

Häufige Irrtümer bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen in der Baubranche

Besonders in der Baubranche kommt es oft anders, als man denkt. Im gegebenen Fall stellt sich dann die Frage hinsichtlich der Auswirkung auf das vereinbarte Entgelt. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Kalkulation des Unternehmers zu berücksichtigen ist und ob auf die subjektive Äquivalenz bei Vertragsabschluss Rücksicht zu nehmen ist. Erstaunlicherweise übernimmt die Rechtswissenschaft unreflektiert Stehsätze der Baubetriebswirtschaft, die einer juristischen Überprüfung allerdings nicht standhalten.

Deskriptoren: Bauwerkvertrag, Mehrkosten, Mehrkostenforderungen, Nachtrag, Kalkulation, Preisbildung, Irrtum, Claim, Baubetriebswirtschaft, Kostenvoranschlag, Einheitspreis, Einheitspreisvertrag; § 1168 ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Vorbemerkung

In der Baubranche sind Mehrkostenforderungen an der Tagesordnung. Mehrere Gründe dafür werden kolportiert, doch interessieren diese hier nicht weiter.¹

Als Mehrkostenforderung wird in diesem Rahmen jedenfalls verstanden, dass ein Werkunternehmer für die vertragliche Leistung ein zusätzliches Entgelt fordert. Gestützt wird dies zumeist auf § 1168 (1) ABGB, wonach dem Unternehmer eine „angemessene Entschädigung“ gebührt, wenn er „bei der Ausführung des Werkes verkürzt“ wird.

Der Fokus der weiteren Überlegungen wird auf Einheitspreisverträge² gelegt, weil diese (zumindest im großvolumigen Baugeschäft) die Regel darstellen dürften.

Nur nebenbei soll an dieser Stelle angemerkt werden, dass es nicht irritieren soll, dass der Gesetzestext von einer Verkürzung „durch Zeitverlust“ spricht: Der angesprochene „Zeitverlust“ ist nämlich nicht die ursprüngliche Ursache, sondern zunächst einmal eine Auswirkung, die dann erst in weiterer Folge zur „Verkürzung“ des Unternehmers führt.³ Ursprüngliche Ursachen, die den „Zeitverlust“ verursachen, können mannigfaltig sein – jede erdenkliche Erschwernis fällt dar-

unter. Tatsächlich führt bei analytischer Betrachtung jede Erschwernis zu etwas, das als Verkürzung „durch Zeitverlust“ bezeichnet werden kann: Setzt der Unternehmer keine zusätzlichen Produktionsfaktoren⁴ ein, so kann er das Werk nicht fertig stellen – der „Input“ reicht eben nicht aus. Um das Werk also trotz der Erschwernis fertig zu stellen, ist der Einsatz zusätzlicher Produktionsfaktoren notwendig. Die Zuführung von zusätzlichem „Input“ kann dadurch geschehen, dass die bereits eingesetzten Produktionsfaktoren länger eingesetzt werden, was natürlich zu einer längeren Dauer der Produktion und somit einer verzögerten Fertigstellung des Werks führt. Diese Verzögerung kann allenfalls durch den Einsatz zusätzlicher Produktionsfaktoren (im Baujargon: Forcierung) wett gemacht werden – zusätzlich eingesetzt werden können schon bisher genutzte Produktionsfaktoren in größerem Ausmaß (quantitative Steigerung) oder bislang noch nicht eingesetzte Produktionsfaktoren (qualitative Steigerung). Die Kosten, die durch den Einsatz zusätzlicher Produktionsfaktoren entstehen (Forcierungskosten), sind dann eben trotzdem als Verkürzung durch Zeitverlust zu sehen. Alles andere würde zu wohl unlösbaren Wertungswidersprüchen führen: Es lässt sich einfach nicht begründen, dass der Unternehmer im Falle einer Erschwernis seine „Verkürzung“ nur dann ausgeglichen erhält, wenn es im (gesamten) Bauablauf zu einer Verzögerung kommt, nicht aber, wenn er diese Verzögerung durch intensiveren Einsatz an Produktionsfaktoren vermeidet. Simplex Beispiel: Es kann keinen Unterschied machen, ob der Unternehmer statt der vorgesehenen Baudauer von 40 Tagen zu je 8 Stunden aufgrund einer Erschwernis 50 Tage zu je

1 Tatsache ist, dass viele Bauvorhaben (mehr oder weniger öffentlich) ausgeschrieben werden. Wesentliches Zuschlagskriterium ist der Preis, was insgesamt zu kaum auskömmlichen Preisen führt. Überspitzt ausgedrückt: Den Zuschlag erhält immer derjenige, der sich bei der Kalkulation „nach unten“ irrt. Dies führt zu einem sehr niedrigen Preisniveau, das die Unternehmer versuchen lässt, die tendenziell unauskömmlichen Preise nachträglich zu kompensieren.

