

und faire Vertragsfortschreibungen innerhalb der Grenzen der vergabe-, zivil- und europarechtlichen Vorgaben. Nicht zuletzt unter Beachtung der in der Praxis gebotenen Projektgrundsätze wie zB Effizienz, Wirtschaftlich-

keit und projektgemäße Durchführbarkeit ist uE eine weite Auslegung des Leistungsanordnungsrechts sowohl für den AG als auch für den AN sinnvoll und zielführend.

## Zum „unverbindlichen“ Kostenvoranschlag

**Der unverbindliche Kostenvoranschlag wirft nach wie vor zahlreiche Probleme auf, die weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre hinreichend gelöst sind. Der folgende Beitrag setzt sich mit wesentlichen Fragen dazu auseinander.**

Von Hermann Wenusch

Vorauszuschicken ist, dass im Folgenden nur solche Kostenvoranschläge betrachtet werden, die *nicht mit Gewährleistung für ihre Richtigkeit* gegeben werden. Solche Kostenvoranschläge werden mitunter als „*unverbindlich*“<sup>1</sup> bezeichnet, was insofern missverständlich ist, als ihnen sehr wohl eine gewisse Verbindlichkeit zukommt und sie keineswegs als „*völlig frei bleibend*“ zu betrachten sind.

Es ist übrigens von erheblicher praktischer Bedeutung, ob einem Werkvertrag ein Kostenvoranschlag zu Grunde liegt: Nur dann gibt es nämlich eine „ökonomische Warnpflicht“<sup>2</sup>.

### 1. Detaillierte Gliederung als notwendiges Merkmal?

Sowohl die hA<sup>3</sup> als auch die Judikatur fordern von einem Kostenvoranschlag eine mehr oder weniger detaillierte Darstellung, wie sich das zu erwartende Entgelt zusammensetzt. Die Judikatur verlangt noch dazu ausdrücklich, dass sogar die Kenntnisnahme dieser Aufschlüsselung durch den Besteller Voraussetzung dafür ist, um vom Vorliegen eines Kostenvoranschlags sprechen zu können<sup>4</sup> (was allerdings verwunderlich ist, weil

es trotz Fehlens einer Aufgliederung im Ergebnis bei einer Bindung an die Preisprognose, die nach der Definition kein Kostenvoranschlag ist, bleiben soll – es ist also fraglich, welchen Sinn eine so enge Definition haben soll, wenn die interessierende Rechtsfolge ohnehin nicht davon abhängt).

Sowohl die Lehre als auch die Judikatur übersehen bei der Forderung nach einer detaillierten Aufgliederung, dass durch dieses Erfordernis mündliche Kostenvoranschläge so gut wie ausgeschlossen wären. Außerdem wären – überspitzt ausgedrückt – Kostenvoranschläge bei ganz einfachen Arbeiten gar nicht denkbar, wenn sich nämlich prinzipiell überhaupt keine Detaillierungen anstellen lassen.

Es mutet vor allem wohl auch etwas eigentümlich an, dass ein juristischer Begriff ausschließlich durch faktische Eigenschaften definiert werden soll.

Tatsächlich handelt es sich bei einem Kostenvoranschlag um etwas zwischen Pauschalpreis und „beiläufiger Auskunft“: Es handelt sich um die von einem Fachmann erstellte Ermittlung des voraussichtlichen Entgelts. Dabei kann sich der Empfänger darauf verlassen, dass diese Vorhersage eben fach- und sachkundig erstellt wurde<sup>5</sup>. Obwohl er keine endgültige Sicherheit über das schließlich von ihm zu bezahlende Entgelt erhält, kann er doch mit einiger Wahrscheinlichkeit von der Richtigkeit der Prognose ausgehen. Wird – für den Empfänger ersichtlich – die Mühe vermindert, die für die Erstellung eines Kostenvoranschlages aufgewandt wird, so sinkt natürlich auch zugleich die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit, die erwartet werden darf. In einem solchen Fall ist nicht mehr von einem Kostenvoranschlag, son-

1 Vgl zB *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 11.

2 OGH 29.3.2011, 2 Ob 7/11k: „Wenn weder ein Pauschalpreis vereinbart wurde noch ein Kostenvoranschlag iSd § 1170a ABGB dem Vertrag zu Grunde liegt und daher gemäß § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt, lässt sich aus den Werkvertragsregeln des ABGB keine Aufklärungspflicht über die (mutmaßliche) Höhe des Werklohns ableiten“.

3 Vgl zB *Hutter*, Der Kostenvoranschlag (1996), 14.

4 Vgl OGH 2.6.1982, 1 Ob 546/82, SZ 55/83: „Die Aufschlüsselung muß auch dem Besteller zur Kenntnis gebracht werden“.

5 Vgl zB *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 11: Der Besteller „nimmt an, dass auch der unverbindliche Kostenvoranschlag im Rahmen der gegebenen Umstände seriös erstellt wurde“.

dern einem Schätz(ungs)(vor)anschlag<sup>6</sup> zu sprechen. Aber auch eine verminderte Wahrscheinlichkeit bedeutet natürlich keinesfalls, dass der Ersteller der Kostenprognose leichtfertig vorgehen darf<sup>7</sup>.

Für die Frage, ob ein Kostenvoranschlag vorliegt, ist daher nicht entscheidend, ob eine nach außen gerichtete Detaillierung vorliegt, sondern ob derjenige, der eine Entgeltprognose erhält, davon ausgehen darf, dass der Ersteller dafür einen solchen Aufwand getrieben hat, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit gegeben ist. Eine detaillierte Aufgliederung ist wohl ein sehr starker Hinweis, dass die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Entgeltprognose eher hoch ist (dass es sich also nicht um eine beiläufige Schätzung handelt) – doch ist es nicht die ausschließliche Definition des Begriffs „Kostenvoranschlag“. Es ist zu bedenken, dass eine detaillierte Aufgliederung wohl durchaus auch Beleg dafür sein kann, dass der Unternehmer sich nicht sicher ist, etwa weil ihm die konkrete Erfahrung fehlt – ein Unternehmer mit der entsprechenden Erfahrung müsste eventuell keine umfangreiche Kalkulation anstellen, sondern könnte das voraussichtliche Entgelt „aus dem ff“ nennen.

