

AUFSATZ

Nochmals: Das Entgelt, das dem Werkunternehmer für eine Erschwernis zusteht

Ein richtiger Dauerbrenner in der bauwerkvertraglichen Diskussion ist die Höhe und die Ermittlung des Entgelts, das einem Werkunternehmer zusätzlich zusteht, wenn er bei der Herstellung des Werks durch Umstände, die auf der Seite des Bestellers liegen, behindert wird. Es hat sich eine angebliche herrschende Ansicht herausgebildet, wonach die subjektive Äquivalenz des Vertrages auch bei einer Erschwernis fortgeschrieben werden soll. Dabei wurde allerdings völlig übersehen, dass eine betreffende Behinderung ja eben von der Seite des Bestellers kommt und dass es daher seltsam erscheinen muss, wenn der Werkunternehmer, der einen billigen Preis angeboten hat, diese für ihn nicht zu kalkulierende Erschwernis gleichsam ausbaden muss – obwohl der Werkbesteller sehr oft die Erschwernis von vornherein als Schuldinhalt darstellen hätte können, wenn er nur seine Werkbeiträge (vor allem den Stoff) sorgfältig genug analysiert hätte. Ganz abgesehen davon fehlen – obwohl eigentlich naheliegend – in der Diskussion bereicherungsrechtliche Überlegungen.

Deskriptoren: Werkvertrag, Erschwernis, Zeitverlust, Verkürzung, Entgelt; § 1168 ABGB, § 365 BVergG.

Von Hermann Wenusch

1. Vorbemerkung Nr 1: Die „Herstellung eines Werkes“

Vorauszuschicken ist, dass der Werkunternehmer (WU) eine **Werkleistung** schuldet. Die landläufige Formulierung, es werde „das Werk“ geschuldet,¹ ist zumindest irreführend, wenn nicht sogar falsch. Das Gesetz spricht von der „Herstellung eines Werkes“, die den Schuldinhalt bei einem Werkvertrag bildet. Eine „Herstellung“ ist als Tätigkeit etwas anderes als das Werk selbst. Die Überschrift des 26. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB, in dem sich in den §§ 1165 bis 1171 die Regelungen zum Werkvertrag befinden, lautet „Von Verträgen über Dienstleistungen“ – auch dies ist ein Beleg da-

für, dass beim Werkvertrag eine Verrichtung, nämlich eben die „Herstellung eines Werkes“, geschuldet wird. Dass eine „Herstellung“ geschuldet wird, darf freilich nicht dahin gehend missverstanden werden, dass eine ganz bestimmte Tätigkeit geschuldet wird – es ist zwar möglich, dass Einzelheiten (einzelne „Handgriffe“ oder konkret beschriebene Verfahren) der „Herstellung“ vereinbart werden, nur soll dies hier nicht interessieren. Die tatsächliche Ausgestaltung der „Herstellung“ liegt prinzipiell im Ermessen und in der Verantwortung des WU. Das nach Quantität und Qualität beschriebene Werk beschreibt aber natürlich auch die Werkleistung² – ohne Beschreibung des Werks lässt sich die „Herstellung“ nicht definieren – „das Werk“ beschreibt die geschuldete Leistung, es ist aber eben nicht die geschuldete Leistung (wäre „das Werk“ die geschuldete Leistung würde es sich möglicherweise beim betreffenden Vertrag um einen Kaufvertrag über eine zukünftige Sache handeln – dies soll hier aber nicht weiter erörtert werden).

1 Vgl Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1151 Rz 22 (Stand 1.8.2022, rdb.at): „Inhalt des Werkvertrags ist demnach die Übernahme einer Erfolgsverbindlichkeit durch den Werkunternehmer, die in der Herstellung des vom Werkbesteller geforderten Werkes besteht“.
Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1151 Rz 107 (Stand 1.3.2017, rdb.at): „Tritt der geschuldete Erfolg nicht ein, so hat der Werkunternehmer nicht erfüllt und keinen Werklohnanspruch“.
RIS-Justiz RS0021642: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“.

Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB³ §§ 1151 Rz 52: „Zum Unterschied vom Arbeitnehmer schuldet der Werkunternehmer nicht ein bloßes Bemühen [...], sondern den bedingenen Erfolg selbst“.
2 Ähnlich übrigens auch beim Dienstvertrag: Schrammel, „Gewährleistung“ für schlechte Dienste?, in FS Welser 986: „Die vereinbarte Arbeitsleistung ist am Arbeitserfolg ausgerichtet, den der Arbeitgeber anstrebt; insoweit sind die Dienste erfolgsorientiert“.

Eine „Herstellung“ unterscheidet sich von einer anderen, auch wenn sich die resultierenden Werke „an sich“ weder in Qualität noch Quantität unterscheiden.³ Die „Herstellung“ eines Gebäudes im Winter ist etwas anderes, als dessen Errichtung im Sommer. Die „Herstellung“ eines Gebäudes im ländlichen Raum ist etwas anderes, als dessen Errichtung im Zentrum einer Metropole.⁴ Und die „Herstellung“ eines Gebäudes in einem Zeitraum von zwölf Monaten ist etwas anderes, als die Errichtung eben dieses Gebäudes in einem Zeitraum von 18 Monaten – dies auch dann, wenn der Baubeginn (oder das Bauende) in beiden Fällen der selbe ist.

Freilich könnte man sagen, dass ein Werk im werkvertraglichen Sinn auch durch die Zeit und den Ort seiner Errichtung definiert wird, nur verleitet es vielleicht trotzdem zu Missverständnissen, wenn man davon spricht, dass „das Werk“ geschuldet wird.⁵

Wird die Herstellung eines Werkes irgendwie verlagert oder verzögert, so verändert sie sich und entspricht nicht mehr dem Ursprünglichen. Die ursprüngliche Herstellung ist unmöglich, wenn eine Verlagerung oder Verzögerung erfolgen muss: Eine Tätigkeit um 15:00 Uhr ist etwas anderes, als die ansonsten völlig entsprechende Tätigkeit um 12:00 Uhr – dass sich die Verrichtung an sich vielleicht noch nachholen lässt, tut dem keinen Abbruch. Nun kommt es häufig vor, dass das gewünschte Werk nicht durch die zunächst versprochene Werkleistung⁶ errichtet werden kann – bildlich ausgedrückt: Am Weg zum Ziel stößt man auf unvermutete Hindernisse. Das ABGB berücksichtigt dies und trägt diesem Umstand praxistauglich mit dem letzten Satz von § 1168 (1) ABGB Rechnung: Abweichungen von der versprochenen (ursprünglich vereinbarten) Herstellung („Erschwernisse“), die notwendig werden, um zum gewünschten Werk zu gelangen, sollen nicht zur Unmöglichkeit und zum „Ende des Vertrages“ führen, sondern nur zu einer Anpassung der geschuldeten Werkleistung.⁷ Doch nicht nur das, selbstverständlich muss auch das Entgelt angepasst werden: „Das Gesetz will also vermeiden, dass der [Unter]nehmer am ursprünglichen vereinbarten Werklohn festgehalten wird, obwohl er mehr leisten muss als ursprünglich vorgesehen.“⁸ In die Be-

stimmung darüberhinausgehend hineinzupinterpretieren, dass damit auch die Fortschreibung einer „subjektiven Äquivalenz“ verordnet werden soll, muss gekünstelt wirken (siehe dazu unten). Nach wie vor wird jedenfalls nicht „das Werk“ geschuldet – es legt aber natürlich nach wie vor die Ausrichtung (das Ziel) der Werkleistung fest.

Dazu ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber anzuführen, dass diese „Flexibilisierung“ irgendwann an ihre Grenzen stößt und ab dann tatsächlich zu sagen ist, dass die vereinbarte Herstellung nicht mehr angepasst werden kann, sondern unmöglich ist und dass eine „andere“ Herstellung notwendig ist, um das gewünschte Werk zu erhalten.⁹ In diesem Zusammenhang ist auch § 365 BVergG zu sehen, wonach „wesentliche Änderungen von Verträgen“¹⁰ nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig sind.