2 Zum Begriff siehe zB Wenusch, B 2110 – Kommentar² (2011) Rz III 60.

3 So auch überzeugend Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰² § 1168 Rz 42 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

4 Vgl zum Begriff beispielsweise Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Die Produktion (1971).

8 Stunden oder eben die ursprünglich vorgesehenen 40 Tage zu je 10 Stunden arbeiten lassen muss. Ein weiteres Argument dafür, dass jede Erschwernis als Verkürzung des Unternehmers durch „Zeitverlust“ bezeichnet werden kann: Muss der Unternehmer zusätzliche Produktionsfaktoren einsetzen, so kann er diese für die Dauer ihrer Verwendung nicht anderweitig einsetzen – ein „Zeitverlust“ eben.

Eine weitere Behandlung dieses Themas soll hier aber nicht erfolgen: Entsprechend der Judikatur⁵ und wohl der hA wird für die folgenden Überlegungen unterstellt, dass nicht nur eine (sichtbare) Verzögerung (sprich: längere Dauer), sondern jede Erschwernis dazu führt, dass dem Unternehmer eine „angemessene Entschädigung“ gebührt.

Die „angemessene Entschädigung“ des § 1168 (1) ABGB erinnert natürlich zunächst an das „angemessene Entgelt“, das dem Unternehmer gemäß § 1152 ABGB gebührt, wenn „im Vertrage kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart“ ist. Doch während man zu Letzterem kaum Abhandlungen findet, ist die Anzahl der Publikationen zu Ersterem Legende.⁶ Insbesondere Baubetriebswirte scheinen sich daran zu ergötzen, irgendetwas von irgendwo „herzuleiten“, was sich bei einem zusätzlichen Entgelt natürlich leichter bewerkstelligen lässt, als beim Gesamtentgelt als solchem. Zwei Argumente werden bei diesen „Herleitungen“ immer wieder ins Treffen geführt: Erstens, dass die Kalkulation Vertragsinhalt werde, und zweitens, dass der Grundsatz „guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“⁷ gelten müsse. Beides trifft aber nicht zu.

2. Die Kalkulation als Vertragsgrundlage

Zunächst ist festzuhalten, dass „die Kalkulation“ nur dann Vertragsinhalt werden kann, wenn diesbezüglich (bei Vertragsabschluss!) irgendeine diesbezügliche Willensübereinstimmung besteht. „Die Kalkulation“ des Unternehmers prinzipiell (also auch ohne entsprechende

Willensübereinstimmung) als rechtlich bedeutsam anzusehen ist (über eine allfällige Irrtumsanfechtung hinaus) sicher unzulässig.⁸ Die Judikatur fordert daher (mit wohl gutem Grund) eine „Offenlegung“ der Kalkulation, damit diese Vertragsinhalt wird: „Wird die Kalkulation als solche zum Inhalt des Geschäftes gemacht, was eine Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen und Einvernehmen darüber voraussetzt [...]“⁹.

Der Begriff „Kalkulation“ wird in der Judikatur allerdings verwendet, ohne dass ersichtlich ist, was genau darunter zu verstehen ist. Auch die Baubetriebswirtschaft scheint sich nicht weiter um die Bedeutung des Begriffs zu kümmern – offensichtlich wird er für selbstverständlich gehalten.¹⁰ Es scheint so, als würde darunter bloß die Herleitung eines Preises aus Kosten verstanden, so wie es die ÖNORM B 2061 vorsieht.¹¹

Tatsächlich kann unter Kalkulation einerseits die Kostenrechnung, andererseits die Bildung des Angebotspreises („Preisfindung“) verstanden werden – es handelt sich dabei freilich um völlig unterschiedliche Dinge!

Die Kostenrechnung dient der Ermittlung der (vorausichtlich) anfallenden Kosten¹², während die Preisfindung¹³ Teil des Marketing („Preispolitische Entscheidung“) ist. Ersteres wird in Letzterem wohl fast immer irgendeine Berücksichtigung finden, doch beeinflussen eine Vielzahl von (auch anderen) Aspekten die Preisfindung. Die Kostenrechnung ist jedenfalls augenblicksbezogen (allenfalls zeitraumbezogen), die Preisfindung ist Teil der unternehmerischen Strategie und somit langfristig ausgerichtet (auch wenn natürlich im Einzelfall ein ganz bestimmtes Geschäft betroffen ist).

Die Kosten, die bei der Herstellung eines Gebäudes anfallen, hängen von einer Mehrzahl von Faktoren ab:

- Beschaffenheit des Gebäudes (Form und Material)
 - Lage
 - Zeitraum und Dauer der Errichtung (Jahreszeit und vereinbarte Baudauer)
 - Ausstattung des Unternehmens mit Betriebsmitteln
- Den Preis, den ein Unternehmer anbietet, hängt ebenfalls von einer Mehrzahl von Faktoren ab:

5 Siehe OGH 27.04.2006, 2 Ob 248/05t: Es ist richtig, „dass „hindernde“ Umstände auf der Bestellerseite nicht immer zu einer Verzögerung der Werkerstellung führen müssen, der [Unter]nehmer [...] aber dennoch zu erhöhtem Arbeitseinsatz und zu erhöhten Aufwendungen gezwungen sein kann [...]. Der Anspruch auf Vergütung der daraus resultierenden Mehrkosten richtet sich dann [...] außerhalb des Anwendungsbereiches der [ÖNORM B 2110], nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB (herrschende Rechtsprechung [...]“.