Die Forderungen nach einer Aufgliederung lassen übrigens allesamt vermissen, wie denn diese Aufgliederung zu erfolgen hat: Eine Aufgliederung kann sich am erwarteten Einsatz von Produktionsfaktoren (also zB Mannstunden, Tonnen des verbrauchten Baumaterials, Stunden des tatsächlichen Maschineneinsatzes etc), an „Leistungskapiteln ohne Maß“ (also zB [jeweils ohne quantitative Detaillierung!] Aushub, Mauerwerk, Fenster, Isolierung, Dämmung etc), an dem Besteller zugutekommenden technischen Einheiten (also zB Kubatur des tatsächlich errichteten Mauerwerks, Anzahl an Fenstern etc), an dem Besteller zugutekommenden Funktionseinheiten (also zB umbauter Raum, Wohnnutzfläche etc) oder an „Funktionskapiteln ohne Detailmaß“ (also zB Anzahl der Zimmer oder Abstellplätze etc) orientieren. Die Bemerkung, dass die Aufgliederung „nach technisch-kaufmännischen Gesichtspunkten“<sup>8</sup> zu erfolgen hat, ist jedenfalls völlig inhaltsleer.

Eine umfangreiche Detaillierung kann beachtlich sein, wenn zu beurteilen ist, ob für einen Kostenvoranschlag als „*eigenes Werk*“<sup>9</sup> ein Entgelt zu bezahlen ist.

## 2. Abrechnung bei einem Kostenvoranschlag

Es stellt sich die Frage, ob eine vorhandene (und bislang einhellig geforderte) Aufgliederung auch der Entgeltbemessung dienen soll – oder gebührt grundsätzlich ein angemessenes Entgelt, das aber mit dem im Kostenvoranschlag genannten Betrag begrenzt ist.

Selbstverständlich ist jedenfalls nicht, dass die Aufgliederung den Berechnungsmodus für das Entgelt festlegt. Zunächst einmal sind nicht alle der oben dargestellten Aufgliederungen als Berechnungsmodus für das Entgelt geeignet. Außerdem darf ein Vertrag, dem ein Kostenvoranschlag zu Grunde liegt, prinzipiell nicht mit einem Einheitspreisvertrag gleich gesetzt werden<sup>10</sup>: Bei letzterem wird tatsächlich nach Anzahl der erbrachten Einheiten abgerechnet (allerdings nur so lange, als tatsächlich die ursprünglich erbrachte Leistung zu erbringen ist<sup>11</sup>). Und schließlich ist eine Preiskalkulation keine „lineare Formel“, bei der nur an der „Mengenschraube“ gedreht werden muss, um das gebührende Entgelt zu erhalten. Sehr leicht wird das einsichtig, wenn man bedenkt, dass Teilleistungen anfallen können, die zunächst überhaupt nicht vorhergesehen wurden.

Tatsächlich dürften Kostenvoranschläge hauptsächlich dort vorzufinden sein, wo der Besteller nicht durch ein Leistungsverzeichnis detailliert vorgibt<sup>12</sup>, was der Inhalt der Schuld des Unternehmers im Einzelnen ist, sondern dort, wo er die gewünschte Funktion des Werks als Ergebnis vorgibt<sup>13</sup>.

Besteht nun kein Zusammenhang zwischen der Aufgliederung eines Kostenvoranschlags und der Bemessung des Entgelts, so ist fraglich, ob im Falle unvorhergesehener Mehraufwände nur für diese ein angemessenes „Zusatzentgelt“ geschuldet wird, oder ob für das gesamte Werk ein neues Entgelt auszumitteln ist. Da eine Preisermittlung wohl im Allgemeinen nur gesamthaft möglich ist, dürfte eher von einer Neuausmittlung des gesamten Entgelts auszugehen sein. Durch eine allfällige Aufglier-

6 OGH 21.5.2001, 10 Ob 82/00g: „Ein Schätzungsanschlag dient der Orientierung darüber, was der Besteller an Kosten zu erwarten hat, enthält jedoch keine Zergliederung der mutmaßlichen Kosten unter ausführlicher Berechnung der einzelnen Ansätze nach Arbeitskosten und Materialkosten“.

7 OGH 21.5.2001, 10 Ob 82/00g: „Bei Schätzungsanschlägen rechnet der Besteller damit, dass der Unternehmer nicht leichtfertig völlig falsche Angaben macht, auch wenn dem Besteller die Einsicht in bestehende Kalkulationsgrundlagen weitgehend fehlt oder solche Kalkulationsgrundlagen, anders als beim Kostenvoranschlag, nicht in ausreichendem Maß vorliegen. Der Besteller darf damit rechnen, dass der Unternehmer den Schätzungsanschlag an seinen fachlichen Erfahrungen und Kenntnissen orientiert“.

8 Vgl zB *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 3 und OGH 18.3.1975, 5 Ob 34/75.

9 Vgl zB *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 34: „Dann ergibt sich die Entgeltlichkeit schon aus § 1152“.

10 Vgl dazu *Wenusch*, Ist ein Einheitspreisvertrag ein Vertrag mit Kostenvoranschlag? *ecolex* 2011, 297.

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

12 „Konstruktiver Vertrag“; vgl § 95 (2) BVergG: „Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern“.

13 Vgl § 95 (3) BVergG: „Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung werden die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben“.

derung wird – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – jedenfalls nicht die Kalkulation Vertragsinhalt: Wird zB im Zuge eines Tunnelvortriebs ein anderes Gestein vorgefunden, als zunächst vorhergesagt, so lässt sich grundsätzlich nicht ein neuer Preis aus dem Kostenvoranschlag „destillieren“: Die Art und Weise, wie ein Unternehmer den für die Errichtung eines bestimmten Werks nachgefragten Preis bildet, ist ein durchaus komplexer Vorgang<sup>14</sup> und keinesfalls eine „Milchmädchenrechnung“. Dem Unternehmer die Preisbildungsansätze eines Werkes für ein anderes Werk aufzuzwängen, wäre ein unzulässiger Eingriff in dessen Privatautonomie (insbesondere wenn man die Bedeutung des Zeitablaufs berücksichtigt<sup>15</sup>).

### 3. Muss ein Kostenvoranschlag die Möglichkeit zur Überprüfung geben?

Mitunter wird für das Erfordernis der Aufgliederung eines Kostenvoranschlags ins Treffen geführt, dass ansonsten eine Überprüfung nicht möglich sei<sup>16</sup>. Dem ist aber entgegen zu halten, dass das Gesetz nirgends eine solche Überprüfung fordert und dass der Besteller mangels Sachkunde eine solche auch in der Mehrzahl der Fälle gar nicht vornehmen könnte (wüsste der Besteller von allem Anfang an, was das Werk kostet, so bräuchte er ja gar keinen Kostenvoranschlag).

