiten 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 wohl grundsätzlich 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 Preisausmessern. 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 das genaue Ausmaß der Leistung zunächst noch 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. Was bei einem Einheitspreisvertrag Wertmesser ist, ist fraglich und wohl im Einzelfall zu ermitteln. Dabei spielt sicher der Inhalt der Schuld des Werkunternehmers eine Rolle: Schuldet der Werkunternehmer ein ganzes Werk, so scheint es nahe liegend, die vorhandenen Positionen des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen; nicht enthaltene Positionen werden nicht (getrennt) vergütet – sie sind eben „einzurechnen“. Schuldet

16) *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 175.

17) 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.

der Werkunternehmer ein Bündel an Teilleistungen, so sind solche, die nicht im Leistungsverzeichnis vorgesehen sind, besonderes und getrennt zu vergüten.

Beim Pauschalpreisvertrag handelt es sich prinzipiell um nichts anderes, als 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, prinzipiell an 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“.

Der Regiepreisvertrag unterscheidet sich vom Einheits- und Pauschalpreisvertrag dadurch, dass sich das Entgelt nicht aus der Quantität des Endprodukts, sondern aus dem Einsatz an Produktionsfaktoren durch den Werkunternehmer bemisst. Zu bezahlen sind nicht Einheiten des Endprodukts, sondern Einheiten von Produktionsfaktoren¹⁸⁾. Der Werkunternehmer ist auch beim Regiepreisvertrag zu wirtschaftlicher Gestion verpflichtet, nur ist gegebenenfalls Diskussionen Tür und Tor geöffnet und der Ausgang eines Prozesses hängt schließlich von dem schwer prognostizierbaren Ergebnis eines Sachverständigen ab.

II. Der Inhalt der Schuld des Werkunternehmers

A. Vorbemerkung

Vorauszuschicken ist, dass überhaupt kein Vertrag zu Stande kommt, wenn die Herstellung des Werkes „geradezu unmöglich“ ist. Die hM hinsichtlich faktischer Unmöglichkeit ist, dass nur offensichtlich absurde Ergebnisse einem Vertragsabschluss entgegen stehen¹⁹⁾. „Wirksam sind Verträge jedenfalls dann, wenn die Parteien die Erfüllbarkeit in der Zukunft erhoffen.“²⁰⁾ Beachtlich in diesem Zusammenhang ist allenfalls, dass nach der Judikatur Versprechen, die im Bewusstsein der Unmöglichkeit gemacht werden, sehr wohl verpflichtend sind: „Wer sich zur

18) Die Abrechnung erfolgt sowohl beim Einheitspreis- als auch beim Regiepreisvertrag aufgrund von Einheiten – bei Ersterem aufgrund von vom Werkbesteller „erhalten“ Einheiten, bei Letzterem aufgrund von vom Werkunternehmer verbrauchten Einheiten.

19) Siehe dazu zB *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB² (2007) Rz 2 zu § 878.

20) *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB² Rz 4 zu § 878 unter Berufung auf *Gschmitzer*, Kommentar IV / 1 (1968) 162 ff.

Vgl *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, *ÖJZ* 1983, 540: Solange das Verlangte Werk nicht faktisch absurd ist, liegt „schlichte Unmöglichkeit“ vor und der Vertrag ist „zunächst einmal“ gültig.

Siehe zB *OGH* 5 Ob 107/07g: „Die Versagung der baubehördlichen Genehmigung nach Vertragsabschluß begründet keine ursprüngliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung im Sinne des § 878 ABGB“.

Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Lieferung eines Werkes verpflichtet, obwohl er wissen müsste, dass ihm die ordnungsgemäße Fertigstellung des zu liefernden Gegenstandes zum vereinbarten Termin nicht möglich sein wird, kann sich keinesfalls auf eine ‚Unmöglichkeit der Leistung‘ iS des § 878 ABGB berufen“²¹⁾.

