

# EDITORIAL

## Gibt's eine negative Erschwernis?



Hermann Wenusch

<https://doi.org/10.33196/zrb202401000101>

§ 1168 ABGB bestimmt, dass dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, bei der Ausführung des Werkes verkürzt wird.

Unterstellt man, dass die Erschwernis „unvorhersehbare Grundwasser“ auf der Seite des Bestellers liegt und dass mit einer entsprechenden Wasserhaltung das vom Besteller gewünschte Bauwerk sehr wohl errichtet werden kann (dh es liegt „Werkidentität“ mit Erschwernis vor, so ist dies wohl „ein Klassiker“: Der Vertrag bleibt bestehen und dem Unternehmer gebührt für die Erschwernis ein zusätzliches Entgelt).

Doch wie sieht es mit dem umgekehrten Fall aus: Geschuldet wird die Errichtung eines Gebäudes samt Wasserhaltung und es stellt sich nach Vertragsabschluss aber vor Beginn der Arbeiten (oder gleich zu deren Beginn) heraus, dass die Wasserhaltung gar nicht notwendig ist. Wohl kein Mensch kommt auf die Idee, dass in diesem Fall der Vertrag nicht bestehen bleibt – doch kann der Bauherr für die Erleichterung eine Reduktion des vereinbarten Entgelts verlangen? Es verblüfft wohl, dass – soweit ersichtlich – diese Frage noch nie gestellt wurde. Häufig dürfte das Problem in der Praxis auch nicht wirklich anzutreffen sein – oder es wird bloß nicht gesehen: Der Bauherr hat keinen Einblick in allfällige Erleichterungen und „auf die Nase binden“ wird ihm der Bauunternehmer diese wohl auch nicht – ganz anders als die Erschwernisse, die natürlich sofort lauthals beklagt werden. Vielleicht ist dieser Umstand der Grund dafür, dass der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, als er die „Dynamik“ des § 1168 ABGB geschaffen hat (zur Erinnerung: notwendige Änderungen des Faktoreinsatzes führen zu einer Anpassung des Entgelts). Der historische Gesetzgeber konnte wohl das Ausmaß nicht erahnen, in dem einem Bauunternehmer auf einer modernen Baustelle „auf die Finger geschaut“ wird.

Die Voraussetzung für eine Lücke scheint gegeben: Tatsächlich ist es nicht leicht verständlich, dass der Unternehmer bei Erschwernissen die Wohltat eines zusätzlichen Entgelts genießen kann, bei Erleichterungen diese aber nicht weitergeben muss. Und schließlich muss sich ein Unternehmer – in Durchbrechung des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ – seine Ersparnis anrechnen lassen, wenn die Ausführung des Werks (oder eines Teils davon) aus Umständen, die auf der Seite des Bestellers liegen, unterbleibt (also zB abbestellt wird): Aus welchem Grund soll ein Unternehmer, der die Erleichterung verschweigt, besser gestellt sein, als ein Unternehmer, der dem Besteller die Erleichterung mitteilt, worauf dieser den entsprechenden (nicht mehr notwendigen) Teil der „Ausführung“ abbestellt?

Ergeben sich gleichzeitig Erschwernisse und Erleichterungen (hier im Sinne von Einsparung), dann erfolgt in der Praxis eine Anrechnung der Erleichterung (Ersparnis), ohne dass dies thematisiert wird: Wenn es für die Wasserhaltungen Pumpen mit einer Kapazität von 1 m<sup>3</sup>/h sowie 3,5 m<sup>3</sup>/h gibt und die stärkere das Doppelte der schwachen kostet, dann wird man statt einer schwachen eine starke nehmen, wenn der Wasserandrang statt 0,8 m<sup>3</sup>/h 3,1 m<sup>3</sup>/h beträgt. Die Erschwernis wird in der derzeitigen Baupraxis sicherlich mit „stark statt schwach“ ermittelt. „Statt schwach“ bedeutet aber, dass sich der Unternehmer die Einsparung der schwachen Pumpe anrechnen lassen muss (es bedeutet eben nicht, dass er zusätzlich zur ursprünglich vorgesehenen schwachen eine starke hinzunehmen kann) ...

Natürlich wären nur die tatsächlich ersparten Kosten für eine Reduktion des Entgelts heranzuziehen, so wie die tatsächlich durch eine Erschwernis verursachten Kosten für das zusätzliche Entgelt heranzuziehen sind. Für einen bauwirtschaftlichen Hokuspokus ist in beiden Fällen kein Platz – der Unternehmer hat über seine Produktionsfaktoren disponiert: Er kann weder freiwerdende „mir nix dir nix“ (gleich profitabel!) anderweitig einsetzen, noch zusätzlich erforderliche (zu gleichen Kosten!) „herbeizaubern“ ...