### 4. Der Kostenvoranschlag als Gutachten

Ein Kostenvoranschlag unterscheidet sich von einer Entgeltprognose eines sachverständigen Dritten also nur dadurch, dass mit einem Kostenvoranschlag wohl auch immer das Angebot verbunden ist, die angebotenen Leistungen auch tatsächlich (selbst) durchzuführen<sup>17</sup>. Ein Kostenvoranschlag ist demgemäß nichts anderes, als ein Gutachten<sup>18</sup>: Geschuldet wird also nicht ein schließlich „richtiges“ Ergebnis, sondern lediglich eine sachgerechte Prognose<sup>19</sup>.

An dieser Stelle ist besonders hervorzuheben, dass die Unrichtigkeit eines Kostenvoranschlags für den Besteller höchst unangenehme Folgen haben kann: Stellt sich nämlich heraus, dass das prognostizierte Entgelt durch „unvermeidliche Umstände“ beträchtlich überschritten wird, so kann der Besteller die beträchtliche Überschreitung entweder hinnehmen oder den Vertrag aufheben (wenn § 1170a (2) ABGB von einem Rücktritt spricht, so ist damit wohl nicht ein Rücktritt gemäß § 918 ABGB gemeint). Er erhält in diesem Fall das gewünschte Werk nicht, muss dem Unternehmer trotzdem eine „angemessene Vergütung“ (siehe dazu sogleich) bezahlen und hat zudem für die Entfernung der für ihn wohl unbrauchbaren Rudimente des (nicht fertig gestellten) Werks zu sorgen. Entschärfen ließe sich diese für den Besteller wohl ziemlich unangenehme Situation allenfalls dadurch, dass bei dem, was als „angemessene Vergütung“ anzusehen ist, nicht (nur) auf die Aufwände des Unternehmers<sup>20</sup>, sondern vielmehr vor allem auf den Nutzen für den Besteller abgestellt wird. Damit wäre auch der Anreiz für den Unternehmer verbunden, nicht erst beim Erreichen des prognostizierten Entgelts die Überschreitung anzuzeigen: Bekäme der Unternehmer tatsächlich bis zur Vertragsaufhebung seine Aufwände (vielleicht sogar samt Gewinnanteil) vergütet, so wäre es wohl sein Interesse, so lange als möglich zu arbeiten – erst bei einer Überschreitung läuft er Gefahr, etwas zu verlieren (die Diskussion, ob ein Besteller bei einer beträchtlichen Überschreitung der Kosten des Unternehmers zumindest eine nicht beträchtliche Überschreitung des Entgelts hinnehmen muss, soll hier nicht geführt werden). Dass das Gesetz fordert, dass die Anzeige einer Überschreitung unverzüglich zu erfolgen hat<sup>21</sup>, ist wohl hauptsächlich von theoretischem Wert: Es lässt sich nämlich in der Praxis sicherlich trefflich streiten, welcher Aufwand während der Werkerrichtung vom Unternehmer betrieben werden muss, um zu kontrollieren, ob der Kostenvoranschlag noch eingehalten wird.

### 5. Überschreitung des Kostenvoranschlags und Irrtum

Würde die Kostenprognose von einem Dritten erstellt, so gäbe deren allfällige Unrichtigkeit dem Besteller kein

14 Einführend dazu zB *Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, Marketing<sup>10</sup> (2008), 478 ff.

15 Vgl zB *Olbrich/Battenfeld*, Preispolitik (2007), 65 ff.

16 Vgl zB *Hutter*, Der Kostenvoranschlag (1996), 17.

17 Als aA wird die OGH-Entscheidung OGH 23.10.1957, 1 Ob 206/57, SZ 30/63 zitiert, doch wird dort nur – für die Entscheidung nicht von Bedeutung – *Hellmann*, Kostenüberschlag und Werkvertrag nach österreichischem Rechte, JBl 1888, S 402 zitiert: „mit einem Kostenvoranschlag [ist] regelmäßig, aber durchaus nicht grundsätzlich und begrifflich notwendig, [...] das Offert verbunden [...], die dargestellte Arbeit um die berechnete Preissumme herzustellen“.

18 Ein Kostenvoranschlag ist nach OGH 30.08.2007, 2 Ob 245/06b, SZ 2007/136: „als selbständiges Werk zu beurteilen“.

19 OGH 30.4.1985, 1 Ob 605/84: „Der Vertrag über die Erstellung eines Gutachtens ist ein Werkvertrag. Der Sachverständige haftet jedoch nicht, wenn das nach den Regeln der Wissenschaft erarbeitete Gutachten in der Folge nicht standhält“.

20 So aber zB *M. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kommentar<sup>3</sup> § 1170a Rz 8: „Die Angemessenheit der Vergütung bestimmt sich nach dem vom Unternehmer bis zum Rücktritt getätigten Aufwand unter Bedachtnahme auf die im Kostenvoranschlag ausgewiesenen Einheitspreise einschließlich der darin enthaltenen Gewinnspanne“ – diese ua unter Berufung auf *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 28, der allerdings das Gegenteil davon aussagt: „der aus dem Vertrag erwartete Gewinn steht ihm aber nicht zu“ (mwN).

21 Vgl zB OGH 14.4.1999, 9 Ob 66/99t: „Auch bei einem Kostenvoranschlag (Kostenschätzung) ohne Gewährleistung muß der Unternehmer eine beträchtliche Überschreitung unverzüglich anzeigen“.

Recht, den Vertrag aufzuheben – § 1170a (2) ABGB gestattet genau dies aber. Es ist nun allerdings zu bedenken, dass ein Unternehmer durch einen unrichtigen Kostenvoranschlag einen Irrtum des Bestellers verursacht und dass letzterer daher eigentlich auch irrtumsrechtlich die Anpassung oder Aufhebung des Vertrags erreichen könnte. Eine irrtumsrechtliche Anfechtung wäre für den Besteller sicher viel günstiger als eine Vertragsaufhebung wegen Überschreitung des Kostenvoranschlags, weil es bei ersterem zu einer Rückabwicklung kommt und nur bei einer allfälligen Bereicherung dadurch, dass eine Rückstellung (eines Teils von Wert) unmöglich ist, vom Besteller etwas zu zahlen ist. Tatsächlich schließt § 1170a (2) ABGB als *lex specialis* wohl eine irrtumsrechtliche Anfechtung aus: Bei einem Kostenvoranschlag (statt der Vereinbarung eines Pauschalpreises) muss der Besteller eben irgendwie doch damit rechnen, dass das Entgelt schließlich nicht dem zunächst prognostizierten Betrag entspricht<sup>22</sup>.