An dieser Stelle kann weiters festgehalten werden, dass die Frage nach dem Inhalt der Schuld des Werkbestellers leicht zu beantworten ist, wenn lediglich das Ergebnis (ausschließlich) „funktional“ beschrieben wird: Geschuldet wird ein Werk, das die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat und das entsprechend genutzt werden kann. Es kann aber fraglich sein, ob sich daran etwas ändert, wenn das Ergebnis „konstruktiv“ beschreiben wird – wie dies etwa bei Abschluss eines Einheitspreisvertrages der Fall ist²²⁾. Dies weil die Meinung vertreten wird, dass das einem Einheitspreisvertrag inhärente Leistungsverzeichnis den Schuldinhalt des Werkunternehmers umschreibt.

Ausgangspunkt für Überlegungen zu Schuldinhalten muss die Parteivereinbarung sein. Beim Bauwerkvertrag wird (wohl immer) ein Unikat hergestellt: Das Werk lässt sich also kaum durch seine Gattung beschreiben: Kein Besteller wird sich auf die Beschreibung „ein Haus“ (und auch nicht „ein Wohnhaus mit 150 m² Wohnnutzfläche“) beschränken und genau so wenig wird sich ein Bauunternehmer verpflichten, aufgrund dieser lapidaren Angaben ein Gebäude zu errichten. Bei einem zu errichtenden Bauwerk ist wohl immer eine Vereinbarung über die Ausmaße erforderlich. Zudem sind – auch wenn dies häufig schlüssig erfolgen dürfte – Vereinbarungen zu Gestalt (und Farbe) und zum zu verwendenden Material zu treffen. Möglich ist auch eine Vereinbarung darüber, zu welcher Zeit und in welchem Verfahren das Werk zu errichten ist (zB „im Monat Mai“; „bei Vollmond“; „ohne Einsatz von Maschinen“) – auch solche Vereinbarungen sind einzuhalten: „Stellt der Werkunternehmer das Werk nicht auf die vereinbarte Art und Weise her, so handelt er vertragswidrig und damit rechtswidrig, mag auch die von ihm gewählte Art der Herstellung den Regeln der Technik und dem Stand der Wissenschaft entsprechen“²³⁾ – „pacta sunt servanda“²⁴⁾.

Die Gattung des Werkes („ein Haus“) beschreibt den Vertragsgegenstand lediglich abstrakt. Diese abstrakte Beschreibung dient vor allem – aber nicht ausschließlich – zur Identifikation als Werkvertrag. Wie das Werk konkret auszusehen hat, legt der Besteller in diversen Anweisungen fest. Es ist aber grundsätzlich einzig die Sache des Unternehmers, wie er das geschuldete Werk errichtet.

21) OGH 3 Ob 608/76 und dort weiter *„Zwar begründet die Verletzung einer bloß tätigkeitsbezogenen Vertragspflicht keine Mangelhaftigkeit des Werkes und damit keine Minderung des Werklohnes, wenn nur der Erfolg voll herbeigeführt wurde, dies ändert aber nichts daran, daß der Werkunternehmer allfällige Schäden, die dadurch entstanden sind, daß er eine vertragswidrige Herstellungsart wählte, aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen hat“*.

22) Hier nicht weiter thematisiert werden soll die Frage nach der Grenze zwischen „funktional“ und „konstruktiv“ – tatsächlich dürfte diese nicht klar zu ziehen sein; vgl auch § 95 BVergG 2006.

23) OGH 2 Ob 291/97 a.

24) Perner in Welscher, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 383: *„Ein gültig zu Stande gekommener Vertrag muss auch dann erfüllt werden, wenn der Vertrag später nicht mehr dem Willen des Verpflichteten entspricht“*.

Anweisungen des Bestellers werden zum Inhalt der Schuld des Werkunternehmers, wenn sie Teil des Vertragsabschlusses sind, aber auch, wenn der Vertrag dem Besteller ein entsprechendes (späteres) Anweisungsrecht (Recht, den Schuldinhalt des Werkunternehmers einseitig zu verändern) einräumt²⁵). Sicher unrichtig ist die Meinung, dass eine Anweisung dem Vertragsabschluss nachgeordnet sein muss und dass dem entsprechend eine bindende Anordnungsbefugnis vereinbart sein muss²⁶).

