

Eine fehlende Position

Die Rechtsfolgen eines unvollständigen Leistungsverzeichnisses

In der Baupraxis entzündet sich oftmals ein Streit darüber, welche Folgen das Fehlen einer Position in einem Leistungsverzeichnis eines Einheitspreisvertrages nach sich zieht.

Deskriptoren: Werkvertrag, Einheitspreisvertrag, Leistungsverzeichnis, Schuldinhalt, Entgeltbemessung, ÖNORM B 2110; §§ 905a, 914, 1152 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Vorbemerkung

Die gegenständliche Abhandlung beschäftigt sich mit vertraglich übernommenen Rechten und Pflichten. Diese sind selbstverständlich im Einzelfall durch Auslegung des (mündlichen und/oder schriftlichen) Vertragstextes zu ermitteln – wohl treffend zusammengefasst: „*Bei Auslegung einer Willenserklärung nach den §§ 914 ff ABGB ist zunächst vom Wort Sinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, dabei aber nicht stehen zu bleiben, sondern der Wille der Parteien, das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden, zu erforschen. Es ist dabei das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift sowie aus sonstigem Tun oder Nichttun zusammensetzen kann, zu berücksichtigen*.“¹

Die folgenden Ausführungen sind daher nicht als Dogma, sondern nur als Gedankenanstoss zu verstehen.

Problemstellung

Im Bauwesen ist der Einheitspreisvertrag das „Standardinstrument“: Wesentlicher Bestandteil eines Einheitspreisvertrages ist das Leistungsverzeichnis², in dem Elemente der Bauleistung in Positionen gegliedert quantifiziert und mit Preisen (pro Einheit) versehen sind. Nun kommt es immer wieder vor, dass Leistungen vom Bauunternehmer erbracht werden, die keiner Position im Leistungsverzeichnis entsprechen – entweder es handelt sich um Leistungselemente, die gar nicht im Leis-

tungsverzeichnis enthalten sind oder um Leistungselemente, die mit einer anderen Qualität im Leistungsverzeichnis enthalten sind. Ein Beispiel für Ersteres wäre ein Leistungselement „Sanierputz normal innen auf Wänden“, wenn sich im gesamten Leistungsverzeichnis keine Position findet, die Verputzarbeiten betrifft. Ein Beispiel für Zweiteres wäre es, wenn sich im Leistungsverzeichnis eine Position „Kanalschacht aus Ziegelmauerwerk abbrechen“ findet, der vorhandene Kanalschacht tatsächlich aber betoniert ist.

In den geschilderten Fällen werden die Fragen gestellt, was der Bauunternehmer leisten und was der Bauherr dafür zahlen muss. Dabei ist daran zu erinnern, dass ein Leistungsverzeichnis zwei verschiedene Funktionen erfüllen kann (und wohl auch soll): Einerseits die Beschreibung der geschuldeten Bauleistung und andererseits die Ermittlung des zustehenden Werklohns.

Der Schuldinhalt des Bauunternehmers

Der Inhalt der Schuld des Bauunternehmers ergibt sich aus dem Vertrag, der nicht nur auf das Leistungsverzeichnis reduziert werden darf – ein allenfalls einen Bestandteil des Vertrages bildendes Leistungsverzeichnis ist nur eine von mehreren Komponenten.³ Ganz wesentlich sind wohl (zumindest fast) immer Pläne, weil diese das zu errichtende Gebäude (und damit die zur Herstellung erforderlichen Tätigkeiten) beschreiben. Krass ausgedrückt: Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob man eine Fläche oder einen Turm betoniert, auch wenn die Kubatur des Betons dieselbe ist.⁴ Zu berücksichtigen sind aber neben den Plänen und dem Leistungsverzeichnis selbstverständlich auch Besprechungen und Erörterungen, die vor oder anlässlich des Vertragsabschlusses erfolgen: „*Legen die Parteien einen mündlich vereinbarten Vertrag nachträglich schriftlich fest oder lassen sie ihn durch einen Dritten schriftlich festlegen und wird*

1 OGH 22.03.2023, 7 Ob 16/23p.

2 Siehe zB *Bammer*, Leistungsverzeichnis („LV“) ZRB 2012, VII.

3 Auch die ÖNORM B 2110, die in Pkt 5.1.3 („Reihenfolge der Vertragsbestandteile“) zehn verschiedene Vertragsbestandteile nennt, reiht das Leistungsverzeichnis nicht an erster Stelle.