## 6. Voraussetzung dafür, dass der Unternehmer das Entgelt anpassen darf

Es ist nun zu untersuchen, ob Fehlannahmen des Unternehmers, die ihm beim Kostenvoranschlag unterlaufen sind, ihn überhaupt berechtigen, ein höheres als das im Kostenvoranschlag prognostizierte Entgelt zu verlangen und ob diese Fehlannahmen den Unternehmer gegebenenfalls zu einer Mitteilung der Entgeltüberschreitung verpflichten.

### 6.1 Ist die erbrachte Werkleistung jene, für die der Kostenvoranschlag erstellt wurde?

Verlangt der Unternehmer ein höheres Entgelt, als vom Besteller aufgrund des Kostenvoranschlags erwartet, so ist zuerst einmal zu fragen, ob es sich bei dem Werk, das schließlich vom Unternehmer errichtet wird<sup>23</sup>, überhaupt noch um jenes handelt, für welches er ursprünglich seinen Kostenvoranschlag abgegeben hat<sup>24</sup>. Es sind hier nämlich möglicherweise „außerhalb“ des eigentlichen Werks gelegene Aspekte (also Aspekte, die nicht nur die inneren Eigenschaften wie Ausmaß und Material des Werks betreffen) ausschlaggebend. Plakatativ ausgedrückt: Ein Gebäude, das ansonsten in allen Eigenschaften mit einem anderen übereinstimmt, ist mit dem

zweiten eben nicht ident, wenn es sich an einem anderen Ort befindet. Dabei sind nicht nur räumliche Unterschiede beachtlich, sondern unter Umständen auch zeitliche: Die Errichtung eines Gebäudes ist unterschiedlich von der Errichtung zu einer anderen Zeit, selbst wenn die Errichtung am selben Ort erfolgt und sich auch das Gebäude sonst nicht unterscheidet.

Wahrscheinlich wird nicht jede geringfügige räumliche oder zeitliche Abweichung die Errichtung eines Gebäudes zu einem anderen machen: Beginnen die Bauarbeiten ein paar Tage später oder wird die Lage des Gebäudes etwas verrückt, so ist davon auszugehen, dass es nach wie vor um das selbe Werk (besser: die geschuldete Leistung) geht. Dies ergibt sich auch aus § 1168 (1) ABGB, der anordnet, dass bei Zeitverlust eine angemessene Entschädigung gebührt – würde jede zeitliche Abweichung dazu führen, dass es sich um ein anderes als das ursprüngliche Werk handelt, so wäre diese Bestimmung überflüssig<sup>25</sup>.

Die Grenze ist sicher fließend und lässt sich wohl nur im Einzelfall ziehen.

### 6.2 Verschulden des Unternehmers bei Erstellung des Kostenvoranschlags

Handelt es sich bei dem schließlich errichteten Werk also um jenes, für welches der Kostenvoranschlag gemacht wurde, so stellt sich die Frage, ob der Unternehmer tatsächlich in jedem Fall mehr Entgelt als zunächst prognostiziert verlangen kann (ausgeklammert wird hier noch das allfällige Erfordernis einer Anzeige an den Besteller). Trifft den Unternehmer ein Verschulden für die Unrichtigkeit seines Kostenvoranschlags, so wird er natürlich schadenersatzpflichtig: Der Besteller ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Kostenvoranschlag richtig gewesen wäre. Dies kann so weit gehen, dass der Unternehmer überhaupt kein Entgelt für seine Leistungen erhält (wenn nämlich seine Leistung keinerlei Wert für den Besteller darstellt) und dass er zusätzlich die Rudimente des (unfertigen) Werks auf eigene Kosten beseitigen muss – dies dann, wenn der Besteller von einem Vertragsabschluss überhaupt abgesehen hätte, wenn er eine richtige „Entgeltprognose“ erhalten hätte. Trifft den Unternehmer ein Verschulden, weil er sich etwa verrechnet oder zB bei der Aufnahme eines Bestandes einfach „plump vermessen“ hat, so kann der Unternehmer keine Erhöhung des Entgelts verlangen, obwohl die Überschreitung der von ihm erwarteten Kosten natürlich „unvermeidlich“ war.

Wenn in Zusammenhang mit schadenersatzrechtlichen Überlegungen der Sorgfaltsmaßstab des Werkunterneh-

22 Vgl zB *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 11: „Sowohl Übers als auch Unterschreitungen des Kostenvoranschlags sind zu erwarten“.

23 Besser wäre, statt von „errichtetem Werk“ von „erbrachter Werkleistung“ zu sprechen, weil dann ganz klar wird, dass nicht ein Werk an jedem beliebigen Ort und zu jeder beliebigen Zeit vom Unternehmer geschuldet wird.

24 Vgl dazu zB *Wenusch*, ÖNORM B2110 Kommentar<sup>2</sup>, Rz III 38 ff.

25 Vgl dazu zB *Wenusch*, ÖNORM B2110 Kommentar<sup>2</sup>, Rz 5/121.

mers betrachtet wird, sind aber wohl auch ökonomische Überlegungen anzustellen: Ein Kostenvoranschlag macht das Werk an sich nicht billiger, verursacht dem Unternehmer aber Kosten, die er dem Besteller in irgendeiner Art und Weise verrechnet: Entweder dadurch, dass er für den Kostenvoranschlag überhaupt ein separates Entgelt verrechnet oder dadurch, dass er die Kosten in das Entgelt für das eigentliche Werk „einrechnet“. Ein Besteller hat also wohl im Allgemeinen kein Interesse ein Vermögen für etwas auszugeben, das nur Kosten verursacht. Dies gilt uneingeschränkt aber natürlich nur dann, wenn der potenzielle Besteller gezwungen – oder sonst aus einem Grund entschlossen – ist, das betreffende Werk errichten zu lassen. Soll der Kostenvoranschlag Grundlage für die ökonomische Entscheidung sein, ob das Werk überhaupt errichtet werden soll oder nicht, oder sollen Kostenvoranschläge mehrerer Bieter verglichen werden, so wird einem potenziellen Besteller die Präzision der Entgeltprognose doch etwas „wert“ sein.