Tatsächlich sind „ursprüngliche“ Anweisungen (d.s. solche, die beim Vertragsabschluss Vertragsinhalt werden) wohl viel eher anzutreffen als „nachträgliche Einmischungen“. Daraus lässt sich wohl zwanglos schließen, dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer Warnpflicht für unrichtige „Anweisungen“ in § 1168 a ABGB wohl eher „ursprüngliche“ Anweisungen (dh den Regelfall), als „nachträgliche“ Anweisungen (dh die Ausnahme) regeln wollte.

Dem entsprechend ist es unrichtig, wenn zwischen „Bestellung“ (gemeint: Beschreibung bei Vertragsabschluss) und Anweisung differenziert wird²⁷) (selbst wenn zugleich eine Gleichbehandlung von Bestellung und Anweisung gefordert wird²⁸): Grundsätzlich sind Anweisungen wesentlicher Bestandteil der Bestellung. Insbesondere ist eine Unterscheidung in Was und Wie nicht zielführend, weil sich daraus keine genaue Abgrenzung herleiten lässt: „Wie groß sind die Fenster herzustellen“ ist beispielsweise gleich bedeutend mit „Was für eine Fenstergröße ist herzustellen“²⁹).

Bei einem Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg³⁰) – ob dieser Erfolg nach dem Stand der Technik erzielbar ist, ist unerheblich: „Der Unternehmer hat für den Mangel ohne Rücksicht darauf einzustehen, ob sein Werk dem im Zeitpunkt der Bestellung oder Ausführung gegebenen Stand der Technik entsprach“³¹). Dabei kann fraglich sein, ob die gewünschte Funktion oder die Herstellung gemäß der (ursprünglichen) Beschreibung als Erfolg anzusehen ist –

25) *Wilhelm*, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, in FS Welsch (2004) 1188: „begriffswesentlich ist [. . .], dass der Werkunternehmer verpflichtet ist, die Anweisung zu befolgen, was eine vorangehende vertragliche Ermächtigung voraussetzt“.

26) So *Wilhelm*, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, in FS Welsch (2004) 1188: „Dem engsten Wortsinn zufolge ist die Anweisung ein dem Vertragsabschluss nachgelagerter [. . .] Befehl des Werkbestellers“.

Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim (1990) 230: „Charakteristisch für die ‚Anweisung‘ ist jedoch, dass [s]ie bindend anordnet, wie das schon vorweg abschließend beschriebene Werk herzustellen ist“.

27) So zB *Hussian* in *Weselik/Hussian*, Der österreichische Bauprozess (2007) 91.

28) So zB *Wilhelm*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim 230 unter Berufung auf OGH 5 Ob 510/83.

29) Unklar daher OGH 4 Ob 606/87: „Eine Anweisung im Sinne des § 1168 a ABGB liegt dann vor, wenn der Unternehmer nicht bloß das herzustellende Werk und sein Verwendungszweck, sondern auch die Art der Herstellung konkret und verbindlich vorgeschrieben werden; dies ist bei der Beistellung von Bauplänen der Fall“. Was außer dem Ergebnis beschreibt ein Plan?

30) *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989) 17.

31) OGH 5 Ob 510/83.

beides ist möglich. Bevor die beiden Alternativen erörtert werden, ein Beispiel, anhand dessen dann die jeweiligen Auswirkungen demonstriert werden:

Der Bauvertrag über die Errichtung eines Gebäudes enthält ein Leistungsverzeichnis, aus dem ersichtlich ist, dass das Kellermauerwerk aus Schalsteinen auf Streifenfundament ohne besondere Feuchtigkeitsisolierung zu errichten ist. Da die erwarteten Baugrundverhältnisse diese Konstruktion als ausreichend erscheinen lassen, trifft den Unternehmer (noch) keine Warnpflicht. Beim Aushub des Kellers stellt sich nun heraus, dass dieser aufgrund unerwarteter Grundwasserhältnisse jedenfalls als Wanne auszubilden ist, wenn der Keller die gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft aufweisen soll, worauf der Unternehmer in Erfüllung seiner Warnpflicht auch hinweist.

B. Herstellung gemäß (ursprünglicher) Beschreibung

Schuldete der Werkunternehmer die Herstellung gemäß der Beschreibung des Werks bei Vertragsabschluss, so würde jede notwendige Änderung die Unmöglichkeit der Ausführung bedeuten – nachträglich kann der Schuldinhalt nicht mehr einseitig verändert werden („*pacta sunt servanda*“), die Verpflichtung des Unternehmers, ein Werk zu errichten, das irgendwie von dem (ursprünglich) Vereinbarten abweicht, wäre ein Eingriff in die Privatautonomie des Unternehmers.