4 Vgl *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag bbl 2006, 171: „Dass nur das Leistungsver-

zeichnis selbst Schuldinhalt wird, lässt sich an einem einzigen Beispiel leicht entkräften: Aus 77.000 m³ Beton lassen sich entweder ein Flakturm oder eine 2,6 km lange und 60 m breite Rollbahn oder eine 77 km lange, 2 m hohe Mauer samt Fundament bauen. Die Position „m³ Beton“ allein in einem Leistungsverzeichnis sagt also gar nichts darüber aus, welches Werk der Unternehmer herstellen soll“.

biebei durch einen Fehler vom wirklich Vereinbarten abgewichen, so gilt nicht das Beurkundete, sondern das, was tatsächlich vereinbart wurde“.⁵

Fehlt die explizite Beschreibung eines Leistungselements im Leistungsverzeichnis, so stellt sich in der Praxis häufig die Frage, ob dies trotzdem Teil der Schuld des Werkunternehmers ist.

Dabei ist wohl zunächst beachtlich, ob ein „Metaerfolg“ vereinbart wurde: Wurde allgemein ein Neubau, Umbau oder Abbruch vereinbart, so ist dieser vom Bauunternehmer in der entsprechenden Quantität und Qualität zu erledigen. Das Leistungsverzeichnis kann dabei sicherlich Hinweise auf die geschuldete Quantität und Qualität geben – das muss aber nicht unbedingt so sein – mangels Konkretisierung wird gemäß § 905a ABGB „mittlere Art und Güte“ geschuldet.⁶

Wurde die schlüsselfertige Errichtung eines Gebäudes vereinbart, so sind auch die Fußbodenbeläge herzustellen, selbst wenn sich im Leistungsverzeichnis keine entsprechende Position findet:⁷ „*Dass das vom Werkunternehmer geschuldete Werk nicht nur aufgrund des Leistungsverzeichnisses definiert wird, gilt natürlich auch dann, wenn einzelne Teilleistungen, die zur Errichtung des Werkes erforderlich sind, im Leistungsverzeichnis nicht berücksichtigt werden*“.⁸

Bei der Ermittlung des Schuldinhalt kann es wohl auch darauf ankommen, wie präzise und detailliert das Leistungsverzeichnis ist. Bei einem „groben“ Leistungsverzeichnis wird man viel eher davon ausgehen müssen, dass mit den angeführten Leistungselementen zusammenhängende Leistungselemente ebenfalls zum Schuldinhalt gehören – dies insbesondere dann, wenn diese weiteren Leistungselemente eher untergeordnet sind. Dasselbe gilt natürlich für Leistungselemente, die zur Herstellung der beschriebenen Leistungselemente notwendig sind. Finden sich in einem Leistungsverzeichnis für einen schlüsselfertigen Neubau nur die Positionen „Kellermauerwerk“, „Außenmauerwerk“ und „Innenmauerwerk“, wird man wohl davon ausgehen können, dass auch Isolierung, Dämmung, Verputz und Malerei vom Bauunternehmer zu erbringen sind.

Finden sich demgegenüber in einem Leistungsverzeichnis detaillierte Positionen zu allen möglichen „Kleinigkeiten“, so deutet dies wohl eher darauf hin, dass nicht enthaltene Elemente, die noch dazu nicht völlig unbedeutend sind, nicht vom Bauunternehmer geschuldet werden (wobei natürlich zu beachten ist, dass manch-

mal gerade den wichtigen Dingen weniger Beachtung geschenkt wird, weil diese als „logisch“ vorausgesetzt werden). Dies gilt insbesondere dann, wenn leicht vorstellbar ist, dass diese Leistungselemente von einem Dritten erbracht werden: Enthält ein mit „Baumeister“ betiteltes Leistungsverzeichnis keinerlei Positionen zu Installationsarbeiten, dann werden diese sicher nicht geschuldet. Es muss aber nicht so deutlich sein: Auch Roh- und Innenausbau können von verschiedenen Professio-nisten erbracht werden.

Die „*in Österreich generell akzeptierte [...] ÖNORM B 2110*“⁹ widmet sich „*Nebenleistungen*“, die gemäß Pkt 3.12 „*der Usance entsprechend auch dann auszuführen sind, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind*“. Die ÖNORM B 2110 fordert aaO aber nicht nur einen „unmittelbaren“ Zusammenhang, sondern auch, dass diese Leistungen „*zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind*“. Diese Forderung ist natürlich entbehrlich, weil es ja eben genau um die Frage geht, was denn die „*vertraglichen Leistung*“ ist. „Destilliert“ man die Aussage, so erhält man „alle Leistungen sind auszuführen, die zur Erbringung der geschuldeten Leistung erforderlich sind“ – „no na!“.

Die vom Werkunternehmer geschuldete Leistung lässt sich wohl verhältnismäßig leicht eruieren, wenn es um Beseitigungen (zB Abbruch) etc geht: Dem Wesen einer Erfolgsverbindlichkeit¹⁰ entsprechend, schuldet der Bauunternehmer die (gänzliche) Beseitigung auch dann, wenn einzelne Leistungselemente nicht im Leistungsverzeichnis aufscheinen. Nämliches gilt, wenn das tatsächlich erforderliche Leistungselement nicht enthalten ist, dafür aber fälschlich ein anderes. Dies findet aber natürlich dort seine Grenze, wo der Bauunternehmer aufgrund der falschen Beschreibung ein gänzlich anderes Werk (Aliud) erwarten darf (fehlende „Werkidentität“).