### 6.3 Überschreitung eines ordnungsgemäß erstellten Kostenvoranschlages

Hat der Unternehmer bei der Erstellung des Kostenvoranschlages die von ihm zu erwartende Sorgfalt an den Tag gelegt, so stellt sich die Frage, ob er alle unerwarteten und unvermeidlichen Mehraufwände – allenfalls nach entsprechender Anzeige – verrechnen darf.

Es ist daher an dieser Stelle wohl von Interesse, was denn überhaupt die Unrichtigkeit eines Kostenvoranschlags verursachen kann.

Der den Kostenvoranschlag erstellende Unternehmer kann sich hinsichtlich der kostenrelevanten Umstände, die bei Erstellung des Kostenvoranschlags vorliegen, täuschen oder hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung dieser Umstände.

Als kostenrelevante Umstände, die bei Erstellung des Kostenvoranschlags vorliegen, kommen die erforderlichen Mengen an Produktionsfaktoren (Quantitäten) und deren Preise in Betracht. Die Fehlannahme hinsichtlich der Quantitäten wiederum kann ihren Grund darin haben, dass sich die Vorstellungen hinsichtlich des Leistungsprogramms (zB der Effizienz der Produktionsfaktoren) als unrichtig herausstellen oder der Unternehmer kann die Beschaffenheit vorhandener Gegebenheiten falsch einschätzen; die irrige Vorstellung über die Beschaffenheit vorhandener Gegebenheiten kann wiederum das Ausmaß oder andere Eigenschaften (Qualität) betreffen. Irrt der Unternehmer über die Beschaffenheit des Bauwerks oder eines zu bearbeitenden Werkstücks oder eines zu verwendenden Materials, so liegt eine Fehlannahme hinsichtlich der Qualität einer vorhandenen Gegebenheit vor. Irrt der Unternehmer über den Umfang der von ihm zu erbringenden Leistungen (zB das Aus-

maß der zu bearbeitenden Fläche oder die Länge) so liegt eine Fehlannahme hinsichtlich des Ausmaßes einer vorhandenen Gegebenheit vor (zB Fläche des abzuschlagenden Putzes oder Länge der zu verlegenden Rohrleitungen). Irrt der Unternehmer über den Einsatz an Produktionsfaktoren (zB menschliche Arbeit), der erforderlich ist, um den geschuldeten Erfolg herzustellen, so liegt eine Fehlannahme hinsichtlich des Leistungsprogramms vor (zB Zeit die erforderlich ist, um eine Arbeit zu verrichten).

Als kostenrelevante Umstände kommen aber – wie bereits erwähnt – nicht nur Quantitäten und Qualitäten in Frage, sondern auch die Preise der Produktionsfaktoren – und zwar nicht nur die Preise zum Zeitpunkt der Erstellung des Kostenvoranschlags, sondern auch deren Entwicklung über die gesamte Dauer der Werkerrichtung. Aber auch andere Entwicklungen können kostenrelevant sein – zu denken ist etwa an das Wetter (das sich auch völlig unerwartet entwickeln kann) oder die Mitwirkung des Bestellers.

Irrt der Unternehmer hinsichtlich des *Leistungsprogrammes*, so dürfte es sich dabei wohl immer um eine schuldhaft Fehlleistung handeln: Jeder Unternehmer muss zB über die Effizienz der von ihm eingesetzten Produktionsfaktoren Bescheid wissen – er muss wissen, wie ergiebig die von ihm eingesetzten Materialien bzw wie leistungsfähig die von ihm eingesetzten Maschinen oder das Personal ist. Wohlgermerkt: Ein Irrtum hinsichtlich des Leistungsprogramms ist streng von einer Fehlannahme der Gegebenheiten zu unterscheiden! Nimmt der Unternehmer an, dass er mit einem bestimmten Einsatz an Maschinen und Personal einen bestimmten Vortrieb pro Stunde erreicht und erzielt er dieses Ergebnis einzig deshalb nicht, weil sich das Gestein unerwartet als schwieriger heraus stellt, so handelt es sich nicht um eine Fehlannahme hinsichtlich der Effizienz, sondern hinsichtlich der vorhandenen Gegebenheiten. Im Einzelfall schwierig kann es natürlich werden, wenn Irrtümer über das Leistungsprogramm mit Fehlannahmen hinsichtlich der vorhandenen Gegebenheiten zusammentreffen.

Nicht nur die Effizienz der von ihm eingesetzten Produktionsfaktoren muss ein Unternehmer kennen, er muss auch deren Preise wissen. Zumindest soweit es sich um Hauptbestandteile seiner Kosten handelt und die Preise nicht besonders volatil sind: Ein Bauunternehmer muss die Preise von Beton parat haben – eingeschränkt galt dies zeitweise für die Preise von Baustahl oder auf Erdöl basierenden Produkten wie Asphalt.

Irrt der Unternehmer hinsichtlich der vorhandenen *Gegebenheiten*, so ist dies wohl der Fall, den das Gesetz im Auge hat, wenn es in § 1170a ABGB von „unvermeidlicher Überschreitung“ spricht: Im zu sanierenden Altbau, der augenscheinlich nur aus Ziegeln errichtet ist, finden sich unerwartet zu entfernende Betonelemente,

deren Beseitigung unvorhergesehen aufwändig ist. Während des Tunnelvortriebs stößt man auf eine unerwartete Gesteinsklasse oder auf Wasseradern, was einen unvorhergesehenen Aufwand mit sich bringt. Natürlich hätte der Unternehmer mit enormem Analyseaufwand alle diese Gegebenheiten entdecken und in seine Prognose des Entgelts aufnehmen können. Nur wäre diese dann exorbitant teuer geworden.

Nun zu den Fehlannahmen hinsichtlich der *Entwicklung* von kostenrelevanten Umständen.

Fehlannahmen des Unternehmers hinsichtlich der Entwicklung der Preise der Produktionsfaktoren sind wohl „unvermeidliche Überschreitungen“ iSd § 1170a ABGB. Kommt es zu einer Verteuerung, so kann der Unternehmer das verlangte Entgelt entsprechend anpassen – dies gilt aber natürlich nur, sofern ihm die bevorstehende Preiserhöhung nicht bewusst sein musste. Auch hier gilt: Theoretisch könnte der Unternehmer aufwändige makroökonomische Analysen anstellen, um die Preisentwicklung der Produktionsfaktoren vorherzusagen; ökonomisch sinnvoll ist dies natürlich nicht – auch nicht für den Besteller, der die mit solch einer Analyse verbundenen Kosten zumindest mittelbar auch bezahlen muss.