6 So zuletzt etwa Schmid, Gefahrtragung beim Werkvertrag (2017) oder Kodek/Plettenbacher/Drakovits/Kolm, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017).

7 So sprechen zB Gölles/Link, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar (2011) Rz 925 mit unspezifischem Verweis auf die „Judikatur des dt BGH“ sonst aber ohne Begründung von einem „traditionellen Grundsatz“.

8 Verfehlt in dieser Allgemeinheit daher Kodek in Kodek et al, Mehrkosten beim Bauvertrag Pkt 4.1.4.: „Maßstab für die Beurteilung des „Nachteils“ [ist] die konkrete Kalkulation des [Unternehmers]“ (Hervorhebung im Original).

9 Seit OGH 06.11.1986, 7 Ob 682/86 – zuletzt OGH 27.08.2015, 9 ObA 91/15w.

10 So findet sich der Begriff „Kalkulation“ nicht in Jodl/Oberndorfer, Handwörterbuch der Bauwirtschaft³ (2010).

11 Einzelheiten in Lang/Wolkersdorfer, Praktische Baukalkulation⁴ (2014).

12 Näheres siehe zB in Kemmettmüller/Bogensberger, Handbuch der Kostenrechnung⁸ (2004).

13 Näheres siehe zB in Meffert et al, Marketing¹⁰ (2008) Kap 4 Pkt 2.5.

- Herstellungskosten (siehe oben)
- betriebliche Auslastung
- Werbung und Public Relations
- Einschätzung des Marktes (insbesondere des Mitbewerbs) im allgemeinen und des Bauherrn im speziellen.

Der letzte Punkt macht wohl ziemlich deutlich klar, dass kaum ein Unternehmer dem Bauherrn seine Preisfindung offen legt. Kein Unternehmer sagt seinem Gegenüber zB: „Ich nehme an, dass Du ziemlich unter zeitlichem Druck stehst und daher keine anderen Angebote eingeholt hast, weshalb ich zu meinen Kosten einen Aufschlag von x % hinzurechne“!

Solange der Betroffene nicht bewuchert wird, ist dieses Vorgehen an sich nicht zu bekritteln. Es kommt auch kein Mensch auf die Idee, einen Verkäufer von gewöhnlichen Damenhandtaschen zu kritisieren, wenn dieser dafür 4.000,- verlangt, weil er annimmt, dass der soziale Druck zum Erwerb der Marke groß genug ist ...

Teilweise können Unternehmer die Preisfindung gar nicht offenbaren, weil dies gesetzlich nicht zulässig ist. Ein Unternehmer, der bei einem Bauvorhaben einen fixen (dh von der schließlichen Abrechnungssumme unabhängigen) „Werbeabschlag“ vornimmt, wäre wohl als Bieter auszuschneiden¹⁴ ...

Zurück zur oben dargestellten Judikatur: Nachdem mit „Kalkulation“ nicht die sonstige Preisfindung gemeint sein kann, kann es nur die Kostenrechnung sein. Diese wird aber eben nicht offen gelegt, weil sich aus ihr nicht (oder nur selten) der Preis ergibt (weil eben die preispolitischen „Korrekturen“ des Unternehmers darin nicht aufscheinen). Was allenfalls offen gelegt wird, ist ein mehr oder weniger lebensfremdes, abstraktes Konstrukt, mit welchem der angebotene Preis – unter Ausblendung der Preispolitik des Unternehmers – aus Kosten hergeleitet wird. Es ist nun im Einzelfall zu untersuchen, ob das offengelegte Konstrukt bloß eine reklamehafte Wissenserklärung des Unternehmers ist, oder ob es tatsächlich als Willenserklärung zu deuten ist. In diesem Fall ist zu eruieren, wie der Besteller „das Konstrukt“ verstehen durfte.¹⁵

An dieser Stelle ist auf einen scheinbar weit verbreiteten Irrtum hinzuweisen: Durch einen Einheitspreisvertrag (dh einen Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis¹⁶) wird weder die Preisfindung noch die Kostenrechnung offenbart – es handelt sich dabei auch nicht um eines der zuvor beschriebenen Konstrukte. Es handelt sich stattdessen vielmehr (bloß) um einen Vertrag mit einer besonderen Abrechnungsmodalität: Die Einheitspreise dienen als Preisausmesser.¹⁷ Dem ökonomischen Prinzip¹⁸ folgend, werden Bieter versuchen, vermeintliche Schwächen einer entsprechenden Ausschreibung für sich auszunützen: Positionen, die scheinbar „untergewichtet“ sind (das sind Positionen, bei denen die Abrechnungsmenge voraussichtlich über der Angebotsmenge liegt) werden relativ teuer ausgepreist, während übergewichtete Positionen (das sind Positionen, bei denen die Abrechnungsmenge voraussichtlich unter der Angebotsmenge liegt) relativ billig angeboten. Dieses Vorgehen wird häufig als „Spekulation“ angeprangert, ist jedoch nur natürlich und daher zu erwarten.¹⁹ Es darf nicht vergessen werden, dass die Massenermittlung vom Bauherrn stammen, der es somit in der Hand hat, diese mit ausreichender Genauigkeit zu erstellen.

