

Widersprüche in Bau-Werkverträgen

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science“

eingereicht bei
Prof. Dr. Michael Breitenfeld

Mag. Emanuel Berger

0553250

Wien, April 2016

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. EMANUEL BERGER**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "WIDERSPRÜCHE IN BAUWERKVERTRÄGEN", 64 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 26.04.2016

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Definition Bauwerkvertrag	2
2.1. Was sind ÖNORMEN?	3
2.1.1. Ihre Rechtsgrundlage	3
2.1.2. Österreichisches Normungsinstitut	3
2.1.3. Die ÖNORM B 2110	4
3. Vorvertragliche Pflichten des AG und AN	5
3.1. Beginn der vorvertraglichen Pflichten	6
3.2. Umfang und Intensität der Prüf- und Warnpflicht	6
3.2.1. Pflichten des AG	7
3.2.2. Pflichten des AN	8
3.2.3. Prüfintensität in Abhängigkeit der Unternehmensgröße	11
3.2.4. Haftungsverschärfung durch Klauseln und Vollständigkeitserklärungen?	12
4. Preisearten des Werkvertrages	14
4.1. Einheitspreis	15
4.1.1. Vorteile für den Bauherrn (AG)	16
4.1.2. Änderung von Einheitspreisen	16
4.2. Pauschalpreis	18
4.2.1. Vorteile für den Bauherrn (AG)	19
4.2.2. Nachteil für den Bauherrn (AG)	19
4.2.3. Einteilung der Pauschalverträge	20
4.2.4. Leistungsabweichungen	22
4.2.5. Mengenänderungen ohne Leistungsabweichungen	22
4.3. Regiepreis	23
4.3.1. Sonderform: Einheitspreis mit Regieleistungen	23
5. Vertragsbestandteile des Bau-Werkvertrages und deren Reihenfolge	24
5.1. Annahme des Angebots	24
5.2. Reihenfolge der Vertragsbestandteile	25
5.2.1. Vertragliche Vereinbarung der Reihenfolge	25
5.2.2. Reihenfolgeregelung nach der ÖNORM B 2110	26
5.2.3. Widersprüche	27
5.2.4. Vertragsauslegung	28

5.2.5.	Lücken.....	29
5.3.	Beschreibung des Bau-Solls.....	30
5.3.1.	Standardisierte Leistungsverzeichnisse	31
5.3.2.	Vorbemerkungen	31
6.	Exkurs: Allgemein anerkannte Regeln der Technik.....	32
6.1.	Die Regeln der Technik, Begriffsdefinitionen	33
6.1.1.	Die allgemein anerkannten Regeln der Technik (aaRdT).....	33
6.1.2.	Stand der Technik.....	34
6.1.3.	Stand der Wissenschaft und Technik.....	34
6.1.4.	Technische Normen.....	34
6.2.	Geltung der Regeln	34
6.3.	Änderung der Regeln während eines Bauprojektes	35
6.3.1.	Relevanter Zeitpunkt der Änderung aaRdT	36
6.3.2.	Hinweispflicht bei Änderung der aaRdT	36
6.3.3.	Durchführungsverpflichtung des AN bei Änderung der aaRdT	37
6.4.	Verweigerung der Übernahme	38
6.5.	Allgemein anerkannte Regeln der Technik und deren Gewährleistung.....	39
6.5.1.	Gewährleistung unabhängig von der Einhaltung der aaRdT	39
6.5.2.	Die deutsche Betrachtung.....	40
6.6.	Schadenersatz bei Nichteinhaltung der aaRdT	41
6.6.1.	Rechtswidrigkeit.....	42
6.6.2.	Verschulden	42
6.6.3.	Kausalität.....	42
6.6.4.	Kosten.....	43
7.	Der geschuldete Erfolg.....	44
7.1.	Was schuldet der AN?	45
7.2.	„Verkehrsblau“ OGH 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04k	46
7.2.1.	Sachverhalt	46
7.2.2.	Darstellung des Problems.....	46
7.2.3.	Dogmatische Erörterung	47
7.2.4.	Entscheidung des OGH	51
7.3.	„Aluminiumfenster“ OGH 22. 2. 1983, 5 Ob 510/83.....	52
7.3.1.	Sachverhalt	52
7.3.2.	Darstellung des Problems.....	53
7.3.3.	Dogmatische Erörterung.....	54

7.3.4.	Entscheidung des OGH	54
7.4.	Rechtsprechung und Lehre	54
7.4.1.	<i>Wilhelm</i>	55
7.4.2.	<i>Gruber</i>	56
7.4.3.	<i>Rebhahn und Kietaihl</i>	57
8.	Zusammenfassung und Conclusio	61
	Kurzfassung	64

Abkürzungsverzeichnis

AN	Auftragnehmer
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
kl. Partei	klagende Partei
bekl. Partei	beklagte Partei
hM	herrschende Meinung
gem.	gemäß
GU	Generalunternehmer
o.g.	oben genannt
aaRdT	allgemein anerkannte Regeln der Technik
idR	in der Regel

1. Einleitung

Jedes Bauprojekt ist individuell. Es gibt kein generelles Universalrezept oder eine allgemeine Bauanleitung für dessen erfolgreiche Realisierung. Am Anfang steht nur die Vision des Bauherrn und der Wunsch diese zu verwirklichen.

Der Bauherr hat daher die Aufgabe seine Vorstellung für alle künftig Beteiligten darzustellen. Er muss sozusagen das von ihm gewünschte Ergebnis sichtbar machen, den gewünschten Erfolg beschreiben. Um dies zu bewerkstelligen, wird er sich der Hilfe eines Architekten bedienen, der das Bauprojekt mittels Plänen in eine verwirklichtbare Form bringen wird. Diese werden in weiterer Folge Bestandteil des Bauwerkvertrags und auch Grundlage für die davor stattfindende Ausschreibung der Bauleistungen sein. Bereits zu diesem Zeitpunkt sollte der Leistungsumfang feststehen.

Der abzuschließende Bauvertrag über die Errichtung des Projektes besteht aber nicht nur aus einem Vertrag mit beigelegten Plänen sondern beispielsweise auch aus einem Leistungsverzeichnis, Baubeschreibungen, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, den Vorbemerkungen der Baufirmen und vielen weiteren Unterlagen. All diese können Einfluss auf die vom AN geschuldete Leistung haben und somit Auswirkungen über die Bauphase hinaus bis hin zur Gewährleistung.

Ziel dieser Arbeit ist es dem Bauherrn die Wichtigkeit des genau definierten Leistungsgegenstandes bewusst zu machen bzw. falls notwendig, wieder in Erinnerung zu rufen. Anhand bereits ausjudizierter Fälle und in der Praxis immer wieder auftretender Probleme sollen die einzelnen Projektphasen und deren mögliche Schwierigkeiten für den Bauherrn behandelt werden. Somit soll ein Problembewusstsein für die Praxis geschaffen und gleichzeitig Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie Unklarheiten und Widersprüche durch vertragliche Regelungen vermieden, vermindert oder zumindest in geordneten Abläufen bewältigt werden können.

In diesem Zusammenhang finden sich in der Arbeit immer wieder Anmerkungen in Form von Tipps für den Bauherrn, um diesem eine erfolgreiche Realisierung seines Projektes zu ermöglichen bzw. zu erleichtern.

2. Definition Bauwerkvertrag

Der klassische Bauvertrag ist ein Werkvertrag. Der geschuldete Erfolg, nämlich die Ausführung des Werkes (§ 1165 ABGB), ist die Leistungsschuld des Werkunternehmers, die er gegenüber dem Werkbesteller mängelfrei und rechtzeitig zu erbringen hat. Im Gegenzug erhält dieser das vereinbarte Entgelt.

Gem. § 922 ABGB schuldet der AN ein Werk mit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften.¹ Da es sich jedoch bei Bauvorhaben um sehr komplexe Werkverträge handelt, die mitunter viele Ordner füllen können, deckt sich die Vorstellung des AG über den erwarteten Erfolg nicht immer mit der Leistungsvorstellung des AN, ohne dass beide dies überhaupt bemerken müssen. Daher kommt es zu Widersprüchen, Lücken und Missverständnissen im vermeintlich vereinbarten Leistungsumfang des geschlossenen Bauvertrags und in weiterer Folge zu der Frage, welche Leistungen von der Vergütung umfasst sind.

In der ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013 wird das Bau-Soll² unter Punkt 3.8. als alle Leistungen des AN bezeichnet, die durch den Vertrag - beispielsweise bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibungen, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen - unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung festgelegt werden.³ Unter Punkt 7.1 Abs. 2 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit dem vereinbarten Entgelt der Leistungsumfang und nicht das Erreichen des Leistungszieles abgegolten ist. Das heißt solange der Werkunternehmer nur das Bau-Soll baut kann er keine zusätzliche Vergütung verlangen. Erst wenn Bau-Soll und

¹ § 922 ABGB: Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht.

² Der Begriff Bau-Soll ist gleichbedeutend mit dem in der ÖNORM B 2110 verwendeten Begriff des Leistungsumfangs.

³ Hussian, Bau-Soll und geschuldeter Werkerfolg, bau aktuell, Mai 2010 H 3, 102.

Leistungsziel auseinanderfallen, kann es zu Zusatzleistungen kommen und somit auch zu zusätzlichen Entgeltsansprüchen.

2.1. Was sind ÖNORMEN?

ÖNORMEN sind Regelungswerke technischen oder rechtlichen Inhalts, die von einem privaten Institut, dem österreichischen Normungsinstitut, herausgegeben werden. ÖNORMEN schaffen für einzelne Fachgebiete eine Regelungsgrundlage, da aufgrund der Fülle an zu beachtenden Gesetzen und Normen eine individuelle vertragliche Behandlung bzw. Regelung fast unmöglich macht. Sie sind daher im Prinzip Vertragsschablonen, derer sich Vertragspartner bedienen können. Der Gesetzgeber kann ihre verbindliche Geltung durch Gesetze und Verordnungen festlegen, Private haben die Geltung der ÖNORMEN vertraglich zu vereinbaren. Wird weder durch Vereinbarung noch durch eine vorgeschriebene Norm die Anwendung der ÖNORM festgelegt, so findet ihre Regelung keine Anwendung.

2.1.1. Ihre Rechtsgrundlage

Das Normengesetz 1971 berechtigt den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit einem Verein die Befugnis zur Schaffung und Veröffentlichung von Normen zu erteilen. Die Verleihung der Befugnis erfolgt durch Bescheid. Der Verein darf als Einziger österreichische Normen und zwar die sogenannten ÖNORMEN schaffen und herausgeben. Dieser Verein ist das österreichische Normungsinstitut.⁴

2.1.2. Österreichisches Normungsinstitut

Das Normungsinstitut besteht aus mehr als 200 Fachnormenausschüssen, 100 Fachnormenunterausschüssen und rund 800 Arbeitsgruppen. Die zuständigen Fachnormenausschüsse er- oder überarbeiten die gegenständliche ÖNORM. Nach

⁴ Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009) Rz 4.

dreimaliger Lesung, einer Einspruchsfrist und der folgenden Behandlung der Einsprüche kommt es schließlich nach der Druckreifeerklärung zur Veröffentlichung der Norm durch die Geschäftsführung des österreichischen Normungsinstitutes.⁵

2.1.3. Die ÖNORM B 2110

Zur Abwicklung komplexer Bauvorhaben ist das Werkvertragsrecht des ABGB etwas dürftig. Deshalb wurde die ÖNORM B 2110 geschaffen. Sie soll den rechtlichen Rahmen für Bauverträge bilden und enthält die allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (auch für die Haustechnik).

Erstmals erschien die ÖNORM B 2110 im Jahre 1947 und wurde öfter überarbeitet. Die aktuelle Auflage in der Fassung vom 15.03.2013 ist folgendermaßen gegliedert:

Abschnitt 1	Anwendungsbereich
Abschnitt 2	Normative Verweisungen
Abschnitt 3	Begriffe
Abschnitt 4	Verfahrensbestimmungen
Abschnitt 5	Vertrag
Abschnitt 6	Leistung, Baudurchführung
Abschnitt 7	Leistungsabweichung und ihre Folgen
Abschnitt 8	Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellungen
Abschnitt 9	Benutzung von Teilen der Leistung vor Übernahme
Abschnitt 10	Übernahme
Abschnitt 11	Schlussfeststellung
Abschnitt 12	Haftungsbestimmungen

⁵ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 6.

3. Vorvertragliche Pflichten des AG und AN

Diese Überschrift beschreibt ein in Praxis, Rechtsprechung und Literatur immer wieder heiß umstrittenes Thema der vorvertraglichen Pflichten aus dem Bauvertrag. Zeitlich eingeordnet befinden wir uns noch in der Ausschreibungs- und Angebotsphase. Bereits hier ist größte Sorgfalt und Aufmerksamkeit geboten. Höchstes Credo muss sein einen für beide Seiten genau definiertes Bau-Soll zu schaffen.

Bereits in dieser Projektphase haben AG und AN unterschiedliche Auffassungen von den sie treffenden vorvertraglichen Pflichten. Diese stehen in Zusammenhang mit dem Angebot und der diesem zugrundeliegenden Ausschreibung. Der AN erhält eine vom AG erstellte Ausschreibung bzw. Leistungsbeschreibung und soll diese laut AG auf Lücken und Widersprüche überprüfen und am Ende noch für die Vollständigkeit der Ausschreibung im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten haften. Durch das wirtschaftliche Ungleichgewicht kann es auch noch so weit kommen, dass bei Fehlern in der Ausschreibung, die der AN dem AG bekannt gibt, trotzdem diese zusätzlichen Leistungen vom AN ohne Mehrkosten geltend zu machen angeboten werden aus Angst den Zuschlag sonst nicht zu bekommen. Dieses sehr praxisrelevante Thema soll im Rahmen eines für beide Seiten vertretbaren Miteinanders dargestellt werden.

Die Ausschreibungsunterlagen werden jedoch meistens nicht vom AG selbst erstellt. Aufgrund des Umfangs und der Komplexität der Ausschreibungen beauftragt er Spezialisten. Dies sind Architekten, Baumeister oder technische Planungsbüros. Sie erstellen für ihn die Ausschreibungsunterlagen und sind somit seine Erfüllungsgehilfen. Dies bedeutet, dass der AG für einen Ausschreibungsfehler seines Architekten gegenüber dem AN wie für sein eigenes Verschulden haftet. Der Erfüllungsgehilfe wird der Sphäre des AGs somit zugerechnet.

Diese Ausschreibungsunterlagen stellen die Grundlage der Kalkulation des AN dar. Aus diesem Grund wird nur auf diese Art der Fälle eingegangen.

3.1. Beginn der vorvertraglichen Pflichten

Bereits vor Vertragsabschluss treffen sowohl den AG als auch den AN bestimmte Sorgfalts-, Aufklärungs- und Treuepflichten. Eine schuldhaft Verletzung dieser Pflichten führt zu Schadenersatzansprüchen aus culpa in contrahendo. Diese Haftung aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ist auf keine spezielle gesetzliche Regelung zurückzuführen sondern wird, sowohl von der Lehre als auch von der Rechtsprechung im Wege einer Gesamtanalogie aus den §§ 866, 869, 874, 878 S 3 ABGB, zum Teil auch aus § 932 Abs 1 letzter Satz ABGB abgeleitet.⁶ Bereits ab der ersten Kontaktaufnahme zu geschäftlichen Zwecken kann es bei Verletzung dieser Pflichten zu Schadenersatzansprüchen kommen.

