

„Guter Preis bleibt guter Preis ...“¹

Deskriptoren: Werkvertrag, Entgeltbestimmung, Angemessenheit des Entgelts; §§ 1152,1168, 1168a ABGB.

Von Hermann Wenusch

Vor allem in der Baubranche sind Änderungen der (zunächst) geschuldeten Leistung an der Tagesordnung. Der OGH bezeichnet ein gewisses Maß an Verzögerungen mitunter sogar als „üblich“.²

1 Mit besonderem Dank für die freundliche Unterstützung an Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breyer.

2 Zuletzt OGH 22.09.2010, 6 Ob 177/10p.

Änderungen der vom WU zu erbringenden Verrichtungen³ können sich zunächst entweder dadurch ergeben, dass eine Änderung der geschuldeten Leistung vereinbart wird, oder dadurch, dass dem WB ein einseitiges Änderungsrecht eingeräumt wurde. Weiters können Behinderungen, das sind Umstände, die den WU zwingen, von der zunächst als notwendig und ausreichend erach-

3 Der Begriff „Leistung“ soll als Beschreibung für vom WB zu erbringenden Verrichtungen vermieden werden, weil im Allgemeinen als „Leistung“ der Inhalt der Schuld des WB bezeichnet wird: Es ist aber notwendig, zwischen dem Schuldinhalt einerseits und der zu dessen Erfüllung notwendigen Verrichtungen andererseits zu unterscheiden.

teten Komposition an Produktionsfaktoren abzugehen, der Grund dafür sein. Dabei ist zu differenzieren: Haben diese Behinderungen ihre Ursache in der Sphäre des WU, so ändert sich an der von ihm geschuldeten Leistung nichts, auch wenn nun tatsächlich andere Verrichtungen zu erbringen sind – stammen die Behinderungen aus der Sphäre des WB, so erlischt die Schuld des WU, wenn die Ausführung insgesamt vereitelt wird, sonst wird die von ihm geschuldete Leistung entsprechend (dazu unten noch näher) angepasst. Besonders heikel – hier aber nicht weiter zu erörtern – ist der Fall, dass die Komposition an Produktionsfaktoren vom WU ursprünglich nicht auskömmlich geplant wurde und zudem noch Behinderungen aus der Sphäre des WB hinzu treten.

Betont werden soll an dieser Stelle, dass es sich bei der Frage, nach welchem Prinzip ein angemessener Preis gefunden werden soll, nicht um eine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage handelt.⁴

Änderung des Vertrages

Beinhaltet eine Vereinbarung, mit der die (zunächst) vereinbarte Leistung abgeändert wird, auch das Entgelt, so ergeben sich natürlich keine besonderen Probleme. Interessant und praktisch von Bedeutung dürfte dagegen der Fall sein, dass der WB durch eine Bestellung ein Angebot auf Abänderung des Werkvertrags unterbreitet und der WU dieses Angebot schlüssig dadurch annimmt, dass er mit der Ausführung der gewünschte Änderung beginnt, ohne dass über den Preis gesprochen wird. Die Änderung des Vertrages wird auch ohne Einigung über den Preis wirksam, weil der Preis nicht zu den „essentia negotii“ des Werkvertrages zählt: Ohne Einigung wird gemäß § 1152 ABGB ein angemessener Preis geschuldet.

Soll ein Einheitspreisvertrag⁵ geändert werden und sind lediglich die Mengen von im Leistungsverzeichnis des Vertrages enthaltenen Positionen betroffen, so scheint es naheliegend, das Entgelt wie zunächst vorgesehen einfach durch Multiplikation der tatsächlich erbrachten Mengen mit dem jeweiligen Einheitspreis zu ermitteln. Diesen Eindruck vermittelt auch ein Judikat: „*Werden nach einer auf Grund eines (detaillierten) Kostenvoranschlages erfolgten Bestellung eines Werkes [ohne besondere Einigung über den dafür zu zahlenden Preis] noch weitere gleichartige Zusatzarbeiten an denselben Objekten in Auftrag gegeben, dann dürfen – mangels anderer Vereinbarung – als angemessenes Entgelt für die Zu-*

setzarbeiten nur Preise auf der Basis des Kostenvoranschlages und nicht Regiepreise verrechnet werden“.⁶

