

# Nochmals: Das Baugrundrisiko

Hermann Wenusch

## Baurechtliche Blätter

ISSN 1434-1832

Volume 14

Number 3

Baurechtliche Blätter (2011)

14:109-114

DOI 10.1007/

s00738-011-0018-0

## baurechtliche blätter:bbi

baurechtliche blätter:bbi

Herausgeber und Schriftleitung:  
K. Giese, D. Jahnle

Beirat:

H. Geuder, L. Grüner,  
F. Hämmerle, W. Hauer,  
J. Hochwarter, G. Kienastberger,  
W. Kleewein, A. Kreiner, W. Liehr,  
R. Mikulits, R. Moritz, H. Neuhofer,  
W. Pesendorfer, C. Purtscher,  
M. Rupprecht, K. Wögerbauer,  
S. Zraunig

Ständige Mitarbeiter:

M. Auer, B. Gutknecht, H. Hinterhofer,  
A. Holly, R. Klaushofer

Redaktionsassistent:

H. Stummer

Heft 4, August 2004

7. Jahrgang

**Aufsatz**

Univ.-Ass. Dr. Andrea Holly

Die Nichtigerklärung des rechtswidrigen  
Widerrufs im Vergabeverfahren nach  
dem BVergG 2002 und der  
Rechtsmittelrichtlinie 131

**Grundlagen und Praxis des Baurechts**

RA Dr. Herbert Gartner

Die Haftung des Baustellenkoordinators 143

**Rechtsprechung**

Öffentliches Recht 147

Burgenland 147 · Kärnten 147 ·  
Niederösterreich 148 · Steiermark 150 ·  
Tirol 152 · Vorarlberg 153 · Wien 154

Zivilrecht 154

Vergaberecht 160

**Neues Baurecht** 165

Bund 165 · Kärnten 165 ·  
Niederösterreich 165 · Oberösterreich 165 ·  
Salzburg 165 · Steiermark 165 · Tirol 165 ·  
Vorarlberg 166 · Wien 166

**Buchbesprechungen** 166

**Veranstaltungen** 167

Impressum 168

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

 SpringerWienNewYork

## Aufsatz

Hermann Wenusch

# Nochmals: Das Baugrundrisiko

Online publiziert: 28. Mai 2011  
© Springer-Verlag 2011

**Zusammenfassung:** Der zunächst fast immer unreflektiert wiedergegebene Stehsatz „Der Bauherr trägt das Baugrundrisiko“ wurde erst in jüngerer Zeit hinterfragt. Allerdings scheinen die von beiden Seiten vorgebrachten Argumente den Kern des Problems zu verfehlen: Tatsächlich kommt es nämlich für die Risikoverteilung darauf an, ob der werkvertraglich geschuldete Erfolg funktional oder konstruktiv beschrieben ist. Im Zuge der Abhandlung wird auch erörtert, ob Kalkulations(fehl)annahmen des Unternehmers im Falle einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung von Bedeutung sein müssen und wann eine Warnung vor einer Erhöhung des Entgelts entbehrlich ist.

**Schlagnworte:** Baugrundrisiko · Entgeltsteigerung · Erfolgsverbindlichkeit · Funktion · Kalkulationsgrundlagen · Kalkulationsirrtum · Konstruktion · Kostenvoranschlag · Leistungsverzeichnis · Preisgefahr · Stoff · Warnpflicht · Werkbeitrag · Werkbeschreibung

**Rechtsnormen:** §§ 1152, 1168, 1168a, 1170a, 1379 ABGB

### 1. Begriff

Der Begriff Baugrundrisiko bezeichnet die Möglichkeit, dass durch unerwartete Eigenschaften des Baugrundes ein Mehraufwand entsteht. Realisiert sich das Baugrundrisiko, so ist der dann entstehende Mehraufwand von einer der Vertragsparteien zu tragen<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> OGH in 7 Ob, 2382/96m: „Unter Baugrund- oder Bodenrisiko verstehen Rechtsprechung und Lehre die Gefahr

Die herrschende Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass der Bauherr das Baugrundrisiko trägt<sup>2</sup>: „Grundsätzlich trifft das Baugrundrisiko den Werkbesteller“<sup>3</sup>. Dieser Stehsatz wird kaum reflektiert<sup>4</sup> und es wird häufig völlig übersehen, dass diese aus einer Mehrzahl von Einzelfällen – wo diese Erkenntnis aufgrund der besonderen Umstände durchaus zutreffend gewesen sein mag – abgeleitete Platitüde keinesfalls Allgemeingültigkeit hat (die fehlende Allgemeingültigkeit ist dabei natürlich nicht auf die Möglichkeit vertraglicher Risikoverlagerung<sup>5</sup> zurück zu führen).