2. Vorbemerkung Nr 2: Der „gute“ Preis

Als weitere Vorbemerkung ist anzumerken, dass besonders im Fall von öffentlichen Ausschreibungen damit zu rechnen ist, dass sich Angebotspreise nahe der Eigenkosten bewegen – echt „gute“ Preise (dh für den WU besonders profitable Preise) sind zumindest dann nicht zu erwarten.

Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich daher auf die Fälle, in denen ein „schlechter“ Preis vereinbart wurde.

3. Der „Zeitverlust“

§ 1168 (1) ABGB spricht von einem „Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes“ „durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“, für den dem WU eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er dadurch „verkürzt“ wird. Durch die Bezeichnung „Zeitverlust“ wird wohl klar, dass die Herstellung des Werks (die Werkleistung) für den WU beschwerlicher wird. Nach wohl einhelliger Meinung umfasst diese Erschwernis übrigens alle Änderungen der Werkleistung, die aufgrund der „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“ erforderlich werden und die beschwerlich sind, weil mit „Zeitverlust“ nicht die ursprüngliche Ursache, sondern das Resultat von irgend welchen Vorkommnissen gemeint ist¹¹ (die Be-

3 Vgl. Wenusch, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 177: „[D]ie Errichtung des Werkes in der einen Umwelt unterscheidet sich von der Errichtung des nach Ausmaß und Qualität völlig übereinstimmenden Werkes in einer anderen Umwelt“.

4 Siehe zB Wenusch, Der Vertrag, ZRB 2021, IX FN 18.

5 Ausführlich zu dem Thema zB Wenusch, Der Werkbegriff im Bauwesen, ZRB 2014, 59 ff.

6 Die ursprüngliche versprochene Werkleistung ist wohl das, was die Schöpfer des Begriffs „Bausoll“ vor Augen gehabt haben – da der Begriff im Verlauf der Zeit ziemlich ausgefranst wurde, wird von seiner Verwendung Abstand genommen.

7 Vgl. zB Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168 ABGB Rz 138 unter Verweis auf OGH 5 Ob 558/93: „Aus systematischer Sicht

handelt es sich bei § 1168 Abs 1 S 2 um eine gesetzliche Vertragsanpassung“ (Hervorhebung im Original). Ganz genau genommen sollte man wohl von einer Anpassung des Schuldverhältnisses (der Rechte und Pflichten aus einem Vertrag) sprechen, weil „der Vertrag“ ja gar nicht geändert wird.

8 Kodek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168 ABGB Rz 138.

9 Kodek in Draskovits et al, 59 spricht in diesem Zusammenhang von der „Identität des Vertrages“.

10 Eine Änderung ist zB gemäß § 365 (2) Z 3 BVergG eine wesentliche, wenn mit der Änderung „der Umfang des Vertrages [...] erheblich ausgeweitet oder verringert“ wird.

11 Vgl. Wenusch, Häufige Irrtümer bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen in der Baubranche, ZRB 2017, 143.

zeichnung „Zeitverlust“ ist übrigens gleichlautend mit der Formulierung in § 1155 (2) ABGB – beides ist auf § 1155 der Stammfassung zurückzuführen, wo „Dienstleistung [und] Verfertigung eines Werkes“ noch gemeinsam als „Lohnvertrag“ behandelt wurden).

Es ist also klar, dass es beim „Zeitverlust“ um einen Nachteil bei der Herstellung geht, sodass die zusätzliche Nennung der „Verkürzung“ pleonastisch erscheinen muss – eine Formulierung wie „Für einen Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes infolge solcher Umstände ist er angemessen zu entschädigen“ hätte wohl gereicht, wenn „Verkürzung“ wirklich nichts anderes als eine Nachteilhaftigkeit ausdrücken soll. „Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, eine überflüssige und inhaltslose Anordnung getroffen zu haben“.¹² Es stellt sich also die Frage, was damit gemeint ist, dass der WU neben dem „Zeitverlust“ auch „verkürzt“ wird (dazu sogleich).

4. Die „Verkürzung“ des Werkunternehmers

Ein zusätzliches Entgelt für eine Erschwernis steht dem WU immer dann zu, wenn er durch die beschwerlichere Werkleistung „verkürzt“ wurde. Darüber, was notwendig ist, um als WU eine „Entschädigung“ für „Zeitverlust“ zugesprochen zu erhalten, wird eine ziemliche Kontroverse geführt.¹³

Einerseits wird argumentiert, dass der WU einen „echten“ Nachteil durch die Erschwernis erlitten haben muss.¹⁴ Begründet wird dies mit dem Gesetzeswortlaut, der eben von einer „Verkürzung“ spricht. Das übersieht freilich, dass sich die Nachteilhaftigkeit schon alleine aus der Bezeichnung „Zeitverlust“ ergibt (siehe oben). Richtig ist natürlich, dass eine Veränderung der Werkleistung nachteilig sein muss – bei der Änderung der Werkleistung darf es sich selbstverständlich nicht um eine Erleichterung handeln (tatsächlich könnte vor allem eine zeitliche Verschiebung auf den ersten Blick als eine Erleichterung erscheinen, wenn dann zB das Wetter besser ist – dabei darf aber nicht übersehen werden, dass der WU die zur ursprünglichen Zeit frei werdenden Ressourcen anderweitig einsetzen muss und diese Ressourcen

dann auch später wiederum „frei“ haben muss, um wirklich von einer Erleichterung sprechen zu können). Das ist aber sicher nicht gemeint: Gemeint ist wohl, dass der Nachweis einer Erschwernis alleine nicht ausreichen soll.¹⁵

Andererseits wird argumentiert, dass ein „echter“ Nachteil für den tatsächlich betroffenen WU nicht erforderlich ist, um ihm ein zusätzliches Entgelt zu beschreiben. Begründet wird dies damit, dass „Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung“¹⁶ geschaffen werden soll.

Betrachtet man die unterschiedlichen Argumente, so verblüfft, dass von jenen, die einen „echten“ Nachteil für erforderlich halten, teilweise sehr wohl das Bereicherungsrecht erwähnt wird, das für einen Ersatzanspruch keinen Schaden („echten“ Nachteil) beim Entreicherten fordert, dass daraus aber keinerlei Schlüsse gezogen werden.¹⁷ Es verblüfft deshalb, weil die Ähnlichkeit zwischen Erschwernis und Bereicherung frappant ist: Eine Erschwernis macht die „Herstellung“ eines Werks „wertvoller“, als sie sonst wäre. Muss der Besteller (WB) für die „wertvollere“ Werkleistung nicht mehr bezahlen, so ist er bereichert – der WU kann damit zwanglos (gleichsam „spiegelverkehrt“ zum WB) als „verkürzt“ angesehen werden („verkürzt“ ist übrigens ein viel gefälligeres Wort als „entreichert“). Man könnte natürlich einwenden, dass das Bereicherungsrecht nur „ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen rückgängig machen“¹⁸ soll und dass die Erfüllung eines Vertrages nicht als ungerechtfertigte Vermögensverschiebung anzusehen ist.¹⁹ Dem ist aber zu entgegnen, dass die Erschwernis nicht Gegenstand der Vereinbarung war. Es ist kein Grund ersichtlich, aus dem eine unvorhersehbare Leistungspflicht, die eben nicht in das Verhältnis Leistung-Gegenleistung eingeflossen ist, nicht zu einer „Bereicherung“ führen können darf. Insbesondere jene, die ein Festhalten an der „subjektiven Äquivalenz“ (dazu unten) proklamieren, müssten das Argument teilen, dass es zu einem Ausgleich kommen muss, wenn der WB ein „wertvolleres“ Werk erhält, auch wenn dies den WU nichts (zusätzlich) kostet.