Obwohl dies im Einzelfall auch durchaus sachgerecht sein kann(!), darf es nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Einheitspreisvertrag eben kein beliebig „flexibler“ Rahmenvertrag ist,⁷ sondern dass die Einheitspreise vom WU nur für ein ganz bestimmtes Werk kalkuliert wurden. Es ist im gegebenen Zusammenhang zu berücksichtigen, dass auch eine bloße Mengenänderung ein für den WU signifikantes Resultat haben kann, indem sich zB das ökonomische Ergebnis gegenüber der Ausgangslage verschlechtert: Evtl sind mehr Mengen von Positionen mit einem unzukömmlichen („schlechten“) Preis zu erbringen während bestimmte Mengen von Positionen mit einem profitablen („guten“) Preis entfallen (spiegelbildlich kann sich natürlich genauso gut auch ein Nachteil für den WB ergeben). Aber alleine schon Skaleneffekte⁸ können dazu führen, dass sich das ökonomische Ergebnis für einen der Vertragspartner von jenem unterscheidet, das sich ohne Änderung ergeben hätte.

Im oben erwähnten Judikat wird davon ausgegangen, dass die vereinbarten Einheitspreise zumindest dann schlüssiger Vertragsinhalt werden, wenn bloß zusätzliche Leistungselemente zu erbringen sind: „*Beabsichtigt der Unternehmer, für die Zusatzarbeiten ein höheres Entgelt [gemeint: einen höheren Einheitspreis] zu verlangen, so hat er den Besteller darauf hinzuweisen*“. Aufgrund des Schweigens des WU kann der WB davon ausgehen, dass dieser die Einheitspreise weiter „gelten“ lassen will – es handelt sich also in Wahrheit gar nicht um eine Frage der Angemessenheit, sondern um ein Problem einer schlüssigen Erklärung.

Sind nur im Leistungsverzeichnis enthaltene Leistungselemente von der Änderung betroffen, so kann dies wohl auch für den Fall gelten, dass Mehrmengen einer Position zu Mindermengen einer anderen Position führen (dann zB, wenn statt eines im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Fensters ein anderes, ebenfalls im Leistungsverzeichnis enthaltenes Fenster ausgeführt werden soll). Entfallen allerdings Mengen einer Position, so ist grundsätzlich zu überprüfen, ob nicht eine Teilabbestellung mit der Konsequenz vorliegt, dass das um die tatsächliche Ersparnis des WU gekürzte Entgelt für die entfallenden Mengen zu bezahlen ist; dies ist allerdings eine Frage des Einzelfalls und soll hier nicht weiter untersucht werden.⁹

4 Zur vergleichbaren Rechtsfrage in Deutschland *Althaus*, Analyse der Preisfortschreibung in Theorie und Praxis in *BauR* 2012, 361.

5 Zum Begriff siehe zB *Wenusch*, ÖNORM B2110 Kommentar² Rz III 60.

6 OGH 06.06.1974, 6 Ob 93/74.

7 Vgl zB *Wenusch*, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, *ecolex* 2010, 841.

8 Zum Begriff siehe zB *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik⁸ Kap 18.10.

9 Vgl dazu *Wenusch*, Leistungsänderungsrecht des Werkbestellers? *ZRB* 2012, 85: Die Erbringung eines Leistungselements statt eines

Heikel wird es dann, wenn vom WB zusätzliche Leistungselemente bestellt werden, die nicht im Leistungsverzeichnis des Vertrages enthalten sind. Wie üblich, wenn beim Werkvertrag nichts über den Preis gesagt wird, ist ein angemessener Preis zu zahlen. Doch darüber, was als angemessen anzusehen ist, scheiden sich in der Baupraxis häufig die Geister. Die Baubetriebswirtschaft kolportiert für diesen Fall jedenfalls ganz allgemein¹⁰ den dem deutschen Autor *Korbion* zugerechneten Satz („Korbion’sche Formel“): „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“¹¹ – freilich wird fast immer eine Begründung dafür schuldig geblieben:¹² Tatsächlich erscheint die Baubetriebswirtschaft ua von den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre unberührt.¹³ Der zitierte Satz wird kolportiert, ohne sich Gedanken darüber zu machen, ob er im Einzelfall dem (erklärten) Willen der Parteien bei Vertragsabschluss entspricht – in der Realität dürfte aber sehr häufig genau das Gegenteil zutreffen.¹⁴ Umfasst der Wille eines Vertragspartners den zitierten Satz eben nicht, so handelt es sich dabei jedenfalls nicht bloß um eine unbeachtliche Mentalreservation der jeweiligen Vertragspartei, sondern eine Tatsache, die jedem redlichen Teilnehmer am wirtschaftlichen Verkehr einsichtig sein müsste, wie folgendes Beispiel drastisch zeigt:

Ein Bauunternehmen sponsert eine Sportmannschaft. Wenn das Heimstadion dieser Sportmannschaft saniert werden soll, so ist es aus wohl einsichtigen Gründen das Interesse dieses Sponsors, dass nicht ein anderes Bauunternehmen die Sanierungsarbeiten durchführt: Über der „eigenen“ Mannschaft würde sonst eine „fremde“ Bau- tafel „prangern“. Um den Zuschlag zu erhalten, wird der Sponsor also einen bestimmten Betrag aus dem Marketingbudget „zuschießen“ und von den kalkulierten Eigenkosten für sein Angebot abziehen. Würden

nun weitere Leistungselemente bestellt, und müssten diese lediglich mit dem „schlechten Preis“ bezahlt werden, so würde sich der bewusst in Kauf genommene Verlust erhöhen.

Natürlich ließe sich vorbringen, dass der Unternehmer ja nicht gezwungen werden kann, im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Leistungselemente zu erbringen – er könnte die abändernde Bestellung, die allenfalls schlüssig den erwähnten Satz enthält, ja mit dem Hinweis zurückweisen, die zusätzlichen Leistungselemente nur gegen ein höheres Entgelt (einen höheren Einheitspreis) erbringen zu wollen.

Tatsächlich ist dies aber nur dann der Fall, wenn der Unternehmer das Angebot des WB auf Änderung des Vertrages auch ablehnen kann. Oft dürfte aber ein einseitiges „Leistungsänderungsrecht“ des WB vereinbar sein.¹⁵ In den Fällen, in denen der WU für ihn unvorhersehbare Änderungen der von ihm zu erbringenden Leistung hinnehmen muss, wäre der Grundsatz, dies zu einem für ihn ungünstigen Preis tun zu müssen, wohl ohne Zweifel ein unzulässiger Eingriff in seine Privatautonomie.

Zu bedenken ist auch, dass eine Herleitung eines „hypothetischen“ Einheitspreises für im ursprünglichen Leistungsverzeichnis nicht enthaltene Positionen auch auf enorme Schwierigkeiten stoßen kann. Vor allem die Suche nach dem richtigen Anknüpfungspunkt ist problematisch: Soll (was aber nur bei einem Einheitspreisvertrag möglich ist) vom Einheitspreis einer anderen Position ausgegangen werden und wenn, von welcher? Oder soll vom gesamten Angebotspreis ausgegangen werden (was bei einem Pauschalpreisvertrag die einzige Möglichkeit ist)? Sind subjektive kalkulatorische Überlegungen des WU zu berücksichtigen – etwa die Ausstattung oder Auslastung seines Betriebes? Es ist zu bedenken, was trotz Offensichtlichkeit häufig übersehen wird: Der WU bietet den Preis für ein bestimmtes Werk an und gibt keine Preisliste, aus der der WB nach Wunsch bestellen kann, ab.

Erschwernis und Behinderung

Ändern sich das Werk und/oder die Umstände, unter denen es errichtet wird, in einem bestimmten Maß, so handelt es sich um etwas anderes – das klingt nicht nur logisch sondern sogar banal, doch dürfen die sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht übersehen werden. Bei den Eigenschaften des Bauwerks ist dies leicht einzu- sehen: Die Errichtung eines Holzhauses ist etwas ande-

(eben abbestellten) anderen kann ev als Erwerb durch „*anderweitige Verwendung*“ gemäß § 1168 (1) ABGB betrachtet werden.