3.2. Umfang und Intensität der Prüf- und Warnpflicht

Da weder im ABGB noch in den ÖNORMEN Prüf- und Warnpflichten für Ausschreibung oder Angebotslegung normiert sind, geht die Literatur von einem äußerst eingeschränkten Umfang dieser Pflichten für den AN aus. Jedoch finden wir in der ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013 und im Bundesvergabegesetz 2006 sehr wohl Pflichten des AG bezüglich der Erstellung und Qualität der Ausschreibung.

Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu beachten ist der Wissensvorsprung des AG gegenüber dem AN. Die Ausschreibung ist vom AG zu erstellen. Dieser hat bereits eine genaue Vorstellung des Gebäudes und gießt diese Vorstellung in eine Leistungsbeschreibung bzw. Ausschreibung. Danach befindet sich der Kalkulant im Spannungsfeld zwischen dem Erfordernis einer schnellen und genauen Preisfindung, einer Plausibilitätsprüfung der Ausschreibungsunterlagen und einer damit zusammenhängenden beschränkten Prüf- und Warnpflicht⁷.

⁶ Müller in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claim-Management² (2015) Seite 51.

⁷ Müller, in *Der österreichischen Gesellschaft für Baurecht und dem österreichischen Institut für Baurecht* (Hrsg), Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, FS der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008) 261.

3.2.1. Pflichten des AG

Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe obliegt dem AG die Gestaltungsverantwortung für die Erstellung der Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen. Auch zwei ÖNORMEN⁸, deren Geltung von einer vertraglichen Vereinbarung abhängig ist, verpflichten ihn alle wertbeeinflussenden Faktoren und Umstände klar, eindeutig, neutral und vollständig darzustellen⁹. Dem AG obliegt die Gestaltungsfreiheit und –verantwortung der Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen. Der AN muss aufgrund dieser ihm zur Verfügung gestellten Informationen, ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken, Preise ermitteln können.

Außerdem hat der AG auf alle besonderen Umstände und Faktoren, die Einfluss auf den Preis haben, hinzuweisen. Der AN darf darauf vertrauen, dass der AG eine korrekte und vollständige Ausschreibung erstellt, welche für seine Angebotslegung geeignet ist.

Diese Prinzipien gelten auch für den privaten AG. Sie sind Ausgangspunkt für die Konkretisierung vorvertraglicher Pflichten.¹⁰

Der AG soll somit angehalten sein, eine ordentliche und korrekte Ausschreibung zu erstellen. Er hat im Vorfeld genügend Zeit das Projekt fertig zu planen und darzustellen. Dadurch hat er auch im Ausschreibungsstadium einen Informations- und Beherrschbarkeitsvorsprung sowie die Formulierungsdominanz¹¹. Der AN hat hingegen vergleichsweise nur kurze Zeit um ein Angebot zu legen. Sollte man ihm nun auch noch eine strenge Prüf- und Warnpflicht der Angebotsunterlagen auferlegen, wäre dies unbillig, da er für eine unentgeltliche Leistung auch noch eine Art Haftung übernehmen müsste.

⁸ ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.11.2006 unter Punkt 5 und ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013 unter Punkt 4.

⁹ Karasek, ÖNORM B 2110² RZ 167 f.

¹⁰ Müller in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claim-Management² Seite 54.

¹¹ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (1992) Seite 49.

Weiters ist in diesem Zusammenhang noch auf die Vertragsauslegung des § 915 ABGB¹² zu verweisen. Bei einem entgeltlichen Geschäft muss, aufgrund der „Vertrauenstheorie“ der Textformulierer Unklarheiten gegen sich gelten lassen.¹³ Die Ausschreibung wird vom AG erstellt und somit sollte der AG prinzipiell auch das Risiko der Vollständigkeit seiner Ausschreibung tragen.

Der AG haftet daher dem AN für die schuldhafte Verletzung seiner vorvertraglichen Pflichten in Rahmen des Vertrauensschadens, da der AN auf die Richtigkeit der Ausschreibung vertrauen kann. Der Schadenersatz des AN würde dann den Kosten seiner Angebotslegung entsprechen. In diesem Zusammenhang ist in der Praxis auch ein wirtschaftlicher Druck seitens des AG besonders zu berücksichtigen. Gegenüber einem großen AG wird ein AN niemals auf den Ersatz eines Vertrauensschaden beharren, geschweige denn einklagen, da die Angst künftig keine Aufträge zu erhalten schwerer wiegt.

3.2.2. Pflichten des AN

Wie soeben erwähnt geht die herrschende Lehre davon aus, dass der AN nicht prüfen muss, ob die Angaben widersprüchlich, falsch oder unvollständig sind. Sind die Fehler der Ausschreibung so offensichtlich, dass sie einem ordentlichen Kalkulanten auffallen hätten müssen, so trifft den AN sehr wohl auch eine Warnpflicht. Es ist jedoch von einer kalkulationsbezogenen Prüfpflicht auszugehen, da die Durchdringungstiefe des Kalkulanten weit geringer ist als die des AG. Es kann von einem AN erwartet werden, dass er die Plausibilität der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich des Zeitraumes der Werkerrichtung, der Baustoffe und Bauteile und der ausgeschriebenen Technologie für seine Kalkulation prüft, seine Pflicht darüber aber nicht hinausgeht.¹⁴

¹² § 915 ABGB: Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.

¹³ *Binder in Schwimann, ABGB*⁴ Rz 1 zu § 915.

¹⁴ *Müller, Vorvertragliche Pflichten* 267 f.

3.2.2.1. Hinweis und Rückfragepflicht

Bemerkt der AN bei seiner kalkulationsbezogenen Prüfpflicht eine Unklarheit, Widersprüche oder sonstige Fehler, so hat er dies dem AG mitzuteilen. Diese Hinweispflicht tritt ein, sobald das Verschweigen des Ausschreibungsfehlers zu einem wirtschaftlichen oder sonstigen Schaden für den AG führen würde. Ist der AN bezüglich eines Punktes der Ausschreibung im Unklaren, so hat er beim AG rückzufragen um sich Klarheit zu verschaffen und eventuell sogar einen Fehler aufzudecken.

3.2.2.2. Vorsätzlicher Verstoß gegen vorvertragliche Pflichten

Im Jahre 2006 befasste sich der OGH mit dem Thema der vorvertraglichen Pflichten im Rahmen des „Spundbohlenfalls“.¹⁵

In der ausgeschriebenen Leistungsbeschreibung unter der Position Gerätekosten, sogenannter Spundbohlen, waren für das Rammen (Einbringen) und Ziehen (Entfernen) 35 Tage vorgesehen. Ebenfalls in dieser Position enthalten war auch das Vorhalten (Belassen an Ort und Stelle) der Spundbohlen. Während des Studiums der Ausschreibungsunterlagen erkannte die kl. Partei, dass zwar das Rammen und Ziehen, nicht aber das Vorhalten der Spundbohlen, für nur 35 Tage ausreichend sein könne. Die kl. Partei sprach jedoch das Thema ganz bewusst nicht an, sondern bestätigte im Zuge des Aufklärungsgesprächs schlicht, dass 35 Tage für das „Rammen“ und „Ziehen“ der Spundbohlen ausreichend seien. Der listige Hintergedanke der kl. Partei war, die unklare Ausschreibung auszunutzen, das Werk mit nur 35 Tagen auch für Vorhaltekosten für Spundbohlen anzubieten und nach Erhalt des Zuschlages dann den Preis für die Leistung durch ein Nachtragsangebot zu erhöhen.

¹⁵ OGH 13. 9. 2006, 3 Ob 122/05w.

Die Mitbieter sprachen das Thema ebenfalls nicht an, da sie davon ausgingen, dass das Vorhalten der Spundbohlen für den üblicherweise benötigten Zeitraum einzukalkulieren sei.

Der OGH wies die Klage mit folgender Begründung ab:

Da der Bieter in diesem Fall die Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung erkannte und vorsätzlich nicht darauf hinwies, verstieß er gegen seine vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht. Der AN verliert durch die vorsätzliche Verletzung seiner Pflichten auch seinen Entgeltsanspruch.

Mit dem Thema der Sowieso-Kosten beschäftigte sich der OGH nur in Verbindung mit dem Irrtumsrecht. Da aber die kl. Partei in diesem Fall gerade nicht irrte, waren auch diese Kosten nicht zuzusprechen.¹⁶

Fazit: Beim vorsätzlichen Verschweigen kann der AN keine Mehrforderungen geltend machen.

3.2.2.3. Schadenersatzanspruch des AG

Bei Verletzung der vorvertraglichen Pflichten durch den AN steht dem AG Schadenersatz in Form des Vertrauensschadens zu. Dies ist der Schaden den der AN durch seine Pflichtverletzung kausal verursacht hat. In diesem Zusammenhang darf nicht auf die Sowieso-Kosten vergessen werden. Der Vertrauensschaden ist also die Differenz des tatsächlichen Angebotspreises zuzüglich der Sowieso-Kosten (das Ergebnis/Angebot einer korrekten und vollständigen Ausschreibung) und dem tatsächlichen Angebotspreis zusätzlich der Mehrkostenforderung bzw. des Nachtrages. Bei korrekter Angebotslegung und Abrechnung wird daher meistens kein Schaden nachweisbar sein, da die Kosten sowieso angefallen wären.

¹⁶ OGH 13. 9. 2006, 3 Ob 122/05w.

Von der Rechtsprechung wird aber ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse bejaht, unter der Voraussetzung, dass der AN bei zeitgerechter Warnung ein vollständiges und richtiges Angebot hätte legen können. In diesen Fällen wird der AN auch zum Ersatz der Mangelfolgeschäden verpflichtet.¹⁷

3.2.3. Prüfintensität in Abhängigkeit der Unternehmensgröße

Kann die Intensität der Prüfpflicht in Abhängigkeit des Know-hows bzw. der Qualifikation beurteilt werden? Die Genauigkeit bzw. Intensität einer Prüf- und Warnpflicht abhängig von der Unternehmensgröße gemacht werden? *Müller* bejaht dies und verschiebt somit die Grenze der wechselseitigen Aufklärungspflichten zwischen AG und AN je nach deren Qualifikation. Welche natürlich dann fallbezogen zu prüfen wäre.¹⁸ Ein solch subjektiver Maßstab der Sorgfaltspflicht schafft nun wieder einen Raum der Unsicherheit zwischen AG und AN.

Würde man solch eine Begründung folgen und der AG dürfte eine intensiveres und genauere Prüfung der Ausschreibung von einem Großunternehmen erwarten, so würde dies den Wettbewerb aus nachstehenden Gründen verzerren, da der Großunternehmer benachteiligt wäre:

Dem AG würde somit die Prüfung seiner Ausschreibung bezüglich Vollständigkeit und Plausibilität abgenommen werden, sobald ein Großunternehmen anbieten würde. Dieses muss aufgrund seiner Größe sowieso genauer prüfen als der kleinere AG.

Das Großunternehmen hätte in einem solchen Fall höhere Aufwendungen und damit auch höhere Kosten für die Angebotslegung als der kleinere Mitbewerber.

Aufgrund der intensiveren Prüfung muss der Großunternehmer aufgetauchte Fehler in der Ausschreibung, die eventuell sogar zu Mehrkosten führen, bekannt geben und dann mit großer Wahrscheinlichkeit auch gleich in sein Angebot

¹⁷ *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ V (2011) § 1165 Rz 42.*

¹⁸ *Müller, Vorvertragliche Pflichten 266.*

einpreisen. Er kann aber nicht sagen, ob dieser Umstand auch an seine Mitbewerber weitergegeben wird und somit wieder eine einheitliche Angebotsgrundlage geschaffen wird.

Dies hätte zur Folge, dass Großunternehmen ungerechtfertigte höhere Aufwendungen und Kosten bei einer ordentlichen Angebotslegung hätten. Kleinere, „unbedarftere“ Betriebe würden oder könnten mehrkostenrelevante Umstände im Rahmen ihrer schmäleren Prüfpflicht gar nicht wahrnehmen und könnten im Nachhinein dann eine Mehrkostenforderung an den AG stellen betreffend eines Umstandes, welchen der Großunternehmer bereits erkennen und einkalkulieren musste. Diese Meinung vertreten auch die zwei deutschen Autoren *Kapell* und *Schiffers*. Sie gehen von einem objektiven Maßstab aus, der sich an einer Plausibilitätsprüfung eines durchschnittlichen Fachmanns bei der Durchsicht der Unterlagen orientiert. Eine kriminalistische Suche nach Fehlern ist auf jeden Fall übertrieben¹⁹. Dieser Maßstab ist mit unserer Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 ABGB²⁰ zu vergleichen.

3.2.4. Haftungsverschärfung durch Klauseln und Vollständigkeitserklärungen?

Bei vielen Ausschreibungen muss der Angebotsleger eine Vollständigkeitserklärung abgeben, in der er die Prüfung aller Unterlagen und auch die Besichtigung vor Ort bestätigt. Manchmal wird auch versucht eine Prüfpflicht der Ausschreibung auf Vollständigkeit vertraglich auf den AN zu übertragen. Alle diese Versuche die Grenze der Prüf- und Warnpflicht in Richtung AN zu verschieben

¹⁹ *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag⁶ (2011) Rz 211.

²⁰ § 1299 ABGB: Wer sich zu einem Amt, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst; oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.

werden unbestritten abgelehnt. Es kommt daher durch solche Klauseln bzw. Vertragsbestimmungen zu keiner Haftungsverschärfung für den AN.²¹

Tipp für den Bauherrn (AG)

Es ist zu raten jede Ausschreibung (Erstellung von Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen), auch im nicht öffentlichen Bereich, von einem spezialisierten Fachmann erstellen zu lassen, welcher dann natürlich auch die Haftung für eine korrekte und vollständige Ausschreibung übernimmt. Auch bei scheinbar gleichbleibenden oder ähnlichen Ausschreibungen ist jedenfalls ein Fachmann mit der Prüfung zu beauftragen.

Die Ausschreibung definiert erst- und letztmalig das Bau-Soll und ist daher äußerst sorgfältig zu erstellen. Alle Abweichungen stellen kostenpflichtige Zusatzleistungen dar. Weiters werden an die vorvertraglichen Prüf- und Warnpflichten des AG strengere Anforderungen gestellt als an die des AN. Der AG darf sich daher keinesfalls nur auf die Prüfung des AN verlassen da diese, wie bereits erörtert, nur kalkulationsbezogene ausgelegt wird.

²¹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 137.