Begründet wird die Feststellung, dass das Baugrundrisiko vom Besteller zu tragen ist, damit, dass der Baugrund ein von diesem zur Verfügung gestellter Stoff sei<sup>6</sup> und außerdem mit einer (vor)vertraglichen Pflicht<sup>7</sup>.

Es ist zwar richtig, dass der Grund und Boden, auf dem ein Gebäude errichtet werden soll, ein Werkbeitrag des Bestellers ist, nur darf dabei

eine unerwarteten und somit nicht schon im voraus erkannten Kostenverlaufes“.

<sup>2</sup> Siehe Thunhart, Das Baugrundrisiko, bbl 2006, 127 mwN.

<sup>3</sup> OGH in 7 Ob 140/98h.

<sup>4</sup> So aber zB Thunhart, Baugrundrisiko (FN 2) 127; vgl auch Rebhahn in Schwimann<sup>3</sup>, ABGB, Rz 46 zu § 1168.

<sup>5</sup> OGH in 6 Ob 274/04v: „Das Baugrundrisiko fällt grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers, wobei jedoch eine abweichende Vereinbarung beachtlich ist“.

<sup>6</sup> So zB Rummel, Das „Baugrundrisiko“ ein neuer Rechtsbegriff?, FS Strasser (1993) 309.

<sup>7</sup> Krejci, Die bauvertragliche Pflicht zur Baugrundrisikotragung, WBl 1988, 425 ff (426); ders, Die bauvertragliche Pflicht zur Baugrundprüfung, WBl 1989, 259 ff.

nicht übersehen werden, dass es – wenn man nur die technische Möglichkeit betrachtet und allfällige juristische Unmöglichkeiten außer Betracht lässt – keinen Ort gibt, auf dem ein Bauvorhaben mit der gewünschten Funktion nicht realisiert werden kann; obwohl der Aufwand vielleicht enorm ist (zB durch Bodenauswechslungen, Tiefgründungen, etc), ist die Errichtung des Gebäudes doch letztlich möglich. Wird also nur ein funktionaler Erfolg (sprich: ein Gebäude mit bestimmten Nutzungsparametern, wie Kubatur, Wohnnutzfläche, etc) geschuldet, so hat der Unternehmer das Gebäude zu errichten – durch den Abschluss eines Werkvertrages nimmt der Unternehmer eben eine Erfolgsschuld auf sich<sup>8</sup>. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob er auch die allenfalls daraus resultierenden Mehraufwände zu tragen hat (dazu siehe unten).

Praktisch dürfte bei Bauwerkverträgen häufig allerdings nicht eine vom Werkunternehmer herzustellende Funktionalität vereinbart werden. Vielmehr wird die von ihm herzustellende Konstruktion mehr oder weniger detailliert (nicht zuletzt durch „Leistungsverzeichnisse“) vom Besteller vorgegeben. Dies kann nun dazu führen, dass die gewünschte Konstruktion für den tatsächlich vorhandenen Baugrund – oder umgekehrt ausgedrückt: der Baugrund für die Konstruktion – ungeeignet ist. Bei der Vereinbarung einer bestimmten Konstruktion schuldet der Unternehmer keinen funktionalen Erfolg mehr<sup>9</sup>, er muss aber vor einer ihm offenbaren Gefahr des Misslingens des Werkes warnen. Ist es dem Besteller nicht möglich, den Werkvertrag irrtumsrechtlich anzupassen, so bleibt es beim ursprünglichen Schuldinhalt des Unternehmers<sup>10</sup> und der Besteller kann nur abbestellen, um nicht ein für ihn unbrauchbares Werk zu erhalten, welches dann mit zusätzlichen Kosten wieder zu entfernen ist.