Das vom Bauherrn geschuldete Entgelt

Die Frage, ob der Bauunternehmer eine bestimmte Leistung erbringen muss, ist scharf von der Frage zu trennen, ob er dafür ein „gesondertes“ Entgelt erhält: Ist er nicht verpflichtet, eine bestimmte Leistung zu erbringen, so ist seine Verhandlungsmacht viel größer, als wenn er zur Leistung verpflichtet ist, allerdings die Höhe des dafür gebührenden Entgelts erst noch ermittelt werden muss. Streng genom-

5 RIS-Justiz RS0017226 [T1]; OGH 16.12.1982, 7 Ob 800/82.

6 Zur Anwendbarkeit des § 905a ABGB siehe Wenusch, Handelt es sich bei der Leistung eines Bauunternehmers um eine Stück- oder Gattungsschuld? ZRB 2020, 90.

7 Unrichtig daher Karasek, ÖNORM B2110⁴, 63: „*Ist eine Leistung im LV überhaupt nicht vorgesehen, kann sich der [Besteller] nicht darauf berufen, dass sie an anderer Stelle des Vertrages beschrieben ist*“ (im Original zur Gänze hervorgehoben).

8 Wenusch, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis, in FS 30 Jahre ÖGEBAU, 344.

9 OGH 19.3.1985, 5 Ob 519/85 (SZ 58/41).

10 Vgl zB Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1166 Rz 8 (Stand 1.8.2020, rdb.at): „*Es ist ein Erfolg geschuldet, so dass das Risiko des zufälligen Misslingens des Werks den Werkunternehmer trifft, was für die Abgrenzung zum Dienstvertrag essentiell ist*“ (Hervorhebung im Original).

men hat er in letzterem Fall überhaupt keine Verhandlungsmacht, wenn es eine Regelung zur Preisermittlung gibt.

Das Entgelt beim Einheitspreisvertrag wird dadurch ermittelt, dass für jedes Leistungselement (sprich: „Position“) die Menge der geleisteten Einheiten mit dem Einheitspreis multipliziert wird. Es ist nun denkbar, dass die Vertragsauslegung ergibt, dass Elemente der Bauleistung zu erbringen sind, die nicht im Leistungsverzeichnis genannt sind und für die daher auch keine Preise angeführt sind – maW: Die vertragliche Regelung des Entgeltanspruchs ist möglicherweise unvollständig.

Es drängt sich die Frage auf, wie detailliert die Positionen eines Leistungsverzeichnisses formuliert werden müssen, um feststellen zu können, ob ein Leistungselement mit dem Positionspreis abgegolten wird. Enthält das Leistungsverzeichnis eine Position „Mauerwerk aus Normalformat-Ziegeln“, so kann wohl nicht separat dazu noch Entgelt für „Mauermörtel herstellen“ begehrt werden – auch dann nicht, wenn sich nirgends eine Bestimmung findet, wonach dies einzurechnen sei.¹¹

Auch hier kommt der Detaillierung des Leistungsverzeichnisses eine bedeutsame Rolle zu: Beschreibt das Leistungsverzeichnis die Leistungselemente bloß ziemlich grob, so wird man wohl annehmen müssen, dass mit den für die angeführten Leistungselementen angegebenen Preisen auch zusammenhängende Leistungselemente abgegolten werden – dies insbesondere dann, wenn diese weiteren Leistungselemente eher untergeordnet oder für die Erbringung notwendig sind. Finden sich in einem Leistungsverzeichnis aber detaillierte Positionen zu allen möglichen „Kleinigkeiten“, so deutet dies wohl eher darauf hin, dass auf eine Preisvereinbarung für nicht enthaltene Elemente vergessen wurde.

Wird ein schlüsselfertiger Neubau geschuldet und finden sich im Leistungsverzeichnis nur die Positionen „Kellermauerwerk“, „Außenmauerwerk“ und „Innenmauerwerk“, wird man wohl davon ausgehen können, dass mit den entsprechenden Preisen auch Isolierung, Dämmung, Verputz und Malerei mitabgegolten werden (diese Dinge können dann nicht separat verrechnet werden).

Wurde die schlüsselfertige Errichtung eines Gebäudes vereinbart und findet sich im ansonsten sehr detaillierten Leistungsverzeichnis keine Position, die die betreffende Leistung beschreibt, so ist wohl davon auszugehen, dass auf die Preisvereinbarung dafür vergessen wurde. Finden sich

Positionen für Isolierung, Dämmung und Malerei, nicht aber für Verputz, so wurde auf diesen wohl vergessen.

