

Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen?

Deskriptoren: Werkvertrag, Werkentgelt, Werkentgeltanpassung, Vertragsfortschreibung, Baupraxis; §§ 934, 1165 ff, 1170 ABGB.

Von Hermann Wenusch

Vor allem in der Baubranche sind Änderungen der (zunächst) geschuldeten Leistung an der Tagesordnung.¹ Der OGH bezeichnet zB ein gewisses Maß an Verzögerungen mitunter sogar als „üblich“.² Da dies eben eher die Regel, denn die Ausnahme ist, wird es antizipiert und bereits vorab versucht, einen Mechanismus zu vereinbaren, der spätere enervierende Verhandlungen zu vermeiden hilft.

In Pkt 7.1 des Abschnitt 7 „Leistungsabweichung und ihre Folgen“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) findet sich folgender Passus: *„Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen“.*

Pkt 7.4 „Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) lautet ua: *„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“.

Dieser Gedanke, dass der Vertrag trotz Änderungen weiter bestehen soll, ist nicht neu. So lautete Pkt 5.24.3 „Änderungen von Preisen, Preise für zusätzliche Leistungen“ der ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2002) ua: *„Der AN hat dem AG hierüber ehestens ein Zusatzangebot mit auf den Preisgrundlagen und der Preisbasis des Vertrages erstellten neuen Preisen vorzulegen“* (übrigens wortgleich mit der Ausgabe 1983³ und 1995).

Auch die VOB/B, das dt Pendant zur ÖNORM B 2110, verfolgt den Gedanken – § 2 Abs 6 lautet ua: *„Die Vergütung [für eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung] bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung [...]“.*

Mit dieser Fortschreibung sind nun nicht nur Nebenabreden und Nebenbestimmungen gemeint, sondern die Wertrelation des Austauschverhältnisses. Wenn man Überlegungen zu einer Fortschreibung der Wertrelation⁴ des Austauschverhältnisses (sprich: des „ökonomischen Rahmens“) anstellt, muss man sich zuvor damit beschäftigen, wie ein Bieter – als potentieller WU – zu seinem Angebotspreis gelangt.

Dabei ist zunächst festzuhalten, was Juristen völlig unbekannt zu sein scheint und was die Baubetriebswirt-

1 Dies war auch der Einleitungssatz in Wenusch „Guter Preis bleibt guter Preis ...“? ZRB 2012, 118. Tatsächlich handelt es sich bei der gegenständlichen Abhandlung in gewisser Weise um einen Epilog dieses Beitrages.

2 Zuletzt OGH 22.9.2010, 6 Ob 177/10p.

3 Aufgrund einer geänderten Systematik hat sich diese Bestimmung allerdings in der ÖNORM A 2060 gefunden.

4 OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d: *„der in der Vereinbarung des ‚Grundpreises‘ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz“.*

schaft offensichtlich negiert, wenn sie es nicht einfach übersieht: Die Preisbildung durch den WU ist zwar auch durch die erwarteten Kosten bestimmt, aber bei Weitem nicht nur dadurch: In einer modernen Marktwirtschaft sind viele geschäftsstrategische oder – taktische Aspekte wesentlicher Bestandteil bei der Bildung des Preises, zu dem eine Leistung angeboten wird.

Trotzdem steht am Beginn der Überlegungen, zu welchem Preis angeboten wird, zwar nicht unbedingt⁵ aber doch mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit die Ermittlung der Eigenkosten.⁶ Diese Phase (allgemein die Kalkulation⁷ oder Ermittlung der Selbstkosten⁸ genannt) teilt sich in konzeptive und administrative Tätigkeiten. Konzeptiv ist die Planung des Einsatzes von Produktionsfaktoren, also der Entwurf der „Faktorkomposition“: Ein Gebäude kann unter Einsatz eines großen oder mehrerer kleiner Turmdrehkräne errichtet werden – oder mit einem kleinen Turmdrehkran und dem temporären Einsatz von Mobilkränen.

Und hier kann schon festgehalten werden, dass eine Fortschreibung jedenfalls dann scheitern muss, wenn eine andere Faktorkomposition gewählt worden wäre, wäre die Änderung bereits ursprünglich bekannt gewesen. Besitzt der WU einen bereits zur Gänze amortisierten kleinen Turmdrehkran so lässt sich dessen Einsatz nicht auf ein geändertes Bauvorhaben fortschreiben, das entweder einen großen oder einen zweiten kleinen Turmdrehkran, den der WU allerdings nicht besitzt, erfordert – dasselbe gilt natürlich auch in die „andere“ Richtung.