12 OGH 28.09.2021, 5 Ob 133/21a.

13 Vgl zB Kodek, Schätzung oder Nachweis?, bauaktuell 2023, 100.

14 Vgl Kodek in Draskovits et al, 38: „§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB [...] ist dahin zu verstehen, dass der Unternehmer einen [...] Nachteil durch den Zeitverlust erlitten haben muss“.

Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1168 Rz 135: „Nach zutreffender [Ansicht] reicht der Eintritt eines Zeitverlusts bzw einer diesem gleichzuhaltenden Erschwernis oder Behinderung bei der Werkausführung per se noch nicht für den Anspruch nach § 1168 Abs 1 S 2“.

15 Vgl Kodek in Draskovits et al, 38: „Die vielfach begegnende Vorstellung, der Auftragnehmer müsse nur den Zeitverlust nachwei-

sen, weil dieser offenbar automatisch zu einer Zusatzentlohnung führe, ist [...] unzutreffend“.

16 Siehe zB Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag 167 mwN.

17 ZB Kodek in Draskovits et al, 38: „So ist es im Bereicherungsrecht nicht erforderlich, dass dem Entreicherten ein konkreter Schaden entstanden ist“.

18 Welsch/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1675.

19 Vgl zB Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ 393: „Eine praktikable Faustregel ist: Wer ein gültiges Schuldverhältnis erfüllt oder sonst den angestrebten Zweck erreicht, leistet nicht rechtsgrundlos“.

Natürlich kann eine Verkürzung des WU darin bestehen, dass ihm durch die Erschwernis zusätzliche Kosten entstehen. Es ist aber ebenso gut möglich, dass er durch eine Bereicherung des WB verkürzt wird. Die Nennung der „Verkürzung“ neben dem „Zeitverlust“ des § 1168 (1) ABGB wäre damit nicht mehr pleonastisch ...

Beispiele:

1. Ein WU kann aufgrund von Umständen, die auf der Seite des WB liegen, erst etwas später mit seiner Arbeit beginnen – dadurch ändert sich die Werkleistung. Wenn noch Identität des Vertrages vorliegt und davon gesprochen werden kann, dass sich die Arbeit bloß „nach hinten verschiebt“, darf er zusätzliches Entgelt für die nun zusätzlich erforderliche Zeit fordern (wenn er in der Zeit zwischen ursprünglichem und verspätetem Arbeitsbeginn nichts einsparen konnte, sondern bloß zugewartet hat). Die Verkürzung liegt hier in den zusätzlichen Kosten.
2. Für eine vereinbarte Bauwerkleistung ist zur Wasserhaltung eine kleine Pumpe erforderlich, die vom WU auch in seinem Angebot kalkuliert wird. Aufgrund irgendwelcher Umstände (zB bessere Auslastung der vorhandenen Produktionsfaktoren durch unerwartete Vertragsabschlüsse mit Dritten) setzt er eine größere – also eigentlich unnötige – Pumpe ein, weil er keine kleine mehr zur Verfügung hat. Im Zuge der Bauarbeiten stellt sich dann heraus, dass der Wasserandrang so groß ist, dass er mit der kleinen Pumpe nicht bewältigt hätte werden können – mit der größeren Pumpe ist dies jedoch problemlos möglich – es fallen bloß geringfügig höhere Energiekosten an. Die zusätzlichen Energiekosten sind natürlich eine Verkürzung des WU. Doch damit nicht genug: Der Bauherr genießt eine größere Pumpe, obwohl er dafür nicht bezahlt hätte – er ist dadurch besser gestellt, als es dem ursprünglichen Leistungsaustauschplan entsprochen hat. Entsprechend ist der WU verkürzt (entreichert).

Für eine Verkürzung durch eine Erschwernis gebührt dem WU eine „angemessene Entschädigung“. Die Ermittlung wird in vielen Fällen wohl unmöglich, wenn man auf die Änderung des Einsatzes an Produktionsfaktoren abstellt. Das angemessene Entgelt für die „Differenzleistung“ (Unterschied zwischen ursprünglicher und tatsächlicher Werkleistung) lässt sich aber auch dann wohl dadurch ermitteln, dass man die angemessenen

Entgelte gegenüberstellt: Welches Entgelt wäre angemessen gewesen, wenn das Werk mit der ursprünglich vereinbarten Werkleistung hergestellt werden hätte können und welches Entgelt ist für die tatsächlich erbrachte Werkleistung angemessen. Die Differenz ist dem ursprünglich vereinbarten Entgelt hinzuzurechnen.

5. Die subjektive Äquivalenz

Gebetsmühlenartig wird seit Jahrzehnten der Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“²⁰ kolportiert. Seit OGH 29.4.2009 2 Ob 203/08d²¹ wird auch auf diese Entscheidung Bezug genommen.²² Dabei wird freilich übersehen, dass es sich bloß um ein obiter dictum gehandelt hat, weil es sich dort gar nicht um ein Problem der „Preisfortschreibung“, sondern eine vorab „bereits getroffene Preisvereinbarung“ gehandelt hat. Es wurde im Text der Entscheidung nur – eben überschießend – eine Kommentarmeinung²³ zitiert, die übrigens (damals) mit keiner Begründung aufwarten konnte. Der erwähnte Grundsatz wird nun häufig nicht mehr wortwörtlich tradiert, sondern in der Form, dass sich das zusätzliche Entgelt, das für eine Erschwernis gefordert werden darf, „am vertraglichen Preisniveau insgesamt zu orientieren“²⁴ hat. Die Rede ist auch davon, dass das Verhältnis zwischen „wahrem Wert“ der ursprünglich vereinbarten Werkleistung und dem dafür vereinbarten Preis („Grundpreis“²⁵) dem Verhältnis zwischen „wahrem Wert“ der Erschwernis und dem dafür gebührenden Entgelt entsprechen soll, wobei dieses Verhältnis als „subjektive Äquivalenz“²⁶ bezeichnet wird.

Begründet wird die Fortschreibung des Preisniveaus mitunter damit, dass dies dem hypothetischen Parteiwillen entspreche: „Haben [die Parteien] eine bestimmte Preis-Wert-Relation zugrunde gelegt, so hätten sie dies wohl auch dann, wenn bei Vertragsabschluss bestimmte Verzögerungen oder Erschwernisse vorhersehbar gewesen wären. Das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das die Parteien bei Vertragsabschluss festgelegt haben, soll aufrechterhalten werden“.²⁷ Das ist natürlich alles andere als überzeugend: Es ist nämlich zu bedenken, dass es keinen allgemein gültigen hypothetischen Parteiwillen gibt. Es ist vielmehr die Situation der Beteiligten zu eruieren und zu fragen: „was hätten vernünftige und redliche Parteien unter Berücksichtigung der besonderen Interessenkonstellation der Parteien vereinbart?“²⁸

20 Vgl zB Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag 235.

21 „[...] wobei sich die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten – wie hier [...] - bereits getroffenen Preisvereinbarung orientieren soll“.

22 So zB Karasek, ÖNORM B 2110³ Rz 1313.

23 M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 1168 Rz 7.

24 Kodek in Draskovits et al, 59 (Hervorhebung im Original).

25 M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 1168 Rz 7.

26 Vgl zB Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 1168 Rz 137.

27 Kodek in Draskovits et al, 58.

28 OGH 22.12.2005, 10 Ob 28/05y (Hervorhebung durch den Autor).

Vielleicht verfügt der WU gar nicht über die Produktionsfaktoren, die durch eine Erschwernis zusätzlich notwendig werden.²⁹ Und vielleicht will der WU bestimmte Produktionsfaktoren zwar zu einer Zeit geringer Beschäftigung bloß zu einem den Deckungsbeitrag gerade übersteigenden Entgelt „an den Mann bringen“, dies zu einem anderen Zeitpunkt nicht mehr, weil er dann ausreichend beschäftigt ist. Jeder Handelsschüler weiß ab der ersten Klasse, dass sich ein angebotener Preis auch nach der Auslastung (zu einem bestimmten Zeitpunkt) richtet.

