

Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen? – Epilog 1: Skaleneffekte

Der Abhandlung „Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen“ seien noch ein paar betriebswirtschaftliche Binsenweisheiten nachgereicht, die im juristischen Diskurs völlig unbekannt zu sein scheinen.

Deskriptoren: Ökonomisches Prinzip, Ausschreibung, Leistungsverzeichnis, Bauwirtschaft, Skaleneffekte, Produktivität, Lernkurve, hypothetischer Parteilille, subjektive Äquivalenz.

Von Hermann Wenusch

1. Das ökonomische Prinzip

Einem allfälligen Widerspruch „die betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse sind für juristische Überlegungen doch völlig irrelevant, weil es nur auf den Vertragsinhalt ankommt“ sei entgegnet: Der Mensch ist ein ökonomisches Wesen („homo oeconomicus“), dessen Verhalten ganz wesentlich (wenn nicht sogar ausschließlich) vom ökonomischen Prinzip bestimmt wird¹: Wie kann ein bestimmter Erfolg mit möglichst wenig Mitteleinsatz erreicht werden bzw wie kann man mit bestimmten Mit-

teln den größtmöglichen Erfolg erzielen? Das ökonomische Prinzip darf keinesfalls mit Gier oder Selbstsucht verwechselt werden: Auch ein asketischer Altruist verfolgt Ziele – und orientiert sich dabei am ökonomischen Prinzip! Plastisch ausgedrückt: Auch ein Armenpriester in einer brasilianischen Favela macht sich Gedanken darüber, wie er seine äußerst beschränkten Mittel bestmöglich einsetzen kann.

Das ökonomische Prinzip ist solch eine Selbstverständlichkeit (selbst Pflanzen wachsen am kürzesten Weg zum Licht!), dass seine Bedeutung manchmal nicht erkannt wird.

Tatsache ist aber, dass nicht nur das Handeln jedes Menschen durch das ökonomische Prinzip bestimmt wird, sondern jeder Mensch auch von allen anderen annimmt, dass dies bei jenen ebenfalls zutrifft. Und genau das ist der Grund, weshalb das ökonomische Prinzip für die Ermittlung eines Vertragsinhaltes von Bedeutung ist: Jeder redliche Empfänger einer Willenserklärung muss bei deren Interpretation wohl zumindest „mitbeden-

1 Woll, Volkswirtschaftslehre¹⁶ Kap 2.

ken“, dass derjenige, der die Erklärung abgibt, das ökonomische Prinzip verfolgt. Es wird daher wohl den schlüssigen Vertragsinhalt bestimmen – und damit sehr wohl für juristische Erörterungen von Bedeutung sein. Für die Bauwirtschaft im Allgemeinen und den Fall einer Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis im Speziellen bedeutet dies, dass Bieter selbstverständlich versuchen werden, durch allfällige Diskrepanzen zwischen den in einer Ausschreibung angegebenen Mengen und der erwarteten Wirklichkeit einen Vorteil zu ziehen (dh „spekulieren“). Das sollte nicht nur jedermann klar sein, sondern es ist tatsächlich jedermann bewusst, wie wohl jeder potentielle Bauherr bestätigen wird.

2. Skaleneffekte

Skaleneffekte sind ein grundlegendes (betriebs- oder auch volks-)wirtschaftliches Phänomen: Die Menge des Mitteleinsatzes („Input“) ist danach nicht direkt proportional zur Menge des Ergebnisses („Output“). Dies sei an einem simplen Beispiel demonstriert: Wenn acht Mitarbeiter acht Werkzeuge benötigen, um eine bestimmte Arbeit zu erledigen, wie lange benötigen dann 16? Man mag wohl geneigt sein, prompt „vier“ zu antworten, nur wird man sich diese Antwort sofort verkneifen, wenn man sich ein konkretes Bild macht – etwa acht Anstreicher, die ein Gebäude ausmalen. Die doppelte Anzahl schafft die Arbeit nämlich sicher nicht in der halben Zeit. Dass Input und Output nicht direkt proportional („linear“) sind, wird spätestens dann klar, wenn man nicht vom doppelten sondern vom zehnfachen Einsatz ausgeht: 80 Anstreicher erledigen die Arbeit nicht innerhalb von ein paar Stunden an einem einzigen Tag! Sie passen zugleich nicht einmal richtig in das Gebäude. Und nur weil sie zehn Mal so viele sind, trocknet die Grundierung, die vor dem endgültigen Anstrich aufzubringen ist, auch nicht schneller.