Nichts anderes als für die Entwicklung der Preise kann für die Entwicklung des Wetters (oder Naturkatastrophen und dergleichen) gelten: „Unvermeidliche Überschreitungen“ berechtigen den Unternehmer zur Anpassung des Entgelts.

Zuletzt stellt sich natürlich noch die Frage, wie eine fehlende *Mitwirkung des Bestellers* zu behandeln ist. Dabei handelt es sich wie bei einer unerwarteten Preissteigerung oder unerwartetes Wetter um einen Irrtum des Unternehmers hinsichtlich der Entwicklung kostenrelevanter Umstände.

#### 6.4 Bedeutung der werkvertraglichen Sphären

Soll die werkvertragliche Sphärentheorie zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob Fehlannahmen des Unternehmers bei der Erstellung des Kostenvoranschlags zu einer Anpassung des Entgelts führen können, so ist höchste Vorsicht geboten:

Es ist zunächst einmal vor allem zu bedenken, dass ein Unternehmer mit einem Werkvertrag eine Erfolgsverbindlichkeit eingeht<sup>26</sup>. Die Tatsache, dass dem Unternehmer ein Werkbeitrag des Bestellers (Stoff) vor Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt wird, entzieht diesen Werkbeitrag der Sphäre des Bestellers. Lautet

der Vertragsinhalt lapidar (dh ist keine Beschreibung der zu erbringenden Leistungen gegeben) „Sanierung dieses Hauses“, so wird vom Unternehmer der entsprechende Erfolg geschuldet – er kann sich im Falle der Vereitelung durch Eigenschaften der bestehenden Bausubstanz nicht darauf berufen, dass der Altbestand als Stoff der Sphäre des Bestellers zuzurechnen ist.

Unterläuft dem Unternehmer bei der Erstellung des Kostenvoranschlags trotz ordnungsgemäßer Sorgfalt eine Fehlannahme hinsichtlich der Beschaffenheit vorhandener Gegebenheiten, so ist er gegebenenfalls zur Erhöhung des Entgelts berechtigt: In seinem sachverständig erstellten Kostenvoranschlag hat er ohne Verschulden falsche Mengen oder Eigenschaften der vorhandenen Gegebenheiten angenommen. Obwohl die vorhandenen Gegebenheiten nicht mehr der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind (sondern aufgrund der Komplementarität der Sphären seiner eigenen), darf er eine Anpassung des Entgelts verlangen. Es wäre ihm zwar wahrscheinlich mit enormem Aufwand möglich gewesen, vorab die tatsächliche Beschaffenheit der vorhandenen Gegebenheiten zu eruieren, nur wollten die Parteien dies wohl aus ökonomischem Kalkül nicht – sonst hätten sie einen Vertrag mit Kostenvoranschlag mit Garantie oder einen Pauschalpreisvertrag geschlossen.

Die Überschreitung hat Ihren Grund nicht (mehr) in der Sphäre des Bestellers, sondern – aufgrund der Komplementarität der Sphären – in jener des Unternehmers.

Zu diesem Ergebnis würde man übrigens auch gelangen, wenn man die vorhandenen Gegebenheiten in der Sphäre des Bestellers beließe, was vielleicht verlockend, nichts desto weniger aber trotzdem falsch wäre.

Die werkvertragliche Sphärentheorie scheitert auch, wenn man die Verteuerung von benötigten Produktionsfaktoren betrachtet. Diese fällt jedenfalls in die Sphäre des Unternehmers – kommt es zu einer solchen, wenn ein Pauschalpreis vereinbart wurde, so trifft dies den Unternehmer (wenn keine Preisgleitung vereinbart wurde), hat der Unternehmer (aber nur!) einen Kostenvoranschlag gelegt, so kann er aber ein höheres Entgelt verlangen! Nichts anderes gilt für unerwartete Wettererscheinungen oder sonstige Umwelteinflüsse, die nach der Sphärentheorie jener des Unternehmers zugerechnet werden. Für alle ähnlichen Fälle gilt, dass der Unternehmer mit entsprechendem Aufwand die Mehraufwände vorhersagen hätte können – die Parteien wollten allerdings die entsprechenden Analysekosten dadurch vermeiden, dass sie eben „nur“ einen Kostenvoranschlag vereinbart haben – dieses ökonomische Kalkül kann gar nicht stark genug betont werden.

Bei einer fehlenden Mitwirkung des Bestellers kann man streng genommen schon aus prinzipiellen Überlegungen

26 Vgl. *Rebhahn* in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 1165 Rz 31; OGH 14.3.1984, 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“.

nicht die Sphärentheorie anwenden: Diese ist nämlich dazu da, die Folgen von Ereignissen, die eben nicht (zumindest nicht unmittelbar) von einer der Parteien verursacht werden, zuzurechnen. Wie auch immer: Die fehlende Mitwirkung ist natürlich dem Besteller zuzurechnen und schon aus § 1168 (1) ABGB ergibt sich, dass der Unternehmer eine Anpassung des Entgelts verlangen darf.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass mit den Ausführungen darüber, ob der Unternehmer prinzipiell eine Anpassung des Entgelts verlangen darf, noch nichts darüber ausgesagt wird, ob nicht zusätzlich auch eine Anzeige der Entgeltüberschreitung erforderlich ist, wenn diese beträchtlich ist (dazu unten).

Zusammenfassend lässt sich hier sagen, dass der Unternehmer gegebenenfalls ein höheres Entgelt verlangen darf, wenn sich seine Prognose als ungenau herausgestellt hat, diese Ungenauigkeit aber nicht auf seine Sorglosigkeit, sondern auf die einem Kostenvoranschlag immanent eingeschränkte Präzision der Analyse zurückzuführen ist.

Dies führt zur bislang kontroversiell diskutierten Frage, ob und wann der Unternehmer eine Überschreitung des prognostizierten Entgelts anzeigen muss.

