

4.3 MENGENRISIKO BEIM PAUSCHALVERTRAG

4.3.1 Art einer Mengenangabe

Eine besondere Betrachtung verdienen Mengenangaben im Pauschalvertrag. Ein Pauschalpreis ist darauf angelegt, die Mengenermittlung bei der Abrechnung zu ersparen. Die Vergütung reagiert auf abweichende Mengen daher nicht.

*Krejci*⁴⁷³ vertritt die Ansicht, dass bei Vorliegen eines positionsweise detaillierten Leistungsverzeichnisses, trotz Vorliegen einer Pauschalpreiszusage – also bei Vorliegen eines Detailpauschalvertrags –, im Zweifel davon auszugehen ist, dass keine Mengengarantie vom Unternehmer gegeben wird. Stellt sich bei der Ausführung der Leistung heraus, dass die in der Ausschreibung angegebenen Mengen zu niedrig sind, das Bau-IST somit vom Bau-SOLL abweicht, so soll angesichts dieses Umstandes der Werkunternehmer eine Preisanpassung fordern können. Auch in der bundesdeutschen Literatur⁴⁷⁴ findet sich teilweise eine vergleichbare Meinung. Gibt der AG in seiner Ausschreibung dem Werkunternehmer mit den Vordersätzen (Mengen) Kalkulationsgrundlagen für die Ermittlung des Pauschalpreises, so kann der Unternehmer in einem gewissen Rahmen auf diese Angaben vertrauen. Dieser Rahmen wird mit etwa $\pm 10\%$ angegeben.⁴⁷⁵ Das widerspricht allerdings einer Pauschalpreiszusage. Sie zielt eben darauf ab, nicht abzurechnen. Nimmt man den Gedanken auf, würde sie sich von einer Einheitspreisabrechnung nicht unterscheiden, weil ja nicht nur Mengenüberschreitungen, sondern auch Mengenunterschreitungen zu berücksichtigen wären. Und von der Einheitspreisabrechnung will sich die Pauschalvereinbarung eben unterscheiden.

Daher: Auch **beim Detailpauschalvertrag tragen die Vertragsparteien das Mengenrisiko** (ausführlich im nächsten Kapitel). Die Mengenermittlungskriterien (va Pläne) haben betreffend die Quantität einen höheren Stellenwert als die Angaben im LV.

Der Plan dient der quantitativen Bestimmung des Bau-SOLL, das Leistungsverzeichnis oder die Leistungsbeschreibung der qualitativen Bestimmung. Das ist beim Detailpauschalvertrag die Regel.

Beim Globalpauschalvertrag wird das Mengenrisiko nicht unmittelbar sichtbar, weil kein mit Mengen versehenes Leistungsverzeichnis vorliegt.

⁴⁷³ *Krejci*, Bauvertrag, Wer trägt das Baugrundrisiko? 101.

⁴⁷⁴ *Kleine/Möller*, Pauschalvertrag und schlüsselfertiges Bauen, 77 oder *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB, zu § 25 VOB/B, Rz 182.

⁴⁷⁵ *Kleine/Möller*, Pauschalvertrag und schlüsselfertiges Bauen, 77.

Das vom AN zu tragende Mengenrisiko wird allerdings durch die **Mengenermittlungskriterien**, vor allem Pläne, die mit der Ausschreibung mitgegeben werden, bestimmt.

Es muss unterschieden werden in

- Mengenangabe *als* Leistungsziel (diese liegt einem Globalpauschalvertrag zugrunde) und
- Mengenangabe *zum Erreichen des* Leistungsziels (diese liegt den Positionen eines Detailpauschalvertrags zugrunde).

Bestehen Mengenangaben als Leistungsziel, sind diese Teil der Vertragsleistung. Eine Änderung der Mengenangaben, also des Leistungsziels, ist immer eine Leistungsänderung, die zu einer Vergütungsänderung führt. Globalpauschalverträge haben in der Regel nur Mengenangaben im Rang eines Leistungsziels. Die Ausführungsmengen muss der AN ermitteln.

Der Detailpauschalvertrag legt offen, wie das Leistungsziel erreicht werden soll. Die einzelnen Arbeitsschritte bzw Teilleistungen sind beschrieben und mit Mengen hinterlegt. Das Mengenrisiko wird durch die Mengenermittlungsunterlagen (Pläne, Berechnungen udgl), die der AG zur Verfügung stellt, bestimmt. Anhand dieser Unterlagen ist zu bestimmen, ob eine Leistungsabweichung vorliegt.

Beispiel 4-1: Pauschalvertrag; Fall 1 – Mengenangabe *als* Leistungsziel

5 Stück Ventilatoren, Lage lt Plan, Leistungsaufnahme 10 kW, Spannung 400 AV, sind mit elektrischer Energie zu versorgen. Abnahmepunkt Elektroraum 243.1. Erforderliche Kabel und Kabeltassen liefern und montieren, inklusive Bemessung und W+M-Planung.

Bei dieser Beschreibung handelt es sich um einen Teil einer Leistungsbeschreibung eines Globalpauschalvertrages.

Beispiel 4-2: Pauschalvertrag; Fall 2 – Mengenangabe *zum Erreichen des* Leistungsziels
Anschluss von 5 Ventilatoren; Lage lt Plan, Abnahmepunkt Elektroraum 243.1.