4. Preisearten des Werkvertrages

In der nächsten Projektphase muss der AG über das ausgeschriebene oder anders definierte Werk (Bau-Soll) einen Werkvertrag abschließen. Die ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.11.2006 definiert drei Preisarten des Werkvertragsrechtes: Einheits-, Pauschal- und Regiepreisvertrags. Weiters empfiehlt sie auch ihrem Anwender folgende Wahl der Vertragsart²²:

- Einheitspreis: Wenn sich die Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lässt.
- Pauschalpreis: Wenn Art, Güte und Umfang der Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist.
- Regiepreis: Wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen sind, nicht genau erfasst werden können, sodass nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann.

Bereits die richtige Vertragswahl ist für den AG von größter Wichtigkeit. Sie ist für jedes Bauprojekt erneut zu entscheiden und individuell unter nachstehenden Gesichtspunkten genau zu prüfen bevor eine Vertragsart ausgewählt wird.

Die am häufigsten verwendete Vertragsart ist die des Einheitspreisvertrag. Es kommt auch öfters vor, dass zwei Preisarten in einem Vertrag nebeneinander bestehen. Man spricht in diesen Fällen von einem Mischvertrag. Hierbei werden zum Beispiel Einheitspreispositionen neben Pauschalen (zum Beispiel Anfahrt oder Baustelleneinrichtung pauschaliert) abgerechnet.

²² ÖNORM A 2050 vom 1.11.2006 unter Punkt 4.9.2.

4.1. Einheitspreis

ÖNORM A 2050: 3.16.2 Einheitspreis

Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück, Zeit-, Mass- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist.

Dies ist die am häufigsten verwendete Preisart bei Werkverträgen. Das zu errichtende Werk wird in einzelne Teilleistungen (Einheiten) unterteilt. Die Leistung wiederum wird in beschreibbare und aufmessbare Positionen unterteilt. Der Positionspreis ergibt sich dann aus den für die einzelnen Einheiten festgesetzten Preis pro Leistungseinheit. Typisch für den Einheitspreisvertrag ist, dass bei Vertragsabschluss die für die Werkerrichtung benötigte Menge noch nicht genau feststeht. Trotzdem wird der voraussichtliche Verbrauch geschätzt und im Vordersatz festgehalten. Durch Multiplikation des Einheitspreises mit dem Vordersatz erhält man den Positionspreis. Addiert man dann alle Positionspreise so erhält man den Gesamtpreis (dieser enthält noch keine Umsatzsteuer).²³ Aus diesem Grund kann der tatsächliche Preis erst nach Abschluss der Arbeiten festgestellt und nach tatsächlichem Aufwand verrechnet werden. D.h. der Preis ergibt sich aus der Multiplikation von Einheitspreis und tatsächlich benötigten Einheiten.

Die ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.11.2006 im Punkt 4.11.2.1 bzw. der §24 Abs.3 BVerG 2006 empfiehlt den Einheitspreisvertrag nur dann zu verwenden, wenn sich die Leistung nach Art und Güte genau und dem Umfang nach zumindest annähernd bestimmen lässt. Daher sollte die Planung soweit fortgeschritten sein, dass alle notwendigen Leistungen positionsweise erfasst werden können.²⁴

²³ Kurz, Kommentar zur ÖNORM B 2110 (2012) 371.

²⁴ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110² (2009) 70.

4.1.1. Vorteile für den Bauherrn (AG)

- Der AN garantiert den Preis pro Einheit. Dieser darf sich nicht mehr ändern (verbindliche Zusicherung der Einheitspreise). Hier sind wesentliche Elemente eines Kostenvoranschlages zu finden.
- Durch den garantierten Preis pro Einheit ist es für den AG auch leichter die einzelnen Anbieter bzw. deren Preise für die jeweiligen Einheiten zu vergleichen.
- Die Kosten für Leistungsänderungen oder Zusatzleistungen während der Bauphase können aufgrund der fixen Einheitspreise leicht und genau kalkuliert werden.
- Der AG muss den exakten Umfang aller Leistungen noch nicht bei Vertragsabschluss ermittelt haben.
- Der AN übernimmt das Einzelkostenrisiko. Dies beinhaltet Fehlkalkulationen und auch eine objektive falsche Einschätzung der Gegebenheiten (z.B. Verschnitt bei Schalung oder Motorschaden bei Bagger aufgrund schweren Bodens).²⁵
- Die Abrechnung erfolgt nach tatsächlichem Aufwand, der AG zahlt daher nur die ihm gegenüber erbrachte Leistung.

4.1.2. Änderung von Einheitspreisen

Manchmal kann es doch zu einer Änderung eines solchen Einheitspreises kommen. Gründe dafür sind Leistungsabweichungen und Mengenänderungen ohne Leistungsabweichungen.

²⁵ Kropik, ÖNORM B 2110² 71.

4.1.2.1. Leistungsabweichungen

Leistungsabweichungen sind Änderungen des Vertragsgegenstandes (somit des vertraglich vereinbarten Bau-Solls) welche vom AG einseitig, nach Vertragsabschluss angeordnet werden. Prinzipiell hat der AG keinen durchsetzbaren Anspruch auf solche nachträglichen Änderungen gegenüber dem AN. D.h. der AG ist von der Zustimmung des AN abhängig und dieser wird nur bei entsprechender Gegenleistung zustimmen. Die ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013 spricht jedoch dem AG ein solches Recht auf Leistungsänderung unter gewissen Voraussetzungen (zur Erreichung des Zieles notwendig und zumutbar) generell zu. Selbstverständlich kann der AN auch in solchen Fällen, wenn die ÖNORM gilt, seine Mehrkosten geltend machen.

Tipp an den Bauherrn (AG)

Das ABGB kennt ein Recht auf Leistungsänderung nicht. Da es bei Bauvorhaben aufgrund ihrer Größe und Komplexität faktisch immer zu solchen Leistungsänderung kommt, ist es äußerst wichtig, sollte die ÖNORM B 2110 nicht vereinbart sein, ein solches Leistungsänderungsrecht zugunsten des AG vertraglich zu vereinbaren und falls möglich auch über die vereinbarten Einheitspreise abzurechnen.

4.1.2.2. Mengenänderungen ohne Leistungsabweichungen

Hierunter fallen ausschließlich die Fälle der Änderung der Vordersätze der Einheitsposition. Diese sind aber nicht durch eine Leistungsänderung (nachträglicher Änderung durch den AG) oder Leistungsstörungen motiviert, sondern nur durch die tatsächliche Erfüllung und damit Abrechnung des Einheitspreisvertrages.

Es ist hier die Rede von erheblichen Mengenabweichungen. Grund dafür ist die Verteilung der Gemeinkosten auf die verschiedenen Einheitspreise durch den

AN. Nach einer erheblichen Mengenabweichung stimmt das Verhältnis der „internen“ Verteilung nicht mehr.²⁶

Die ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013 geht von einer Erheblichkeitsschwelle (Über- und Unterschreitung) von 20% aus, wenn diese auf eine bloße Mengenänderung zurückzuführen ist. Dieser Wert bezieht sich auf die einzelnen Positionen und nicht auf den Gesamtpreis. Auf Verlangen eines Vertragspartners ist ein neuer Einheitspreis zu vereinbaren. Der neue Preis wird auf Basis des alten ausgemacht und gilt für die gesamte Position, also nicht nur für die über- bzw. unterschrittene Menge.²⁷

Sollte die Geltung der ÖNORM B 2110 vertraglich nicht vereinbart sein, so empfiehlt es sich extra eine Erheblichkeitsschwelle festzulegen.²⁸

4.2. Pauschalpreis

ÖNORM A 2050: 3.16.5 Pauschalpreis

Preis für eine Gesamt- oder Teilleistung in einem Betrag.

Bei dieser Vertragsart kommt es zur Pauschalierung des Preises, d.h. der Preis steht zu Vertragsabschluss bereits fest und eine genaue Abrechnung von Einheiten und Leistungen entfällt. Der AG trägt daher das Risiko, sollten weniger Mengen oder Leistungen erbracht werden, so muss er dennoch den gesamten Pauschalpreis bezahlen. Der AN trägt das umgekehrte Risiko. Sollten größere Mengen und mehr Leistung benötigt werden, hat er zu leisten, bekommt aber keinen höheren Preis. Genau aufgrund dieser Kostensicherheit ist der Pauschalpreis gerade bei AG sehr beliebt, jedoch ist Vorsicht geboten, ob es sich um eine „echte“ Pauschale handelt.

²⁶ Längle, Das Entgelt beim Bauvertrag (1999) 53 f.

²⁷ Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² (2015) 33.

²⁸ Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² 34.

Generell ist auf eine, sich auf beiden Vertragsseiten deckende Auffassung über den Vertrag zu achten. Weder das AGBG noch die ÖNORM B 2110 enthält eine genaue Definition bzw. Beschreibung des Pauschalvertrages. Es ist daher umso wichtiger bereits vor Vertragsabschluss, sowohl bei AN als auch AG eine Klarheit über die Pauschalierung zu schaffen, um spätere Diskussionen und Streitfälle während der Ausführungsphase hintanzuhalten. Die tatsächliche Gestaltung des Vertrags und somit des Pauschalpreises hat ebenfalls großen Einfluss auf die Frage der Risikotragung der Vollständigkeit des Werkes.

4.2.1. Vorteile für den Bauherrn (AG)

Sollte die Planung des Projektes schon so weit fortgeschritten oder vielleicht sogar abgeschlossen sein, sodass es zu keiner Änderung der Leistung kommt, so bietet der Pauschalvertrag dem AG folgende Vorteile:

- Kostensicherheit: Bei Vertragsabschluss stehen bereits die Endkosten der Errichtung fest.
- Es entfällt die Mengenfeststellung und Abrechnung und somit auch die Kontrolle durch den AG der tatsächlich erbrachten Leistungen und Mengen.
- Da der AN sich am Ende die Abrechnung und somit Kosten erspart, wird dies zu einer Reduktion des Preises führen.

4.2.2. Nachteil für den Bauherrn (AG)

Gerade bei größeren Bauprojekten tendiert der AG eher dazu, das Projekt durch einen GU errichten zu lassen und gerade bei den Pauschalverträgen kalkulieren die Bauunternehmen die Überwälzung von Vollständigkeit und Mengenrisiko in ihr Angebot mit ein. Die Bandbreite kann hier bis zu 5% des Auftragsvolumens betragen. Diesen Aspekt muss der AG bei der Vertragsauswahl ebenfalls bedenken.

4.2.3. Einteilung der Pauschalverträge

Die hM teilt die Pauschalverträge in „echte“ und „unechte“ Pauschalverträge ein. Diese unterscheiden sich zuerst in der Art der Leistungsbeschreibung (konstruktiv oder funktional) und damit dann auch in der Risikoverteilung.

Beim „unechten“ Pauschalvertrag ist nur der Preis pauschaliert, beim echten Pauschalvertrag sowohl Preis als auch Leistung.²⁹ Diese Unterscheidung ist für die Tragung des Mengen- und Vollständigkeitsrisikos enorm wichtig.

4.2.3.1. Unechter Pauschalvertrag

Hier basiert das Angebot des AN auf einem vollständigen und detaillierten Leistungsverzeichnis. Der AG erhält daher ein nach zu erbringenden Leistungen positionsweise gegliedertes Verzeichnis. Addiert er alle Positionen so erhält er den Pauschalpreis. Da die Kalkulation somit offengelegt wurde, werden nur die Leistungen des Leistungsverzeichnisses pauschaliert und somit nicht abgerechnet.

Sollte das Leistungsverzeichnis unklar oder strittig sein, so ist das Problem nach der üblichen Vertragsauslegung gem. § 914 f ABGB zu lösen. Wurde das Leistungsverzeichnis vom AN erstellt und durfte der AG aus dessen Richtigkeit und Vollständigkeit vertrauen, so bleibt das Risiko einer Mehrleistung beim AN.³⁰

Wird das Leistungsverzeichnis vom AG zur Verfügung gestellt, so kann dem AN nicht zugemutet werden in der kurzen Kalkulationsphase das LV genauestens zu prüfen. Somit trägt der AG das Mengen- und Vollständigkeitsrisiko. Eine vertiefende Behandlung dieses Themas erfolgt unter Kapitel 3 „Vorvertragliche Pflichten des AG und AN“.

²⁹ Längle, Entgelt 49.

³⁰ Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² Seite 40.

4.2.3.2. Echter Pauschalvertrag

Charakteristisch für den „echten“ Pauschalvertrag ist, dass das Angebot auf einer funktionalen Leistungsbeschreibung beruht oder eine weitgehende vertragliche Ausformulierung, die Pauschalabrede, das funktionsgerechte Werk als Leistungsziel definiert.³¹ Dem Vertrag können neben der Leistungsbeschreibung auch Pläne zur Konkretisierung beigelegt werden. Das zu errichtende Werk wird aber ohne konkrete Leistungspositionen bestimmt.³² Es kommt somit zu einer Pauschalierung von Preis und Leistung.

Selbstverständlich muss der AN um sein Pauschalangebot zu legen das Projekt durchkalkulieren. Die Kalkulation wird jedoch dem AG nicht offen gelegt, somit wandert aber das Vollständigkeits- und Mengenrisiko immer weiter zum AN.

Umso geringer der Detailierungsgrad des AG und umso offensichtlicher dem AN die Unvollständigkeit der Gesamtleistung ist, desto höher wird das Risiko des AN um den angebotenen Preis auch eine vollständige Leistung zu erbringen. Bestellt der AG ein Stück Haus, welches allen gültigen Normen und dem Stand der Technik entsprechen muss, so hat der AN ein Haus mittlerer Güte herzustellen und das gesamte Mengen- und Vollständigkeitsrisiko zu tragen.³³

Tipp für den Bauherrn (AG)

Um einem späteren Streit betreffend der o.g. Risikoverteilung zu vermeiden, empfiehlt es sich eine Vollständigkeits- und Mengengarantie vertraglich zu vereinbaren. Vorsicht ist geboten, da eine solche Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten³⁴ verstoßen darf.³⁵

³¹ Kropik, ÖNORM B 2110² 73.

³² Vitek/Vitek, Baurecht, Alles Wissenswerte für Juristen, Sachverständige und Bauunternehmen (2009) 79.

³³ Kropik, ÖNORM B 2110² 74.

³⁴ § 879 Abs 3 ABGB

³⁵ Hussian, in *Der österreichischen Gesellschaft für Baurecht und dem österreichischen Institut für Baurecht* (Hrsg), Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag, FS der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008) 203f.

4.2.4. Leistungsabweichungen

Leistungsabweichungen sind Änderungen des Vertragsgegenstandes (somit des vertraglich vereinbarten Bau-Solls) welche vom AG einseitig, nach Vertragsabschluss angeordnet werden. Prinzipiell hat der AG keinen durchsetzbaren Anspruch auf solche nachträglichen Änderungen gegenüber dem AN. Genauere Ausführungen zu diesem Thema unter Punkt 5.a.ii.1.

Gerade beim Pauschalvertrag ist es äußerst wichtig den Leistungsumfang genau zu definieren, da Leistungen, die nicht vom Umfang umfasst sind, Leistungsänderungen auf Wunsch des AG darstellen und somit kostenpflichtig sind.