10 Dh nicht nur Verträge, die eine „Fortschreibung“ bei Änderungen vorsehen – zu diesen Verträgen siehe unten.

11 So zB *Gölles/Link*, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar Rz 925.

12 So verweisen zB *Gölles/Link*, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar in Fn 251 – natürlich ohne nähere Angaben – auf die „*Judikatur des dt BGH*“, obwohl es gar keine entsprechende Entscheidung gibt!

13 Vgl zB *Karasek*, Die „bauwirtschaftliche“ Sicht, ÖGeBauJ 2001, 175: „*Eine baubetriebswirtschaftliche Auslegung ist nicht nur sinnlos, sondern sogar schädlich, weil sie [...] eine Lösung suggeriert, die aber im Streitfall anders gelöst werden würde*“.

14 Vgl für die übereinstimmende Problematik in Deutschland zB *Kniffka*, Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge? BauR 2012, 415: „*Es ist kaum nachvollziehbar, mit welcher Entschlossenheit die Bindung an die Urkalkulation selbst dann noch verteidigt wird, wenn sie zu völlig unangemessenen Ergebnissen führt. Dabei wird ganz aus dem Auge verloren, dass der Auftraggeber die Urkalkulation des Auftragnehmers bei Vertragsabschluss in der Regel nicht kennt*“.

15 So zB, wenn die ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) Vertragsbestandteil ist. Pkt 7.1 lautet „*Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig [...] ist*“.

res als jene eines Ziegelhauses, auch wenn es zur selben Zeit am selben Ort errichtet wird und die gleichen Ausmaße hat. Leichter zu übersehen ist, dass es sich auch dann um eine andere Leistung handeln kann, wenn sich „bloß“ die Umstände, unter denen das Werk zu errichten ist, entsprechend ändern: Die Errichtung eines Hauses mit ganz bestimmten Eigenschaften unterscheidet sich von einer an einem anderen Ort, zu einem anderen Zeitpunkt oder in einem anderen Zeitrahmen.

Aber nicht jede Abweichung macht das Werk gleichsam automatisch zu einem anderen: § 1168 (2) ABGB sieht vor, dass der WU den Vertrag „aufheben“ kann, wenn eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des WB trotz Nachfristsetzung unterbleibt. Holt der WB allerdings den von ihm zu erbringenden Beitrag rechtzeitig nach, soll es trotz der dann logischer Weise eingetretenen Verzögerung dabei bleiben, dass der WU an den Vertrag gebunden bleibt – dass ihm gem § 1168 (1) ABGB eine angemessene Entschädigung für die „Verkürzung“ durch den Zeitverlust gebührt, tut dem keinen Abbruch.

Ob das Gesagte analog auch für andere als zeitliche Behinderungen aus der Sphäre des WB gilt, soll hier nicht näher untersucht werden.¹⁶

Festgehalten werden soll allerdings, dass gravierende Verzögerungen sehr wohl dazu führen können, dass es schließlich um die Errichtung eines ganz anderen Werkes geht, wie das folgende Beispiel zeigt:

Besteht das vom WU zu erbringende Werk in der Montage von Antennen auf einem Sendemast im Hochgebirge, so bewirkt eine Verzögerung des Zeitraums, in welchem die Leistung erbracht werden soll, vom August in den Jänner, dass es sich dann um ein gänzlich anderes Werk handelt: Es kann nicht von einer bloßen Erschwernis gesprochen werden, weil die Planung des WU komplett umgestoßen werden muss – das beginnt schon damit, dass die Baustelle wohl überhaupt nur mit allergrößtem Aufwand erreicht werden kann – zB durch die Luft mittels Hubschrauber statt mit dem LKW auf der Straße.

Wie immer, wenn bei einem Werkvertrag keine Vereinbarung über dessen Höhe besteht, wird ein angemessenes Entgelt auch für die „Verkürzung“ des WB geschuldet. Nach der Judikatur¹⁷ soll sich die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts „an der in der Vereinbarung des ‚Grundpreises‘ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz“ (oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung) orientieren.

Die Judikatur scheint hier also den baubetriebswirtschaftlichen Satz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ übernommen zu haben.