## 7. Das Erfordernis der Anzeige einer (beträchtlichen) Überschreitung des Kostenvoranschlags

### 7.1 Wann ist eine Überschreitung des Kostenvoranschlags beträchtlich?

Zunächst drängt sich hier wohl die Frage auf, wann eine Überschreitung „beträchtlich“ ist, weil gemäß § 1170a ABGB nur solche anzuzeigen sind. Hier lassen sich – sicher zum Missfallen der Praktiker – keine starren Prozentsätze<sup>27</sup> nennen. Vielmehr ist hier wohl ein bewegliches System anzuwenden: Dabei ist neben der relativen Höhe der Überschreitung wohl vor allem die Wahrscheinlichkeit, die der Besteller für die Richtigkeit des Kostenvoranschlags erwarten darf, zu berücksichtigen. Diese Wahrscheinlichkeit hängt wohl auch davon ab, ob der Unternehmer den Eindruck vermittelt, dass es sich für ihn um eine „Routineangelegenheit“ handelt. Sicher ist daneben aber auch die absolute Höhe der Überschreitung nicht unbeachtlich.

Ist die Frage dahin gehend beantwortet, dass eine Überschreitung beträchtlich ist, ist es damit aber noch nicht getan – es ist nämlich durchaus sehr wohl auch denkbar,

dass an sich beträchtliche Überschreitungen trotzdem nicht angezeigt werden müssen.

### 7.2 Überschreitung eines ordnungsgemäß erstellten Kostenvoranschlags

Vorab kann festgehalten werden, dass bereits dargestellt wurde, dass ein Irrtum des Unternehmers hinsichtlich des *Leistungsprogramms* zumeist verschuldet sein dürfte. Da der Unternehmer im Falle seines Verschuldens nicht mehr als prognostiziert verlangen darf, erübrigt sich zu fragen, ob er eine Überschreitung anzeigen muss.

Die unerwartete Beschaffenheit von *Gegebenheiten*, die zu Mehraufwänden des Unternehmers führen, erfordert die Anzeige der Überschreitung des prognostizierten Entgelts, wenn der Unternehmer nicht des Entgelts für die Mehraufwände verlustig gehen will. Wie oben ausgeführt „denkt“ § 1170a ABGB wohl – neben unerwarteten Entwicklungen – an solche „späte Überraschungen“ (zB ein anderes statisches System der Geschosdecken, als erwartet werden musste), die sich zwar mit enormem Prognoseaufwand zeitgerecht entdecken und dadurch vermeiden ließen, was aber unökonomisch wäre.

Auch hier ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des geschuldeten Erfolgs die vorhandenen Gegebenheiten nicht (mehr) der Sphäre des Bestellers, sondern jener des Unternehmers zuzurechnen sind.

Schließlich ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb im Falle unerwarteter *Entwicklungen* (Preisentwicklung, Wetter, Mitwirkung des Bestellers etc) bei der Frage, ob eine Anzeige der voraussichtlichen Überschreitung durch den Unternehmer erforderlich ist, etwas anderes gelten sollte, als weiter oben bei der Frage, ob überhaupt prinzipiell ein höheres Entgelt verlangt werden kann, ausgeführt. Die werkvertragliche Sphärentheorie würde daher zu einem falschen Ergebnis führen.

### 7.3 Lehre und Judikatur zum Erfordernis einer Anzeige bei Überschreitung

Der OGH urteilt – seit einer Leitentscheidung im Jahre 1985, in der es darum ging, dass der Unternehmer wegen Verzögerungen aufgrund einer vom Besteller nicht zeitgerecht besorgten Baubewilligung eine Erhöhung des Entgelts verlangte –, dass höhere Werklohnforderungen wegen Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, keiner Anzeige bedürfen<sup>28</sup>.

Obwohl die Entscheidung im Ergebnis wohl richtig ist, ist es die Begründung sicher nicht. Oben wurde nämlich dargestellt, dass die werkvertragliche Sphärentheorie nicht dafür taugt zu beurteilen, ob eine Überschreitung

27 OGH 13.2.1957, 7 Ob 450/56: 2,7% sind nicht beträchtlich; OGH 18.3.1975, 5 Ob 34/75: 12,7% sind nicht beträchtlich; OGH 13.5.1980, 7 Ob 514/82: 15% sind beträchtlich; OGH 18.2.1993, 8 Ob 521/93: 30% sind beträchtlich.

des prognostizierten Entgelts vom Unternehmer anzuzeigen ist oder nicht.

Insbesondere eine unreflektierte Anwendung der Sphärentheorie, wonach sehr oft der Baugrund, jedenfalls aber Bestände (etwa die vorhandene Bausubstanz im Falle von Sanierungen) oder Vorfertigungen (etwa Keller, auf die ein Haus gebaut werden soll) der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind, würde dazu führen, dass das Instrument des Kostenvoranschlags sehr häufig kaum von Nutzen für den Besteller ist: Die Anzeigepflicht wäre praktisch im Wesentlichen beschränkt auf die Fälle unvermuteter Preiserhöhungen oder unerwarteter Wetterkapriolen (andere Gründe aus der Sphäre des Unternehmers dürfen schon nicht zu einer Erhöhung des Entgelts führen, weshalb auch eine Anzeigepflicht ausscheidet). Selbst wenn erkannt würde, dass durch die Erfolgsverbindlichkeit des Unternehmers vorhandene Gegebenheiten der Sphäre des Bestellers entzogen werden, so würde eine Anwendung der werkvertraglichen Sphärentheorie dazu führen, dass der Unternehmer nur in den Fällen mangelnder Mitwirkung des Bestellers eine Anpassung des Entgelts verlangen kann (in allen anderen liegen die Ursachen für die Überschreitung nämlich dann in seiner Sphäre).

Begründet wird die erwähnte Judikatur – auch wenn dies nicht explizit geschieht – damit, dass bei Mehrkosten für den Unternehmer aus der Sphäre des Bestellers letzterem keine Vertragsaufhebung einzuräumen ist, weshalb auch keine Anzeige der Überschreitung erforderlich sei (die Pflicht zur Anzeige wäre tatsächlich entbehrlich, wenn eine Unterlassung nichts bewirken würde): Auch bei einem Pauschalpreisvertrag oder einem Vertrag unter Zugrundelegung eines garantierten Kostenvoranschlags dürfe der Unternehmer ohne Weiteres mehr verlangen, wenn Mehraufwände durch Umstände aus der Bestellersphäre verursacht wurden. Das Vertrauen auf einen Kostenvoranschlag ohne Garantie sei schließlich von vornherein geringer<sup>29</sup>. Problematisch daran ist, dass die Möglichkeit der Aufhebung des Vertrages offenbar als eine Wohltat für den

Besteller angesehen wird – tatsächlich ist sie wohl viel eher „der letzte Ausweg“ und im Ergebnis eine ökonomische Katastrophe. Demgegenüber erhält der Unternehmer ein Entgelt für seine Leistungen, obwohl das Werk gerade wegen seiner – wenn auch unverschuldeten – Fehlleistung nicht fertig gestellt wird.