Eine solche Änderung muss nicht einmal Qualität oder Quantität betreffen: Das Werk ist nämlich nicht nur durch diese Größen definiert, wie aus der Darstellung der Umstände, die das Faktorallokationsprogramm des Unternehmers beeinflussen, klar gemacht wurde. Überspitzt ausgedrückt: Eine noch so kurze, vom Besteller zu vertretende Verzögerung (die allenfalls auch nicht vom Unternehmer vorherzusehen ist) macht das Werk – aus der Sicht des Unternehmers – gegebenenfalls zu einem anderen, weil der Unternehmer anders über seine Produktionsfaktoren disponieren muss.

In dem einleitenden Beispiel bleibt dem Besteller nichts anderes, als das Werk abzubestellen, wenn er die Fertigstellung eines nutzlosen Gebäudes (der Einfachheit halber wird die Möglichkeit einer nachträglichen Sanierung ausgeschlossen) vermeiden will.

Durch die Möglichkeit der Abbestellung erspart sich der Besteller immerhin das, was sich der Werkunternehmer durch die Abbestellung erspart und außerdem erspart er sich noch Kosten, die durch die Beseitigung des dann fertig gestellten, aber nutzlosen Werks entstehen würden.

In der Baupraxis werden entsprechende Überlegungen nicht angestellt: Der betroffene Bauunternehmer vergisst vor Freude, dass er ein zusätzliches Entgelt lukrieren kann, auf seine starke Verhandlungsposition; die Rechtslage, dass im Falle der Abbestellung das vereinbarte Entgelt, lediglich vermindert um Einsparungen, vom Besteller zu bezahlen ist, scheint gemeinhin völlig unbekannt.

Der OGH hat zu diesem Thema ausgesprochen, dass eine gewährleistungsrechtliche Verbesserung nicht dazu führen kann, dass vom Vertragsinhalt abgegangen wird: *„Ziel der Verbesserung ist die Herstellung der vertraglich geschuldeten,*

einwandfreien Leistung [. . .]. Ist der vereinbarte Erfolg nicht erreichbar, weil zur Herstellung eines funktionstüchtigen Werkes von der Vereinbarung abgewichen werden musste, ist der Mangel unbehebbar. Wurde ein Bauwerk nach den Plänen und Vorgaben des Bestellers angefertigt, so ist ein Mangel, der auf die Untauglichkeit der Pläne und Vorgaben zurückzuführen ist, unbehebbar³²⁾. (Im konkreten Fall ging es darum, dass der Besteller die erforderliche Verbesserung durch Einbau anderer als der von ihm ursprünglich vorgesehenen Rohre von einem Dritten hat durchführen lassen und diese Kosten dann vom Werkunternehmer, verlangte.) Es wird aber eingeräumt, dass statt Gewährleistung allenfalls Schadenersatz begehrt werden könnte.

Diesbezüglich interessant ist das Konzept der ÖNORM B 2110³³⁾: „Der AG ist berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistungen [. . .] 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“. Diese Bestimmung ist nicht dahin gehend auszulegen, dass der Besteller – soweit dem Werkunternehmer zumutbar – jedenfalls berechtigt ist, „Änderungen zu verlangen“³⁴⁾, sondern dass solche Änderungen – soweit zumutbar – nur verlangt werden dürfen, sofern dies zur Ausführung des Werks notwendig ist³⁵⁾.

Würde ohnehin der Erfolg (die „Ausführung der Leistung“) – und eben nicht das (ursprünglich) beschriebene Werk – geschuldet, so wäre eine entsprechende Berechtigung des Bestellers völlig überflüssig – die ÖNORM B 2110 geht also offensichtlich davon aus, dass das Leistungsverzeichnis tatsächlich die (ursprüngliche) Schuld des Werkunternehmers wiedergibt und dass unter bestimmten Umständen diese Schuld einseitig vom Besteller verändert werden kann.