Dabei ist zunächst an das zu erinnern, was weiter oben zu abändernden Bestellungen des WB gesagt wurde. Doch während der WU eine ändernde Bestellung mit Hinweis auf für ihn unzukömmliche Preise zurückweisen kann, ist ihm dies bei „Verkürzung durch Zeitverlust“ verwehrt: Wie gezeigt wurde, bleibt er an den Vertrag gebunden. Es wäre ein wohl unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie des WB, wenn ein für ihn ungünstiger Preis des Ursprungsvertrages fortgeschrieben würde. Man beachte: Der Grund für die „Verkürzung“ stammt aus der Sphäre des WB und der WU soll gegebenenfalls dafür „büßen“?

Im gegebenen Zusammenhang noch zu allenfalls für Behinderungen oder Erschwernisse aus der Sphäre des WU vorgesehene Preisvereinbarungen: Diese dürfen nicht unreflektiert angewandt werden, sondern es ist wiederum darauf abzustellen, ob es sich überhaupt noch um das ursprüngliche Werk handelt.

Wenn im obigen Beispiel im Leistungsverzeichnis eine Position „Erschwernisse durch winterliche Bedingungen“ vorgesehen ist, so ist diese bei einer Verzögerung vom August in den Jänner nicht anwendbar: Die Bieter kalkulieren in ihren Angeboten nämlich mit der Wahrscheinlichkeit von winterlichen Bedingungen im Hochsommer (was im Hochgebirge durchaus nicht völlig ausgeschlossen ist) und dementsprechend gering wird der Einheitspreis dieser Position ausfallen: Durch einen niedrigen Einheitspreis für eine Position, die nur mit geringer Wahrscheinlichkeit zur Ausführung gelangt, werden die Bieter versuchen, einen besonders attraktiven Gesamtpreis anzubieten. Daraus ist ihnen kein Vorwurf zu machen, weil sie ja wohl aus preispolitischen Überlegungen ein für sie bewertbares Risiko übernehmen dürfen.

„Dynamische“ Verträge

Der Satz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ wird mitunter vertraglich vereinbart. Die ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011)¹⁸ sieht zwar für den Fall, dass sich die im Vertrag angegebenen Menge einer Position um mehr als 20% ändern, vor, dass die Einheitspreise anzupassen sind, wobei diese Anpassung aber eben bloß kalkulatorisch auf die Mengenänderung zurückzuführen sein darf.¹⁹ Es ist aber zu

16 Bemerkt werden soll allerdings, dass der OGH 27.04.2006, 2 Ob 248/05t entschieden hat, dass „hindernde Umstände“ auf der Bestellerseite nicht immer zu einer Verzögerung der Werkerstellung führen müssen.

17 ZB OGH 29.04.2009, 2 Ob 203/08d.

18 Pkt 7.4.4 „Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung“.

19 OGH 22.02.2000, 2 Ob 336/98w: „Die 20 % Klausel ist dazu vorgesehen, kalkulatorisch begründete Änderungen von Einheitspreisen, die allein durch Mengenänderungen bedingt sind, bei sonstiger Unverändertheit der Art der Leistung und Umstände der Leis-

berücksichtigen, dass diese Abweichung von den vertraglich vorgesehen Mengen lediglich auf eine Fehlanahme hinsichtlich des Mengengerüsts aber nicht auf eine prinzipielle Änderung der geschuldeten Leistung zurückzuführen sein darf – die ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) selbst hält dies fest: „*unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung*“. Das immer wieder gehörte Argument „dafür gibt’s ohnehin einen Preis im Leistungsverzeichnis“ ist grundlegend verfehlt, wenn sich die Leistung als solches ändert. Auch dazu ein Beispiel:

Wenn für den Bau eines Tunnels mit zwei Röhren, die an drei Stellen durch Querschläge verbunden sind, ein einziger Einheitspreis für den gesamten Ausbruch (also Röhren und Querschläge gleichermaßen) vereinbart wird, obwohl der Ausbruch der Querschläge relativ gesehen wesentlich teurer ist, als jener der Röhren, so „gilt“ dieser Einheitspreis nicht unbedingt auch für einen weiteren, zunächst nicht vorgesehenen Querschlag – die Herstellung dieses vierten Querschlages zum „Durchschnittseinheitspreis“ würde das ökonomische Ergebnis für den WU (uU empfindlich) verschlechtern. Allerdings kann der Einheitspreis (natürlich auch schlüssig) dadurch vereinbart werden, dass der WU ein entsprechendes Angebot des WB annimmt.