Der Sinn der Anzeigepflicht bei einem Kostenvoranschlag ohne Garantie ist, den Besteller vor einer unerwarteten „Explosion“ des Entgelts zu schützen – durch den Kostenvoranschlag soll er nicht in trügerischer Sicherheit gewogen werden. Statt unter Verweis auf Verträge mit garantiertem Kostenvoranschlag die Anzeigepflicht zu verneinen, wäre es wohl durchaus möglich, auch bei diesen Verträgen eine Anzeigepflicht anzunehmen, sofern eine Überschreitung ausnahmsweise zulässig ist: Wenn schon bei „unverbindlichen“ Kostenvoranschlägen das Vertrauen des Bestellers darauf geschützt ist, so muss dies umso mehr gelten, wenn sein Vertrauen durch die „Gewährleistung für die Richtigkeit“ bestärkt wurde.

Die erwähnte Leitentscheidung ist im Ergebnis aber aus einem ganz anderen Grund wohl richtig: Durch die verzögerte Baubewilligung (was einer verzögerten Mitwirkungspflicht des Bestellers entspricht) wurde wohl eine andere Leistung erbracht als jene für welche der Kostenvoranschlag erstellt wurde – der Bau musste im Winter errichtet werden.

Die weiteren Entscheidungen, die sich auf die zitierte Leitentscheidung beziehen, behandeln im Grunde nicht die Frage, ob eine Anzeige erforderlich ist, sondern die Frage, ob der Unternehmer überhaupt eine Anpassung des zunächst prognostizierten Entgelts verlangen darf.

## 8. Änderungen des Schuldinhalts

Von der Überschreitung eines Kostenvoranschlags zu unterscheiden ist der Fall, dass der Besteller nach dem Vertragsabschluss (praktisch häufig während der bereits stattfindenden Leistung des Unternehmers) eine Änderung wünscht und durch einen entsprechenden „Auftrag“ ein Angebot auf Änderung des Vertrages stellt. Nimmt der Unternehmer dieses Angebot – wenn auch nur schlüssig durch die Befolgung des „Auftrages“ – an, dann gilt ein angemessener Preis als vereinbart – eine Anzeige einer Überschreitung des prognostizierten Entgelts ist dann entbehrlich<sup>30</sup>.

28 OGH 19.3.1985, 5 Ob 519/85, SZ 58/41: „Der OGH schließt sich der Meinung von Krejci (in Rummel, ABGB, Rdz 7 und 25 zu § 1170a in Verbindung mit Rdz 11 und 27 zu § 1168) an, daß höhere Werklohnforderungen des Unternehmers wegen Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, selbst bei Zugrundelegung eines „Kostenvoranschlags unter ausdrücklicher Gewährleistung“ im Sinne des § 1170 a Abs 1 ABGB nicht ausgeschlossen sind; dem Besteller steht weder in diesem Fall noch bei Zugrundelegung eines „Kostenvoranschlags ohne Gewährleistung“ im Sinne des § 1170 a Abs 2 ABGB, ein Rücktrittsrecht zu“.

29 Vgl zB Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1170a Rz 25.

30 Vgl OGH 27.4.2006, 2 Ob 248/05t unter Verweis auf OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i.

## Resümee

Entscheidend dafür, ob von einem Kostenvoranschlag zu sprechen ist, ist nicht das Vorliegen einer Aufgliederung, sondern die Wahrscheinlichkeit, mit der der Empfänger von der Richtigkeit der Entgeltprognose ausgehen kann.

Bei der Entscheidung, ob dem Unternehmer ein über dem Kostenvoranschlag liegendes Entgelt zukommt, ist zunächst zu fragen, ob es sich bei der tatsächlich erbrachten Werkleistung um jene handelt, für die der Kostenvoranschlag erstellt wurde (dabei sind nachträgliche Änderungen aufgrund von Bestellerwünschen besonders zu beachten).

Der Unternehmer hat einen Anspruch auf Anpassung des Entgelts, wenn ihm nicht kal-

kulierte Kosten entstehen, die ihm bei der gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehbar waren und von denen er auch tatsächlich keine Kenntnis gehabt hat – auf die Sphäre, aus der die Mehraufwendungen stammen, kommt es nicht an.

Eine beträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlags muss vom Unternehmer angezeigt werden – auf die Sphäre, aus der die Mehraufwendungen stammen, kommt es nicht an.

Ob eine Überschreitung als beträchtlich zu bezeichnen ist, lässt nicht in absoluten Zahlen oder Prozentwerten ausdrücken, sondern ist im Einzelfall unter Anwendung eines beweglichen Systems zu ermitteln.

## JUDIKATUR

### Erlöschen des Leistungsverweigerungsrechts – Werkbesteller darf keine ungerechtfertigten Bedingungen stellen

1. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt auch bei fehlender nötiger Kooperation zur Bewerkstellung der Mängelbehebung durch den Verpflichteten.
2. Es steht dem Werkunternehmer frei, die Verbesserung - wenn auch im Rahmen von Sachkunde und Vertragstreue – im Einzelnen nach dem eigenen besten Wissen vorzunehmen, ohne sich hiefür vom Besteller Vorschriften machen lassen zu müssen.
3. Der Beklagte [= Werkbesteller, Anm der Red] [...] stellte [...] ungerechtfertigte Bedingungen, indem er die Durchführung der Verbesserungsarbeiten einerseits von der Zahlung der Gegenforderungen sowie der Kosten des Verfahrens und andererseits von der Vorlage eines Sanierungsplans samt Überprüfung durch den Sachverständigen abhängig machte.
4. Dadurch verlor der Beklagte zwar nicht den Verbesserungsanspruch, wohl aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags [...]

OGH 21.6.2011, 1 Ob 93/11z

(§§ 1052, 1170 ABGB)

#### Sachverhalt

Der Kläger wollte Mängel verbessern und ersuchte den Beklagten um einen Termin. Dieser machte die Verbes-

serung von einem vorangehenden Anerkenntnis und der Bezahlung der Gegenforderungen sowie der Kosten des Verfahrens abhängig. In weiterer Folge forderte er zudem vom Kläger die Vorlage eines Sanierungsplans samt Überprüfung und Genehmigung durch den Sachverständigen.