Abgesehen vom hypothetischen Parteiwillen wird der „Normzweck“ ins Treffen geführt, wonach „*durch eine Entgeltserhöhung die subjektive (und nicht die objektive) Äquivalenz bewahrt werden soll*“.³⁰ Der „Normzweck“ wird dabei aus den Materialien gewonnen, weil danach ein „*Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung*“ angestrebt wird. Es ist allerdings schleierhaft, weshalb dieser Ausgleich zu einem womöglich völlig verzerrten Austauschverhältnis erfolgen soll. Aus welchem Grund soll ein WU an einen unzureichenden Preis gebunden sein, wenn er durch „*Umstände, die auf der Seite des Bestellers liegen*“ (sic!) zunächst nicht absehbare Werkleistungen erbringen muss? Vielmehr will das Gesetz bloß sagen, dass Erschwernisse („irgendwie“) zu entgelten sind.³¹ Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der Rückgriff auf Materialien bei der Auslegung eines Gesetzes grundsätzlich mit Vorsicht zu genießen ist: „*Die Gesetzesmaterialien sind weder das Gesetz selbst noch interpretieren sie dieses authentisch*“.³² „*Nach herrschender Auffassung steht vielmehr die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen über der Meinung der Redaktoren*“.³³ Schließlich ist noch zu bedenken, dass ein späterer Gesetzgeber, der zwar mit dem Wortlaut des Gesetzes, nicht aber dem Inhalt der Materialien zufrieden ist, sicher keine Wiederverlautbarung des Gesetzes mit geänderten Materialien vornehmen würde.

Soweit ersichtlich, bestehen neben dem hypothetischen Parteiwillen und dem angeblichen Normzweck keine weiteren Begründungen für eine Fortschreibung der subjektiven Äquivalenz. Es hat vielmehr den Anschein,

als hätten die verschiedenen Autoren so lange auf sich verwiesen und sich gegenseitig zitiert, bis von einer „herrschenden Ansicht“ gesprochen werden konnte.³⁴ Dass dabei auch Vertreter der Normzweck-Idee auf Vertreter der Parteiwillen-Idee verweisen, fällt gar nicht auf. Verfolgt man die diversen Zitate und Verweise zurück, so gelangt man zur Quelle: „*Die „Angemessenheit“ bestimmt sich nicht ausschließl nach objektiven, von der Parteienvereinbarung unabhängigen Kriterien; vielmehr sind auch die für den konkreten Werkvertrag relevanten Kalkulationsgrundlagen zu beachten*“³⁵ – völlig apodiktisch: kein Begründung, kein Zitat und kein Verweis ... Es ist also kein Grund ersichtlich, weshalb die Angemessenheit des § 1168 (1) ABGB etwas anderes sein soll als die Angemessenheit des § 1152 ABGB: „*Verwendet der Gesetzgeber in einer gesetzlichen Bestimmung einen Ausdruck zweimal, so wird man im Zweifel davon ausgehen müssen, daß dieser Ausdruck jeweils dasselbe bedeutet*“³⁶ – die §§ 1152 und 1168 wurden gemeinsam in RGBI 1916/69 kundgemacht.

Am Rande sei vermerkt, dass sich die Baubetriebswirtschaft immer auf die „vergleichbare Rechtslage“ in Deutschland und die (angeblich bestehende) Judikatur des dBGH berufen hat.³⁷ Seit 1.1.2018 regelt nun § 650c dBG, dass bei Änderungen der Werkleistung die Höhe des Vergütungsanspruchs grundsätzlich „*nach den tatsächlich erforderlichen Kosten*“ zu ermitteln ist. Dem ist eine jahrelange Diskussion vorangegangen, wonach eine Preisfortschreibung durchaus auch nicht sachgerecht sein kann³⁸ – diese Diskussion wurde in Österreich nicht wahrgenommen und hat die „ganz herrschende Ansicht“³⁹ zur Höhe der „angemessenen Entschädigung“ gemäß § 1168 (1) ABGB nicht berührt.

6. Sachgerechter Interessenausgleich

Mitunter wird argumentiert, dass es ein „*sachgerechter Interessenausgleich*“⁴⁰ sei, dass es einerseits dem WU zugutekommt, wenn er das Werk mit einem geringeren Aufwand als kalkuliert erstellen kann, und dass er dafür andererseits erst dann zu einer Aufstockung des Werk-

29 Vgl zB Wenusch, Der hypothetische Parteiwille: „Guter Preis bleibt guter Preis ...“, ZRB 2023, 1.

30 Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³, § 1168 Rz 138.

31 Siehe FN 8.

32 OGH 07.07.2008, 6 Ob 4/08v.

33 OGH 14.03.2000, 4 Ob 50/00g (SZ 73/46).

34 Ähnlich schon Wilhelm, Riegerbank-Anleihe: Lehrstück für Kridatäre, ecolex 2003, 18: „*Da hören wir diesen Unfug also wieder einmal: Vertretbar ist die Rechtsmeinung dessen, der, statt selbst nachzudenken, anderen Leuten nachschreibt*“.

35 Krejci in Rummel, ABGB³ § 1168 Rz 29 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

36 RIS-Justiz RS0008797.

37 Vgl für viele zB Göllers/Link, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar FN 261: „*So auch die Judikatur des dt BGH*“.

38 Vgl zB Althaus, Analyse der Preisfortschreibung in Theorie und Praxis, BauR 2012, 360: Die „*Lehre und Praxis der Preisfortschreibung ist seit vielen Jahren Gegenstand grundsätzlicher Kritik seitens einer Reihe von Fachveröffentlichungen geworden* [FN mit Quellen]. *Zielrichtung dieser Überlegungen ist es, unbillige Ergebnisse im Falle einer Fortschreibung von Über- oder Unterdeckungen, bzw. Spekulationen und Fehlkalkulationen zu vermeiden*“ (Hervorhebung im Original).

39 Siehe zB Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1168 Rz 138.

40 Kodek in Draskovits et al, 45.

lohns berechtigt ist, wenn der konkret der Kalkulation zugrunde gelegte (und nicht ein bei hypothetischem Verlauf abstrakt möglicher geringerer) Aufwand überschritten wird.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass nicht Birnen mit Äpfeln verglichen werden: Es ist zunächst festzustellen, ob die vereinbarte Werkleistung (unverändert!) erbracht wird. Ist dies der Fall und gelingt es dem WU günstiger als in der Plankostenrechnung zu produzieren, so kommt ihm dies zu Gute, ebenso wie es ihn trifft, wenn er teurer produzieren muss.

Tatsächlich kann die ursprünglich vereinbarte Werkleistung entweder unzureichend oder überschießend sein. Ist sie unzureichend, bedeutet dies im Zuge der Herstellung eine Erschwernis für den WU – ihm entstehen (im allgemeinen) zusätzliche Kosten und ihm gebührt eine entsprechende Aufstockung des Werklohns. Damit stellt sich die Frage, was passiert, wenn die ursprünglich vereinbarte Werkleistung überschießend war und es dem entsprechend zu einer „Erleichterung“ für den WU kommt? Zunächst ist festzustellen, dass eine Erleichterung nicht unbedingt bedeutet, dass dem WU deshalb weniger Kosten entstehen: Er hat die für die ursprüngliche Werkleistung für erforderlich gehaltenen Produktionsfaktoren bereits beschafft bzw. reserviert und kann diese nicht beliebig woanders einsetzen.

Stellt der WB fest, dass Teile der ursprünglich vereinbarten Werkleistung gar nicht erforderlich sind, so kann er diese abbestellen – der WU muss sich dann seine tatsächliche Ersparnis anrechnen lassen.