Die Judikatur steht einer Fortschreibung reserviert gegenüber: „*Überhöhte Preisfestsetzungen können nicht Grundlage einer zulässigen Angebotsanpassung sein*“.²⁰ Daraus lässt sich wohl zwanglos schließen, dass dies gleichermaßen zu billige Preisfestsetzungen auch nicht sein können. Eine Anpassung ist also nur dann möglich, wenn die ursprüngliche Preisfestsetzung angemessen war – was freilich noch nicht zwingend bedeutet, dass deswegen auch der abgeleitete Preis angemessen sein muss.

Oft sehen Vertragsbestimmungen vor, dass bei Änderungen eine bestimmte Prozedur eingehalten werden muss, wenn eine Vertragspartei daraus eine Forderung ableiten will. Für solche Prozeduren gilt aber, was für jede Formvorschrift – und um nichts anderes handelt es sich dabei – gilt: Es kann jederzeit davon wieder abgegangen werden, auch schlüssig.²¹ Das hat auch die Judi-

katur erkannt: Bestellt ein WB ohne jeden Vorbehalt zusätzliche Leistungen und nimmt der WU diese Offerte – wenn auch bloß schlüssig – an, so kommt die entrierte Vertragsänderung unter Einschluss der Vereinbarung eines angemessenen Entgelts zustande, ohne dass es auf vereinbarte Prozederes zur Sicherung der Interessen des WB ankäme.²²

Was soll nun gelten, wenn sich im Vertrag ein Passus findet, wonach dieser – insbesondere die Ermittlung des Entgelts – im Fall von Änderungen hinsichtlich der vom WU zu erbringenden Leistungen „fortzuschreiben“ sei²³ und von dieser Bestimmung nachträglich eben nicht abgegangen wird. Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob bloß ein einziger oder ob nicht mehrere Verträge vorliegen. Liegen mehrere Verträge vor, so scheidet eine Fortschreibung aus: Dies wird klar, wenn man das simplifizierte Beispiel bedenkt, dass ein Verkäufer bei einem weiteren Kauf nicht verpflichtet ist, einen früher einmal gewährten Rabatt abermals zu gewähren. Dem entspricht auch die einschlägige Judikatur: „*Aus der Tatsache, dass die Streitparteien in einem anderen Geschäftsfall ausdrücklich die Anwendung von Ö-Normen vereinbart haben, kann nicht zwingend geschlossen werden, dass auch im gegenständlichen die Ö-Normen zugrunde zu legen sind*“²⁴ – also keine Fortschreibung. Natürlich kann aber im Einzelfall eine solche Fortschreibung allenfalls sehr wohl (natürlich auch schlüssig) vereinbart werden.

Die Abgrenzung, ob ein oder mehrere Verträge vorliegen, kann jedenfalls schwierig sein: So wurde judiziert,²⁵ dass ein Geschäfts- und Bürogebäude einerseits und das dazugehörige Parkhaus andererseits aufgrund zweier Verträge errichtet werden (weshalb aufgrund von Mängeln des einen, bereits bezahlten Gebäudes nicht das Werkentgelt für das zweite noch in Bau befindliche Gebäude zurückbehalten werden darf), obwohl sich die selben Parteien gegenüberstanden, ausdrücklich die Preise des selben Leistungsverzeichnis gelten sollten, in der Korrespondenz immer von einem einzigen Vertrag die Rede war und zu der Zeit, zu der sich noch beide in Bau befanden, uno actu abgerechnet wurde.