3. Guter Preis bleibt guter Preis ...

Selbst wenn man die Aspekte der sonstigen Preisfindung außer Acht lässt, ist festzustellen, dass Kostenrechnung alles andere als eine Milchmädchenrechnung ist. Oben wurde dargestellt, dass Kostenrechnung (mehr oder weniger) augenblicksbezogen ist. Ein Unternehmer, der über keine Winterausrüstung verfügt, hat bei einer Arbeit im Winter ganz andere Kosten zu berücksichtigen als einer, der bereits darüber verfügt. Für die Kosten einer Arbeit im Sommer ist dies aber völlig unerheblich. Ein Unternehmer, der eine besonders tüchtige (dh effiziente) Partie beschäftigt, kann zu Zeiten, zu denen diese Partie verfügbar ist, anders kalkulieren, als zu Zeiten, wo dies nicht der Fall ist.

14 Ein Beispiel findet sich bei *Wenusch*, „Guter Preis bleibt guter Preis ...“? ZRB 2012, 119.

15 Vgl OGH 22.06.2012, 1 Ob 17/12z: „Die Bedeutung einer Erklärung richtet sich danach, wie sie der Empfänger nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs unter Berücksichtigung aller Umstände verstehen musste. Es kommt also auf den objektiven Erklärungswert und nicht auf den Erklärungswillen des Erklärenden an“.

16 Zum Begriff siehe *Bammer*, Leistungsverzeichnis („LV“), ZRB 2012, VII.

17 Angemerkt werden muss, dass ein Einheitspreisvertrag kein Vertrag unter Zugrundelegung eines Kostenvorschlags ist (vgl dazu *Wenusch*, Ist ein Einheitspreisvertrag ein Vertrag mit Kostenvoranschlag? *ecolex* 2011, 297). Und durch einen Kostenvoranschlag

wird nicht unbedingt „die Kalkulation“ des Unternehmers offen gelegt (irrig daher zB *Schmid*, Gefahrtragung beim Werkvertrag [2017] 122).

18 Zum Begriff siehe zB *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre²⁵ (2013) 34: „Das ökonomische Prinzip verlangt, das Verhältnis aus Produktionsergebnis (Output, Ertrag) und Produktionseinsatz (Input, Aufwand) zu optimieren“. Das ökonomische Prinzip tritt iallg in zwei Formen zu Tage: Als Maximumprinzip (mit gegebenem Einsatz das Maximum zu erreichen) und als Minimumprinzip (ein gegebenes Ziel mit minimalem Einsatz zu erreichen).

19 Es entspricht eben dem ökonomischen Prinzip, dem folgend zB auch Bäume gerade nach oben (der Sonne entgegen) wachsen ...

Daran ändert der Abschluss eines Einheitspreisvertrages nichts: Vereinbart und kalkuliert wird ein bestimmtes Werk, das nicht nur durch seine Beschaffenheit, sondern auch seinen Ort und die Zeit, zu und in der es ausgeführt werden soll, definiert ist.²⁰ So lautet die Definition des Begriffes „Leistungsumfang“ in der häufig verwendeten ÖNORM B 2110²¹: „alle Leistungen [...], die durch den Vertrag, [...], unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden“ (Hervorhebung durch den Verfasser)²². Die Einheitspreise für zwei Bauwerke, die hinsichtlich der eigenen Beschaffenheit völlig übereinstimmen, unterscheiden sich trotzdem sicher (vielleicht sogar wesentlich), wenn sie an unterschiedlichen Orten und zu unterschiedlichen Zeiten (Jahreszeit und Bau-dauer) errichtet werden ...

Dass ohne entsprechende Vereinbarung²³ der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ nicht gilt, wurde bereits an anderer Stelle nachgewiesen²⁴ – die gegenteilige Auffassung ist nicht begründet:

- *Kodek*²⁵: „Sonst hat die in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommende subjektive Äquivalenz auch auf die Bemessung des zusätzlichen Anspruchs durchzuschlagen. Dies entspricht der Funktion des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB, eine gesetzliche Anpassung des Vertrages an zusätzlichen Zeitaufwand oder sonstige nicht in der Sphäre des Werkunternehmers²⁶ vorzusehen. Diese Vorgangsweise wird in der Regel der (hypotetischen) Absicht der Parteien entsprechen: Haben sie eine bestimmte Preis-Wert-Relation zugrunde gelegt, so hätten sie dies wohl auch dann, wenn beim Vertragsabschluss bestimmte Verzögerungen oder Erschwernisse vorhersehbar gewesen wären“. Auch die angegebenen Quellen sind nicht ergiebig – anders als beim genannten Autor finden sich dort nicht einmal im An-

satz Begründungen, sondern bloß mehr oder weniger apodiktische Feststellungen:

- *Krejci*²⁷: „Jedenfalls müssen sachl Kriterien für die Berechnung der Entschädigung dargetan werden. Die „Angemessenheit“ bestimmt sich nicht ausschließlich nach objektiven, von der Parteienvereinbarung unabhängigen Kriterien; vielmehr sind auch die für den konkreten Werkvertrag relevanten Kalkulationsgrundlagen zu beachten, sofern diese auch für die Bestimmung der „Entschädigung“ überhaupt herangezogen werden können“.
- *M. Bydlinski*²⁸: „Die Angemessenheit bestimmt sich nicht nach objektiven Vergleichswerten, sofern nicht insgesamt mangels Preisvereinbarung ein angemessenes Entgelt geschuldet wird. Sonst hat die in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommende subjektive Äquivalenz auch auf die Bemessung des zusätzlichen Anspruchs durchzuschlagen“ (die – soweit ersichtlich – einzige Entscheidung²⁹ zu diesem Thema verweist auf und zitiert diese Quelle – allerdings nur obiter³⁰ und ohne jede weitere Begründung).
- *Karasek*³¹: „Es ist allgemein anerkannt, dass [§ 1168 (1) ABGB] an die vereinbarte Vergütung anknüpft. Die Bemessung der angemessenen Entschädigung hat daher nach Vergütungsmaßstäben zu erfolgen. Sie ist kalkulatorisch, auf Basis der Auftragskalkulation zu ermitteln. Der Vergütungsanspruch des AN hat nichts mit der Entstehung von konkreten, zusätzlichen Ausgaben zu tun, [...]. Die Berechnung der angemessenen Entschädigung hat auf Basis der Auftragskalkulation zu erfolgen“. Dieser Autor wiederum verweist auf
- *Kletečka*³²: Es „richtet sich die Höhe des Anspruchs nicht primär nach der Angemessenheit, sondern nach den vertraglichen Ansätzen (zB Stundensatz). Dies ergibt sich beim Regiepreis gleichsam von

20 Siehe dazu grundlegend: *Wenusch*, Überlegungen zum Schuldinhalt des Bauwerkvertrages mit Leistungsverzeichnis, in FS ÖGebau 2008, 331; *Wenusch*, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, *ecolex* 2010, 841.

21 OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85, SZ 58/41: Die „in Österreich generell akzeptierte [...] ÖNORM B 2110“.

22 Der Vollständigkeit halber kann hier angemerkt werden, dass die ÖNORM B 2110 nur gelegentlich versucht, das dispositive Recht zu ändern oder eigenständige Regelungen zu schaffen, weshalb sich aus der Aufnahme der Definition in den Normtext nicht schließen lässt, dass hier etwas vorgegeben wird, was nicht Bestandteil des allgemeinen Rechts ist (siehe dazu zB *Wenusch*, ÖNORM B 2110 – Kommentar (2011) Rz II 47).

23 So zB ÖNORM B 2110 Pkt 7.1 („Allgemeines“): „Die [...] erforderlichen Anpassungen [...] sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen“.

24 *Wenusch*, „Guter Preis bleibt guter Preis ...“? ZRB 2012, 118.

25 *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) Pkt 2.6.2.

26 Hier fehlt offensichtlich eine Passage, wie „gelegene Erschwernisse“.

27 *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 1168 Rz 29.

28 *M. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1168 Rz 7 (im Verweis fälschlich als Rz 5 angegeben).

29 OGH 29.04.2009, 2 Ob 203/08d: „[D]ie Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts [soll sich] an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung orientieren“.

30 In dem zu entscheidenden Sachverhalt hat es nämlich eine Vergütungsvereinbarung für „den Fall der Fälle“ gegeben: „[...] oder einer für allfällige Mehrarbeiten – wie hier in § 6.3.1 des A-I-Vertrags – bereits getroffenen Preisvereinbarung [...]“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

31 *Karasek*, Kommentar ÖNORM B 2110³ (2016) Rz 1313.

32 *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1168 Rz 39 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

selbst, gilt aber auch beim Pauschal- und Einheitspreisvertrag. Nur wenn eine Anlehnung an vereinbarte Preise nicht möglich ist, weil zB kein bestimmter Werklohn vereinbart wurde und deshalb insgesamt ein angemessenes Entgelt geschuldet ist, entscheidet über die Höhe des Zusatzentgelts die Angemessenheit“. Schließlich verweist dieser Autor auf

- *Rebhahn*³³: „Die Höhe der Entschädigung richtet sich primär nach der Vereinbarung und ist der Vereinbarung (zB Stundensatz) entsprechend zu berechnen; ansonsten ist von einem angemessenen Entgelt auszugehen“.

Wie gesagt: Abgesehen vom „hypothetischen Parteiwillen“ finden sich keine Begründungen – die Quellen auf die verwiesen wird, sind genau so unbegründet und stützen tw die vertretene Meinung gar nicht³⁴. Teilweise wird dabei erkannt, dass ein „Herleiten“ vielleicht gar nicht möglich ist: „sofern diese auch für die Bestimmung der „Entschädigung“ überhaupt herangezogen werden können“³⁵ oder „ansonsten ist von einem angemessenen Entgelt auszugehen“³⁶.