Der „sachgerechte Ausgleich“ für die allfällige Aufstockung des Entgelts – soweit man einen solchen für notwendig erachtet – liegt also in der Möglichkeit der Abbestellung.

7. Die Bedeutung der Kalkulation des Werkunternehmers

7.1. Zum Begriff „Kalkulation“

Wohl von der Baubetriebswirtschaft infiziert, wird in der juristischen Diskussion der Kalkulation des WU bei der Ermittlung des zusätzlichen Entgelts, das bei Erschwernissen gebührt, Bedeutung zugemessen.

Dabei dürfte nicht einmal klar sein, was unter Kalkulation zu verstehen ist: Unter Kalkulation kann einerseits die Plankostenrechnung,⁴¹ andererseits die Ermittlung des Angebotspreises verstanden werden. Beides sind unterschiedliche Dinge, weil bei der Ermittlung des Angebotspreises⁴² preispolitische Überlegungen⁴³ (die für

die Kostenrechnung ohne Bedeutung sind) eine ausschlaggebende Rolle spielen können – die Plankostenrechnung darf also keinesfalls mit der Bildung des Angebotspreises, der schließlich – nach allfälligen Preisverhandlungen – zur Entgeltvereinbarung führt, gleich gesetzt werden.

Um einen Angebotspreis zu ermitteln, muss der WU zunächst das Produktionsprogramm festlegen, woraus sich die erforderlichen Produktionsfaktoren ergeben. Daran anschließend muss die Produktivität der Produktionsfaktoren ermittelt werden, woraus sich die erforderlichen Mengen ergeben. Dann muss der Preis der einzelnen Produktionsfaktoren ermittelt werden, woraus sich die Selbstkosten ergeben. Diese können zuletzt durch preispolitische Maßnahmen ergänzt werden, was dann eben den Angebotspreis ergibt. Der Angebotspreis ist „Maßarbeit“ – für ein ganz bestimmtes Projekt (das auch durch die Zeit bestimmt ist)!

Die Kalkulation sagt übrigens nichts darüber aus, welche Produktionsfaktoren schließlich tatsächlich eingesetzt werden und welche Kosten tatsächlich entstehen: Zwischen der Ermittlung des Angebotspreises und der Ausführung der Werkleistung liegt oft ein gewisser Zeitraum, in dem sich die Pläne des WU ändern können: Ein eingeplantes Gerät kann woanders profitabler eingesetzt werden, ist kaputt gegangen oder wurde durch ein mehr oder weniger leistungsfähiges ausgetauscht ...

7.2. Es gibt kein Erfordernis einer Plankostenrechnung

Kein WU ist verpflichtet, eine Plankostenrechnung anzustellen, bevor er einen Werkvertrag abschließt, wobei auf Besonderheiten, die sich aus dem öffentlichen Vergaberecht ergeben könnten, hier nicht eingegangen wird. Bemerkenswert sind allerdings sehr wohl die wortgleichen §§ 88 (2) und 259 (2) BVergG, wonach Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, „*dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken [...] von den Bietern ermittelt werden können*“. Erschwernisse sind nämlich kaum kalkulierbar: Woher soll der WU wissen, mit welcher Akribie der Bauherr (WB) Baugrund und Bestand analysiert hat (und wie wahrscheinlich daher irgendwelche Überraschungen sind)? Erschwernisse sind wohl nie wirklich kalkulierbar ...

Statt eine eigene „maßgeschneiderte“ Plankostenrechnung anzustellen, kann ein WU besonders bei einem Einheitspreisvertrag womöglich auf Erfahrungswerte zurückgreifen. Fehlt eigene Erfahrung, so kann er viel-

41 Zum Begriff siehe zB *Kemmettmüller/Bogensberger*, Handbuch der Kostenrechnung⁸ 255 ff.

42 Eine unterschiedliche Nomenklatur findet sich bei *Lang/Wolkertorfer*, Praktische Baukalkulation Pkt 2.2.

43 Zum Begriff siehe zB *Meffert* et al, Marketing¹³ 487 ff.

leicht ein allgemeines Preisniveau in Erfahrung bringen und darauf sein Angebot aufbauen.

„Die Kalkulation“ des WU als Grundlage für die Ermittlung des Entgelts für die Erschwernis heranzuziehen, scheidet daher aus prinzipiellen Gründen: Aus welchem Grund sollen kalkulierende WU anders behandelt werden als nicht kalkulierende?

7.3. Eine allfällige Plankostenrechnung taugt nicht zur Ermittlung des Entgelts für die Erschwernis

Eine „individuelle“ Kalkulation, die zB für ein konkretes Bauvorhaben angestellt wird, ist nicht beliebig skalierbar: Zunächst ist denkbar, dass der WU gar nicht über die durch die Erschwernis zusätzlich erforderlichen Kapazitäten verfügt. Weiters ist das Phänomen der Produktionsfunktion⁴⁴ (das Ertragsgesetz) zu berücksichtigen: Mit steigendem Faktoreinsatz steigen die Kosten nicht linear. Und zuletzt sind „Kostensprünge“ zu beachten: Wird ein Gerät mit einer gerade ausreichenden Kapazität kalkuliert und auch tatsächlich eingesetzt und ist dann aufgrund einer Erschwernis eine um 3% höhere Kapazität erforderlich, so verteuern sich die Gerätekosten nicht einfach um diese 3% – vielmehr muss wohl ein weiteres Gerät hinzugenommen werden (das sicher viel mehr kostet als 3% des ersten Geräts), was die Gerätekosten unverhältnismäßig erhöht.

Dies ist alles übrigens kein besonderes Geheimnis, sondern allgemein bekannt – es fließt daher gleichsam als Hintergrund in jeden Bauwerkvertrag ein.

Immer wieder ist daran zu erinnern, dass die Gründe für die hier betrachteten Erschwernisse auf der Seite des WB liegen. Es ist daher völlig schleierhaft, weshalb der WU im Fall des Falles an Preise gebunden sein soll, die er für die nicht behinderte Werkleistung angeboten hat. Es ist daher unrichtig, dass für die Ermittlung des zusätzlichen Entgelts, das bei einer Erschwernis gebührt, die ursprünglichen Preise und nicht die Kosten ausschlaggebend sein sollen.⁴⁵

7.4. Eine allfällige Plankostenrechnung kann aus mehreren Teilen bestehen

Bei komplexen Werken erfolgt die Plankostenrechnung zu meist getrennt nach Sparten („Gewerken“ wie Baumeister,

Zimmermann, HKLS, etc) oder physisch abgrenzbaren Teilen (zB Bauteile). Dabei kann es passieren, dass in einem Teil ein guter Preis, in einem anderen ein schlechter Preis ermittelt wird, was insgesamt dazu führt, dass ein „mittlerer“ Preis angeboten und schließlich auch vereinbart wird. Auf welcher Grundlage sollte in einem solchen Fall eine Fortschreibung gründen – dies insbesondere dann, wenn die Erschwernis ausschließlich einen Teil betrifft? Die Meinung, wonach „sich der „Aufpreis“ am vertraglichen Preisniveau insgesamt zu orientieren“⁴⁶ hat, ist nicht nur nicht zu begründen, sondern auch praktisch zumindest heikel, weil der „wahre Wert“ eruiert und dem vertraglich Vereinbarten gegenübergestellt werden muss.