Pos. 05U.12.13 **1.200 m** Kabel Type NYY-J 4x10
liefern inkl Montage und Anschluss betriebsfertig. In Kabeltasse (eigene Position) verlegen.

Bei der Position handelt es sich um einen Teil einer Leistungsbeschreibung eines Detailpauschalvertrages.

Für beide Beispiele ist nachfolgend eine Risikomatrix dargelegt.

Risiko	Fall 1 Globalpauschalvertrag (Beispiel 4-1)	Fall 2 Detailpauschalvertrag (Beispiel 4-2)
Mengenangabe zur Anzahl der Ventilatoren	Risiko AG; Änderung der Anzahl ist eine Leistungsänderung.	Risiko AG; Änderung der Anzahl ist eine Leistungsänderung.
Angabe von Leistung und Spannung	Risiko AG; Änderung führt zu einer Leistungsänderung, falls daraus ein anderer Kabeltyp resultiert.	Keine Angabe notwendig, da der Kabeltyp spezifiziert ist; wenn eine Angabe gegeben, Risiko AG.
Angabe Kabeltyp	Keine Angabe; Risiko der richtigen Wahl des Kabeltyps liegt beim AN. Wenn Änderung bei Leistung oder Spannung eine Änderung des Kabeltyps bewirkt, liegt eine Leistungsänderung vor.	Risiko AG Vor dem Einbau allerdings Prüf- und Warnpflicht, wenn Kabeltypangabe offenkundig falsch ist.
Angabe Kabellänge	Keine Angabe; Risiko der Längenermittlung liegt beim AN; eine Änderung der Lage der Ventilatoren oder eine Änderung der Lage des Anspeisungspunktes ist Risiko des AG; Änderung führt zu einer Leistungsänderung. Aus einer Mengenermittlungsgrundlage (zB Plan) muss sich die Kabellänge bestimmen lassen. Verwehrt der AG dem AN einen Leistungsweg, der nach dem Plan objektiv möglich gewesen wäre, so liegt ein Umstand vor, den sich der AG zurechnen lassen muss (vgl. sinngemäß → Beispiel 4-1, Seite 142).	Mengenrisiko liegt bei den Vertragspartnern; solange sich die Anzahl der Ventilatoren und deren Lage nicht ändern, erfolgt keine Anpassung, weder nach unten noch nach oben. Siehe auch nebenstehende Anmerkung.

Abbildung 4-2: Risikotragung beim Global- und beim Detailpauschalvertrag

Die einzelnen Mengenangaben beim Detailpauschalvertrag sind allerdings unterschiedlicher Herkunft. Damit beschäftigt sich das nächste Kapitel.

4.3.2 Mengenrisiko beim Detailpauschalvertrag

Detailpauschalverträge ähneln optisch einem Einheitspreisvertrag. Sie enthalten Mengenangaben und Einheitspreise. Sie haben jedoch einen gänzlich anderen rechtlichen Hintergrund. Es gilt, dass der Detailpauschalvertrag, anders als der Einheitspreisvertrag, nicht nach Aufmaß abgerechnet wird.

Wenn die Mengen vom AG genannt sind, und sich diese Mengenermittlung später als unzutreffend herausstellt, stellt sich die Frage, wer das Mengenrisiko zu tragen hat.

Der Pauschalpreis ist darauf angelegt, die Mengenermittlung durch Abrechnung zu ersparen, **Mengenschwankungen ändern die Pauschalsumme nicht**. Liegt dem Pauschalpreisvertrag hingegen ein in Einzelpositionen zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, wird also „offen“ kalkuliert und die Kalkulation in den Vertrag eingeführt, kann auch ein beachtlicher Geschäftsirrtum vorliegen (OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a; hier ging es um einen Plan, also ein Mengenermittlungskriterium, bei dem Maßstabsangabe und Darstellung nicht übereinstimmen). Das entspricht dem aus der Judikatur bekannten Grundsatz, dass eine Pauschalpreisabrede den Preis nicht immun gegen eine Irrtumsanfechtung macht.

Diese Aussage ist allerdings sehr pauschal und es kann daraus nicht abgeleitet werden, dass jede Fehlangebe im Leistungsverzeichnis zu einer Anfechtung des Vertrages wegen Irrtum führt. Das wollen die Vertragspartner bei Vereinbarung eines Pauschalpreises ja gerade ausschließen; sie wollen nicht nach Aufmaß abrechnen und blenden wohl dabei die Mengenansätze im Leistungsverzeichnis aus.

Zu unterscheiden ist in

- nachrechenbare Mengen,
- in einer Bandbreite abschätzbare Mengen und
- weder nachrechenbare noch abschätzbare Mengen.

Es kann nur jene Menge Risiko des Unternehmers werden, bei der er auch die Chance hat, sie entsprechend abschätzen und prüfen zu können. Dazu benötigt der Bieter im Zuge der Kalkulation Mengenermittlungsgrundlagen. Ein nach oben offenes Kalkulationsrisiko trägt der AN nicht.⁴⁷⁶ Obliegt dem AN selbst die Ausführungsplanung, wird ein Aspekt der Mengenproblematik in den Hintergrund treten. Der AN kann in einem gewissen Umfang die Mengen optimieren. Obliegt dem AN die Ausführungsplanung nicht, stellt sich die Frage, ob der Un-

⁴⁷⁶ Vgl etwa sinngemäß OGH 10.09.1997, 7 Ob 2382/96m, ecolex 1998, 204. Siehe → Fußnote 23, Seite 35.