Bis hier her wurde erörtert, was der Unternehmer zu erbringen hat – es wurde aber nicht gesagt, welche Auswirkungen die unerwartete Baugrundbeschaffung auf das vom Besteller geschuldete Entgelt hat.

## 2. Preisgefahr

Wurde keine Bestimmung des Entgelts vorgenommen, so gebührt gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt – dieses ist bei Mehraufwänden durch unerwartete Baugrundverhältnisse eben höher als ohne diese.

Ansonsten ist zu unterscheiden, ob der Unternehmer entweder einen durch eine bestimmte Funktion oder durch eine bestimmte Konstruktion definierten Erfolg schuldet<sup>11, 12</sup>.

Wird vom Unternehmer ein durch eine **Funktion** festgelegter Erfolg („die Funktion“) geschuldet und wurde dafür ein Pauschalpreis vereinbart, so gebührt ihm nur der Pauschalpreis, selbst wenn durch unerwartete Eigenschaften des Baugrundes Mehraufwände entstehen. Möglicherweise hilft dem Unternehmer aber das Irrtumsrecht: Wenn der Besteller den Irrtum des Unternehmers verursacht (nicht verschuldet!) hat, kann er eine Anpassung des Entgelts verlangen. Der Irrtum des Unternehmers ist ohne Zweifel dann vom Besteller verursacht, wenn dieser unrichtige Beschreibungen vom Baugrund macht – auch etwa durch die Übergabe eines unrichtigen bodenkundlichen Gutachtens eines Dritten. Der Irrtum ist aber wohl auch dann verursacht, wenn der Besteller dem Unternehmer den Baugrund präsentiert und dessen tatsächliche Eigenschaften dann von dem abweichen, was aufgrund des Anscheins zu erwarten ist. Dabei drängt sich natürlich die Frage auf, ob schon das bloße (wenn auch aufgrund zB einer Einladung doch „aktive“) „Herzeigen“ des Baugrundes durch den Besteller als eine dem Unternehmer die irrtumsrechtliche Vertragsanpassung sichernde „Veranlassung“ ausreicht. Dies wird wohl zu verneinen sein: Die Grenze zum („passiven“) „anschauen lassen“ ist sicher kaum auszumachen und es ist nicht einzusehen, weshalb dem Unternehmer dann schon das Irrtumsrecht in die Hand gegeben werden soll, wenn er den Werkstoff zuvor besichtigt hat – der „Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit“ gemäß § 1170a (1) ABGB wäre dann nämlich ziemlich

<sup>8</sup> OGH in 7 Ob687/90: „Auszugehen ist davon, dass der Unternehmer den werkvertraglichen Erfolg schuldet“.

<sup>9</sup> Vgl Wenusch, Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, *ecolex* 2010, 841.

<sup>10</sup> OGH in 6 Ob2144/96d: „[Gewährleistungsrechtliche] Verbesserung kann nicht dazu führen, dass vom Vertragsinhalt abgewichen wird. Ist der vereinbarte Erfolg nicht erreichbar, weil zur Herstellung eines funktionstüchtigen Werkes von der Vereinbarung abgewichen werden musste, ist der Mangel unbehebbar“.

<sup>11</sup> Dass die Vereinbarung eines Pauschalpreises nicht unbedingt etwas darüber aussagt, wer des Baugrundrisiko zu tragen hat, erkennt zB *Krejci* Baugrundrisikotragung (FN 7): „Das Wesen einer Pauschalpreisvereinbarung deckt also keinesfalls von vornherein Änderungen des vertraglichen Leistungskonzepts“.

<sup>12</sup> OGH zuletzt in 2 Ob 92/08 f: „[E]s kann der Vertrag [...] das Werk durch Substanz- und Funktionseigenschaften festlegen“.

zahnlos. Auch scheint es ziemlich absurd, wenn sich ein Besteller vor irrtumsrechtlicher Anpassung durch den Unternehmer dadurch schützen könnte, dass er die Besichtigung des Baugrundes verbietet!