7.5. Die Berücksichtigung von Pufferzeiten

Eines der Liebkinder der Baubetriebswirtschaft scheinen Puffer (bzw Pufferzeiten) zu sein. Dabei handelt es sich um einen Begriff der Netzplantechnik für Zeitreserven.⁴⁷ In der Tat finden sich auch in der juristischen Diskussion Überlegungen zu kalkulierten Puffern. Mitunter wird die Meinung vertreten, dass der WB für kalkulierte Puffer bezahlt und diese auch durch Erschwernisse „konsumieren“ kann.⁴⁸

Würde man einen einkalkulierten Puffer tatsächlich als „Gutschein für Erschwernisse“ ansehen, so würde es zu einem seltsamen Ergebnis führen, wenn man folgende zwei Beispiele mit einem vereinbarten Entgelt von jeweils 100,- vergleicht: Einmal kalkuliert der WU Kosten von 70,-, einen Puffer von 25,- und einen Gewinn von 5,-; das andere Mal kalkuliert er Kosten von 70,- und einen Gewinn von 30,-. Aus welchem Grund soll er im ersten Fall nichts für eine Erschwernis erhalten, im zweiten jedoch schon?

Praktische Schwierigkeiten bei der Beweisführung sollen die juristische Diskussion grundsätzlich nicht beeinträchtigen, deshalb nur am Rande: Wie soll der WB erfahren (und dann beweisen), dass der WU Puffer einkalkuliert hat? Was, wenn sich der WU in der laufenden Vertragsabwicklung entscheidet zu forcieren, um früher fertig zu werden, damit ein inzwischen neu abgeschlossener Vertrag mit einem Dritten erfüllt werden kann? Was, wenn ein WU aufgrund der Verfügbarkeit (mehr oder weniger unfreiwillig) leistungsfähigere Produktionsfaktoren einsetzt und dadurch schneller fertig ist?

44 Vgl zB *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre¹⁸ 303.

45 Genau so aber *Berlakovits/Karasek*, Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen bauaktuell 2017, 91: „Die Berechnung [eines Mehrkostenanspruchs] orientiert sich daher nicht an den tatsächlichen Kosten [...]. Maßgebend sind die Preise des Vertrages“. Ebenso falsch *Müller* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management 409: „Auch beim Entgeltanspruch gemäß § 1168 ABGB kommt es nicht darauf an, ob die ermittelten Mehr-

kosten tatsächlich angefallen sind. Vielmehr wird der Anspruch kalkulatorisch hergeleitet“.

46 *Kodek* in *Draskovits* et al, 59 (Hervorhebung im Original).

47 Vgl zB *Noosten*, Netzplantechnik 64: „Pufferzeit [...] ist die Zeit, um die ein Vorgang zeitlich verschoben bzw um die seine Ausführungszeit ausgedehnt werden kann“.

48 So zB *Kodek* in *Draskovits* et al, 44: „[D]ieser Polster kommt auch dem [Bauherrn] zugute (der dafür ja schließlich auch bezahlt)“.

Tatsächlich kalkuliert kein WU Pufferzeiten in dem Sinn, dass währenddessen alle Produktionsfaktoren unbeschäftigt bereit stehen. Sehr wohl ist es möglich, dass sich ein WU dadurch (zB um eine hohe Pönale jedenfalls zu vermeiden) gegen Unvorhergesehenes im eigenen (sic!) Bereich absichern will, indem er seine Leistung mit einer gewissen Zeitreserve erbringt. Sollte diese Zeitreserve tatsächlich in Anspruch genommen werden müssen, so verursacht dies natürlich besondere Kosten – es müssen die entsprechenden Produktionsfaktoren beschafft werden, die ja eben nicht vorgehalten werden. Und schließlich ist zu berücksichtigen, dass der WU seine Sicherheit verliert, wenn er den Puffer für eine Erschwernis „hergeben“ hat ...

Puffer können sich aber in der Tat daraus ergeben, dass die eingesetzten Produktionsfaktoren produktiver sind als vom WU in seiner Plankostenrechnung vorhergesehen – die betroffenen Leistungen sind dann früher als prognostiziert erbracht.

Die Preisermittlung ist nun das Risiko des WU: Schafft er es nicht, die Leistung um die in der Plankostenrechnung prognostizierten Kosten zu erbringen, so ist das ausschließlich sein Problem. Und das Nämliche muss gelten, wenn es ihm gelingt, einen Preis zu vereinbaren, der weit über den Selbstkosten liegt: Preisbildung ist schließlich das Ergebnis von Angebot und Nachfrage. Dem WB ist das Werk eben etwas wert. Und zu einem billigeren Preis hätte der WU vielleicht nicht abgeschlossen, sondern sich einen anderen Vertragspartner gesucht ...

Seltsam wäre auch ein Blick auf das Spiegelbild: Wenn der WB für einen „positiven Puffer“ einen „Gutschein für Erschwernisse“ erhält, was erhält der WU dann für einen „negativen Puffer“ (sprich: Unterpreis)?

7.6. Parteienvereinbarung und ÖNORM B2110

Natürlich können die Parteien eines Werkvertrages Mechanismen vereinbaren, wie das Entgelt für allfällige Erschwernisse zu ermitteln ist. Im einfachsten Fall geschieht dies durch eine „Preisliste“, wobei betont werden muss, dass das Leistungsverzeichnis eines Einheitspreisvertrages prinzipiell keine (sic!) solche „Preisliste“ („Speisekarte“) ist (siehe dazu unten)! Und natürlich ist es auch möglich, ein Verfahren zur Ermittlung des Entgelts für Erschwernisse zu vereinbaren (wobei aber zu beachten ist, ob überhaupt noch Identität der Herstellung gegeben ist). Und es kann wohl auch vereinbart werden, dass sich das zusätzliche Entgelt am ursprüng-

lichen Preisniveau orientieren muss (also „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“) – wobei fraglich sein kann, ob die Orientierung am Gesamtentgelt oder – soweit sich dies machen lässt – an ähnlichen Leistungen erfolgen soll. Und es kann auch „die Kalkulation“ zum Vertragsbestandteil gemacht werden. Pkt 7.4.2 der ÖNORM B2110 etwa sieht vor, dass im Falle einer „Störung der Leistungserbringung“ die „Ermittlung der neuen Preise [...] 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“ hat. Das ist freilich alles andere als sonnenklar – es lässt sich abstrakt und allgemein gültig wohl – zumindest in diesem Rahmen – nicht sagen, wie danach „herzuleiten“ ist ...

8. Erschwernis und Privatautonomie

Im Falle einer Erschwernis muss der WU eine von ihm nicht vorhersehbare Leistung erbringen. An sich ist das schon für sich genommen ein Eingriff in seine Privatautonomie. Er konnte diese zusätzliche Leistung außerdem weder seiner Plankostenrechnung noch seiner sonstigen Preisermittlung zu Grunde legen – und das alles aufgrund von Umständen, die nicht auf seiner, sondern der Seite des WB gelegen sind.

Für den Fall, dass der WU – ob bewusst oder unbewusst – einen nicht seine Kosten deckenden Preis vereinbart hat, muss dies wohl irgendwie ungerecht erscheinen: Er muss einen Umstand auf der Seite seines Vertragspartners „ausbaden“. Es verwundert etwas, dass dem „auf Seite des Bestellers“ bisher nicht wirklich Bedeutung zugemessen wurde. Zu bedenken ist dabei, dass es sich bei den „Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen“ häufig nicht um Zufall handelt – vielfach wäre die Erschwernis vom WB – natürlich mit entsprechendem Aufwand – zu erkennen gewesen: Bei Grundwasser, anderen Bodenklassen oder seltsamen Konstruktionen in Bestandsbauten handelt es sich nicht um Zufall – bei entsprechender Analyse des Baugrundes bzw des Bestandes wären die späteren „Erschwernisse“ zu erkennen gewesen. Es überrascht daher wohl nicht, dass der Anspruch auf zusätzliches Entgelt wegen einer Erschwernis manchmal als Schadenersatz klassifiziert wird.⁴⁹

Der WU muss nicht einmal einen Unterpreis in Kauf genommen haben, um nicht an einer Ausweitung seiner

49 Näheres bei *Kletečka*, Verwirrung um Mehrkostenforderungen und Beweislast, bauaktuell 2018, 52: „Wegen der Bezeichnung als

„Entschädigung“ gibt es aber auch Tendenzen, die Forderung im Schadenersatzrecht anzusiedeln“ (Hervorhebung im Original).