4.2.5. Mengenänderungen ohne Leistungsabweichungen

Beim echten Pauschalvertrag hat eine Mengenänderung keine Auswirkung auf den Preis. Der AG trägt das Risiko geringere Mengen verbaut zu bekommen und der AN das Risiko höherer Mengen verbauen zu müssen.

Anders als beim „unechten“ Pauschalvertrag kann der AN die eingetretene Mengenänderung im Rahmen seiner beschränkten Prüfpflicht (vorvertragliche Pflichten des AN) nicht erkennen, so kommt es zu einer Anpassung seines Entgelts.

4.3. Regiepreis

ÖNORM A 2050: 3.16.6 Regiepreis

Preis für eine Einheit, welche nach tatsächlichem Aufwand abgerechnet wird. Diese Einheit kann z.B. Leistungsstunden oder Materialienaufwand umfassen.

Leistungen werden in Regie erbracht, wenn der AG die Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, nicht genau feststellen kann.³⁶ Der Preis setzt sich aus der vom AN erbrachten Leistung nach dem tatsächlichen Aufwand (Leistungsstunde oder Materialeinheit) zu den vereinbarten Regiepreisen zusammen. Somit sind Regiepreisangebote nur schwer vergleichbar da der, die Abrechnungssumme beeinflussende Aufwand, nicht im Angebot berücksichtigt wird. Außerdem dürfen die Preise nicht unangemessen hoch sein, aber trotzdem trägt der AG in dieser Preisart das Risiko für den Einsatz bzw. den Verbrauch an Produktionsmittel.

4.3.1. Sonderform: Einheitspreis mit Regieleistungen

Die häufigste Form der Vergabe von Regieleistungen, ist in Kombination mit einem Einheitsvertrag. In diesem wird der Preis für eine Regiestunde bereits fixiert und kann dann vom AG jederzeit zu dem vereinbarten Preis abgerufen werden. Das Schuldverhältnis kommt erst mit individuellem Abruf einer Leistung und nur für die beauftragte Leistung zustande.³⁷

Tipp für den Bauherrn (AG)

Dies ist sicherlich der teuerste Weg ein Bauwerk zu errichten. Soweit es möglich ist, sollten Regiepreise vermieden werden, da das Einsatz- und Verbrauchsrisiko an Produktionsmitteln vom AG getragen werden.

³⁶ Kurz, ÖNORM B 2110 372.

³⁷ Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² 46.

5. Vertragsbestandteile des Bau-Werkvertrages und deren Reihenfolge

Prinzipiell ist der Bauwerkvertrag an keine Form gebunden. Das heißt, er kommt aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen von AG und AN zustande. Selbstverständlich ist es allein aus beweistechnischer Sicht unverantwortlich einen solchen Bauvertrag mündlich oder vielleicht sogar konkludent abzuschließen. Die Komplexität eines Bauprojektes lässt jedoch eine solche Problematik gar nicht erst aufkommen. Kleinere Werkverträge können aber durchaus mündlich geschlossen werden, sollten jedoch dem Vertragspartner mittels kaufmännischen Bestätigungsschreiben zusammengefasst und somit bestätigt werden.³⁸

Nach nunmehr erfolgter Ausschreibung und Wahl des AN kommt es dann durch Angebotsannahme zum Abschluss des Bau-Werkvertrages. Jedoch besteht bei einem Bauprojekt ein solcher Vertrag nicht aus einem einzigen Dokument sondern es werden eine Fülle weiterer Dokumente sowie Pläne, Leistungsbeschreibungen, AGBs, ÖNORMEN usw. ebenfalls Vertragsbestandteil. Aufgrund dieser Vielzahl an Vertragsunterlagen, welche im Idealfall aufeinander abgestimmt sind, kann es leider auch immer wieder zu sich widersprechenden Vereinbarung bzw. Regeln oder zu sogenannten Lücken im Vertrag kommen.

Diese in der Baubranche weit verbreitet Problematik wird von der ÖNORM B 2110 zu lösen versucht, wie sich aber in der Folge zeigt, sollte sich der verantwortungsbewusste AG nicht ausschließlich auf diese Regelungen verlassen.

5.1. Annahme des Angebots

Kalkuliert ein AN aufgrund eines Leistungsverzeichnisses ein Werk, so liegt erst nach Rücksendung seines Angebotes ein Angebot im Sinne des § 861 ABGB³⁹

³⁸ *Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB – Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I*⁴ (2011) § 346.

³⁹ § 861 ABGB: Wer sich erklärt, dass er jemanden sein Recht übertragen, das heißt, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zu Stande. So lange die Unterhandlungen dauern,

vor. Nimmt der AG dieses Angebot unverändert an, so ist der Vertrag zustande gekommen. Nimmt der AG jedoch dieses Angebot nicht in genau dieser Form an, sondern wird, zum Beispiel durch Nachverhandlungen davon abgewichen, so erlischt das Angebot des AN und es legt sozusagen der AG ein neues Angebot zu neuen Konditionen, welches wiederum erst durch den AN angenommen werden muss.⁴⁰

Generell muss die Annahme nicht schriftlich erfolgen. Sie kann in solchen Fällen auch konkludent erfolgen, indem der AN dem „neuen“ Angebot nicht widerspricht und mit der Ausführung des Werkes beginnt.⁴¹

5.2. Reihenfolge der Vertragsbestandteile

Der Umfang der Bauleistung (des Bau-Solls) wird durch diverse Vertragsunterlagen definiert. Da es bei solch komplexen Projekten durchaus wünschenswert, aber dennoch praktisch fast unmöglich ist, alle technischen, kaufmännischen und rechtlichen Vertragsteile aufeinander abzustimmen, ist es notwendig bereits im Vertrag Lösungen oder zumindest vorgefertigte Lösungswege für diese Probleme festzulegen.

5.2.1. Vertragliche Vereinbarung der Reihenfolge

Die Lösung dieses Problem ergibt sich aus der Festlegung des Verhältnisses der Vertragsunterlagen zueinander. D.h. ergeben sich aus dem Vertragskonvolut Widersprüche und somit Zweifelsfragen welcher Vertragsteil nunmehr zu gelten hat, so ist die im Vertrag festgelegte Reihenfolge der Vertragsteile zu berücksichtigen und zu befolgen.⁴² Es mag etwas befremdend anmuten, dass bereits bei Vertragsabschluss damit gerechnet wird, dass der soeben abgeschlossene Vertrag

und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum Voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

⁴⁰ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 70.

⁴¹ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ I (2014) §861 Rz 4.

⁴² Kurz, ÖNORM B 2110 Seite 116.

Widersprüche in sich trägt. Um spätere Widersprüche aufzuklären und somit auch Streit zu vermeiden ist jedoch eine solche Regelung unverzichtbar.

Die Reihenfolge der Geltung der Vertragsbestandteile kann frei von privaten Vertragsparteien bestimmt werden. Sie sind an keine Gesetze, Normen oder sonstige Regelungen gebunden. Sie könne individuell für jeden Vertrag neu vereinbart werden.

5.2.2. Reihenfolgeregelung nach der ÖNORM B 2110

Das österreichische Normungsinstitut erkannte die oben erläuterte Problematik und reagierte mit einer nachstehender festgelegten Reihenfolgeregelung der Vertragsbestandteile unter Punkt 5.2:

5.2 Vertragsbestandteile

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragspartner ergeben sich aus dem Vertrag, das sind die gesamten, dem Vertragsabschluss zu Grunde gelegten Unterlagen. Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche gelten die Vertragsbestandteile in nachstehender Reihenfolge:

5.2.1 die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (Angebotsannahme, Auftragsschreiben, Bestellschein, Auftragsbestätigung, Schluss- und Gegenschlussbrief oder dgl.);

5.2.2 die Beschreibung der Leistung oder das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis;

5.2.3 Pläne, Zeichnungen, Baubeschreibungen, technischer Bericht, Muster u. dgl.;

5.2.4 besondere Bestimmungen für den Einzelfall; allenfalls Hinweis auf Abweichungen von ÖNORMEN;

5.2.5 besondere Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG und AN;

5.2.6 die Normen technischen Inhaltes;

5.2.7 die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;

5.2.8 die vorliegende ÖNORM sowie die ÖNORMEN B2111 und B2114

Die Regelung der ÖNORM zeigt sehr schön wie viele Vertragsunterlagen bei solchen Verträgen zu beachten und bedenken sind. Somit wird auch die oben abstrakt beschriebene Problematik verdeutlicht.

Mit dieser sehr umfangreichen Aufzählung der ÖNORM sollten die Vertragsbestandteile ihrer entsprechenden Ebene zugeordnet werden können. Ist eine Vertragsunterlage nicht eindeutig zuordenbar, so hat dies durch Auslegung zu erfolgen.

Tipp für den Bauherrn (AG)

Bei ÖNORMEN handelt es sich lediglich um Vertragsschablonen, deren Geltung vereinbart werden muss. Auch ist es möglich die Geltung lediglich einzelner Teile der ÖNORMEN zu vereinbaren oder auszuschließen. Die ÖNORM B 2110 gibt bei Widersprüchen eine Reihenfolge der Geltung der Vertragsbestandteile vor, der AG könnte jedoch vertraglich vereinbaren, dass die jeweils für ihn günstigere Variante zu gelten hat.⁴³

In der Praxis wird die Vereinbarung einer solchen Klausel ausschließlich von der wirtschaftlichen Stärke der einzelnen Vertragspartner abhängig sein. Der AG wird eine solche Klausel in einem GU-Vertrag mit einem großen Bauunternehmen nicht vereinbaren können. Der große GU wiederum wird eine solche Klausel mit großer Wahrscheinlichkeit in seinen Subunternehmerverträgen unterbringen können.

5.2.3. Widersprüche

Wie soeben beschrieben besteht der klassische Bauvertrag aus einer Vielzahl an einzelnen Urkunden. Mit der gerade erläuterten Reihenfolgeregelung sollten einige Zweifelsfragen beseitigt werden können. Problematisch wird es dann, wenn

⁴³ Kurbos, Baurecht in der Praxis⁷ (2014) 56.

die Unklarheit durch zwei gleichrangige Vertragsteile zustande kommt. Nunmehr liegt ein echter Widerspruch vor.

Kurbos greift sofort zu einer etwas überspitzten Lösung der Situation und behauptet, es handle sich hierbei um eine anfängliche Unmöglichkeit und der Vertrag sei daher nichtig. Dies würde eine Rückabwicklung des Vertrages bedeuten. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass die Vertragsparteien mit diesem Ergebnis glücklich werden. Die hM bedient sich daher der Unklarheitenregel des § 915 ABGB um dieses Problem zu lösen.⁴⁴

5.2.4. Vertragsauslegung

Sind Vertragstexte unklar oder werden einzelne Positionen unterschiedlich von den Vertragspartnern verstanden, so ist die Problematik der divergierenden Willenserklärungen durch Auslegung gemäß dem ABGB zu lösen.

5.2.4.1. Auslegung nach dem Gesetz

Die Regeln der Vertragsauslegung sind in den § 914 und §915 ABGB festgelegt.

Am Anfang der Auslegung ist gem. § 914 ABGB⁴⁵ einmal vom Wortsinn auszugehen. An diesem darf jedoch nicht zu strikt festgehalten werden, da der Wille der Parteien ausschlaggebend und daher zu erforschen ist⁴⁶. Zu orientieren hat sich die Auslegung allerdings am Horizont des redlichen Erklärungsempfängers. Es muss daher eine abweichende Auffassung des Erklärenden außer Acht lassen werden. D.h. es ist zu prüfen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen musste.

⁴⁴ *Kurbos*, Baurecht in der Praxis⁷ 57.

⁴⁵ § 914 ABGB: Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

⁴⁶ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 914 Rz 4.

Konnte mittels der Auslegungsregeln des § 914 ABGB keine eindeutige Aufklärung erreicht werden, so ist subsidiär der §915 ABGB⁴⁷ anzuwenden. Dieser besagt, dass bei zweiseitig verbindlichen Verträgen die undeutliche Formulierung oder Vereinbarung zu Lasten desjenigen gehen soll, der die strittige Formulierung gewählt hat.

5.2.4.2. Auslegung der ÖNORMEN

ÖNORMEN sind „kollektiv“ gestaltet Vertragsschablonen, die vom österreichischen Normungsinstitut, also von einem unabhängigen Dritten, herausgegeben werden. Im privaten Bereich können die Parteien ihre Geltung freiwillig vereinbaren, jedoch können sie keinen Einfluss auf die Gestaltung und die Auslegung der Normen nehmen. Diese sind nämlich objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, d.h. unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegender Umstände gem. § 914 ABGB auszulegen. Somit kommt es bei ihnen darauf an, wie sie von Angehörigen des Adressatenkreises im Schnitt verstanden werden.⁴⁸

5.2.5. Lücken

Auch bei so vielen Vertragsunterlagen, die scheinbar alles abdecken, kann es zu einer Nichtregelung einer Position und somit zu einer sogenannten Lücke kommen. Die ergänzende Vertragsauslegung des § 914 ABGB hilft, wenn die Vertragspartner etwas nicht geregelt haben, mit folgenden Instrumenten:

- **Hypothetischer Parteiwille:**

Hierbei wird angenommen, dass die gegenständliche Lücke den Parteien bereits vor Vertragsabschluss bekannt war und stellt auf eine damals

⁴⁷ § 915 ABGB: Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§869 ABGB)

⁴⁸ Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ IV (2014) § 914 Rz 6.

hypothetisch getroffene Lösung bzw. Regelung ab, ohne auf den konkreten Anlassfall Bezug zu nehmen.

- **Übung des redlichen Verkehrs**

Der redliche Verkehr entspricht der Verkehrssitte oder dem Handelsbrauch. Es ist zu erforschen ob es in dieser Branche eine Verkehrsübung für die auszulegende Lücke gibt.

- **Ergänzung nach Treu und Glauben**

Der Vertrag ist so auszulegen, wie er im Verkehr zwischen redlich denkenden Menschen verstanden werden darf.

Eine vorgeschriebene Reihenfolge für die zu verwendenden Auslegungsmethoden gibt es nicht. Viel mehr ist darauf zu achten, dass das Ergebnis der Auslegung dem Gesamtbild des Vertrages und dem Parteienwillen am ehesten entspricht.⁴⁹

5.3. Beschreibung des Bau-Solls

Die tatsächlich geschuldete Leistung muss natürlich genauer festgelegt werden. Dies erfolgt entweder über eine Leistungsbeschreibung oder ein Leistungsverzeichnis. Die Leistungsbeschreibung (funktionale Leistungsbeschreibung) erläutert lediglich die Bauaufgabe, während das

⁴⁹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 68.

Leistungsverzeichnis (konstruktive Leistungsbeschreibung) das Projekt in Bauleistungen und einzelne Teilleistungen gliedert.⁵⁰

5.3.1. Standardisierte Leistungsverzeichnisse

In Österreich hat die öffentliche Hand begonnen standardisierte Leistungsverzeichnisse für verschiedene Fachgebiete zu schaffen. Das Bundesministerium hat zum Beispiel für wirtschaftliche Angelegenheiten im Jahre 1991 ein standardisiertes Leistungsverzeichnis für den Bereich Hochbau (LB-H) herausgegeben.⁵¹ Dieses dient zur Vereinheitlichung und Arbeitserleichterung für die Vertragspartner. Selbstverständlich ist auch ein standardisiertes Leistungsverzeichnis immer individuell an das jeweilige Projekt anzupassen.