Bei dieser Überlegung stellt sich außerdem eine weitere Frage: Woher soll das Malerunternehmen denn die zusätzlichen Arbeiter nehmen? Schließlich hat es kein „Reservoir“, aus dem es nach Belieben Personal schöpfen kann. Heutzutage können zwar Arbeitskräfte recht schnell angemietet werden, nur ändert sich bei deren Einsatz – wie bei jedem Einsatz zusätzlichen Personals – die Produktivität; dies selbst dann, wenn es sich um fleißige und leistungsfähige Personen handelt. Grund dafür ist ein weiterer Skaleneffekt: die Lernkurve. Dieses Phänomen ist jedermann spätestens dann bekannt, wenn er schon einmal zwei völlig idente Selbstbaumöbel zusammengebaut hat: Beim Ersten steht man „wie die Kuh vor dem neuen Tor“, beim Zweiten geht's dann schon viel schneller. Und bei einem Dritten ginge es dann abermals etwas schneller – auch wenn der Zeitgewinn nicht mehr so groß ist. Ab irgendeinem Stück stellt

sich dann Routine ein und der Zusammenbau jedes weiteren Stücks dauert so lange wie der des vorherigen.

Zurück zum einleitenden Beispiel: Bei mehreren Anstreichern gibt es auch mehrere „Anlertage“.

Es stellt sich die Frage, wie es denn „in die andere Richtung“ aussieht – schaffen vier Anstreicher die Arbeit in 16 Tagen? Bei der Beantwortung soll zunächst wieder die Steigerung versucht werden: Schaffen 0,8 Anstreicher (dh eine Person, die täglich nur acht Zehntel der normalen Tagesarbeitszeit arbeitet) die Arbeit in 80 Tagen? Sicher nicht! Der Grund dafür liegt in der simplen Erkenntnis, dass zwei Arbeiter im Allgemeinen mehr schaffen, als bloß ein einziger: Der müsste nämlich – bildlich gesprochen – immer von der Leiter steigen, wenn er ein anderes Werkzeug benötigt, was ihm eine zweite Person rasch reichen könnte; er müsste außerdem viele Hilfskonstruktionen für Tätigkeiten bauen, die man alleine nicht ohne weiteres bewältigen kann. Umgangssprachlich ausgedrückt: „Einer alleine richtet gar nichts aus!“

Aber gibt es vielleicht einen Bereich unterhalb des erwähnten Zehnfachen, in dem sich die durchschnittliche Produktivität nicht signifikant ändert? Schaffen also zB 7 Anstreicher die Arbeit in rund 9,14 Tagen? Grundsätzlich ist dies sehr wohl durchaus möglich. Vielleicht sind die Sieben sogar pro Person produktiver – immerhin sind ja zB nur sieben statt acht „Anlernungen“ nötig (siehe oben). Doch ist auch hier wiederum zu bedenken, dass das Unternehmen eben kein Reservoir hat, in welchem man Arbeiter jederzeit kostenfrei (sic!) parken kann. Arbeitskräfte könnten natürlich freigesetzt werden, um bei Bedarf wieder eingestellt zu werden – nur ist fraglich, ob beizeiten dann auch das benötigte Personal kurzfristig verfügbar ist.

Die Alternative zur Freisetzung ist die Verlagerung auf andere Baustellen. Nur stellt sich dort das oben dargestellte Problem, das in Zusammenhang mit Personalaufstockungen einhergeht.

Die bisherigen Überlegungen zur Produktivität lassen sich graphisch mittels Produktivitätsfunktionen² darstellen: Typischerweise steigt die durchschnittliche Produktivität zunächst überproportional bis sie dann zuletzt wieder sinkt.

Es gibt neben der Produktivität einen weiteren Skaleneffekt: Die Fixkostenumlage. Können die Fixkosten auf eine größere Zahl an Einheiten umgelegt werden, so sinken die durchschnittlichen Gesamtkosten pro Einheit. Werden zB mit einem LKW acht statt vier Tonnen transportiert, so halbieren sich die Transportkosten pro Tonne. Doch gibt es auch hier Grenzen zu beachten: Ist eine

2 Zum Begriff siehe zB *Lechner/Egger/Schauer*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre²⁶ (2003) 426 ff.

neunte Tonne nötig und passt diese nicht mehr auf den LKW, so muss dieser für diese eine Tonne nochmals fahren – die gesamten Transportkosten steigen um 100 %, obwohl die transportierte Menge bloß um 12,5 % gestiegen ist – die Belastung mit Transportkosten pro Einheit steigt von der achten auf die neunte Tonne um 77,78 %.