Der geschuldete Erfolg beschränkt sich jedenfalls dann auf die Herstellung gemäß der ursprünglichen Beschreibung, wenn es um Prototypen zu Testzwecken geht: Dabei wird wohl nur die wunschgemäße Herstellung geschuldet – wäre schon im Voraus bekannt, ob der Prototyp auch wie gewünscht funktioniert, so wäre der Prototyp ja nicht erforderlich. Das Gleiche gilt für Werkverträge, die vom Besteller aufgrund persönlicher Überzeugung geschlossen werden: Der Mediziner leistet dafür Gewähr, dass der Regentanz der Kunst entspricht – er leistet aber wohl nicht Gewähr dafür, dass es auch tatsächlich regnet³⁶⁾.

32) OGH 6 Ob 2144/96 d.

33) Pkt 5.24.1 „Berechtigung des AG zur Anordnung von Leistungsänderungen bzw. zusätzlichen Leistungen“.

34) IdS offenbar Karasek, ÖNORM B 2110 Rz 430 (FN 1): „weil sich der Satzteil ‚aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind‘ nur auf zusätzliche Leistungen bezieht“.

35) Wenusch, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 174.

36) Rebhahn in Schwimann, ABGB Praxiskommentar³ Rz 30 zu § 1165: „So wird zB aus einem Transportvertrag das Bewirken der Ortsveränderung geschuldet, aus einem Vertrag über das Verfassen eines Werbekonzeptes aber nur das Abliefern eines nach der Verkehrsauffassung ‚ordentlichen‘ Konzeptes, nicht aber eines Konzeptes, das den Besteller überzeugt oder gar erfolgreich ist“.

C. Gewünschte Funktion

1. Misslungenes Werk (unrichtige Anweisung)

In einer Vielzahl von Fällen wird ohne Zweifel als geschuldeter Erfolg das Funktionieren des Werks anzusehen sein: Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 922 ABGB, wonach dafür Gewähr zu leisten ist, dass eine Sache entsprechend verwendet werden kann; dies gilt sicher ohne Zweifel dann, wenn das Funktionieren des Werks nicht mit Anweisungen in Widerspruch steht.

Im einleitenden Beispiel würde dies bedeuten, dass der Bauunternehmer nun die notwendige Wanne errichten muss. Dies kann abgesehen von der Chance auf ein „Zubrot“ für den Unternehmer durchaus problematisch sein, weil dieser vielleicht genau dies niemals wollte (etwa weil er weiß, wie problematisch die Dichtheit einer solchen Wanne sein kann).

Selbst wenn sich die tatsächlichen Anforderungen an das Werk von den Erwartungen unterscheiden, bedeutet dies nicht, dass dem Besteller – etwa im Sinne der ÖNORM B 2110 – ein Weisungsrecht zukommt: Geschuldet wird dann ein Werk, dass *„so auszuführen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Im Zweifel wird ein Werk durchschnittlicher Qualität entsprechend den aktuellen fachspezifischen Erkenntnissen geschuldet“*³⁷⁾. Um Streitigkeiten zu vermeiden wird der Unternehmer das Einvernehmen mit dem Besteller suchen, doch kann dieser keinesfall einseitig den Vertragsinhalt ändern.

Bei der Lösung des Dilemmas, dass offenbar zwei sich gegenseitig ausschließende Lösungen möglich sind, hilft eine Betrachtung der Warnpflicht: Eine solche wäre völlig sinnlos, wenn sich der Unternehmer – und damit auch der Besteller – im Falle einer Abbestellung nichts erspart und auch die Kosten der Beseitigung (der Fragmente) des misslungenen Werks vernachlässigbar sind. Dies ist zwar im Falle von Bauwerken sicher nicht allzu wahrscheinlich, doch wurden die werkvertraglichen Bestimmungen des ABGB wohl nicht hauptsächlich für Bauwerkverträge geschaffen. Tatsächlich ist ein solches Szenario sehr häufig möglich: Bei einer Komposition, die bei einem ansonsten arbeitslosen Komponisten in Auftrag gegeben wurde, genauso wie bei einem Schneider oder Schuster, der nicht in der glücklichen Lage ist, wegen hervorragenden Geschäftsganges potentielle Kunden abweisen zu müssen.