Leistung (was eine Erschwernis ja ist) interessiert zu sein. Dies ergibt sich zB aus dem abnehmenden Grenznutzen:⁵⁰ Der Nutzen, der aus einer weiteren Einheit gezogen wird, nimmt mit der Menge ab – dies gilt für Geld ebenso wie Zeit (und vieles mehr). Hinsichtlich des Geldes ist dieses Phänomen fixer Bestandteil der Rechtsordnung: Bei höherem Einkommen gelangt ein höherer Einkommenssteuersatz zur Anwendung – die subjektiv empfundene Steuerlast (die Einbuße an Nutzen) soll gleich bleiben, weshalb der „Reiche“ eben mehr zahlen muss.⁵¹ Natürlich nimmt auch der Grenznutzen der Zeit ab: Zeit erscheint umso kostbarer, je weniger man davon hat – und umgekehrt. Ein WU braucht (simplifizierend ausgedrückt) für die Herstellung eines Werkes Zeit. Diese „Einbuße“ lässt er sich mit einer bestimmten Geldsumme entgelten – dieses Entgelt stiftet für ihn (zumindest) so viel Nutzen, wie an Nutzen durch den Zeitaufwand verloren geht. Zusätzliches Entgelt hat aber einen abnehmenden Grenznutzen, während ein zusätzlicher Zeitaufwand ein zunehmendes „Grenzunbill“ (als Gegenteil von Nutzen) hat. Der Nutzen des zusätzlichen Entgelts kann durchaus unter das zusätzliche „Unbill“ sinken – der WU wollte vielleicht niemals einen Vertrag mit der sich schließlich ergebenden Nutzen-Zeitaufwand-Relation abschließen. Es ist daher ganz sicher unzutreffend, dass eine Preisfortschreibung einem „allgemeinen hypothetischen Parteiwillen“ (den es sowieso nicht gibt) entspricht.⁵² Dagegen, dass es nicht sein darf, dass der WU im Falle unerwarteter Erschwernis an seinen „schlechten“ Preis gebunden sein soll, ließe sich einwenden, dass der WB spiegelbildlich ja auch an einen allenfalls „guten“ Preis gebunden wäre und dass somit eine gerechte Risikoverteilung vorliegt. Das würde aber übergehen, dass sich der Umstand, der zur Erschwernis führt, ja auf der Seite des WB ereignet und daher eigentlich ihm „anzulasten“ ist. Es würde außerdem übersehen, dass dem WB eine Option offen steht, die der WU nicht hat: Eine Abbestellung (siehe oben).

9. Erschwernis beim Einheitspreis- und Regiepreisvertrag

An dieser Stelle ist vorab zu betonen, dass bei einem Einheitspreisvertrag (Vertrag, dem ein Leistungsver-

zeichnis⁵³ zu Grunde liegt) die Kalkulation nicht (sic!) offengelegt wird: Es handelt sich bei den darin genannten Einheitspreisen nämlich nur um Daten zur Entgeltmittlung.

Bei einem mit Einheitspreisen versehenen Leistungsverzeichnis handelt es sich jedenfalls nicht um eine „Speisekarte“, aus der sich der Bauherr beliebig sein „Menü“ zusammen stellen kann.⁵⁴ Ein Einheitspreisvertrag wird nicht abgeschlossen, um ein flexibles Instrument zu schaffen, wenn Leistungsänderungen erwartet werden.⁵⁵ Vielmehr wird ein Einheitspreisvertrag dann abgeschlossen, wenn die ganz genaue Ermittlung der erforderlichen Mengen („Massen“) mit mehr oder weniger großem Aufwand verbunden und daher unwirtschaftlich wäre (durch eine präzise Mengenermittlung wird das Werk an sich nicht billiger – es wird im Endergebnis durch die Kosten der Mengenermittlung sogar teurer). Grundsätzlich gilt beim Einheitspreisvertrag: Die einzelnen Mengen stehen bei Vertragsabschluss fest, sind aber noch nicht bekannt.

Eine allfällige Erschwernis kann nicht einfach dadurch abgegolten werden, dass eine „passende“ Position gesucht wird und der dort ausgewiesene Einheitspreis bezahlt wird. Der WU hat die ungestörte Werkleistung seiner Preisbildung zu Grunde gelegt, nicht jedoch die Erschwernis. Auch beim Einheitspreisvertrag gilt: Vielleicht verfügt der WU gar nicht über ausreichend viele Produktionsfaktoren, um die Erschwernis (nochmals: die ja unvermutet von der Seite des WB kommt!) zu bewältigen.

Dies hat auch die Judikatur erkannt: *„Daraus folgt, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für deren in Auftrag gegebenen Mehr- bzw zusätzlichen Leistungen das angemessene Entgelt (§ 1152 ABGB) schuldet. Der zweiten Instanz ist darin beizupflichten, dass die im (ursprünglichen) Anbot für die Position 3003 eingesetzten Einheitspreise nicht ohne weiteres für die Mehr- bzw zusätzlichen Leistungen herangezogen werden können, weil die Kalkulationen üblicherweise mengenabhängig sind“.*⁵⁶

Das für den Einheitspreisvertrag Gesagte gilt auch für den Regiepreisvertrag: Soll nicht überhaupt ein Dienst-,

50 Zum Begriff zB *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik⁹ Kap 4.

51 Näheres zB bei *Wenusch*, Überlegungen zur Höhe des Schmerzensgeldes, *AnwBl* 1997, 706 (709).

52 So aber *Kodek*, Mehrkosten beim Bauvertrag – Business as usual? in *ÖGeBau* (Hrsg) Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, 228 und darauf verweisend *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *ABGB*³ § 1168 Rz 138.

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

54 Vgl *Wenusch*, Häufige Irrtümer bei der Beurteilung von Mehrkostenforderungen in der Baubranche, *ZRB* 2017, 149.

55 So aber OGH 20.02.2018, 4 Ob 28/18y: *„Ein Einheitspreisvertrag wird daher vor allem dann gewählt, wenn von den Vertragsparteien Leistungsänderungen erwartet werden“* mit Verweis auf *Tomek* in *Müller/Stempkowski* 43, der aber dort *„Änderungen des Pauschalpreises“* (sic!) durch *„Zusatzleistungen“* behandelt. Tatsächlich führt *Tomek* aaO 35 aus: *„Der [Bauherr] hat gemäß ABGB jedoch grundsätzlich nicht das Recht, das von ihm bestellte Werk nach Vertragsabschluss einseitig abzuändern“*.

56 OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i.

sondern ein Werkvertrag abgeschlossen werden, steht die Werkleistung bei Vertragsabschluss fest, auch wenn die Einzelheiten (insbesondere das Ausmaß) noch nicht bekannt sind – die Abrechnung erfolgt nach Verbrauch der Produktionsfaktoren zu den vereinbarten Ansätzen. Wie beim Einheitspreisvertrag hat der WU die ungestörte Werkleistung seiner Preisbildung zu Grunde gelegt. Ein Regiepreisvertrag mit einseitigem Leistungsänderungsrecht des WB (dies dürfte der häufigste Fall des Regiepreisvertrages sein) kommt einem Dienstvertrag mit Akkordentlohnung wohl recht nahe. Und für Dienstverträge regelt § 1155 (2) ABGB (wortgleich mit § 1158 (1) ABGB), dass bei Zeitverlust eine angemessene Entschädigung gebührt. Daraus, dass es nicht einfach lautet „so gebührt ihm auch dafür (gemeint: der Zeitverlust) das Entgelt“, ist ersichtlich, dass die „*angemessene Entschädigung*“ etwas anderes ist als das für diese Zeit vereinbarte Dienstentgelt.