Die konzeptive Tätigkeit beinhaltet auch arbeitswissenschaftliche⁹ Überlegungen: Welche Faktorkomposition verursacht die geringsten Eigenkosten?

Die administrativen Tätigkeiten bestehen im Sammeln von Daten und deren Auswertung. Wie hoch sind die Eigenkosten der einzelnen Produktionsfaktoren, wie hoch sind die Gemeinkosten¹⁰ und wie sind diese aufzuteilen? Die dabei gewonnenen Daten können teilweise fortgeschrieben werden – dies gilt zB für die Lohnnebenkosten für die Normalarbeitszeit.¹¹ Bereits beim durchschnittlichen Bruttolohn für die betriebliche An-

wesenheitszeit ist Vorsicht geboten, wie das folgende simple Beispiel zeigt: Ein Unternehmen, das nur zwei Dienstnehmer beschäftigt, kann zwar einen durchschnittlichen Bruttolohn ermitteln, nur gilt der für keinen der beiden. Wird zunächst nur mit dem Einsatz des einen gerechnet und dessen Lohn der Kalkulation zu Grunde gelegt, so stimmt die Kalkulation dann nicht mehr, wenn unvorhergesehen auch der zweite Dienstnehmer zum Einsatz kommt. Besonders bei kleineren Betrieben ist immer wieder zu beobachten: Es gibt „tolle Partien“ und eher mäßige. Wird mit dem Einsatz des einen Typs kalkuliert und muss dann auch auf einen anderen zurückgegriffen werden, so ist jedenfalls nicht mit einer linearen Entwicklung zu rechnen.

Eine Fortschreibung ist logischerweise für (umsatzabhängige) Zuschläge problematisch, wenn sich der Umsatz ändert: Der Quotient aus den entsprechenden Kosten und dem Umsatz ändert sich dann nämlich.

So unterschiedlich die konzeptiven und administrativen Tätigkeiten auch sein mögen, eines kommt nicht ohne das andere aus: Konzeptiv kann nur dann eine optimale Faktorkomposition gefunden werden, wenn die ökonomischen Fakten bekannt sind.

An die Phase der Ermittlung der Eigenkosten schließen dann die preispolitischen Überlegungen an: Welcher Preis soll angeboten werden, um unter Berücksichtigung der Eigenkosten die unternehmerischen Ziele zu erreichen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass folgende Faktoren die Preisfindung durch den WU beeinflussen:

- die Eigenschaften des herzustellenden Bauwerks (Qualität und Quantität);
- die Besonderheiten des Orts, an dem das Bauwerk errichtet werden soll (Erreichbarkeit, Baugrund, Klima, rechtliche Rahmenbedingungen, etc);
- die Zeit zu und innerhalb derer das Bauwerk herzustellen ist (Jahreszeit, Termindruck);
- die Ausstattung und Auslastung des Unternehmens;
- die unternehmerischen Ziele (Verdrängung des Mitbewerbs, Eintritt in einen neuen Markt, Prestige, etc).

Bemerkenswert ist, dass die ÖNORM B 2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ sich nicht mit konzeptuellen Fragen der Preisermittlung und Maßnahmen der betrieblichen Preispolitik befasst. Entgegen der Selbstdarstellung der Austrian Standards plus GmbH¹² ist sie daher nicht geeignet, als „Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit der Preise“¹³ zu dienen.

5 Eine Ermittlung der Eigenkosten unterbleibt etwa, wenn die Preise des Mitbewerbs bekannt sind und „um jeden Preis“ unterboten werden sollen.

6 Die Ermittlung der Eigenkosten kann zu bloßem „Erinnern“ verkümmern, wenn geeignete Vergleichswerte zur Verfügung stehen.

7 Der Begriff Kalkulation ohne Einschränkung wird mitunter für den gesamten Prozess der Preisbildung verwendet.

8 *Kemmettmüller/Bogensberger*, Handbuch der Kostenrechnung⁸, 17.

9 Zum Begriff zB: *Schlick*, Arbeitswissenschaft³.

10 *Kemmettmüller/Bogensberger*, Handbuch der Kostenrechnung⁸, 381: „Kosten, die dem einzelnen Kostenträger nicht direkt zugeordnet werden“.