5.3.2. Vorbemerkungen

Hierbei handelt es sich um rechtliche Bedingungen von Bauverträgen. Sie sind vergleichbar mit den AGBs. Sie sind die meist sehr umfangreichen und kompliziert zu lesenden Texte neben dem Vertrag selbst.⁵² Doch auch sie werden Gegenstand des Vertrages, gelten somit zwischen den Parteien und werden meist erst wenn es zu spät ist, d.h. vor Gericht, genauestens durchgesehen.

Gerade in den Vorbemerkungen können diverse Risiken, meist völlig unscheinbar, an den Vertragspartner überwältzt werden. Die Grenze wird erst bei der Sittenwidrigkeit gem. §879 Abs.3 ABGB gezogen. Daher ist es zu empfehlen auch die Vorbemerkungen zumindest einmal genau zu lesen.

⁵⁰ Fischer, die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht (1995) 84.

⁵¹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 74.

⁵² Kurbos, Baurecht in der Praxis⁷ 64.

6. Exkurs: Allgemein anerkannte Regeln der Technik

Die Regeln der Technik, die allgemein anerkannten Regeln der Technik, der Stand der Wissenschaft und Technik, die Regeln der Baukunst, der Stand der Wissenschaft und noch viele andere solcher Begriffe werden von Gesetzgebung, Lehre, Rechtsprechung und in vielen Bauverträgen immer wieder verwendet. Jedoch ist nicht immer klar, ob es sich hier um Synonyme oder um verschiedene Begriffe handelt und ob hier eventuell eine Hierarchie der Begriffe zu beachten ist. Die Bedeutung dieser Fragen erstreckt sich von der Ausschreibung bis hin zur Gewährleistung. *Karasek* spricht hier, vollkommen zu Recht, von einer babylonischen Sprachverwirrung, die es unbedingt aufzuklären gilt.⁵³

Gemein haben diese Begriffe jedoch, dass Ihre Verwender jeweils ein bestimmtes oder zumindest ein bestimmbares Fachwissen vereinbaren wollen um mit dessen Hilfe ein Projekt (Bauwerk) möglichst reibungs-, störungs- und mangellos abzuwickeln.⁵⁴

Folgend sollen die einzelnen Begriffsdefinitionen voneinander abgegrenzt werden, die Grundlage der Geltung der Regeln erörtert und auch die Auswirkungen von Änderungen der Regeln abhängig von der Projektphase beleuchtet werden. Auch wenn hoffentlich nach dem Studium dieses Kapitels dem Leser die Unterschiede der Begriffe bekannt sind, so ist es auch immer ratsam, seinem Vertragspartner schriftlich (meistens im Vertrag selbst) die geltenden Regeln zu bezeichnen und zu beschreiben.

Weiters werden wieder ein paar Tipps für den Bauherrn (AG) gegeben um ein klares Vertragsbild zu schaffen.

⁵³ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 169.

⁵⁴ *Krejci*, Regeln der Technik, in FS Kralik (1986) 435, 436.

6.1. Die Regeln der Technik, Begriffsdefinitionen

Der Begriff „Regeln der Technik“ ist keineswegs ein juristisch klar definierter Terminus technicus.⁵⁵ Folgende Qualitäts- und Standardunterscheidungen lassen sich treffen bzw. sind genau zu vereinbaren.

6.1.1. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik (aaRdT)

Die aaRdT müssen folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Sie müssen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen als unanfechtbar angesehen werden. Es darf daher bei technischen Regeln zu keinen ernsthaften Bedenken aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse über eine ausreichende Gefahrenabwehr kommen.
- Sie müssen der großen Mehrheit der Fachleute bekannt sein und von diesen auch anerkannt werden. Die Definition ab wann die große Mehrheit gegeben ist, ist strittig. Jedenfalls ist die Meinung der Mehrheit in Abhängigkeit zu einem repräsentativen Sachverband zu sehen nicht zu folgen, da die Ausschüsse der Normungsinstitute einer gewissen Überalterung unterliegen.⁵⁶ Die Mehrheit könnte daher einfach durch eine Befragung mehrerer Sachverständiger erfolgen.
- Sie müssen in der Praxis angewendet werden. Als Beurteilungskriterium ist die allgemeine Gebräuchlichkeit heranzuziehen. Die flächendeckende oder überwiegende Durchsetzung der Regel ist nicht notwendig.⁵⁷

Sollten diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, so handelt es sich um eine „allgemein anerkannte Regel der Technik“.

⁵⁵ *Krejci*, Regeln der Technik 436.

⁵⁶ anderer Meinung *Fischer*, Die Regeln der Technik (1995) FN 23.

⁵⁷ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1123.

6.1.2. Stand der Technik

Unter diesem Begriff versteht man die in der Wissenschaft bekannten Erkenntnisse zur Lösung einer bestimmten technischen Frage. Der Stand der Technik wird in der Praxis noch nicht generell angewendet, da der „Stand der Technik“ nur einem bestimmten Kreis von Fachleuten zugänglich ist.⁵⁸

6.1.3. Stand der Wissenschaft und Technik

Darunter sind die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu verstehen.⁵⁹

6.1.4. Technische Normen

Unter den Begriff technische Normen fallen technische ÖNORMEN, DIN-Normen usw. Hier ist Vorsicht geboten, da sie nicht immer den aaRdT entsprechen. Hierbei handelt es sich um private technische Regelwerke mit Empfehlungscharakter.⁶⁰ Um zwischen Privaten zu gelten müssen sie erst vertraglich vereinbart werden. Sie werden in bestimmten zeitlichen Abständen vom Normungsinstitut herausgegeben. Daher ist es nur logisch, dass künftige Veränderungen des Standes der Technik nicht unmittelbar miteinbezogen werden können. Daher ist darauf zu achten, dass diese Regelwerke im Erscheinungszeitpunkt den aaRdT entsprechen, aber zu einem späteren Zeitpunkt auch hinter ihnen zurückbleiben können.

6.2. Geltung der Regeln

Die Regeln der Technik stellen keine vom Staat geschaffene, verbindliche Rechtsnorm dar. Sofern Sie im privaten Bereich gelten sollen, müssen sie daher

⁵⁸ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1124.

⁵⁹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1125.

⁶⁰ Schlosser/Hartl/Schlosser, Die allgemein anerkannten Regeln der Technik und ihr Einfluss auf das (Bau-)Werkvertragsrecht, ÖJZ 2009, 60.

vereinbart werden. Der Gesetzgeber kann jedoch in einem Gesetz oder einer Verordnung auf die Anwendung der Regeln der Technik verweisen und ihnen so auch Geltung zwischen zwei Privaten verschaffen.⁶¹

Sollte die Geltung der ÖNORM B 2110 vereinbart sein, (somit auch die Geltung anderer technischer ÖNORMEN), so hat sich der AN an diese Normen zu halten. Sollten allerdings die aaRdT bereits weiterentwickelt worden sein, so hat sich der AN trotzdem an den Stand der ÖNORMEN zu halten und bleibt somit hinter den aaRdT zurück.

Ist allerdings keine ausdrückliche vereinbarte Art und Weise betreffend der Werkerrichtung geben, so ist das Werk gemäß der Übung des redlichen Verkehrs, daher ortsüblich und angemessen herzustellen. Somit sind die aaRdT der jeweiligen Branche anzuwenden, da sie als Regeln der Verkehrssitte oder Gebräuche im Geschäftsverkehr zu berücksichtigen sind.⁶²

Tipp für den Bauherrn (AG)

Es empfiehlt sich immer, sollten auch die ÖNORMEN vereinbart sein, einen bestimmten bzw. gewünschten Standard ausdrücklich im Vertrag zu vereinbaren und auch genau zu definieren um späteren Missverständnissen vorzubeugen.

6.3. Änderung der Regeln während eines Bauprojektes

Bauprojekte erstrecken sich meistens über einige Jahre. Von der Planungs- über die Genehmigungs-, die Ausschreibungs- und Ausführungsphase nach deren Vollendung das Gebäude dann an seinen neuen Eigentümer übergeben wird. Während dieses Zeitraums kann es durchaus zu einer Änderung der aaRdT kommen. Ist der AN nach Jahren verpflichtet, den aktuellen Stand der aaRdT einzuhalten,

⁶¹ *Krejci*, Regeln der Technik 439.

⁶² *Schlosser/Hartl/Schlosser*, allgemein anerkannten Regeln der Technik 60.

spricht das Objekt umbauen zu müssen? Würde er für diese Leistungsänderung ein Entgelt erhalten?

6.3.1. Relevanter Zeitpunkt der Änderung aaRdT

Dieses Thema wird in der Literatur heiß diskutiert. Der für die Bestimmung relevante Zeitpunkt sieht *Jagenburg* im Vertragsabschluss⁶³, *Oppler* wiederum in Zeitpunkt der Abnahme⁶⁴.

Auch der OGH stellt bereits zweimal auf einen unterschiedlichen Zeitpunkt ab. Einmal auf den Vertragsabschluss⁶⁵ und einmal auf die Herstellung⁶⁶ des Werkes.

Karasek wiederum stellt auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe ab. Dieser Zeitpunkt ist logisch nachvollziehbar. Der AN hat bis zur Abgabe Zeit, sich mit den aaRdT zu beschäftigen und in seinem Angebot zu berücksichtigen. Danach hat er keinen Einfluss auf sein Angebot mehr. Es wäre unbillig den relevanten Zeitpunkt in die Ausführungsphase oder sogar Übergabe zu verschieben. Nur bis zur Abgabe des Angebots kann der AN den Vertragsinhalt und somit das Bau-Soll mitbestimmen. Nach Angebotsannahme kommt dann der Vertrag zustande. Änderungen nach diesem Zeitpunkt, auch der aaRdT, sind somit Leistungsänderungen.

6.3.2. Hinweispflicht bei Änderung der aaRdT

Unabhängig von dem gerade diskutierten Zeitpunkt der Änderungen der aaRdT trifft den AN eine Hinweispflicht. Der AN ist verpflichtet den AG auf jeden Fall auf den neuen Stand hinzuweisen.⁶⁷ Auch wenn für den AN feststeht, dass eine Änderung des Werkes aufgrund neuer aaRdT dem AG nicht zumutbar oder

⁶³ *Jagenburg* in *Pastor* (Hrsg), *FS für Hermann Korbion* zum 60. Geburtstag (1986) 179, 185.

⁶⁴ *Oppler* in *Ingenstau/Korbion*, *VOB-Kommentar*¹⁹ Teil B (2015) §4 Rz 143.

⁶⁵ OGH 30.1.1990, 5Ob 515/90, *ecolex* 1990, 543.

⁶⁶ OGH 18.4.1991, 7 Ob 515/90, *JB1* 1992, 114.

⁶⁷ *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB*⁴ V (2014) § 1165 Rz 32.

wirtschaftlich nicht umsetzbar ist, so muss er trotzdem seiner Warnpflicht nachkommen.

Bereits während der Ausschreibung hat der AN im Rahmen seiner vorvertraglichen Sorgfaltspflichten den AG auf eine Änderung bzw. Weiterentwicklung der aaRdT und somit auf die mangelhafte Ausschreibung hinzuweisen. Der private AG kann sich dann entscheiden, ob er alle Bieter unverzüglich informiert und die Ausschreibung entsprechend berichtigt oder ob er einfach die Angebote nach alten aaRdT ausscheidet. Der öffentlichen AG kann im extremsten Fall auch zum Widerruf der Ausschreibung gezwungen sein.⁶⁸

Kommt der AN seiner Warnpflicht nicht nach, so wird er gegenüber seinem AG schadenersatzpflichtig.

Tipp für den Bauherrn (AG)

Die Art und Form der Warnung und wie sie dem AG zukommen soll ist vertraglich festzulegen. Außerdem sollten empfangsberechtigte Personen benannt werden. Diese Klausel ist generell bei Prüf- und Warnpflichtverletzungen sehr hilfreich und verhindert Missverständnisse auf beiden Seiten der Vertragspartner.

6.3.3. Durchführungsverpflichtung des AN bei Änderung der aaRdT

Der AG muss nun entscheiden, ob er am Vertrag festhält und die ursprünglich vereinbarte Leistung weiterhin wünscht oder er eine Leistungsänderung in Form einer Anpassung an die aktuellen aaRdT möchte.

⁶⁸ Schlosser/Hartl/Schlosser, Allgemein anerkannten Regeln der Technik, ÖJZ 2009, 62.

6.3.3.1. AG beharrt auf Erfüllung des ursprünglichen Vertrages

Beharrt der AG weiterhin auf Erfüllung des Werkes obwohl der AN seiner Warnpflicht nachgekommen ist, so hat der AN seine Arbeiten fortzusetzen um nicht in Leistungsverzug zu geraten. In diesem Fall trägt der AG die Preisgefahr. D.h. der AN setzt seine Arbeiten fort bis das Werk tatsächlich vollendet ist oder vielleicht misslingt und stellt dann, im Falle der Erfolglosigkeit, seine eingeschränkten Kosten dem AG in Rechnung. Der AG wird nun nicht mehr als schutzwürdig betrachtet, da er im Bewusstsein der möglichen Erfolglosigkeit auf der Erfüllung beharrt. Geht jedoch eine Gefahr für absolut geschützte Rechtsgüter (Leben, Gesundheit und Eigentum) aus, so ist es dem AN untersagt seine Arbeiten fortzuführen.⁶⁹ In jedem Fall ist, um eine spätere Beweisführung zu erleichtern, schriftlich auf den Umstand hinzuweisen und somit festzuhalten.

6.3.3.2. AG wünscht die Anpassung an die neuen aaRdT

Gem. der ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 15.03.2013⁷⁰ ist der AN verpflichtet Leistungsänderungen aufgrund Änderungen der aaRdT für den AG vorzunehmen. Die Mehrkosten einer solchen Leistungsänderung sind vom AG selbst zu tragen. Generell sollte der AN auch durch eine vertragliche Klausel verpflichtet sein, eine solche Änderung gegen Bezahlung der Mehrkosten durchführen zu müssen.⁷¹

6.4. Verweigerung der Übernahme

Hat der AN bei der Errichtung des Werkes die aaRdT nicht eingehalten und ist das Werk nun mangelhaft, so kann der AG die Übergabe verweigern. Wurde das

⁶⁹ Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505, 508.

⁷⁰ ÖNORM B 2110 Punkt 7.

⁷¹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1132.