Die Begründung, insbesondere der Unternehmer hätte auch zur ursprünglichen „Preis-Wert-Relation“ kontrahiert, wenn er schon beim Vertragsabschluss die später eingetretenen Verzögerungen oder Erschwernisse vorhergesehen hätte, ist – zumindest in dieser Allgemeinheit – nicht stichhaltig. In wohl vielen Fällen trifft nämlich genau das Gegenteil zu – oft hätte der Unternehmer sogar überhaupt nicht kontrahiert, wenn er „die Schwierigkeiten“ kommen hätte sehen.

Alle Überlegungen, die eine „Fortschreibung“ des Preisniveaus auch ohne entsprechende Vereinbarung annehmen, negieren die „Einmaligkeit des Vertrages“:

Wer an einem Tag ein Fahrrad und am nächsten beim selben Verkäufer eine Klingel dazu kauft, darf nicht darauf vertrauen, wieder den gleichen Rabatt vom Listenpreis zu erhalten! Dieses Beispiel „hinkt“ wohl im gegebenen Zusammenhang etwas, weil es sich um zwei

völlig getrennte Verträge handelt. Es soll aber verdeutlichen, dass man bei „Ergänzungen“ (Änderungen) eben nicht unbedingt „fortschreiben“ muss. Das Beispiel soll aber auch daran erinnern, dass zusätzliche Leistungen des Unternehmers durchaus aufgrund eines separaten Vertrages erbracht werden können. Wurde zB die Herstellung eines zweiröhrigen Tunnels mit zwei Querschlägen vereinbart und wird danach ein dritter Querschlag bestellt, so handelt es sich (sofern nicht etwas anderes vereinbart wird) um einen separaten Vertrag. Bei einem Einheitspreisvertrag wird man vielleicht annehmen können, dass schlüssig die Einheitspreise vereinbart werden – ist dies aber nicht der Fall, so gebührt ein angemessenes Entgelt und es ist nichts „fortzuschreiben“.³⁷

Zurück zur „Einmaligkeit“, die sich übrigens auch schon vor einem Vertragsabschluss findet: Ein Angebot, das erloschen ist, kann gemäß § 862 ABGB nicht mehr angenommen werden – das erloschene Angebot ist nicht mit einer „Fernwirkung“ verbunden.³⁸ Jemand, dessen Angebot erloschen (abgelaufen oder zurückgewiesen) wurde, muss sich nicht dafür rechtfertigen, dass er später einen anderen Preis verlangt.

Auch ein Werkvertrag ist „einmalig“. Es handelt sich um einen synallagmatischen Vertrag: „Ich gebe, damit Du gibst“ – und nicht (überspitzt ausgedrückt): „Ich gebe irgendwas, damit Du irgendetwas gibst, Hauptsache die Relation stimmt“! Das mag vielleicht irgendwie bei Dauerschuldverhältnissen zutreffen, nicht aber bei Zielschuldverhältnissen, wie der Werkvertrag einer ist. Bei Dauerschuldverhältnissen besteht bei nicht gewünschter Entwicklung immerhin iallg die Möglichkeit der Kündigung, die bei einem Werkvertrag nicht zur Verfügung steht. Es muss sich die Frage stellen, ob es tatsächlich sachgerecht sein kann, „auf Gedeih und Verderb“ den Werkunternehmer an einen schlechten Preis³⁹ zu binden, obwohl die Umstände, die zur Abweichung führen, aus der Sphäre des Bestellers stammen! Dabei ist zu berücksichtigen, dass der „neutrale Bereich“ (das ist

33 *Rebhahn* in Schwimann, ABGB⁴ Praxiskommentar (2014) § 1168 Rz 38.

34 Wenn *Rebhahn* aaO ausführt, dass ggf ein vereinbarter Stundensatz auch für die „Zeitversäumnis“ zu veranschlagen ist, so könnte dem vielleicht uU so sein (obwohl es hier in Abrede gestellt wird). Der Schluss, dieses gelte „auch beim Pauschal- und Einheitspreisvertrag“, den *Kletečka* aaO zieht, ist aber überhaupt nicht begründet.

35 *Krejci* in Rummel, ABGB³ (2000) § 1168 Rz 29 (Hervorhebung durch den Verfasser).

36 *Rebhahn* in Schwimann, ABGB⁴ Praxiskommentar (2014) § 1168 Rz 38 (Hervorhebung durch den Verfasser).

37 Die Judikatur scheint mitunter „angemessenes Entgelt“ und „schlüssigen Vertragsinhalt“ nicht sauber zu trennen: „Werden nach einer auf Grund eines (detaillierten) Kostenvoranschlages er-

folgten Bestellung eines Werkes noch weitere gleichartige Zusatzarbeiten an denselben Objekten in Auftrag gegeben, dann dürfen – mangels anderer Vereinbarung – als angemessenes Entgelt für die Zusatzarbeiten nur Preise auf der Basis des Kostenvoranschlages und nicht Regiepreise verrechnet werden. Beabsichtigt der Unternehmer, für die Zusatzarbeiten ein höheres Entgelt zu verlangen, so hat er den Besteller darauf hinzuweisen“ (OGH 06.06.1974, 6 Ob 93/74).