Der „*Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit*“ gemäß § 1170a (1) ABGB wurde soeben erwähnt – für Verträge mit einem solchen gilt nun überhaupt das Nämliche zum Pauschalpreisvertrag. Der Unterschied zwischen den beiden – dass nämlich beim Pauschalpreisvertrag dem Unternehmer entstehende Minderaufwände nicht an den Besteller weiter gegeben werden müssen – ist nicht einschlägig (und wohl auch nicht praktisch).

Bei einem „gewöhnlichen“ (also einem ohne Gewährleistung für seine Richtigkeit) Kostenvoranschlag gebühren dem Unternehmer die unvermeidlichen Mehrkosten, die sich aufgrund der unerwarteten Baugrundbeschaffenheit ergeben (sofern er diese dem Besteller angezeigt hat und der Besteller daraufhin nicht vom Vertrag zurück getreten ist). Entscheidend ist hier wohl die Sorgfalt, die vom Unternehmer bei der Erstellung des Kostenvoranschlages erwartet werden darf: Obwohl es sich beim Kostenvoranschlag doch um ein eigenständiges Werk handelt, schuldet der Unternehmer keinen endgültig richtigen Kostenvoranschlag – die Bestimmung des § 1170a (2) ABGB wäre sonst sinnlos.

Bis hier wurden die Fälle untersucht, in welchen vom Unternehmer eine Funktion geschuldet wird. Es bleiben daher noch jene Fälle, in denen statt dessen ein konstruktiv beschriebener Erfolg („die Konstruktion“) geschuldet wird.

Wenn die **Konstruktion** vorgegeben wurde, muss der Unternehmer warnen, sobald ihm die Untauglichkeit der Konstruktion bzw des Baugrundes – je nach dem, wie man es betrachtet – offenbar wird. Ist kein Leistungsänderungsrecht vereinbart, so ist der Unternehmer aber nicht verpflichtet, etwas anderes auszuführen, als vereinbart<sup>13</sup> und er kann – wenn eine gütliche Änderung des Vertrages nicht zu Stande kommt – das eingeschränkte Honorar begehren, wenn der Besteller nicht will, dass das unbrauchbare Werk fertig gestellt wird (und er es daher „abbestellt“).

Vielleicht steht dem Besteller eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung zu – das wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Unter-

nehmer eine ihn treffende Warnpflicht verletzt (dadurch verursacht er nämlich den Irrtum des Bestellers, was diesem eine irrtumsrechtliche Anpassung erlaubt). Im Falle einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung wird aber natürlich auch das geschuldete Entgelt entsprechend angepasst. Bemerkenswert dabei ist sicherlich, dass es im Fall einer irrtumsrechtlichen Anpassung eines Vertrags mit vereinbarter Konstruktion keinen Raum für das Erfordernis einer Anzeige von drohenden Kostensteigerungen („ökonomische Warnung“) gemäß § 1170a ABGB (die übrigens streng von der technischen Warnung gemäß § 1168a ABGB zu trennen ist, was aber scheinbar nicht immer passiert<sup>14</sup>) gibt: Eine irrtumsrechtliche Anpassung der vereinbarten Konstruktion ist nämlich keine Steigerung des Entgelts gemäß § 1170a ABGB, weil es sich bei der neuen Konstruktion eben nicht mehr um die „veranschlagten Arbeiten“ handelt. Der Besteller muss den Vertrag (von sich aus und durchaus bewusst) anpassen und er ist daher auch nicht schutzwürdig, weil jedermann klar sein muss, dass eine Änderung der Leistung des Unternehmers auch eine Änderung des Entgelts bewirken muss. Und außerdem gibt es bei einem Pauschalpreisvertrag naturgemäß keinen Kostenvoranschlag und daher auch keine entsprechende notwendige Anzeige. Auch bei einem Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit ist eine Anzeige einer drohenden Verteuerung nicht vorgesehen und es wäre ein kurioses Ergebnis, wenn ausgerechnet beim „schwächsten“ Instrument, nämlich dem „gewöhnlichen“ Kostenvoranschlag eine Anzeige des Unternehmers notwendig wäre, um ihm zusätzliches Entgelt zu sichern.