Wenn also eine Warnpflicht vorgesehen wird, so lässt dies darauf schließen, dass dem Besteller eine Dispositionsbefugnis eingeräumt werden soll, die über die simple Abbestellung hinausgeht: Ohne diese Dispositionsbefugnis wäre die Warnpflicht in vielen Fällen (eben jenen, wo sich der Unternehmer durch die Abbestellung nichts erspart und die Beseitigung des unbrauchbaren Werks keine Kosten verursacht) völlig nutzlos.

An dieser Stelle zurück zu der oben zitierten Entscheidung³⁸⁾: Diese geht offensichtlich – wenn auch unausgesprochen – davon aus, dass die Kosten der Verbesserung vom Werkunternehmer zu tragen wären, wenn er diese durchführen müsste (und empfindet das entsprechende Resultat als nicht sachgerecht). Ge-

37) OGH 1 Ob 224/05 f.

38) Siehe FN 32.

nau dies trifft aber nicht unbedingt zu³⁹): Veranlasst der Besteller zunächst eine schließlich nicht erfolgreiche Leistung durch den Werkunternehmer und ist dieser (nicht etwa auf Grund einer Warnpflichtverletzung!) auch (zusätzlich!) verpflichtet, eine daraufhin erforderliche „Verbesserung“ durchzuführen, so kann der Werkunternehmer entweder das vertragliche Entgelt für die erfolglose und (zusätzlich!) die erfolgreiche Leistung verlangen oder – etwa wenn die Entgeltvereinbarung dies nicht zulässt – den Vertrag irrtumsrechtlich anfechten (verschuldet der Besteller die erfolglose Leistung durch den Werkbesteller, so wird er außerdem schadenersatzpflichtig). Die Entscheidung ist also mit dem grundsätzlichen Fehler behaftet, nicht zwischen Leistung und Gegenleistung zu unterscheiden – sie unterstellt unrichtigerweise, dass jemand, der eine „Verbesserung“ vornehmen muss, dies unentgeltlich tun muss (der Begriff „Verbesserung“ ist hier technisch und nicht gewährleistungsrechtlich zu verstehen).

Was ergibt eine ökonomische Analyse des Zivilrechts⁴⁰), wenn man die beiden Lösungsmodelle hinsichtlich des Schuldinhalts des Werkbestellers vergleicht?

Im Fall, dass eine Herstellung gemäß der (ursprünglichen) Beschreibung geschuldet wird, muss der Besteller abbestellen. Dadurch wird der Werkunternehmer jedenfalls nicht schlechter gestellt, als wenn er das Werk genau so wie beschrieben errichtet hätte, der Besteller ist aber sehr belastet: Er hat Aufwände zu tragen, die (aufgrund allfälliger Beseitigungskosten) vielleicht sogar das ursprünglich erwartete Entgelt übersteigen, ohne ein funktionierendes Werk nutzen zu können.

Im Fall, dass die Herstellung eines funktionierenden Werks geschuldet wird, muss der Unternehmer andere Leistungen erbringen, als er geplant hatte, weshalb die Entgeltabrede entsprechend anzupassen ist. Der Besteller wird wiederum nicht schlechter gestellt, als wenn er „nur“ das beschriebene Werk errichtet hätte, der Besteller ist aber viel weniger belastet: Er hat zwar höhere Ausgaben, aber ihm (und der gesamten Volkswirtschaft) steht ein funktionierendes Werk zur Verfügung – vergleicht man die Mehrkosten für das funktionierende Werk mit den ansonsten völlig verlorenen Kosten, so dürfte das Interesse des Bestellers an einem funktionierenden Werk überwiegen. Sollte dem nicht so sein, so kann er jederzeit für eine Abbestellung optieren.

Diese Überlegungen dürfen nicht als tiefgehende Detailanalyse betrachtet werden – für eine solche wäre hier kein Platz –, doch zeigen sie, dass aus grundsätzlichen Überlegungen die Konzeption, wonach das (ursprünglich) beschriebene Werk den Schuldinhalt darstellt, im Ergebnis problematisch ist.

