

## GEDANKENSPLITTER

### Funktional oder konstruktiv?

Ob bei einem Werkvertrag die Schuld des Unternehmers funktional oder konstruktiv beschrieben wird, macht einen wesentlichen Unterschied: Im Fall der konstruktiven Beschreibung muss der Unternehmer bloß genau das herstellen, was der Besteller wünscht – im Fall der funktionalen Beschreibung muss er aber ein Werk errichten, das dem Besteller die gewünschte Funktion liefert. Dass ein Werkvertrag eine Erfolgsverbindlichkeit für den Unternehmer schafft, macht eine funktionale Beschreibung für diesen zu einer riskanten Sache: Um das vereinbarte Entgelt muss er ein funktionstüchtiges Werk herstellen, ganz gleich welche von ihm nicht erwarteten Mehraufwände erforderlich sind. Eine konstruktive Beschreibung birgt dafür für den Besteller das Risiko, dass sich im Zuge der Ausführung herausstellt, dass mit der gewählten Konstruktion der gewünschte Zweck nicht erreicht wird (weil zB die Eigenschaften des Baugrundes anders als erwartet sind).

Es stellt sich daher die Frage, ob sich eine scharfe Grenze zwischen funktionalen und konstruktiven Verträgen ziehen lässt. Jedenfalls kein taugliches Kriterium zur Unterscheidung ist das Vorliegen eines Leistungsverzeichnisses, wie das in der Praxis häufig angenommen wird, weil eine detaillierte Konstruktion durchaus auch anders beschrieben werden kann.

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass es zumindest im Bauwesen keine völlig funktionalen Verträge geben könne, weil das Werk wohl immer irgendwie umschrieben werden muss, was aber als konstruktive Vorgabe verstanden werden müsse. Es wird diesbezüglich sogar die Meinung vertreten, dass allein die Vorgabe des Orts einen Bauwerkvertrag zumindest teilweise zu einem konstruktiven macht. Das kann natürlich kaum richtig sein, weil jedes Werk irgendwie definiert werden muss: Das Feuerwerk soll an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit geschossen werden, das Schuhwerk soll einem bestimmten Fuß passen usw. Würde man also tatsächlich die strikte Anforderung stellen, dass überhaupt keine konstruktive Vorgabe gemacht werden darf, um von einem funktionalen Vertrag zu sprechen, so gäbe es solche schlicht und einfach nicht. Diese Definition würde also nicht taugen, weil sie eine leere Menge beschreiben würde.

Sehr wohl richtig ist aber, dass auch bei einer konstruktiven Beschreibung eine gewisse Funktionalität geschuldet wird – ein banales Beispiel: Die Verschraubung einer Gipskartonwand hat so zu erfolgen, dass die Schraube nicht aus der Oberfläche herausragt, auch dann wenn davon in der Leistungsbeschreibung überhaupt keine Rede ist. Also gibt es auch keinen „rein“ konstruktiven Schuldinhalt.

Es stellt sich die Frage, ob man deshalb in jedem praktischen Fall von teilfunktionalen Verträgen sprechen muss, was die unterschiedliche Behandlung der beiden Typen überflüssig machen würde?

Hermann Wenusch

### Prozedere

In Bauwerkverträgen wird oft ein mehr oder weniger ausgeklügeltes Prozedere vereinbart, das insbesondere vom Werkunternehmer einzuhalten ist, wenn er eine Anpassung des Entgelts wünscht (auch die ÖNORM B 2110 tut dies seit jeher). In der Entscheidung 1 Ob 251/99i vom 27.10.1999 hat der OGH ausgesprochen, dass es auf die Einhaltung eines vereinbarten Prozederes nicht mehr ankommt, wenn die Vertragsänderung (bzw der Abschluss eines „Zusatzvertrages“) bereits abgeschlossen wurde, weil der entsprechende „Auftrag“ des Bauherren als Bestellung (Angebot auf Abschluss eines Werkvertrages) anzusehen ist und die Ausführung durch den Werkunternehmer als die schlüssige Annahme (womit der Vertrag perfekt ist). Diese Entscheidung (auf die in der folgenden Judikatur offensichtlich nur in 2 Ob 248/05t Bezug genommen wurde) ist offensichtlich der Praxis verborgen geblieben. Auch die Herausgeber der ÖNORM B 2110 negieren diese Rechtsprechung in den Ausgaben, die seit dieser Entscheidung ausgegeben wurden, indem sie weiterhin solche Prozeduren vorsehen (wenn auch seit der Ausgabe 2009 die angestrebten Folgen weit weniger einschneidend sind als davor).

Tatsächlich sind solche Prozeduren wohl nichts anderes, als privatrechtliche Formvorschriften und von solchen kann bekanntlich jederzeit (natürlich nur einvernehmlich) wieder abgegangen werden.

Hermann Wenusch