Ist eine (ganz bestimmte) Konstruktion vereinbart und stellt der Unternehmer trotzdem (oder wegen der erschwerten Bedingungen) – und zwar ohne (zumindest schlüssige) Zustimmung des Bestellers – eine andere Konstruktion her, um die vom Besteller gewünschte Funktion zu erzielen (wie gesagt: obwohl etwas anderes vereinbart wurde!), so verlässt er den vertraglichen Bereich und sein Entgelt ist nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag bzw nach Bereicherungsrecht zu beurteilen. Die Judikatur anerkennt dies: „*Stellt der Werkunternehmer das Werk nicht auf die vereinbarte Art und Weise her, so handelt er vertragswidrig und damit rechtswidrig, mag auch die von ihm gewählte Art der Herstellung den*

<sup>13</sup> Siehe zB 8 Ob 97/00y (leider mit verunglückter Begrifflichkeit).

<sup>14</sup> So zB OGH in 3 Ob 122/05w.



*Regeln der Technik und dem Stand der Wissenschaft entsprechen*<sup>15</sup>. Wenn es in dieser Entscheidung dann aber weiter lautet: „Zwar begründet die Verletzung einer bloß tätigkeitsbezogenen Vertragspflicht keine Mangelhaftigkeit des Werkes [...], wenn nur der Erfolg voll herbeigeführt wurde“, so ist dies wohl auf den Einzelfall zurück zu führen – allgemein unrichtig wäre jedenfalls, wenn damit ausgedrückt werden sollte, dass ein konstruktiv vereinbartes Werk vertragskonform ist, nur weil es die vom Besteller (als Motiv außerhalb des Vertrages) gewünschte Funktion erfüllt.

### 3. Pflicht zur Baugrunduntersuchung

Mitunter wird vertreten, dass eine Pflicht des Bestellers, den Baugrund zu untersuchen, bestehe<sup>16</sup>. Das würde bedeuten, dass – etwas allgemeiner ausgedrückt – ein Besteller verpflichtet ist, jeden von ihm beigestellten Stoff auf seine Tauglichkeit hin zu untersuchen. Noch allgemeiner ausgedrückt würde dies bedeuten, dass ein Besteller jeden seiner Werkbeiträge (also nicht nur den Stoff, sondern auch seine „Anweisungen“) zu untersuchen hat, weil im Ergebnis zwischen „untauglichem Stoff“ und „unrichtiger Anweisung“ kein Unterschied besteht. Dies kann aber natürlich in dieser Allgemeinheit nicht sein, weil es überhaupt nicht zu einer Erfolgsverbindlichkeit – wie der Werkvertrag eine schafft – passt. Und so nebenbei bemerkt: Selbst wenn der Besteller die Pflicht hätte, den Baugrund zu untersuchen, so wäre damit nichts darüber ausgesagt, von welchen Eigenschaften des Baugrundes der Unternehmer ausgehen muss bzw darf. Die Frage, ob der Besteller zur Untersuchung des Baugrundes verpflichtet ist, trägt daher nicht unbedingt zur Lösung der Frage nach der Tragung des Baugrundrisikos bei. Unterlässt der Besteller die ihn allenfalls treffende Untersuchungspflicht, so begründet dies nicht jedenfalls die Übernahme des Risikos – der Unternehmer wird lediglich die Kosten der Untersuchung verlangen dürfen.

Nachdem der geschuldete Erfolg eine Funktion oder eine bestimmte Konstruktion sein kann, ist auch hier wieder zu unterscheiden, was im zu entscheidenden Fall vom Unternehmer geschuldet wird: Wird eine Funktion geschul-

det, so ist überhaupt kein Grund zu erblicken, weshalb der Besteller verpflichtet sein sollte, den Baugrund zu erforschen. Daran ändert sich aber auch nichts, wenn eine bestimmte Konstruktion geschuldet wird, nur wird in diesem Fall der Besteller faktisch höchstes Interesse haben, die Eignung des Baugrundes für die gewählte Konstruktion zu kennen, weil er – wie oben ausgeführt – massive wirtschaftliche Nachteile zu tragen hat<sup>17</sup>.