Oben wurde erwähnt, dass der Unternehmer vielleicht nicht bereit ist, ein anderes Werk, als das beschriebene zu errichten – eine entsprechende Änderung wäre ein Eingriff in seine Privatautonomie. Dazu ist aber natürlich auch zu sagen, dass wohl jeder Bauunternehmer mit gewissen Änderungen rechnet – geringe Änderungen werden wohl immer schlüssig mitvereinbart, wofür eben

39) Überlegungen hinsichtlich einer Warnpflichtverletzung bleiben folglich ausgespart.

40) Zum Begriff und der Rechtfertigung einer solchen Analyse siehe zB *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴ (2005).

wohl auch die Vereinbarung eines Einheitspreisvertrages statt eines Pauschalpreisvertrages spricht.

Unproblematisch sind diesbezüglich jedenfalls Änderungen, die keine Änderung des Faktorallokationsprogrammes erfordern: Eine Verschiebung eines Fensters oder einer Türe, die keinerlei statische oder arbeitstechnische Probleme verursacht und bei der auch mit den gleichen Materialien das Auslangen gefunden werden kann, wäre etwa solch ein Fall. Im Einzelfall wird wohl auch die Ausstattung des Betriebes des Bauunternehmers zu berücksichtigen sein: Überschreitet eine Änderung in einem „in erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Werkunternehmers abzulesende [...] Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einzustellen hat“⁴¹⁾, so wäre eine Pflicht des Unternehmers wohl ein unzulässiger Eingriff in dessen Privatautonomie.

Grundsätzlich steht dem Unternehmer steht wohl immer das Irrtumsrecht zur Verfügung – die irrige Vorstellung vom Inhalt seiner Schuld wurde schließlich vom Besteller verursacht.

Zusammenfassend lässt sich grob vereinfacht sagen, dass der Inhalt der Schuld des Werkunternehmers nicht die Errichtung des (ursprünglich) beschriebenen, sondern eines funktionierenden Werks ist, wobei aber sicher die groben Umrisse die Grenze bilden. Natürlich kommt es im Einzelfall – wie immer – auf den Willen der Parteien an.

Auch eine „konstruktive“ Beschreibung des Werks ändert daran nichts, weil eine solche niemals als den Schuldinhalt abschließend definierend angesehen werden darf, wie sich auch für den Fall eines unvollständigen Leistungsverzeichnisses zeigt.

2. Unvollständiges Leistungsverzeichnis

Es ist zu überlegen, ob eine „konstruktive“ Beschreibung eines Werks (das Leistungsverzeichnis), überhaupt geeignet ist, um den Inhalt der Schuld des Werkunternehmers abschließend zu definieren. Dass dem nicht so sein kann, ergibt sich aus einem (stark simplifizierenden) Beispiel: 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. Vielmehr wird ein ganz bestimmtes Werk geschuldet: Wie bei jedem anderen Vertrag auch ergibt sich auch beim Einheitspreisvertrag der Schuldinhalt aus dem Willen der Parteien – und der ist eben nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, sondern aus allen verfügbaren Informationen herzuleiten: Pläne, Besprechungen, Besichtigungen etc.

41) OGH 8 Ob 156/06h; in dieser Entscheidung ging es „nur“ darum, ob eine Verzögerung zum Entfall einer Pönalabrede führt – der Gedanke, dass dem Unternehmer ein Weitermachen nach dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ dann nicht mehr zumutbar ist, wenn das von ihm entworfene Faktorallokationsprogramm „über den Haufen geworfen“ wird, lässt sich daraus wohl zwanglos weiter entwickeln.

Dass das vom Werkunternehmer 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 Werkunternehmer erbracht werden: Ist etwa in sämtlichen Plänen ein bestimmter Bauteil (zB ein Geländer) eingezeichnet und ist ein solcher zudem verbal erwähnt und bei dem angestrebten Ausbaustand (zB „schlüsselfertig“) 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, gem § 914 ABGB dem, was der „redliche Verkehr“ erwartet, vorrangige Bedeutung zu⁴²). Die kann durchaus zu einer Erweiterung⁴³) des mit Worten beschriebenen Leistungsumfanges führen. Aus dem „redlichen Verkehr“ werden so ua auch 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 Lieferung der dafür erforderlichen Schrauben) vom Unternehmer geschuldet.