11 Zu den Begriffen siehe zB: *Kemmettmüller/Bogensberger*, Handbuch der Kostenrechnung⁸, 68.

12 Dies ist eine 100%ige Tochter des Austrian Standards Institute/ Österreichisches Normungsinstitut.

13 <https://www.astandis.at/shopV5/search/Details.action?dokkey=71757> (14.2.2013).

14 Zum Begriff Einheitspreisvertrag vgl zB *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft.

An dieser Stelle sei auf den Einheitspreisvertrag, als „Standardvertragstyp“¹⁴ des Bauwerkvertrages, näher eingegangen.

Auch wenn es um einen Einheitspreisvertrag geht (dessen wesentlichster Bestandteil ein Leistungsverzeichnis („LV“)¹⁵ ist, welches die geschuldete Leistung in Leistungselemente gliedert und die einzelnen Elemente mit einem „Preis“ versieht), steht am Anfang der Preisermittlung durch den WU eine gesamthafte Betrachtung – welche Faktorkomposition soll eingesetzt werden und wie hoch sind die Kosten der einzelnen Produktionsfaktoren. Bereits daraus wird ersichtlich, dass ein Einheitspreisvertrag grundsätzlich kein beliebiger Rahmenvertrag ist: Die Einheitspreise für ansonsten völlig identische Gebäude unterscheiden sich – und zwar höchst wahrscheinlich nicht nur unwesentlich –, wenn sie an einem anderen Ort oder zu einer anderen Zeit oder innerhalb einer anderen Zeitspanne errichtet werden.

Ein Werk, das aufgrund eines Einheitspreisvertrages errichtet wird, ist noch lange keine „teilbare Leistung“ nur weil es in einzelnen Positionen¹⁶ beschrieben wird! Es ist nicht zulässig, dass sich eine der Parteien „Rosinen heraus pickt“.¹⁷

Die Einheitspreise der einzelnen Positionen sind daher nicht deren „Preis“ (im strengen Sinn), der ihrem Wert gegenüber gestellt werden darf: Eine einzelne Position kann daher auch nicht als *laesio enormis* dem § 934 ABGB widersprechen. Der Vertrag wird in Hinblick auf den Angebotspreis (für das gesamte Werk!) abgeschlossen – ein „überhöhter“ Einheitspreis wird durch einen oder mehrere „zu niedrige“ Einheitspreise kompensiert. Würde man einen Einheitspreis isoliert wegen Verkürzung über die Hälfte korrigieren, so würde sich das schließlich zu zahlende Entgelt vom Angebotspreis unterscheiden, selbst wenn genau die Mengen des LV erbracht werden!

Es wurde judiziert, dass dem WU ein irrtumsrechtlicher Behelf zur Verfügung steht, wenn dem WB ein außergewöhnlich niedriger Einheitspreis auffallen musste. Dies ist sicher verfehlt, weil ein angebotener Einheitspreis isoliert keine Anknüpfung für irrtumsrechtliche Anfechtung

sein kann. Deutlich wird das vor allem dann, wenn man annimmt, dass sich die von den diversen Bietern (also insbesondere auch jenen, denen der betreffende Irrtum nicht unterlaufen ist!) angebotenen Gesamtpreise nur marginal unterscheiden. In diesem Fall wird der „große“ Irrtum hinsichtlich des einen Einheitspreises durch (wahrscheinlich) viele „kleine“ Irrtümer bei anderen Einheitspreisen ausgeglichen, sodass sich eben ein mit den anderen vergleichbarer Angebots(gesamt)preis ergibt.

Würde man nun eine isolierte Anpassung des vom „großen“ Irrtum betroffenen Einheitspreises zulassen, so erhielte der irrende WU schließlich ein höheres Entgelt, als es die anderen, nicht irrenden Bieter erhalten hätten. Besonders deutlich wird dies dann, wenn man annimmt, dass schließlich alle im LV angeführten Leistungselemente (Positionen) in den dort genannten Mengen auch tatsächlich ausgeführt werden: Die Leistungselemente (Positionen), die bloß von „kleinen“ Irrtümern betroffen sind, weisen einen vergleichsweise hohen Einheitspreis auf, und der Ausgleich auf das allgemeine Niveau, der eigentlich dadurch erfolgen sollte, dass durch den „großen“ Irrtum der Einheitspreis eines Leistungselements (Position) viel zu nieder ist, fällt weg.