### 4. Kalkulation

Zuletzt soll untersucht werden, ob die vom Besteller ursprünglich erstellte Kalkulation Auswirkungen hat, wenn das Baugrundrisiko schlagend wird, wobei zunächst von einer geschuldeten **Konstruktion** ausgegangen wird.

Ein Unternehmer ist gemäß dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ nicht verpflichtet, etwas anderes zu leisten, als wozu er sich bei Vertragsabschluss verpflichtet hat. Das ist natürlich vor allem bei geschuldeter Konstruktion bedeutsam! Wird während der Errichtung eines Bauwerkes offenbar, dass die vereinbarte Konstruktion nicht zielführend ist, so ist (sofern dem Besteller kein einseitiges Änderungsrecht eingeräumt ist) der geschlossene Vertrag einvernehmlich (!) abzuändern, wenn der Besteller nicht „abstellen“ will. Interessant ist wohl der Fall, dass der Besteller eine Änderung (der Konstruktion) wünscht und der Unternehmer diesen Wunsch ausführt, ohne dass allerdings über den Preis gesprochen wird. Die Abänderung des Vertrages<sup>18</sup> kommt damit schlüssig zu Stande, weil eine Einigung über das Entgelt gemäß § 1152 ABGB beim Werkvertrag nicht erforderlich ist.

Beim (zusätzlichen) Entgelt für eine Änderung der zunächst vereinbarten Konstruktion handelt es sich nicht um eine „angemessene Entschädigung“ gemäß § 1168 (1) ABGB: Die Ausführung des Werks wird nämlich nicht erschwert, sondern es wird der Schuldinhalt als solches verändert – mit der anderen Konst-

<sup>15</sup> OGH in 2 Ob 291/97a.

<sup>16</sup> So zB *Krejci*, Baugrundrisikotragung (FN 7) 425 ff (426); *ders.*, Baugrundprüfung (FN 7) 259 ff.

<sup>17</sup> Wenn *Krejci* in FS Fasching (1988) Baugrundrisiko und Bauvertrag, S 315 die Meinung vertritt, dass mit einem ausführlichen Leistungsverzeichnis zugleich dem Besteller die Pflicht auferlegt wird, den Baugrund zu untersuchen, so ist dies zwar juristisch unrichtig, praktisch jedoch zutreffend.

<sup>18</sup> Es handelt sich dabei nicht um eine Änderung von „Nebenbestimmungen, wodurch in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderungen geschieht“ gemäß § 1379 ABGB!

ruktion wird ein anderes Werk errichtet. Damit ist die Judikatur zu § 1168 (1) ABGB<sup>19</sup>, wonach bei der Bemessung eines zusätzlichen Entgelts gemäß § 1168 (1) ABGB die subjektive Äquivalenz des ursprünglichen Vertrages beachtlich sei, schon vom Grundsatz her nicht anzuwenden. Anwendbar ist vielmehr die Judikatur, wonach ein angemessenes Entgelt geschuldet wird: Fügt der Besteller seiner ursprünglich Vertragsinhalt gewordenen Bestellung etwas hinzu und entspricht der Unternehmer dieser Zusatzbestellung, so wird dadurch der Vertrag konkludent entsprechend modifiziert, wobei für den Zusatz ein angemessenes Entgelt geschuldet wird – selbst allfällige im ursprünglichen Vertrag eingebaute Kautelen, die einen zusätzlichen Entgeltanspruch des Unternehmers verhindern sollen, wirken dann nicht<sup>20</sup>. Dieser Grundsatz gilt wohl nicht nur bei zusätzlichen Leistungen, sondern auch bei Änderungen, wenn diese Konstellation auch komplexer ist: Grundsätzlich werden die durch andere ersetzten Leistungen „abbestellt“ und es werden stattdessen eben andere „dazubestellt“. Die Folge der Abbestellung ist für den Besteller dabei allerdings dadurch entschärft, dass der Unternehmer die frei werdenden Produktionsfaktoren für die hinzu gekommenen Leistungen einsetzen kann. Seinem grundsätzlich bestehen bleibenden Entgeltanspruch für die „abbestellten“ Leistungen muss er sich diese Ersparnis gemäß § 1168a (1) ABGB anrechnen lassen.