38 „[D]er Empfänger kann auf den abgelehnten Antrag nicht mehr zurückgreifen“ (OGH 06.07.1976, 5 Ob 626/76, SZ 49/94).

39 Kaum auskömmliche Preise dürften der Regelfall sein, wie eingangs ausgeführt wurde.

jener, der keiner Partei „zuzurechnen“ ist) zur Sphäre des Bestellers zählt.⁴⁰

Beim Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zu einer bestimmten „Errichtung“.⁴¹ Er verpflichtet sich zu einem Erfolg⁴², der aber nicht nur durch ein bestimmtes, nach Eigenschaften beschriebenes Ergebnis, sondern auch – und zwar oft nicht unwesentlich – durch bestimmte Umstände, unter denen es herbeizuführen ist, definiert ist (siehe oben): Der Unternehmer verpflichtet sich zB zu einer Errichtung einer Halle auf einem Baufeld ohne alte Fliegerbomben. Die Errichtung der Halle auf einem Baufeld mit Fliegerbomben (oder sonstigen Erschwernissen aus der Sphäre des Bestellers) hat er nicht kalkuliert. Wenn es sich dabei nicht überhaupt um ein aliud handelt, so wollte er einen allfälligen Rabatt vielleicht nicht auch für die nun umfangreichen Sicherungsarbeiten gewähren. Ein Unternehmer, dessen (zB durch plötzlichen Wegfall eines Kunden) Betrieb nicht ausgelastet ist, wird für die absehbare Dauer dieser Unterbeschäftigung einen „Rabatt“ gewähren, um dadurch Kunden zu gewinnen, um zumindest einen positiven Deckungsbeitrag zu erwirtschaften. Für die Zeit nach dem Ende der „Flaute“ würde er jedoch diesen Rabatt niemals gewähren ...

Es muss unbillig erscheinen, den Unternehmer an einen für ihn ungünstigen Preis zu „fesseln“, wenn die Überlegungen, die ihn zu seinem Angebot veranlassen haben, ohne sein Zutun und ohne, dass dies seiner Sphäre entspringt, frustriert werden. Gleichermassen muss es aber auch unbillig erscheinen, einen Bauherrn an einen für ihn ungünstigen Preis zu „fesseln“, wenn er zB beim Vertragsabschluss unter Zeitdruck zu stehen glaubte und aus diesem Grund einen hohen Preis hingegenommen hat.

Ein weiteres Argument spricht gegen den Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“: Überschreiten die Erschwernisse ein

bestimmtes Maß, dann ist das zu erstellende Werk nicht mehr das bestellte Werk⁴³, womit auch die Entgeltvereinbarung ihre Gültigkeit verliert und die Werkleistung angemessen iSd § 1152 ABGB zu entlohnen ist. Bei genauer Betrachtung ist bei jeder noch so geringen Erschwernis das zu erstellende Werk nicht genau das bestellte Werk – aber immerhin fast. Daher ordnet § 1168 (1) ABGB für diesen Fall (wenn auch bloß implizit) an, dass der Vertrag aufrecht bleibt und der Unternehmer eine „angemessene Entschädigung“ zu erhalten hat. Es würde wohl seltsam anmuten, wenn es hinsichtlich der Ausmessung des Entgelts einen Unterschied machen würde, ob die Erschwernis gering oder erheblich ist. Viel vorteilhafter muss ein Kontinuum erscheinen ...

§ 1168 (1) Satz 2 ABGB spricht genau wie § 1152 ABGB von einer „angemessenen“ Kompensation. Es ist überhaupt nicht einzusehen, dass damit nicht das selbe gemeint sein soll.

Schließlich ist ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen: Kommt es zu einem Irrtum des Unternehmers, der durch die Ausschreibung des Bauherrn, die eben die Wirklichkeit nicht richtig beschreibt, verursacht wurde, so kann der Unternehmer den Vertrag irrtumsrechtlich anpassen⁴⁴. Für Verträge mit Leistungsverzeichnis⁴⁵ wird judiziert: „Liegt dem [V]ertrag [...] ein in Einzelpositionen zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, wird also „offen“ kalkuliert und die Kalkulation in den Vertrag eingeführt, wird [...] ein beachtlicher Geschäftsirrtum vorliegen, sofern eine der drei Voraussetzungen des § 871 ABGB gegeben ist, nämlich, dass der Irrtum vom Auftraggeber veranlasst worden ist oder der Irrtum dem Auftraggeber offenbar auffallen musste oder der Irrtum rechtzeitig aufgeklärt wurde“⁴⁶. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieses Recht durch § 1168 (1) ABGB eingeschränkt werden soll.

40 Vgl zB *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1138: „Wird hingegen das Werk durch Umstände vereitelt, die nicht auf Seite des Bestellers liegen, so verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch“ (Hervorhebung im Original) – für die Erschwernis gilt nichts anderes, als für die Vereitelung. *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1168 Rz 19 (Stand 1.2.2014): „Die Zuordnung von die Herstellung störenden Umständen erfolgt üblicherweise nach der Sphärentheorie, wobei der Unternehmer seine eigene und die neutrale Sphäre zu vertreten hat“. Unrichtig daher *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 34: „[D]er Umstand, dass der [Besteller] nicht nur alle in seine Sphäre fallenden Risiken zu tragen hat, sondern auch solche Risiken, die gewissermaßen in die „neutrale“ Sphäre fallen, also an sich weder ihm noch dem [Unternehmer] zuzurechnen sind“.