Die erwähnte Judikatur¹⁸ gewährte zwar dem WU eine irrtumsrechtliche Vertragsanpassung, beschränkte diese aber mit der Differenz zum Zweitbieter. Das beschränkt zwar das „Glück des Irrenden“, ist aber logisch schon alleine deshalb nicht zu begründen, weil ja auch dem Zweitbieter ein Irrtum, der zur Anpassung berechtigt, unterlaufen sein kann. Näher soll auf die irrtumsrechtliche Problematik hier aber nicht eingegangen werden.

Bei den Einheitspreisen handelt es sich also nicht um einen Preis, der mit der jeweiligen Position im direkten Leistungsaustausch steht, sondern vielmehr um eine bloße Rechnungsgröße zur Ermittlung des für das (gesamte) Werk zustehenden Entgelts.

Ein LV beschreibt einerseits das zu errichtende Werk und es liefert andererseits die Methode zur Ermittlung des Entgelts. Diese beiden Funktionen dürfen allerdings nicht miteinander verknüpft werden, sie sind nicht „synchron“.

15 Zum Begriff siehe zB *Bammer*, Leistungsverzeichnis („LV“), ZRB 2012/2, VII.

16 Um gar nicht erst auf fehlerleitende Gedanken zu kommen, empfiehlt es sich, nicht von Teilleistungen, sondern zB von Leistungselementen zu sprechen.

17 Dem entsprechend sieht Pkt 6.4.1 ÖNORM B 2110 (Ausgabe 2011) vor: „Regieleistungen sind nur dann anzuordnen, wenn für erforderliche Leistungen keine zutreffenden Leistungspositionen vorhanden sind“. Diese Passage soll vorsehen, dass einzelne Fragmente der Leistung nicht nach Regie abzurechnen sind, wenn sie in vorhandenen Positionen enthalten sind – abzurechnen sind vielmehr die Positionen. Nur am Rande sei vermerkt, dass sie sprachlich völlig verunglückt ist, weil ein Bauwerkvertrag grundsätzlich niemandem ein Anordnungsrecht einräumt.

18 Vgl OGH 22.2.1995, 3 Ob 564/94: „Wurde das Anbot im Rahmen einer Ausschreibung abgegeben, so ist aber ferner zu beachten, daß durch die Anpassung des Vertrages der Zweck der Ausschreibung, den Besteller den Abschluß des für ihn günstigsten Vertrages zu ermöglichen, nicht hinfällig werden darf. Hätte also das angemessene Entgelt, wäre es schon dem Anbot zugrundegelegt worden, dazu geführt, daß das Anbot des Irrenden höher als das Anbot desjenigen Bieters gewesen wäre, der das zweitgünstigste Anbot abgegeben hat, so ist das dem Irrenden auf Grund der Vertragsanpassung gebührende Entgelt entsprechend nur so weit hinaufzusetzen, daß ohne den Irrtum das zweitbeste Anbot nicht überschritten worden wäre. Wäre dies der Fall gewesen, müßte nämlich angenommen werden, daß der Vertrag nicht zustandegekommen wäre“.

Aus dem Gewinnstreben, das als Triebfeder Teil der menschlichen Natur ist und das insbesondere in wettbewerbsorientierten Gesellschaften kaum als verwerflich angesehen werden kann, wird jeder potentielle WU als Bieter bestrebt sein, Differenzen zwischen den Mengen im LV und den Mengen, die schließlich tatsächlich ausgeführt werden, für sich auszunützen. Dies geschieht gegebenenfalls durch sog „Spekulationen“, indem er in seinem Angebot tendenziell überhöhte Einheitspreise für jene Positionen einsetzt, von denen er erwartet, dass sie schließlich in größerem Ausmaß zur Ausführung gelangen, als ursprünglich im LV vorgesehen. Umgekehrt wird er für jene Positionen, von denen er erwartet, dass sie schließlich in geringerem Ausmaß zur Ausführung gelangen, als ursprünglich im LV vorgesehen, einen tendenziell zu niedrigen Preis einsetzen.