Die soeben dargestellten Überlegungen müssen natürlich auch dann gelten, wenn der Vertrag nicht einvernehmlich abgeändert, sondern einseitig irrtumsrechtlich angepasst wird, weil die Interessenlage gleich gelagert ist. Die Privatautonomie verbietet es wohl auch, den Unternehmer an eine Kalkulation zu binden, die er für ein anderes Werk erstellt hat. Es ist aber natürlich möglich, dass die Vertragsparteien sehr wohl den Kalkulationsannahmen des Unternehmers umfassendere Geltung verleihen wollen – das Resultat wäre dann einem Rahmenvertrag ähnlich. Dass ein konstruktiver Werk-

vertrag aber grundsätzlich kein Rahmenvertrag sein soll, ist schon daraus ersichtlich, dass für ein und dieselbe Konstruktion im Allgemeinen ein anderer Preis angeboten wird, wenn diese zu einer anderen Zeit und/oder an einem anderen Ort errichtet werden soll.

Bei geschuldeter **Funktion** handelt es sich – anders als bei geschuldeter Konstruktion – tatsächlich bloß um eine „Erschwernis“. Nachdem der Unternehmer hier aber das Baugrundrisiko trägt, ist diese nicht abzugelten. Wäre sie aber – etwa aufgrund einer entsprechenden Vertragsgestaltung – abzugelten, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Unternehmer – ohne entsprechende Vereinbarung – an seine ursprünglichen Kalkulationsansätze gebunden sein soll. Vereinfacht lässt sich dies damit begründen, dass ohne weiteres von keinem Unternehmer, der bereit ist, einen bestimmten Verlust hin zu nehmen, angenommen werden darf, dass er auch einen höheren Verlust hinnehmen will, wenn eine Erschwernis eintritt.

## 5. Zusammenfassung

Die hier angestellten Überlegungen lassen sich wie folgt zusammen fassen:

Wird bei einem Werkvertrag der Erfolg funktional beschrieben, so trägt der Unternehmer das Baugrundrisiko – ihm bleibt allenfalls eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung. Wird der Erfolg allerdings konstruktiv beschrieben, so trägt der Besteller das Risiko, dass die von ihm zunächst gewünschte und schließlich zum Inhalt des Vertrages gemachte Konstruktion zum Baugrund passt – er kann den Vertrag allenfalls irrtumsrechtlich anpassen, was vor allem dann möglich ist, wenn der Unternehmer die ihn treffende Warnpflicht verletzt.

Wird durch eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung die vom Unternehmer zu erstellende Konstruktion geändert, so ist auch das zu zahlende Entgelt entsprechend anzupassen. Bei einer solchen irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung ist die subjektive Äquivalenz des ursprünglichen Vertrages unerheblich – sie ist dies auch dann, wenn die vereinbarte Konstruktion geändert wird, ohne dass über den Preis gesprochen wird.

<sup>19</sup> OGH in 2 Ob 203/08d: „Die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts soll sich an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung orientieren“.

<sup>20</sup> Vgl dazu OGH in 2 Ob 248/05t (mit leider verunglückten Begrifflichkeiten).



**Ing. DDr. Hermann Wenusch** (geb. 1962) ist Rechtsanwalt und gerichtlich beeideter Sachverständiger für Betriebswirtschaft sowie Vergabe- und Vergütungswesen. Er ist „Experte“ des österreichischen Normeninstituts, wo er an der Neuerfassung der ÖNORM B 2110 mitwirkte, und Vortragender diverser Veranstaltungen zum Thema Bauwerkvertragsrecht.

**Publikationen:** Verfasser des Praxiskommentars zur ÖNORM B 2110 (Verlag Springer) und zahlreicher Aufsätze und Artikeln vorallem zum Thema Bauwerkvertragsrecht.

**Korrespondenz:** Ing. DDr. Hermann Wenusch, 1070 Wien, Mariahilferstraße 88a/I/11;  
E-Mail: kanzlei@ra-w.at

## SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...