Werk trotz Missachtung der aaRdT errichtet, weist aber keinen Mangel auf, so hat der AG das Werk, auch im Bewusstsein der Missachtung, zu übernehmen.⁷²

6.5. Allgemein anerkannte Regeln der Technik und deren Gewährleistung

In Bezug auf die aaRdT in Verbindung mit der Gewährleistung des AN können folgende 3 Fälle unterschieden werden:

- Ist das Werk trotz Einhaltung der aaRdT mangelhaft, so muss der AN Gewähr leisten, da der geschuldete Erfolg nicht eingetreten ist. Er trägt somit das Leistungsrisiko.
- Der AN wird hingegen nicht gewährleistungspflichtig, wenn er ein brauchbares oder mit den ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften hergestelltes Werk errichtet, obwohl es den aaRdT nicht entspricht.
- Sind für die Errichtung eines Werkes die Art und Weise durch die Vereinbarung aaRdT ausdrücklich vereinbart, so liegt ebenfalls kein Gewährleistungsfall vor, obwohl gegen ausdrücklich vereinbarte Vertragsbedingungen verstoßen wird.

6.5.1. Gewährleistung unabhängig von der Einhaltung der aaRdT

In Österreich hat die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der aaRdT keine Auswirkungen auf die Gewährleistung, solange das Werk alle vereinbarten und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Jedoch unabhängig von der Gewährleistung kann der AG wegen Verstoßes gegen Vertrag Schadenersatzansprüche geltend machen.

⁷² Krejci, Regeln der Technik 443.

Nur wenn das Werk nicht vertragsgemäß hergestellt wird liegt ein Fall der Gewährleistung vor.⁷³ Es kommt daher auf das Endergebnis an.

6.5.2. Die deutsche Betrachtung

Gleich wie in Österreich begründet im deutschen Werkvertragsrecht (BGB), alleine die Missachtung der aaRdT noch nicht den Vorwurf der mangelhaften Herstellung des Werkes. Anders jedoch die VOB/B.

6.5.2.1. Die VOB/B

Der Begriff VOB/B bedeutet „Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“. Es handelt sich hierbei um ein, neben dem deutschen Recht, bestehendes Klauselwerk, welches die gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrecht des BGB ergänzen bzw. spezifizieren soll. Öffentliche AG sind verpflichtet nach den VOB/B auszuschreiben und sie als Vertragsgrundlage zu vereinbaren, aber auch Private vereinbaren häufig die Geltung der VOB/B. Im Prinzip handelt es sich hierbei um das deutsche Pendant zu unseren ÖNORMEN.

6.5.2.2. Verstoß gegen die aaRdT

Wie bereits erwähnt wird der Verstoß gegen die aaRdT vom § 633 Abs. 1 BGB und von § 13 Nr. 1 VOB/B gänzlich konträr gelöst. Die VOB/B sieht in der Missachtung der aaRdT einen Mangel des Werkes, auch wenn dieses fehlerfrei ist und die zugesicherten Eigenschaften aufweist. Im BGB geht es in erster Linie um den herbeizuführenden Erfolg. Tritt dieser ein, so sieht das Gesetz kein Problem in der nicht Einhaltung der aaRdT. Ein Mangel im Sinne des BGB ergibt sich nicht

⁷³ Karasek, ÖNORM B 2110 Rz 1129.

schon aus der Nichteinhaltung einer Regel oder Norm, es ist daher für die Fehlerfreiheit bzw. Fehlerhaftigkeit unerheblich, ob die aaRdT eingehalten wurden.⁷⁴

6.5.2.3. Begründung der strengeren VOB/B-Regelung

Die VOB/B wollen den AG schützen, damit dieser nicht als „Versuchskaninchen“ für die Erprobung neuer Baustoffe oder Verfahren des AN missbraucht wird. Auch wenn bei Nichteinhaltung der aaRdT keine sofortige Qualitätsbeeinträchtigung (und somit eine Vertragswidrigkeit oder ein Gewährleistungsfall) vorliegt, so sind an das Werk, gerade in der Baubranche, doch höhere und vor allem „längere“ Ansprüche gestellt. Die VOB/B sehen in den aaRdT somit eine Qualitätssicherung für den AG die auf Dauer hält. Nur durch die Einhaltung der aaRdT kann der AG eine fehlerfreie und auch dauerhafte Bauleistung erhalten.⁷⁵

6.6. Schadenersatz bei Nichteinhaltung der aaRdT

Ist der AG in seiner Person oder in seinem Vermögen aufgrund Nichteinhaltung der aaRdT geschädigt worden, so hat der AN dafür Schadenersatz zu leisten. Die Schadenersatzansprüche setzen schuldhaft rechtswidriges Verhalten des Vertragspartners oder eines seiner Gehilfen (§ 1313a ABGB) voraus.⁷⁶ Meistens wird jedoch ein Schaden nur schwer nachweisbar bzw. in seiner Höhe bezifferbar sein, wenn ein funktionstüchtiges Werk übergeben wird.

⁷⁴ Soergel in Jagenburg (Hrsg), Die Mangelverantwortung im Spannungsfeld zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik, FS für Jack Mantscheff (2000) 194.

⁷⁵ Soergel, Die Mangelverantwortung im Spannungsfeld 196f.

⁷⁶ Koziol/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁴ II (2015) 312ff.

6.6.1. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Vertragsverletzung, da der AN gegen die vereinbarten aaRdT verstoßen hat. Somit sind die aaRdT Maßstab für die Rechtswidrigkeitsprüfung.⁷⁷

6.6.2. Verschulden

Das rechtswidrige Verhalten muss dem AN auch vorwerfbar sein, damit es zu einem Verschulden kommt. Sollte der AN den Auftrag weitervergeben haben (an einen Subunternehmer) so haftet er für dessen Verschulden wie für sein eigenes. Es wird hier von der Gehilfenhaftung⁷⁸ gesprochen.

Da an Bauprojekten ausschließlich gewerberechtlich befugte Fachfirmen beteiligt sind ist auch der Sorgfaltsmaßstab entsprechend anzupassen. Man spricht hier von einem objektivierten Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige nach § 1299 ABGB. Sachverständiger im Sinne des Gesetzes ist jeder der eine Tätigkeit ausübt, die ein besonderes Können oder Fachwissen voraussetzt. Durch den § 1299 ABGB wird der Sorgfaltsmaßstab des § 1297 ABGB objektiviert. Es wird somit nicht mehr auf den „gewöhnlichen Grad“ an Aufmerksamkeit und Fleiß abgestellt, sondern ein objektiver Verschuldensmaßstab angelegt, der sich an Wissen, Fertigkeiten und Kenntnissen der Sorgfalt eines Sachverständigen orientiert. Der objektive Sorgfaltsmaßstab an dem Fachfirmen gemessen werden orientiert sich an dem Leistungsstandard der jeweiligen Berufsgruppe.⁷⁹

6.6.3. Kausalität

Der AN ist nur für den Schaden verantwortlich, den er durch sein rechtswidriges schuldhaftes Verhalten kausal herbeigeführt hat. Durch die

⁷⁷ *Krejci*, Regeln der Technik 446.

⁷⁸ § 1313a ABGB

⁷⁹ *Wittwer in Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015) § 1299.

Vertragshaftung kommt es zu einer Beweislastleichterung des geschädigten AG. Dieser muss nicht das Verschulden des AN beweisen, sondern dieser muss sich gem. § 1298 ABGB vom Verschuldensvorwurf frei beweisen.⁸⁰

6.6.4. Kosten

Die Sowieso-Kosten sind Kosten die der AG bei ordnungsgemäßer Errichtung des Werkes sowieso hätte zahlen müssen. Das vertragswidrige Verhalten des AN ist daher nicht kausal für diese Kosten und somit hat der AG diese selbst zu tragen. Für einen eventuellen Mangelfolgeschaden, dies ist ein Schaden an anderen Rechtsgütern des AGs, hat der AN jedoch sehr wohl aufzukommen. Mangelfolgeschäden können zum Beispiel Abbruchkosten sein.

⁸⁰ Schlosser/Hartl/Schlosser, allgemein anerkannten Regeln der Technik, ÖJZ 2009, 67.

7. Der geschuldete Erfolg

Was ist der geschuldete Erfolg im Bauvertrag und warum ist er wichtig? Diese, aus dem Werkvertragsrecht stammende, auf den ersten Blick relativ simpel klingende Frage ist in der Realität der Grund für unzählige Streitigkeiten und Bauprozesse. Die zwei deutschen Autoren *Kapellmann* und *Schiffers* sind sogar der Meinung, dass eine mangelhaft definierte Leistung das mit Abstand größte Streitpotenzial in sich birgt. Sie schätzen, dass mindestens 80 % der großen Bauprozesse auf diese Problematik zurückzuführen sind.⁸¹

Wir haben uns bereits in den vorigen Kapiteln sehr ausführlich mit der Definition bzw. Beschreibung des Bau-Solls beschäftigt. Zu wissen, was genau der AN schuldet ist aber auch Voraussetzung für das Gewährleistungsrecht, denn ein Mangel der die Gewährleistung auslöst, wird als Abweichung vom geschuldeten Erfolg definiert.⁸²

Die Gewährleistung erstreckt sich auch auf die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, die ebenfalls Bestandteil des geschuldeten Werks sind. Aber nicht alle Situationen sind eindeutig geregelt bzw. können gelöst werden. Der AG muss sich daher auch die Fragen stellen, ob der AN gewährleistungspflichtig wird wenn:

- das Bauwerk trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht funktionstüchtig ist?
- eine vereinbarte Norm nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht?
- das Bauwerk trotz Einhaltung der technischen Normen nicht funktionstüchtig ist?
- das Bauwerk funktionstüchtig ist, obwohl die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden?

⁸¹ *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag⁶ Rz 171.

⁸² *Rebhahn/Kietabl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ V (2014) § 1167 Rz 20.

- sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik nach Vertragsabschluss ändern und der Auftragnehmer dies nicht beachtet?⁸³

7.1. Was schuldet der AN?

Maßgeblich für den geschuldeten Erfolg ist der Werkvertrag und all seine Beilagen. Das vereinbarte Werk hat der AN rechtzeitig und mängelfrei herzustellen. Unklarheiten sind mittels Vertragsauslegung zu lösen.⁸⁴

Das ABGB regelt den Werkvertrag in den §§ 1168 und 1168a ABGB. Der AN hat keinen Anspruch auf sein vereinbartes Entgelt, wenn das Werk misslingt. Der Werklohnanspruch bleibt aufrecht, wenn die Ausführung des Werkes aus Umständen, die aus der Sphäre des Bestellers kommen unterbleibt. Aus diesen beiden Paragraphen wird abgeleitet, dass der AN einen Erfolg schuldet. Das bloße Bemühen, wie bei einem Dienstvertrag, reicht nicht aus.⁸⁵

Ebenfalls wird die schon öfters erwähnte Prüf- und Warnpflicht aus dem § 1168a ABGB abgeleitet: Misslingt das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller beigestellten Stoffes oder aufgrund seiner offenbar unrichtigen Anweisung, so ist der Besteller für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller gewarnt hat. Verletzt jedoch der AN sein Prüf- und Warnpflicht, so wird er seines Werklohns verlustig und schadenersatzpflichtig.

Es folgen nun 2 ausjudizierte Beispiele, die die Problematik sehr gut veranschaulichen.

⁸³ Karasek, ÖNORM B 2110 Rz 1834.

⁸⁴ Rebhahn/Kietz in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ V § 1165 Rz 27.

⁸⁵ Krejci in Rummel, ABGB³ (2000) § 1168 ABGB.

7.2. „Verkehrsblau“ OGH 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04k

7.2.1. Sachverhalt

Der AG beauftragte die Herstellung des Bodens einer Produktionshalle in der Farbe „Verkehrsblau“. Der AN stellte diesen Boden gemäß den Vorstellungen (Ausschreibung) des AG her. Nach Fertigstellung des Werkes stellte sich heraus, dass die neue Farbe des Bodens für die Benützung (Befahren) des durch die im Druckereibetrieb des AG üblicherweise verwendeten Geräte (in der Halle bedingter Rollverkehr von "Flurförderfahrzeugen" und Handgabelstaplern) nicht geeignet war. Durch den Verkehr und die dadurch entstandenen Kratzer in der Beschichtung ergab sich für den AG ein ästhetisch unansehnliches Erscheinungsbild der Halle.

Der AG verweigert dem AN daraufhin die Bezahlung des Werklohns da der verlegte Boden für den bekannten Verwendungszweck vollkommen ungeeignet sei und der AN ihn darauf hinweisen hätte müssen. Danach klagte der AN seinen Werklohn ein.⁸⁶

7.2.2. Darstellung des Problems

Nun stellt sich die Frage welchen Erfolg der AN schuldet? Schuldet der AN einen Hallenboden in der Farbe Verkehrsblau, der keinen oder nur eingeschränkten Gebrauch zulässt, so hätte er seinen Vertrag erfüllt und kann seinen Werklohn einfordern. Schuldet er jedoch einen mit Flurförderfahrzeugen und Handgabelstaplern befahrbaren Boden ohne ausdrücklich vereinbarte Farbe, so wäre diese Werk misslungen und er erhält daher auch keinen Werklohn. Geht die ausdrücklich vereinbarte der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft vor?

Im Ergebnis verliert der AN seinen Entgeltsanspruch, wenn er das Werk nach der exakten Vorstellung und Ausschreibung des AG errichtet.

⁸⁶ OGH 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04k.

7.2.3. Dogmatische Erörterung

Ist in einem Werkvertrag keine ausdrückliche Eigenschaft vereinbart, so schuldet der AN die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Das Werk muss dann der Übung des redlichen Verkehrs entsprechen, sprich funktionstüchtig sein. In unserem Fall ist die gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft die Befahrbarkeit des Bodens.

Wird jedoch mittels Ausschreibung die Farbe „Verkehrsblau“ verlangt, handelt es sich hierbei um eine ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft. Das Werk wurde entsprechend der zugesicherten Eigenschaft, nämlich die Beschichtung „Verkehrsblau“ auch hergestellt, jedoch kam es dadurch zu einer lediglich eingeschränkten Brauchbarkeit. Also kann durch die genaue Erfüllung des Werkvertrages kein gebrauchstaugliches und somit der Übung des redlichen Verkehrs entsprechendes Werk ausgeführt werden. Es liegt somit ein Widerspruch im Werkvertrag vor. Gewöhnlich vorausgesetzte und ausdrücklich vereinbarte Eigenschaften stehen im Widerspruch.⁸⁷ Nun gibt es zwei Varianten dieses Problem zu lösen:

Variante I

Schuldet der AN ein gebrauchstaugliches Werk, so liegt ein Mangel vor. Er muss daher im Rahmen der Gewährleistung diesen Mangel beheben. Der AN trägt das Erfolgsrisiko.

Variante II

Die vom AG gewünschte Eigenschaft „Verkehrsblau“ stellt eine Anweisung

⁸⁷ Wilhelm in Aicher/Koppensteiner (Hrsg), von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten in der FS Ostheim (1990) 225.

im Sinne des § 1168a ABGB⁸⁸ dar.⁸⁹ In diesem Fall würde den AN eine Warnpflicht treffen, der er nicht nachgekommen ist. Eine Anweisung liegt dann vor wenn der AG seinem AN nicht nur das Ziel, also das herzustellende Werk vorgibt, sondern auch die Art der Durchführung des Werkes konkret und verbindlich vorschreibt, oder den Werkstoff.⁹⁰ Also kann in unserem Fall eine Anweisung durch den AG bejaht werden.