Die ÖNORM B 2110 nennt in Pkt 6.2.3 als „*Nebenleistungen*“, deren Erbringungen mit den vereinbarten Einheitspreisen abgegolten werden, unter anderem: „*Beistellen und Instandhalten sämtlicher nach Art und Umfang der Arbeiten üblichen und erforderlichen Kleingeräte, Kleingerüste und Werkzeuge*“ (lit j) und „*übliche Sicherungen der eigenen Arbeiten*“ (lit l). Dies ist natürlich verwirrend, weil sich erstens der Umkehrschluss aufdrängt, dass Großgeräte separat zu vergüten sind, wenn dafür keine Position im Leistungsverzeichnis zu finden ist. Zweitens drängt sich die Frage auf, ob nicht ein Widerspruch zur Regelung der Gefahrtragung besteht;¹² gemäß Pkt 11.1.1 („*Gefahrtragung*“) gilt nämlich grundsätzlich: „*Bis zur Übernahme trägt der [Bauunternehmer] die Gefahr für seine Leistungen*“. MaW: Der Bauunternehmer trägt zwar die Gefahr, die Kosten zur Gefahrbannung trägt allerdings der Bauherr. Fehlt tatsächlich eine Vereinbarung, wie ein Leistungselement zu entgelten ist, gebührt dem Bauunternehmer dafür gemäß § 1152 ABGB „*ein angemessenes Entgelt*“. Die Ermittlung der Angemessenheit hat natürlich zu berücksichtigen, dass das betreffende Leistungselement im Zuge einer bestehenden (dh bereits eingerichteten) Baustelle erbracht wird. Fraglich ist, ob der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ Gel tung hat. Bei Erschwernissen ist dieser Grundsatz jedenfalls nicht anzuwenden.¹³ Eine Erschwernis unterscheidet sich von einer bloß fehlenden Entgeltvereinbarung nun aber dadurch, dass eine Erschwernis – naturgemäß – nicht vorherzusehen ist, während die geschuldeten Leistungselemente, für die keine Entgeltvereinbarung getroffen wurde, sehr wohl vorauszusehen sind. Eine ergänzende Vertragsauslegung¹⁴ – es geht ja um die Füllung einer Lücke im Vertrag – wird daher womöglich sehr wohl zu dem Ergebnis gelangen, dass bei der Ermittlung des Entgelts für jene Leistungselemente, für die eine Entgeltbestimmung fehlt, das Preisniveau des Vertrages beachtlich ist (dass also die „*subjektive Äquivalenz*“ gewahrt werden soll)¹⁵.

Ein Leistungsverzeichnis wird von den Bietern zur Kalkulation herangezogen. Unzutreffende Angaben – sowohl was die Art der einzelnen Leistungselemente als auch deren jeweilige Menge betrifft – können dabei einen Irrtum bei der Ermittlung des Angebotspreises verursachen, der den davon betroffenen Bauunternehmer (neben einer allfälligen Anfechtung) zur Anpassung des Entgelts berechtigt.¹⁶

11 So zB LBH22 LG 08.

12 Siehe dazu im Detail Wenusch, Gefahrtragung beim Werkvertrag nach der ÖNORM B2110, ZRB 2013, 115.

13 Siehe dazu Wenusch, Nochmals: Das Entgelt, das dem Werkunternehmer für eine Erschwernis zusteht, ZRB 2023, 79.

14 Siehe zB Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 914 Rz 20 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

15 So M. Bydlinski in KBB⁷ § 1168 Rz 7 allerdings zu Erschwernissen.

16 ZB Wenusch, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis, in FS 30 Jahre ÖGEBAU, 334: „*Haben unrichtige Mengenangaben im Leistungsverzeichnis eine unrichtige Kalkulation des Werkunternehmers verursacht, so kann die vereinbarte Entgeltberechnung irrtumsrechtlich angepasst werden*“.

Ergebnis

Das Leistungsverzeichnis eines Einheitspreisvertrages hat zwei Funktionen, die unbedingt unterschieden werden müssen: Einerseits soll die vom Bauunternehmer geschuldete Leistung beschreiben werden, andererseits soll es der Ermittlung des Entgelts dienen.

Nicht im Leistungsverzeichnis angeführte Leistungselemente können sehr wohl geschuldet werden. Dabei ist es sowohl möglich, dass

dafür kein gesondertes Entgelt gebührt, als auch dass dies sehr wohl der Fall ist. Gerade bei einem Vertrag mit Leistungsverzeichnis darf nicht am „buchstäblichen Sinn“ der Worte gehaftet werden.

Korrespondenz:

Ing. DDr. Hermann Wenusch, Rechtsanwalt,
kanzlei@ra-w.at