Liegt ein einziger Vertrag vor, der fortgeschrieben werden soll, so stellt sich die Frage, wie das zu geschehen hat. Das beginnt schon bei der oben dargestellten Problematik zur Anknüpfung. Es ist aber auch unklar, ob sich bei einer Veränderung das ökonomische Ergebnis

tungserbringung, gegenüber dem Vertragspartner durchzusetzen. Damit fallen alle Mengenänderungen, die mit einer Änderung der Art der Leistung oder einer Änderung der Umstände der Leistungserbringung untrennbar verbunden sind, aus dem Anwendungsbereich der 20 % Klausel heraus. Die 20 % Klausel ist nicht dazu da, das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, jedenfalls bei größeren Mengenabweichungen zu ändern. Sie ist auch nicht geeignet, eine Ungleichwertigkeit des Leistungsaustausches, die schon mit Vertragsabschluss begründet wurde, nachträglich zu korrigieren“.

20 OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94.

21 Vgl zB OGH 23.04.1998, 2 Ob 46/98y: „*Ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit möglich und zulässig*“.

22 OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i.

23 So zB Pkt 7.1 („Leistungsabweichung und ihre Folgen“) der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011): „*Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen*“.

24 OGH 24.01.2006, 4 Ob 197/05g.

25 OGH 20.12.2000, 3 Ob 283/00i.

als absoluter Betrag nicht verändern soll oder ob es proportional zum Ausmaß der Veränderung angepasst werden soll.

Ein Passus, wonach bei der Fortschreibung die ursprünglichen Kalkulationsansätze oder die Preisbasis²⁶ beizubehalten sind, ist in Wahrheit völlig inhaltsleer – dies jedenfalls dann, wenn sich keine entsprechenden Ansätze als Vertragsinhalt finden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Einheitspreise (in einem Leis-

tungsverzeichnis) keinesfalls die Kalkulation offen gelegt wird, wie dies mitunter vertreten wird:²⁷ Die Einheitspreise eines Einheitspreisvertrages dienen lediglich der Ermittlung des Entgelts – einen Rückschluss auf die Determinanten der Preisbildung des WU lassen sie jedenfalls nicht zu. Insbesondere lässt sich nicht ersehen, mit welcher Effizienz bzw. Ergiebigkeit der Produktionsfaktoren der WU rechnet („wie viele m³ schafft ein Arbeiter pro Stunde?“).

26 So die ÖNORM B 2110 in Pkt 7.4.2: „Die Ermittlung der neuen Preise hat auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen“.

27 So zB OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a: „Liegt dem [V]ertrag hingegen ein in Einzelpositionen zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, wird also ‚offen‘ kalkuliert und die Kalkulation in den Vertrag eingeführt“.

Resümee

Das Gesagte lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Ist der WU verpflichtet, mit der Erfüllung des Vertrages fortzufahren, obwohl sich die Umstände der Leistungserbringung aus Gründen, die in der Sphäre des WB liegen, geändert haben, so darf der Satz „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ bei der Ermittlung des ihm zustehenden zusätzlichen nicht heran gezogen werden, weil dies dem WU eine Last ohne seine Zustimmung aufbürden würde (nämliches gilt für den Satz „Guter Preis bleibt guter Preis“ hinsichtlich des WB).
- b) Kommt es konsensual zu Änderungen des Werkvertrages, ohne dass über die Höhe des zusätzlichen Entgelts gesprochen wird, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Satz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ allenfalls schlüssiger Vertragsinhalt wurde – dies unreflektiert anzunehmen ist jedenfalls unzulässig, weil jedermann klar sein muss, dass ein Vertragspartner nicht ohne weiteres über den ursprünglichen Umfang an eine für ihn ungünstige Vereinbarung gebunden sein will.
- c) Ist „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ vereinbart, so ist bei entsprechend umfangreichen Änderungen zu prüfen, ob er auch dann noch Gültigkeit hat, oder ob sich seine Vereinbarung ausschließlich auf lediglich geringe Änderungen zur ursprünglich vereinbarten Leistung bezogen hat.
- d) Wie ein Vertrag bei Änderungen fortzuschreiben ist, ist eine Rechtsfrage.
- e) Der Passus „im Falle von Änderungen ist der Vertrag fortzuschreiben“ ist ohne weitere Anleitung inhaltsleer, weil völlig unklar ist, wie fortzuschreiben ist.
- f) Aus den Einheitspreisen der einzelnen Positionen lässt sich nicht ersehen, wie der WB das Werk kalkuliert hat.