WU und WB stehen sich nicht partnerschaftlich gegenüber, obwohl dies manchmal als Ziel postuliert wird. Eine besondere Sorgfaltspflicht besteht daher insbesondere im kommerziellen Bereich nicht: *„Bei wirtschaftlichen Umsatzgeschäften unter Kaufleuten sind in Hinblick auf die unterschiedlichen Interessenlagen nur geringe Aufklärungspflichten des Vertragspartners über die für die Preisbildung maßgeblichen Umstände anzunehmen; der Käufer beurteilt den Wert des Kaufgegenstands auf eigenes Risiko“*.¹⁹

Das ist nicht verwerflich, weil es ja der WB in der Hand hat, ein der Realität nahe kommendes LV zu erarbeiten. Es ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass ein Einheitspreisvertrag ein für den WB mit Vorteilen verbundenes Instrument ist: Er ist nicht gezwungen, aufwändige und kostspielige Analysen durchzuführen, um dadurch die Leistung genau beschreiben zu können um dadurch wiederum einen (endgültigen) Preis zu erhalten – ohne dass das eigentliche Werk dadurch irgendwie billiger würde. Dass er damit der Leidtragende einer Spekulation werden kann, folgt nur dem Prinzip, dass derjenige der Nutzen aus einer Sache zieht, die damit verbundenen Risiken tragen soll.

Das soeben gesagte gilt natürlich nur dann, wenn das LV vom WB erstellt wurde. Erstellt der WU das LV – womit es sich um einen Kostenvoranschlag²⁰ handelt –, so hat er dafür einzustehen, ohne dass hier erörtert werden soll, aus welchem Rechtsgrund dies geschieht, wie weit seine entsprechenden Pflichten gehen und welche Folgen die Verletzung dieser Pflichten nach sich zieht.

Durch die „Auspreisung“ eines LV (also das Anbieten von Einheitspreisen) wird über die Einzelheiten der Preisbildung durch den WU nichts ausgesagt! Insbesondere wird die Kostenrechnung nicht offengelegt.²¹

Ein Bauwerkvertrag ist kein Instrument, das aus simplen Komponenten besteht, die sich beliebig ausdehnen bzw schrumpfen lassen. Eine Fortschreibung ist daher nicht möglich, zumindest nicht mit „Milchmädchenmethoden“.

Dazu kommt aber noch, dass völlig unklar ist, was überhaupt unter den Formulierungen *„Fortschreibung des bestehenden Vertrages“*, *„Ermittlung auf Preisbasis des Vertrages und unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten“* und *„nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung“* zu verstehen ist. Die Liste möglicher Interpretationen ist wohl zu lange, um hier wiedergegeben zu werden – sie ist aber auch ohne Wert, weil keine Interpretation zwingend alle anderen ausschließt. Da alle Interpretationen mehr oder weniger gleich „gewichtig“ sind, sich aber gegenseitig widersprechen, bleibt nur zu konstatieren, dass die erwähnten Formulierungen gehaltlose Worthülsen sind. Die Problematik sei zur besseren Verständlichkeit nur überblicksmäßig angerissen: Fortgeschrieben werden könnte der absolute Betrag des Gewinns bzw Verlusts. Fortgeschrieben werden könnte allerdings auch der Quotient zwischen Gewinn bzw Verlust und den Eigenkosten – usw.

Es bleibt also nichts anderes, als nach einem angemessenen Preis zu suchen.

Welche Implikationen ergäben sich, wenn schließlich auch die Baupraxis zur Kenntnis nehmen würde, dass die Illusion einer Fortschreibung nicht zu halten ist? Wahrscheinlich gar keine: Die Heerscharen von Baubetriebswirten, die derzeit, allerdings mit widersprüchlichen Ergebnissen, versuchen, auf Tonnen von Papier Fortschreibungen zu ermitteln, würden dann versuchen, die Angemessenheit von Preisen nachzuweisen - wiederum auf Tonnen von Papier und wiederum mit widersprüchlichen Ergebnissen.

Betont werden soll abschließend jedenfalls mit Nachdruck, dass sich bei der Frage, nach welchem Prinzip ein angemessener Preis gefunden werden soll, nicht um eine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage handelt.²²

19 OGH 28.2.2003, 1 Ob 168/02s.

20 Vgl *Wensch*, Zum „unverbindlichen“ Kostenvoranschlag, ZRB 2012, 37.

21 So aber offensichtlich OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a „[...] *hingegen ein in Einzelpositionen zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, wird also „offen“ kalkuliert und die Kalkulation in den Vertrag eingeführt* [...]“.

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