3. Judikatur zu unvorhergesehenen Entwicklungen

Soweit überblickbar, stand am Anfang der Rechtsprechung zu Anpassungen bei unvorhergesehenen Entwicklungen, dass der hypothetische Parteiwillen zu ermitteln sei:

- „Treten nach Abschluss des Geschäftes Konfliktsfälle auf, die von den Parteien nicht bedacht und daher auch nicht ausdrücklich geregelt wurden, dann ist unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen und des von den Parteien verfolgten Zwecks zu fragen, welche Lösung redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten“.
- „Haben die Vertragsschließenden den eingetretenen Problemfall nicht geregelt, so ist der Vertrag ergänzend auszulegen. Dafür kommen vor allem der hypothetische Parteiwille, die Übung des redlichen Verkehrs sowie Treu und Glauben in Frage“.
- „Die Frage, was die Parteien gewollt hätten, hätten sie für sie unvorhersehbare Entwicklungen bedacht,

kann sich aus der Natur und dem Zweck des Vertrages, aus Vorverhandlungen oder anderen „Umständen des Geschäftes“ beantworten“.

Später kam hinzu, dass die subjektive Äquivalenz – dh das Austauschverhältnis – zu wahren sei.³

Bei der Suche nach einem hypothetischen Parteiwillen sind sicher Skaleneffekte zu berücksichtigen: Hätte der davon Betroffene bis zum Vertragsabschluss von den später eingetretenen Änderungen erfahren, so hätte er wohl die Skaleneffekte entsprechend berücksichtigt. Die Vorgabe, dass sich die subjektive Äquivalenz nicht ändern dürfe, ändert daran zunächst einmal nichts, sofern die subjektive Äquivalenz nicht als „lineare Fortschreibung“ von Leistung und Gegenleistung (miss)verstanden wird!

Ein Festhalten an der subjektiven Äquivalenz kann natürlich für einen Vertragspartner irgendwann auch keinesfalls gewollte Auswirkungen haben, weil zB der absolute Betrag der Kostenunterdeckung die „Schmerzgrenze“ des Unternehmers oder das zu zahlende Entgelt die vorhandenen Mittel des Bestellers übersteigt. Die subjektive Äquivalenz steht dann im Widerspruch zum hypothetischen Parteiwillen, weil niemand einen für sich ruinösen Vertrag abgeschlossen hätte.

3 OGH 06.04.2005, 9 Ob 62/04i: „Es muss die subjektive Äquivalenz zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewahrt bleiben“.

Fazit

1. Die Auslegung von Willenserklärungen ist am „Empfängerhorizont“ zu messen.⁴ Dabei ist zu bedenken, dass es notorisch ist, dass der Mensch vom ökonomischen Prinzip gelenkt wird. Auch wenn der rechtsgeschäftliche Verkehr nicht dazu missbraucht werden darf, „einen anderen hineinzulegen“,⁵ sondern sich ehrlich abspielen soll, ist nicht davon auszugehen, dass es dem Willen der Parteien entspricht, ein ökonomisch „ausgewogenes“ oder „gerechtes“ Ergebnis zu erzielen – das ist ebenso Allgemeinwissen wie die Tatsache, dass die Eigenkosten nicht die

(einzige) Determinante für den von einem Bieter genannten Preis sind.⁶

2. Selbst wenn man alle preispolitischen Maßnahmen, die sich nicht auf Eigenkosten stützen, außer Acht lässt, lässt sich ein Vertrag nicht ohne weiteres „fortschreiben“, wenn dieser an geänderte Umstände angepasst werden soll.
3. Ein Festhalten an der subjektiven Äquivalenz bei „geänderten Verhältnissen“ kann zu einem Ergebnis führen, das nicht mit dem hypothetischen Parteiwillen vereinbar ist.

7 Vgl Rummel in Rummel, ABGB³ § 914 Rz 4.

8 OGH zuletzt 07.08.2008, 6 Ob 146/08a.

9 Die Tageszeitung KURIER zitiert zB am 12.7.2013 die Wiener Stadtbauinspektorin Brigitte Jilka: „Natürlich hängt die Kostengestaltung auch von den Auftragslagen der diversen Firmen ab“.