Kommt der AN der Anweisung des AG nach und kann den vereinbarten Erfolg nicht herstellen, weil sich die zugesicherte Eigenschaft, hier ein zugesicherter Werkstoff, nicht im Werk verwirklichen lassen, sich also die Anweisung als unrichtig erweist, könnte man geneigt sein den AN die Gefahr des Misslingens aufzuerlegen.⁹¹ Dies stellt allerdings kein befriedigendes Ergebnis dar.

Wie soeben festgestellt ist der Farbwunsch des AG gleichzusetzen mit einer Anweisung gem. § 1168a ABGB. Somit ist zu prüfen ob der AN seine Prüf- und Warnpflichten verletzt hat.

7.2.3.1. Prüf- und Warnpflicht

Liegt keine Warnpflichtverletzung vor, muss der AN nicht warnen, weil er nicht kann oder hat er gewarnt und der AG hat trotzdem auf der unveränderten Ausführung bestanden, so trifft in keine Gewährleistung und auch kein Schadenersatz. Außerdem behält er seinen Werklohnanspruch.⁹²

Kommt man jedoch zu dem Schluss, dass der AN die unrichtige Anweisung erkennen konnte oder erkannt hat und trotzdem seiner Warnpflicht nicht nachgekommen ist, so wird er keinen Werklohn erhalten.

⁸⁸ § 1168a ABGB: Geht das Werk vor seiner Übernahme durch den bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigelegt hat. Misslingt aber das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenkundiger unrichtiger Anweisung des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn der Besteller nicht gewarnt ist.

⁸⁹ *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 29.

⁹⁰ *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann/Kodek*, § 1168a Rz 17.

⁹¹ *Wilhelm*, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, FS Welser (2004) 1189.

⁹² *Krejci in Rummel*³ § 1168a Rz 36 und *Rebhahn/Kietzbl in Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 29.

7.2.3.2. Geschuldeter Erfolg des AN

Bei wörtlicher Auslegung des § 922 ABGB⁹³ muss das Werk nur im Falle keiner besonderen Vereinbarung die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen. In diesem Fall muss der AN das Werk in der Farbe „Verkehrsblau“ herstellen, jedoch keine Gewährleistung bezüglich der Funktionstauglichkeit leisten, da die Beseitigung des Widerspruchs eine Änderung des ursprünglichen Vertragsinhaltes wäre. Der AN muss nicht im Rahmen der Gewährleistung tätig werden, da eine Verbesserung über den Vertragsinhalt, des Bau-Solls hinausgeht.

Diese Lösung stellt abermals kein befriedigendes Ergebnis dar. Dies würde bedeuten, dass der AG keinen Anspruch auf ein funktionstüchtiges Werk hat, aber trotzdem den Werklohn zahlen muss.

Der AG wird nicht bewusst ein Werk mit sich widersprechenden Eigenschaften bestellen. Vielmehr glaubt und denkt er wahrscheinlich gar nicht daran, dass die gewünschte Eigenschaft „Verkehrsblau“ kompatibel mit der Funktionstüchtigkeit ist. Er irrt somit über diese Tatsache.

7.2.3.3. Irrtum

Der AG unterliegt einem Geschäftsirrtum. Um diesen anfechten zu können ist zu prüfen ob eine der Voraussetzungen des § 871 ABGB⁹⁴ vorliegt. Der AN muss den Irrtum entweder veranlasst haben, er hätte ihm auffallen müssen oder der Irrtum wurde rechtzeitig aufgeklärt.

⁹³ § 922 ABGB: Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass diese dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.

⁹⁴ § 871 Abs 1 ABGB: War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärungen in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlasst war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen musste oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

Den Irrtum veranlasst zu haben bedeutet, dass einer der Vertragspartner diesen adäquat verursacht hat. Vorsatz oder Fahrlässigkeit haben keine Bedeutung. Die Beurteilung erfolgt daher verschuldensunabhängig.⁹⁵ Der AG hat durch seine gewünschte Eigenschaft „Verkehrsblau“ diesen Irrtum veranlasst, jedoch ist in diesem Fall die Warnpflichtverletzung des AN nicht zu vergessen (Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten). Wir haben bereits dem AN eine Pflichtverletzung unterstellt. Erst durch die unterlassene Sorgfaltspflicht wird der AG in die Irre geführt. Die Anfechtungsvoraussetzung ist daher gegeben.

Geht man nun noch weiter und nimmt an, dass der AN innerhalb seiner Prüf- und Warnpflicht den Werkstoff, die Farbe „Verkehrsblau“ auf seine Eignung hätte prüfen müssen, so hätte ihm auch der Fehler, die Unvereinbarkeit offenbar auffallen müssen. Somit ist auch diese Anfechtungsvoraussetzung erfüllt.

Sollte man dem AN eine Warnpflichtverletzung nachweisen können, so kann der AG den Irrtum erfolgsversprechend anfechten. Das Verschulden des AN ist somit Voraussetzung für die Anfechtung.

Ist der Irrtum nun wesentlich kommt es zur Vertragsaufhebung, ist er unwesentlich lediglich zur Vertragsanpassung. Der Unterschied hängt davon ab, ob die Parteien den Vertrag in Kenntnis des Irrtums überhaupt nicht geschlossen hätten, dann ist es ein wesentlicher Irrtum, oder nur zu abgeänderten Bedingungen, dann handelt es sich um einen unwesentlichen Irrtum. In den meisten Fällen will der AG ein funktionstüchtiges Werk und er würde daher den Vertrag auch zu geänderten Bedingungen abschließen.⁹⁶ Handelt es sich um einen wesentlichen Irrtum und es kommt zur Vertragsaufhebung, so hat der AN auch keinen Anspruch auf einen Werklohn.

⁹⁵ Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ IV (2014) § 871 Rz 19.

⁹⁶ Rummel in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2015) § 871.

7.2.4. Entscheidung des OGH

Der OGH meint, es liege ein wesentlicher Irrtum vor und hebt daher den Vertrag auf. Seine Rechtfertigung holt er sich durch die nachgewiesenen Warnpflichtverletzung aufgrund derer der AG seinen Anspruch auf Werklohn verliert. Mit einer Preisminderung und einer damit verbundenen Vertragsanpassung beschäftigt er sich nicht.

7.2.4.1. Kritik an der Entscheidung

Der OGH unterstellt damit, dass der AG ausschließlich die Farbe „Verkehrsblau“ für seine Produktionshalle wollte. Dies scheint aber doch etwas zu weit zu gehen. Es ist anzunehmen, dass der AG auch ein anderes „Blau“ für seine Halle ausgesucht hätte, wäre ihm der Widerspruch bereits im Vorhinein bekannt gewesen. Somit liegt nur ein unwesentlicher Irrtum vor, da die Parteien zu abgeänderten Vertragsbedingungen ebenfalls abgeschlossen hätten. Somit wäre es zu einer Vertragsanpassung gekommen.

7.2.4.2. Vertragsanpassung

Wäre es zur Vertragsanpassung gekommen, so wäre ein funktionstüchtiges und somit gebrauchstaugliches Werk vereinbart worden. Dies wäre ein neuer Leistungsumfang, ein neues Bau-Soll und daher kein Fall der Gewährleistung. Im Falle der Gewährleistung würde der AN ein funktionstüchtiges Werk schulden und müsste daher das Werk verbessern. Im Rahmen der Irrtumsanfechtung muss der AG jedoch „Verkehrsblau“ leisten. Erst wenn die vereinbarte Farbe nicht zum Erfolg führt muss der Leistungsumfang angepasst werden.

Kommt es zu einer Vertragsanpassung wird nicht nur die Leistung sondern auch das Entgelt angepasst. Meistens ist eine Vertragsanpassung mit zusätzlichen Kosten verbunden, welche, hätte man von Anfang an im richtigen Umfang errichtet, ebenfalls angefallen wären. Man spricht von „Sowieso-Kosten“. Diese sind vom AG

zu tragen⁹⁷. Der AN hat jedoch aufgrund seiner Warnpflichtverletzung einen eventuell entstandenen Vertrauensschaden zu tragen.

7.2.4.3. Rechenbeispiel „Verkehrsblau“ Sowieso-Kosten und Vertrauensschaden

Kosten für Bodenbeschichtung in „Verkehrsblau“	100
Kosten für Entfernung der Bodenbeschichtung	30
Kosten für Bodenbeschichtung „Gebrauchstauglich“	110

Die Kosten 110 stellen die Sowieso-Kosten für den AG dar. Er kann aber die Kosten für die Errichtung des unbrauchbaren Werkes von 100 und die Kosten der Entfernung von 30 als Schadenersatz gegenrechnen. Der AG hat daher 110 oder 10 (wenn er den ursprünglichen Werklohn von 100 schon gezahlt hat) dem AN zu zahlen. Die restlichen Kosten hat der AN selbst zu tragen.

7.3. „Aluminiumfenster“ OGH 22. 2. 1983, 5 Ob 510/83

7.3.1. Sachverhalt

Die bekl. Partei verrichtete am Haus der kl. Partei diverse Schlosserarbeiten. Anlässlich dieser Arbeiten teilte ihr die kl. Partei mit, dass sie als letztes Renovierungsvorhaben am Haus neue Fenster werde einbauen lassen und bereits ein Anbot hinsichtlich Kunststoff-Fenster eingeholt habe. Die bekl. Partei erklärte, dass sie Aluminiumfenster aus ihr gelieferten Profilen herstelle. Sie zeigte der kl. Partei die in ihrer Wohnung eingebauten Fenster dieser Art und erklärte, dass die Aluminiumfenster beständiger als Kunststoff-Fenster seien. Die kl. Partei besichtigte

⁹⁷ *Wilhelm*, widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik 225.

sodann das Haus der bekl. Partei und nahm für die Fenster Maß und erstellte ein Angebot, welches von der kl. Partei angenommen wurde.

Nach Einbau traten in der kalten Jahreszeit in den nicht oder nur schwach beheizten Räumen an den gelieferten Fenstern Kondenswasserbildungen am Fensterrahmen sowie am Isolierglas auf, und zwar derart, dass das Wasser die Rahmen herunterrann und sich auf den Fensterbänken ansammelte. Die Kondenswasserbildung erfolgte an den Fensterrahmen in der Wohnung der kl. Partei ab einer Außentemperatur von 0 C° und tiefer, an den Isolierglasscheiben gab es Schwitzwasserbildungen ab -5 C°. Ab etwa dieser Außentemperatur kam es auch vor, daß das Schwitzwasser an den Rahmen anzueisen begann. Die bekl. Partei hatte für die verfahrensgegenständlichen Aluminiumfenster die Rahmenkonstruktion „Wicona W 21.2“ verwendet. Diese Rahmenkonstruktion galt im europäischen Metallbau als führend und wurde in Österreich überwiegend verwendet.

Die von der bekl. Partei gelieferten Fenster sind auf Grund des technischen Standes im Zeitpunkt der Auftragserteilung für das Haus der kl. Partei unter normalen Bedingungen geeignet. Die Erhöhung der Raumtemperatur auf 20 Grad Celsius sowie ausreichendes Lüften wären geeignet, die Schwitzwasserbildung entweder erheblich zu reduzieren oder überhaupt zu beseitigen. Die bekl. Partei brauchte unter Zugrundelegung des technischen Standards keine Bedenken zu haben, die Fenster in das Haus der kl. Partei einzubauen.

Die kl. Partei begehrte Rückzahlung des gesamten Werklohnes.⁹⁸

7.3.2. Darstellung des Problems

Was ist der geschuldete Erfolg? Muss der AN ein Fenster des Typs „Wicona W 21.2“ liefern, obwohl es anscheinend nicht tauglich ist oder hat er lediglich irgendein Fenster zu liefern, welches er selbst auswählen kann und dieses aber der Übung des redlichen Verkehrs entsprechen muss?

⁹⁸ OGH 22. 2. 1983, 5 Ob 510/83.

7.3.3. Dogmatische Erörterung

Im Gegensatz zum Fall „Verkehrsblau“ ist hier keine besondere Eigenschaft vertraglich vereinbart. Vielmehr reduziert der AG das von ihm gewünschte Produkt auf dessen Funktionstauglichkeit. Das exakte Produkt wurde erst vom AN vorgeschlagen. Wahrscheinlich wäre auch jedes andere Fenster nach Vorschlag des AN genommen worden. D.h. der AG hat in diesem Fall weder einen ungeeigneten Stoff beige stellt, noch eine offenbar unrichtige Anweisung gegeben.

Somit schuldet der AN Fenster, die die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen bzw. der Übung des redlichen Verkehrs entsprechen.

Daher liegt hier nun ein Gewährleistungsmangel vor, da das Geleistete vom geschuldeten Erfolg abweicht.

7.3.4. Entscheidung des OGH

Das Urteil des OGHs lautete in diesem Fall auf Wandlung des Vertrags, da damals das Gewährleistungs-Änderungs-Gesetz noch nicht in Geltung war.

7.4. Rechtsprechung und Lehre

In allen soeben angeführten Fällen errichtet der AN genau das ausdrücklich vertraglich Vereinbarte und immer ist der AG nicht mit dem Ergebnis zufrieden, da sein Werk nicht funktionsfähig bzw. gebrauchstauglich ist. Es gibt zu diesem Problemkreis drei unterschiedliche Meinungen, wobei die Rechtsprechung bis jetzt immer *Wilhelm* gefolgt ist.

7.4.1. Wilhelm

Wie bereits ausführlich dargestellt löst *Wilhelm* den Widerspruch zwischen zugesicherter Eigenschaft und Funktionstüchtigkeit des Werkes über das Irrtumsrecht. Der Weg über die analoge Anwendung der Anweisung gem. § 1168a ABGB und der vereinbarten Sollbeschaffenheit ist überzeugend und wird von der hM auch anerkannt. Ebenfalls die Warnpflichtverletzungen die die Irrtümer veranlasst haben und schließlich zu einer Vertragsanpassung gem. § 872 ABGB⁹⁹ führten, zeichnen ein schlüssiges Bild. Durch die Vertragsanpassung wird der Leistungsumfang des ursprünglichen Vertrages geändert und der AG hat die Sowieso-Kosten zu tragen. Im Falle eines wesentlichen Irrtums kommt es zur Wandlung des Vertrages.¹⁰⁰

7.4.1.1. Lösung Fall „Verkehrsblau“ nach *Wilhelm*

Durch die Warnpflichtverletzung hat der AN den Irrtum des AG veranlasst und nach *Wilhelm* hätte ihm dieser auch auffallen müssen. Es kommt daher zu einer bloßen Vertragsanpassung, da der AG das Werk auch mit einer anderen Farbe bestellt hätte. Der AG hat daher die Sowieso-Kosten zu bezahlen und die Mehrkosten sind vom AN zu tragen.

7.4.1.2. Lösung Fall „Aluminiumfenster“ nach *Wilhelm*

Wilhelm kommt zum gleichen Ergebnis wie der OGH (Wandlung), geht aber den Weg über die Gewährleistung, da der untaugliche Fenstertyp vom AN

⁹⁹ § 872 ABGB: Betrifft aber der Irrtum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, insofern beide Teile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht vorzüglich Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein dem Irreführten ist von dem Urheber des Irrtumes die angemessene Vergütung zu leisten.