10. Ökonomische Analyse

Der WU ist mit der Ungewissheit belastet, möglicherweise zusätzliche Leistungen, deren Erfordernis er nicht zu vertreten hat, erbringen zu müssen, die er nicht vorhergesehen hat und die er in seiner Planung für den Einsatz der Produktionsfaktoren nicht berücksichtigen hat können.

Der letzte Satz von § 1168 (1) ABGB stellt klar, dass ihm für diese zusätzlichen Leistungen ein zusätzliches Entgelt zusteht.

Hat der WU nun knapp kalkuliert (was vorausgesetzt wird), so droht ihm ein Verlust, wenn dieser knappe Preis auch für die wohl eher teureren zusätzlichen Leistungen fortgeschrieben würde.

Dieses Risiko würde ein objektiv (risikoneutral) kalkulierender WU mit einem Risikozuschlag bewerten – der für die ursprüngliche Leistung angebotene Preis würde dadurch teurer. Käme es schließlich zu keinerlei Erschwernissen (weil der WB die für die Herstellung des Werks erforderlichen Leistungen genau analysiert und präzise beschrieben hat), so wäre es für den WB ein „schlechtes Geschäft“.

Kurzum: Eine Pflicht, einen schlechten Preis auf Erschwernisse fortzuschreiben, ist nicht im Interesse des WB (zumindest nicht im Interesse eines WB, der „seine Hausaufgaben“ sorgfältig gemacht hat).

Gesamtwirtschaftlich betrachtet könnte man freilich einwenden, dass der Grundsatz „Guter Preis bleibt gu-

ter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ Bieter (als zukünftige WU) zu objektiver Preisermittlung animiere – das Risiko, durch die Fortschreibung eines schlechten Preises einen Verlust einzufahren, kann so vermieden werden. Dieses Argument übersieht allerdings, dass auch die Fortschreibung eines „neutralen“ Preises die durch eine Erschwernis entstehenden zusätzlichen Kosten nicht unbedingt decken muss: Die Kosten für zusätzliche Leistungen, die unvorhergesehen zu erbringen sind, liegen wohl zumeist über den Kosten für „in Ruhe und mit Voraussicht“ kalkulierte Leistungen.

11. Die prozessuale Behandlung

Fast schon emotional wird die Debatte über Beweisfragen in Zusammenhang mit dem zusätzlichen Entgelt für Erschwernisse geführt. Dies überrascht etwas, weil die Sache nicht so kompliziert erscheint: Jede Partei muss die für sie günstigen Tatsachen behaupten und beweisen – das ist Lehrbuchwissen.⁵⁷ Dabei gibt es keinen *numerus clausus* an Beweismitteln.⁵⁸

Oben wurde dargestellt, dass es zwei Arten von Verkürzung des WU gibt: Erstens zusätzliche Kosten und zweitens eine Bereicherung des WB.

In beiden Fällen muss der WU zunächst die anfänglich vereinbarte Werkleistung darstellen, weil darauf alle weiteren Schritte aufbauen. Dabei ist zwar auch das Werk als Ziel beachtlich, nur kommt vor allem den vereinbarten Umständen (insbesondere der Zeit) besondere Bedeutung zu.

Zu beweisen und zu behaupten ist dann, dass die Abweichung von der anfänglich vereinbarten Werkleistung

1. tatsächlich vorgelegen ist (eine Werkleistung unterscheidet sich von einer andern jedenfalls dann, wenn sich die Quantität oder Qualität der Produktionsfaktoren unterscheidet; eine Werkleistung kann sich von einer anderen aber auch dann unterscheiden, wenn das selbe Ausmaß an den selben Produktionsfaktoren eingesetzt wird, weil sich die Umstände (praktisch wohl immer die Zeit) unterscheiden können)
2. für den WU beschwerlich war (die Frage der Erschwernis ist von der Frage der Verkürzung zu trennen – es ist entscheidend, ob arbeitswissenschaftlich betrachtet die tatsächlich ausgeführte Werkleistung aufwändiger ist)
3. notwendig war, um das gewünschte Werk herzustellen

57 Vgl zB *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 816.

58 Vgl zB *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 851: „Soweit ihre Verwertung nach den (zwingenden) „allgemeinen Bestimmun-

gen über den Beweis und die Beweisaufnahme“ (§§ 266-291 ZPO) möglich ist, können daher alle Erkenntnisquellen als Beweismittel zugelassen werden“ (Hervorhebung im Original).

4. bei mehreren möglichen Varianten die günstigste war (bloße Kausalität iSe conditio sine qua non zu fordern greift wohl zu kurz, weil dadurch eventuell auch gar nicht notwendige Abänderungen umfasst wären)
5. durch Umstände, die auf der Seite des WB gelegen sind, verursacht wurde.

Und natürlich ist die Angemessenheit des Entgelts für die durch die Erschwernis eingetretene Verkürzung zu behaupten und zu beweisen. Die Verkürzung kann in

zusätzlichen Kosten für den WU bestehen und/oder darin, dass der WB ein aufwändigeres Werk erhalten hat. Zusätzliche Kosten sind „wie üblich“ zu beweisen. Eine allfällige Bereicherung ist wohl dadurch zu ermitteln, dass man von dem angemessenen Entgelt für die tatsächlich erbrachte Werkleistung das angemessene Entgelt der ursprünglichen Werkleistung abzieht. Der WB muss wohl behaupten und beweisen, dass die vom WU behauptete Erschwernis für diesen bei der ihm zumutbaren Sorgfalt vorhersehbar war.

Fazit

In der Diskussion um die Entlohnung von Erschwernissen argumentieren Juristen und Techniker (was „Baubetriebswirte“ beinhaltet) offenbar, ohne sich Gedanken über die Mikroökonomie und Betriebswirtschaftslehre zu machen. Die Wirtschaftswissenschaften sind allerdings Sozialwissenschaften, die über weite Strecken das Verhalten der Wirtschaftsakteure beschreiben und nach Begründungen dafür suchen. Insbesondere wenn man nach einem hypothetischen Parteiwillen sucht, wäre die Betriebswirtschaftslehre wohl sehr häufig sehr hilfreich. Es lassen sich aber auch Erkenntnisse gewinnen über den Willen der Vertragsparteien und darüber, ob dieser Wille auch vom anderen Vertragspartner erkannt werden muss.

Speziell darüber, wie WU ihre Preise bilden, scheinen sich insbesondere Juristen keine Gedanken zu machen. Die Bildung des Preises wird oft mit der Plankostenrechnung gleichgesetzt und dass WU durchaus auch Gewinn „einkalkulieren“, scheint unbekannt zu sein. Geschuldet wird beim Werkvertrag nicht das Werk „an sich“, sondern dessen Herstellung. Eine Erschwernis der Herstellung (der Werkleistung) führt nun zu einer gesetzlichen An-

passung des Schuldverhältnisses, wobei das Werk unverändert das Ziel bleibt. Die Erschwernis der Herstellung ist zu entgelten, wobei zusätzlich notwendige Kosten und/oder eine Bereicherung des WB auszugleichen sind.

Eine bloße Erschwernis berechtigt den WU nicht, den Werkvertrag aufzuheben. Vielmehr ist er verpflichtet, etwas anderes zu leisten, als er bei Vertragsabschluss erwarten durfte (es ist wohl für eine Anpassung des Entgelts erforderlich, dass die Erschwernis unvorhersehbar war). Und das, obwohl die Erschwernis von der Seite des WB stammt (bei gründlicher Analyse hätte er diese oft bereits anfänglich beschreiben können). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Wohltat für den WB durch die Fortschreibung eines „schlechten“ Preises noch verstärkt werden soll.

Die Anpassung des Entgelts gemäß § 1168 (1) ABGB hat wie die Ermittlung des angemessenen Entgelts gemäß § 1152 ABGB nach objektiven Kriterien zu erfolgen.

Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, Rechtsanwalt, kanzlei@ra-w.at.