41 Vgl dazu *Wenusch*, Des einen Traum, des anderen Altraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 169: „Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass beim Werkvertrag nicht das Werk, sondern dessen [...] Erstellung geschuldet wird. Das scheint auf den

ersten Blick vielleicht rabulistisch, doch macht es die Abhängigkeit von der Umwelt deutlich“.

42 OGH 14.03.1984, 1 Ob 40/83, SZ 57/51: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“.

43 *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) Pkt 2.6.3.: „[D]as zu erstellende Werk [ist] nicht mehr [...] mit der vertraglich übernommenen Verpflichtung ident“ (Hervorhebung im Original).

44 Dass dieser Aspekt in der allgemeinen Diskussion keine Beachtung gefunden hat, ist wohl darauf zurückzuführen, dass das Irrtumsrecht in der Baupraxis und insbesondere der Baubetriebswirtschaft nicht geläufig sein dürfte.

45 Die Begründung, dass dies nur für solche Verträge gelten soll, überzeugt nicht, doch soll dies hier nicht näher erörtert werden, weil der Fokus – wie dargestellt – auf Einheitspreisverträgen liegt.

46 OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a, SZ 2004/160.

4. Der Blick über die Grenze

Baubetriebswirte scheinen den Blick über die Grenze nach Deutschland zu lieben⁴⁷, auch wenn die Rechtslage dort nur bedingt mit der hiesigen zu vergleichen ist.⁴⁸ Tatsächlich interessant ist vielleicht der (am 1.1.2018 in Kraft tretende) § 650c (1) BGB („Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2“): „Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für

allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Die angesprochene „Anordnung des Bestellers“ ist zB „eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist“ – also eben eine Erschwernis oder Behinderung. Keine Rede von einer Preisfortschreibung ...

Näher soll auf die deutsche Rechtslage nicht eingegangen werden, weil dies den Rahmen dieser Abhandlung bei weitem sprengen würde. Abzuwarten ist jedenfalls, ob die Baubetriebswirtschaftslehre aufgrund der Novelle mit Verweis auf die deutsche Rechtslage eine Kehrtwendung vollzieht.

Resümee

Kostenrechnung und Bildung des Angebotspreises durch den Unternehmer sind zu unterscheiden.

Als Kalkulation wird häufig ein mehr oder weniger lebensfremdes, abstraktes Konstrukt verstanden, mit welchem der angebotene Preis – unter Ausblendung der Preispolitik des Unternehmers – aus Kosten hergeleitet wird.

Auch bei einem Einheitspreisvertrag ermittelt ein Unternehmer zunächst gesamthaft die Kosten, die ihm durch die Errichtung des von ihm herzustellenden Werks erwachsen. Dann stellt er seine preispolitischen Überlegungen an und gelangt so zu seinem gesamten Angebotspreis. Schließlich verteilt er – im einfachsten Fall – den Preis auf die einzelnen Positionen bzw Einheitspreise. Glaubt der Unternehmer Schwächen im Mengengerüst der Ausschreibung zu erkennen, wird er versuchen, dies für sich auszunützen. Durch den Abschluss eines Einheitspreisvertrages wird jedenfalls nicht „die Kalkulation“ des Unternehmers offen gelegt.

Ein Einheitspreisvertrag ist kein Rahmenvertrag („Speisekarte“), aus dem sich der Bau-

herr beliebig bedienen kann. Geschuldet wird ein ganz bestimmtes Werk, das nicht nur durch seine Beschaffenheit, sondern auch die Lage und die Zeit definiert wird.

Die Begriffe „Einheitspreisvertrag“ und „Kostenvoranschlag“ dürfen nicht gleich gesetzt werden – bloß ausnahmsweise kann ein Einheitspreisvertrag ein Vertrag unter Zugrundelegung eines Kostenvoranschlages sein.

Wenn § 1168 (1) ABGB von einer Verkürzung des Unternehmers „durch Zeitverlust“ spricht, so betrifft dies alle Erschwernisse.

„Die Kalkulation“ wird nur Bestandteil eines Vertrages, wenn dies so vereinbart wird.

Der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ lässt sich nicht begründen – er gilt nicht grundsätzlich, sondern nur, wenn er vereinbart wurde. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Unternehmer die Entgeltvereinbarung irrtumsrechtlich anpassen kann, wenn sein Irrtum durch die Ausschreibung des Bauherrn veranlasst wurde.

47 Für viele zB Gölles/Link, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar (2011) Rz 814 ff.

48 Vgl zB Kodek in Kodek et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 5: „[I]n Deutschland [werden] Mehrkostenforderungen beim

Werkvertrag von der überwiegenden Meinung als Schadenersatz qualifiziert“.