3. Fehlende Ausführungsplanung

Es gehört zur Baupraxis, dass beim Vertragsabschluss die Ausführungsplanung noch nicht vorliegt. Dies ist solange kein Problem, als sich die später vom Besteller nachgereichte Ausführungsplanung innerhalb dessen hält, was der Baunternehmer bei Vertragsabschluss erwarten musste und worauf er sein Faktorallocationsprogramm abgestellt hat. Es handelt sich um eine (Art von) Wahlobligation gem § 906 Abs 2 ABGB, bei der der Besteller wahlberechtigt ist – er kann später (noch) wählen, wie das Werk im Detail aussehen soll. Liefert der Besteller die Ausführungsplanung nicht zeitgerecht, so gerät er in Annahmeverzug und (neben den allfällig sonstigen Rechtfolgen) wird dem Bauunternehmer das Recht einzuräumen sein, zur Wahl aufzufordern und bei weiterer Säumnis das Werk entweder nach seiner Wahl – aber innerhalb der Grenzen des ursprünglichen Vertrages – zu errichten oder vom Vertrag zurückzutreten⁴⁴). § 906 Abs 2 ABGB passt mit der Einschränkung zum werkvertraglichen § 1168 Abs 2 ABGB, dass letzterer nicht die Möglichkeit der „Ersatzvornahme“ durch den Werkunternehmer vorsieht, wenn der Besteller mit einer erforderlichen Mitwirkung säu-

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

43) Vgl Faistenberger ua, Schuldrecht (1991) 51 (FN 17).

44) Vgl dazu Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 29 f.

mig ist. Die Säumnis mit der Lieferung von Ausführungsplänen ist aber wohl nicht jedenfalls als unbedingt erforderliche Mitwirkung zu sehen, weil – noch immer innerhalb des Vertrages – das Werk wohl auch ohne Ausführungsplanung errichtet werden kann – § 906 Abs 2 ABGB ist daher die anzuwendende Bestimmung: Bei entsprechender Säumnis des Bestellers darf der Werkunternehmer selbst entscheiden, wie das Werk im Detail gestaltet wird – ihm gebührt natürlich der Ersatz des dadurch erlittenen Nachteils, wobei er aber die allgemeine Schadensminderungspflicht beachten muss.

III. Resümee

Zwischen dem Inhalt der Schuld des Werkbestellers einerseits und des Werkunternehmers andererseits ist strikt zu trennen: Nur weil der Unternehmer zu gewissen, nicht vorhersehbaren Leistungen verpflichtet ist, bedeutet das noch lange nicht, dass ihm dafür kein separater Entgeltanspruch zusteht.

Anweisungen im Sinne des § 1168 a ABGB sind hauptsächlich solche, die als Bestandteil des Vertrages das Werk beschreiben. Nachträgliche Anweisungen sind die Ausnahme und müssen bei Vertragsabschluss eingeräumt werden.

Inhalt der Schuld des Werkunternehmers ist wohl in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein funktionierendes Werk – auch wenn dies „konstruktiv“ (dh mittels Leistungsverzeichnis) beschrieben ist. Gegebenenfalls ist die „funktionale“ Beschreibung durch Vertragsauslegung zu gewinnen.

Auch ein Einheitspreisvertrag ist prinzipiell etwas anderes als ein Rahmenvertrag, bei dem sich der Besteller einzelne Leistungen wie aus einer Preisliste herausuchen kann.

Führt eine Abweichung von den Erwartungen dazu, dass das vom Bauunternehmer entworfene Faktorallokationsprogramm verworfen werden muss, so wird er wohl verpflichtet sein, diese Änderungen durchzuführen. Würde das Faktorallokationsprogramm aber in einem Ausmaß „über den Haufen geworfen“, das der Unternehmer mit seiner Leistungsfähigkeit nicht völlig problemlos bewältigen kann, so wäre eine Änderung ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie. Allenfalls können noch Änderungen hingenommen werden, die das Faktorallokationsprogramm zwar betreffen, aber nicht völlig problemlos – wenn auch nicht enormen Schwierigkeiten – bewältigt werden können; zu einer Anpassung des Entgelts müssen solche Änderungen gegebenenfalls aber allemal führen.

Oft stehen dem Bauunternehmer wohl irrtumsrechtliche Behelfe zur Verfügung.