¹⁰⁰ *Wilhelm*, von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik 225 und *Wilhelm*, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht 1189.

vorgeschlagen wurde. Im Rahmen des Schadenersatzes hat der AN auch den Vertrauensschaden zu ersetzen. Die Sowieso-Kosten hat der AG selbst zu tragen.¹⁰¹

7.4.2. *Gruber*

Die von *Wilhelm* vertretene Ansicht des Widerspruchs zwischen dem ausdrücklich Vereinbarten und dem gewöhnlich Vorausgesetzten (Gebrauchstauglichkeit) sei nicht zwingend, da zwischen der Werkseigenschaft und der eigentlichen Funktion des Werkes laut *Gruber* keine Gleichrangigkeit besteht. Eine ausdrückliche Gebrauchsvereinbarung müsse nicht getroffen werden, da besondere Beschaffenheitsvereinbarungen ja immer in Hinblick auf ein funktionierendes Werk getroffen werden. Aus Parteiensicht kann von einem dienenden Zweck der Beschaffenheitsvereinbarung gesprochen werden, weil die vereinbarten Eigenschaften einen bestimmten Gebrauch zulassen bzw. ermöglichen müssen. Der AG gehe trotz seiner vereinbarten Eigenschaften (Beschaffenheiten) immer von einem funktionsfähigen Werk aus.

Die Meinung *Wilhelms* lässt *Gruber* nur in dem Spezialfall gelten, in dem die ausdrücklich vereinbarte Eigenschaft dem AG bewusst wichtiger als die Funktionsfähigkeit ist. Dies ist aber die Ausnahme. Im Regelfall wird dem AG die Gewährleistung der Funktion wichtiger als die vereinbarte Eigenschaft sein. Ergebnis dieser Auslegung ist, dass der AN das Funktionsrisiko trägt. Der AN muss ein funktionsfähiges Werk herstellen, bei dessen Mangelhaftigkeit (Funktionslosigkeit) er im Rahmen der Gewährleistung zu haften hat. Somit müsste er das Werk kostenlos verbessern und erhält nicht die Sowieso-Kosten ersetzt.

Für *Gruber* ist die, durch den Parteiwillen gedeckte Funktionsfähigkeit des Werkes das richtige Ergebnis.¹⁰²

¹⁰¹ *Wilhelm*, von widersprüchlichen Werkverträgen 232.

¹⁰² *Gruber*, JBL 1994, 174.

7.4.2.1. Lösung Fall „Verkehrsblau“ nach Gruber

Gruber löst den Widerspruch über die Vertragsauslegung. Es ist auf den Parteiwillen abzustellen und daher geht die Funktionstauglichkeit bzw. Gebrauchstauglichkeit der besonders zugesicherten Eigenschaft „Verkehrsblau“ vor. Somit ist die Herstellung des Werkes in „Verkehrsblau“ mangelhaft. Es würde hier ein Fall der Gewährleistung vorliegen und der AN müsste auf seine Kosten verbessern.

7.4.2.2. Lösung Fall „Aluminiumfenster“ nach Gruber

Die Funktionsfähigkeit bzw. Gebrauchstauglichkeit des Werkes gem. des Parteiwillens ist für *Gruber* ausschlaggebend. In diesem Fall ist das Ergebnis relativ eindeutig. Wie *Wilhelm* sieht auch *Gruber* in diesem Fall die eingebauten Fenster als Abweichung vom geschuldeten Erfolg und kommt somit direkt zur Gewährleistung des AN. Der AN hat daher auf seine Kosten das Werk zu verbessern.

7.4.3. *Rebhahn und Kietaibl*

Für *Rebhahn* und *Kietaibl* liegt auch ein Mangel vor, wenn das Werk zwar die vertraglich vereinbarten Einzeleigenschaften aufweist, aber (deshalb) nicht den gleichfalls geschuldeten Gesamterfolg herbeiführt, der AN also das Risiko des Misslingens trägt.¹⁰³ Das Werk hat generell der Übung des redlichen Verkehrs zu entsprechen, das bedeutet, dass es unter verkehrsüblichen Verhältnissen benutzbar sein muss und den gewöhnlich gestellten Anforderungen an ein solches Werk standhalten muss. Was passiert aber bei einem Widerspruch zwischen einer vereinbarten Substanzeigenschaft und einem funktionstüchtigen Werk?

Rebhahn und *Kietaibl* bedienen sich dann der Meinung *Reischauers*, der das Angebot des AN idR so versteht, dass die Leistungsbeschreibung nur als

¹⁰³ *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, § 1167 Rz 21.

Kalkulationsgrundlage diene und der AN ein funktionstaugliches Werk zu liefern hat, auch wenn die vereinbarten Substanzeigenschaften dagegen sprechen. Aus der Vertragsinterpretation muss sich der Wunsch des AGs nach einem funktionstüchtigen Werk ergeben. Sind jedoch gewöhnlich vorausgesetzte und besondere Eigenschaften vereinbart und stehen sich diese im Wege, so liegt ein Widerspruch im Werkvertrag und somit anfängliche Unmöglichkeit vor.¹⁰⁴

Es handelt sich hierbei um eine schlichte anfängliche Unmöglichkeit gem. § 878 ABGB, deshalb bleibt der Vertrag trotz Unmöglichkeit aufrecht. Dem AG ist es nicht möglich, zu den vereinbarten Eigenschaften ein funktionstüchtiges Werk zu erhalten. Dies wäre nur unter der Voraussetzung der Änderung des Vertrages möglich. Der AG kann nur zu einem, für ihn zufriedenstellendem Ergebnis mittels Vertragsanpassung im Rahmen der Irrtumsanfechtung kommen. Dafür darf der Irrtum nicht wesentlich sein und musste vom AN entweder veranlasst werden oder er hätte ihm auffallen müssen. Eine Anfechtung wegen gemeinsamen Irrtums ist ebenfalls von beiden Seiten möglich. Liegt jedoch ein wesentlicher Irrtum vor, so bleibt es bei der Unmöglichkeit der Leistung. Die Sowieso-Kosten bei der Vertragsanpassung sind wie immer vom AG und der Vertrauensschaden vom AN zu tragen.¹⁰⁵

Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch bei anfänglicher Unmöglichkeit ist, dass dem AN ein Verschulden nachweisbar ist. Dieses Verschulden liegt in der Verletzung seiner (auch vorvertraglichen) Sorgfaltspflichten. Der AN haftet daher, wenn er erkennen hätte können oder müssen einen widersprüchlichen Werkvertrag abzuschließen.¹⁰⁶

Ist der Irrtum wesentlich, so kann der AG die Übernahme des Werkes verweigern, da ein mangelhaftes Werk vorliegt. Übernimmt der AG nicht, so wird der Werklohn des AN nicht fällig. D.h. der AN hat aufgrund der anfänglichen Unmöglichkeit keine Möglichkeit seinen Werklohn zu bekommen.

¹⁰⁴ *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 35.

¹⁰⁵ *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 36.

¹⁰⁶ *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 37.

Übernimmt der AG doch, so kommt es darauf an, ob die Eigenschaft vom AG gewünscht wurde oder nicht.

Variante I

Der Wunsch geht nicht vom AG aus, so liegt ein anfänglich unbehebbarer Mangel vor. Der AG kann wandeln oder den Preis mindern.¹⁰⁷

Variante II

Geht der Wunsch vom AG aus und hat der AN seine Warnpflicht nicht verletzt, dann muss der AG, obwohl er ein mangelhaftes Werk erhält, den vollen Werklohn bezahlen (§ 1168 Satz 1 ABGB¹⁰⁸) und hat auch keinen Anspruch auf Gewährleistung. Kann dem AN eine Warnpflichtverletzung vorgeworfen werden, so hat er in vollem Umfang Gewähr zu leisten.¹⁰⁹

7.4.3.1. Lösung Fall „Verkehrsblau“ nach *Rebhahn und Kietaibl*

Prinzipiell liegt hier ein Fall der anfänglichen Unmöglichkeit vor. Über die Irrtumsanfechtung lassen die Autoren den AG jedoch zu einem funktionstauglichen Werk kommen. Der AN hat hier seine Warnpflicht verletzt, aber auch der AG hätte die Unrichtigkeit der Anweisung erkennen können. Daher kommt es zu einer geteilten Gewährleistung. Der AG muss einen Teil des Werklohns und die Sowieso-Kosten zahlen. Der AN hat dafür die Mehrkosten der Verbesserung zu übernehmen.

¹⁰⁷ *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 38.

¹⁰⁸ § 1168 Satz 1 ABGB: Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist.

¹⁰⁹ *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, § 1165 Rz 39.

7.4.3.2. Lösung Fall „Aluminiumfenster“ nach *Rebhahn und Kietaibl*

Da die Wahl der Fenster nicht durch den AG, sondern durch den AN erfolgt ist liegt hier ein anfänglich unbehebbarer Mangel vor. Der AG kann daher Wandlung oder Preisminderung begehren. Da aber in unserem Fall der AG die Leistung bereits übernommen hat, steht ihm neben der Wandlung auch noch der Ersatz des Vertrauensschadens offen.

8. Zusammenfassung und Conclusio

Nach Meinung der deutschen Autoren *Kapellmann* und *Schiffers* sind mindestens 80 % der großen Bauprozesse auf eine mangelhaft definierte Leistung zurückzuführen.¹¹⁰

Am Schluss dieser Arbeit soll daher nochmals die Wichtigkeit der genauen Definition des geschuldeten Erfolgs und somit des Gegenstands des Bauwerkvertrags unterstrichen werden. Aus einer mangelhaft definierten Leistung ergeben sich Widersprüche und Unklarheiten. Da viele Unternehmen an einem Bauprojekt beteiligt sind und somit auch die Wahrscheinlichkeit sehr hoch ist, dass einzelne Vertragspunkte unterschiedlich aufgefasst bzw. ausgelegt werden, ist es für den Bauherrn umso wichtiger im Interesse einer erfolgreichen Bauabwicklung seine gewünschte Leistung, das Bau-Soll, möglichst genau und abschließend, bereits am Anfang zu definieren.

Aufgrund des Umfangs und der Komplexität von Bauwerkverträgen werden sich Widersprüche nicht gänzlich vermeiden lassen, jedoch sollte diese Arbeit dem Bauherrn verschiedene Möglichkeiten und Wege gezeigt haben, diese Widersprüche in erster Linie zu vermeiden, zu minieren oder falls notwendig in geordneten Verfahren, gemeinsam mit dem AN, bewältigen zu können.

¹¹⁰ Siehe Punkt 7. Der geschuldete Erfolg.

Literaturverzeichnis

Binder/Kolmasch in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ IV (2014)

Fischer, Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht (1995)

Hussian, Bau-Soll und geschuldeter Werkerfolg, *bau aktuell*, Mai 2010 H 3, 102.

Hussian, in *Der österreichischen Gesellschaft für Baurecht und dem österreichischen Institut für Baurecht* (Hrsg), Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag, FS der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008)

Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, *ÖJZ* 1983

Jagenburg in *Pastor* (Hrsg), FS für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag (1986)

Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag⁶ (2011)

Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009)

Koziol/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁴ II (2015)

Kramer/Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB – Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (2011)

Krejci in *Rummel*, ABGB³ (2000)

Krejci, Regeln der Technik, in FS Kralik (1986)

Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110² (2009)

Kurbos, Baurecht in der Praxis⁷ (2014)

Kurz, Kommentar zur ÖNORM B 2110 (2012)

Längle, Das Entgelt beim Bauvertrag (1999) 53 f.

Müller in *Müller/Stempkowski* (Hrsg), Handbuch Claim-Management² (2015)

Müller in Der österreichischen Gesellschaft für Baurecht und dem österreichischen Institut für Baurecht (Hrsg), Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, FS der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008)

Oppler in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar¹⁹ Teil B (2015)

Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ V (2014)

Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ IV (2014)

Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ I (2014)

Schlosser/Hartl/Schlosser, Die allgemein anerkannten Regeln der Technik und ihr Einfluss auf das (Bau-)Werkvertragsrecht, ÖJZ 2009

Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers (1992)

Soergel in Jagenburg (Hrsg), Die Mangelverantwortung im Spannungsfeld zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik, FS für Jack Mantscheff (2000)

Tomek in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² (2015)

Vitek/Vitek, Baurecht, Alles Wissenswerte für Juristen, Sachverständige und Bauunternehmen (2009)

Wilhelm in Aicher/Koppensteiner (Hrsg), von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten in der FS Ostheim (1990)

Wilhelm, Eine Studie zu Gefahr und Warnpflicht beim Werkmangel, FS Welser (2004)

Wittwer in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015)

Kurzfassung

Widersprüche in Bauwerkverträgen sind fast immer auf eine unzureichend bzw. mangelhaft beschriebene Leistung zurückzuführen. Diese Arbeit beschäftigt sich daher in erster Linie mit der Definition der gemäß Werkvertrag geschuldeten Leistungen und den in der Folge sich ergebenden Problemen. Der AN hat ein Werk mit gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften herzustellen, außer die vertragliche Vereinbarung sieht etwas anderes vor. Da Bauprojekten sehr komplexe, umfangreiche und individuelle Werkverträge zu Grunde liegen, deckt sich der vom AG erwartete Erfolg nicht immer mit der Leistungsvorstellung des AN, ohne dass beide Vertragsparteien dies sofort bemerken müssen. Die dadurch auftretenden Widersprüche, Lücken und Divergenzen im vermeintlich vereinbarten Leistungsumfang und vor allem deren Vermeidung und Minimierung sind zentraler Gegenstand dieser Arbeit. Widersprüche bestehen von Anfang an, doch werden sie erst in den verschiedenen Projektphasen offensichtlich. Sofern Widersprüche bereits in der Angebotsphase entdeckt werden, führen sie zu einer Prüf- und Warnpflicht des AN. Werden sie erst nach Vertragsabschluss festgestellt, so kann eine vertraglich geschlossene Regelung oder die von der ÖNORM B 2110 vorgeschriebene Reihenfolge der Vertragsgrundlagen den Widerspruch auflösen. Die genau definierte Bauleistung ist ebenfalls wichtige Voraussetzung für das Gewährleistungsrecht. Ein Mangel wird als „Abweichung vom vertraglich Vereinbarten“ definiert. Somit ist es für die Gewährleistung essentiell einen klaren Leistungsumfang definiert bzw. bei Widersprüchen im Werkvertrag ein bereits vertraglich vereinbartes „Verfahren“ zur Problemlösung festgelegt zu haben. Aufgezeigt werden bereits ausjudizierte Fälle und immer wieder auftretende Widersprüche im Leistungsumfang anhand praxisorientierter Analysen. Es wird eine abstrakte Darstellung der Probleme und deren dogmatisch nachvollziehbarer Lösungen gegeben. Wichtig ist dem Bauherrn ein Problembewusstsein für die Praxis zu vermitteln. Gleichzeitig werden Möglichkeiten aufgezeigt wie diese Probleme durch vertragliche Regelungen vermieden, minimiert oder zumindest in geordneten Abläufen zu bewältigt sind.