

Hermann Wenusch

# DER BAUWERKVERTRAG ALS EINHEITSPREIS- VERTRAG

## Auswirkungen quantitativer Änderungen

**Bei Bauwerksverträgen sprechen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen oft dagegen, daß bereits vorab die Quantitäten des Leistungsinhaltes präzise ermittelt werden. Statt dessen wird dann ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen, bei dem sich das zu zahlende Entgelt aus der Leistung ergibt, die der Unternehmer tatsächlich erbringt. Doch sind Einheitspreisverträge nicht beliebig flexible Verträge, weil der Unternehmer bei seiner Kalkulation ein bestimmtes Werk gesamthaft betrachten muß. Wird ein gleichsam anderes Werk erbracht, so verlieren die ursprünglichen Kalkulationsansätze jede Bedeutung.**

Stichworte: Einheitspreiskalkulation – Einheitspreisvertrag – Mengenänderung

### 1. Begriff des Einheitspreisvertrages

Beim Einheitspreisvertrag<sup>1)</sup> wird das zu erbringende Werk in Teilleistungen,<sup>2)</sup> die sogenannten Einheiten, aufgeteilt. Wie diese Einheiten gebildet werden ist eine Frage der Betriebswissenschaft und vermag in diesem Zusammenhang nicht zu interessieren. Jede dieser Einheiten wird mit einem Preis, dem sogenannten Einheitspreis,<sup>3)</sup> bewertet. Die Gegenleistung (Bezahlung) ist dann die Summe der zur Erbringung der Gesamtleistung tatsächlich erbrachten Teilleistungen jeweils multipliziert mit deren Preis.<sup>4)</sup>

### 2. Zweck des Einheitspreisvertrages

Bei Bauvorhaben läßt sich im voraus nicht mit wirtschaftlichem Aufwand präzise feststellen, in welchem Umfang die einzelnen Teilleistungen tatsächlich erforderlich sein werden, um das gewünschte Werk zu realisieren. Solche „Unschärfen“ – aus wirtschaftlichen Gründen in Kauf genommene Planungsungenauigkeiten – ergeben sich häufig fast zwingend aus der Inhomogenität der Natur.

Der Besteller möchte aber möglichst genau wissen, mit welchem Preis er zu rechnen hat, der Unternehmer andererseits möchte sicherstellen, daß er die von ihm erbrachte Leistung entsprechend ver-

gütet bekommt. Es wird daher – im allgemeinen vom Besteller – zunächst eine Prognose erstellt, mit welchen Einheiten in welchem Umfang zu rechnen ist.<sup>5)</sup> Der Unternehmer preist dann die Einheiten entsprechend aus.

Daraus ergeben sich folgende Vorteile:

- der potentielle Besteller erfährt mit welchem Preis (ungefähr) zu rechnen ist und die Angebote von verschiedenen Unternehmern sind vergleichbar
- es ist für den Besteller nicht notwendig, den Umfang der Einheiten auf „Gramm und Millimeter“ zu ermitteln, was wahrscheinlich mit relativ hohen Kosten verbunden wäre, die aber das Werk an sich nicht billiger machen, sondern „nur“ größere Sicherheit bezüglich des Preises schaffen würden
- der ausführende Unternehmer bekommt die tatsächlich erbrachte Leistung vergütet; sein Angebot ist nicht gezwungenermaßen spekulativ, da er eben nicht alle Eventualitäten berücksichtigen und bewerten muß – eine „seriöse“ Kalkulation ist möglich.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Zweck des Einheitspreisvertrages darin besteht, daß „eine enge Beziehung und Abhängigkeit der Vergütung von der wirklichen Leistung geschaffen werden“:<sup>6)</sup> Der Besteller soll nicht mehr und nicht weniger bezahlen, als er tatsächlich erhält – der Unternehmer soll nicht mehr und nicht weniger erhalten als er tatsächlich leistet.<sup>7)</sup>

1) Zum grundsätzlichen Begriff s beispielsweise Vygen, Bauvertragsrecht Rz 678; Heiermann et al, Handkommentar zur VOB<sup>7</sup> A § 5; Nicklisch/Weick, VOB/B<sup>2</sup> Rz 24 zu § 2.

2) Zum Begriff s beispielsweise Ingenstau/Korbion, VOB<sup>11</sup> Rz 7 zu B § 5.

3) Vgl beispielsweise Locher, Das private Baurecht<sup>6</sup> Rz 181.

4) Vgl dazu beispielsweise ÖNORM B 2110 Pkt 1.2.6.

5) Diese Prognose wird üblicherweise Leistungsverzeichnis genannt.

6) Heiermann et al, Handkommentar zur VOB<sup>7</sup> Rz 2 zu A § 5 unter Berufung auf Ingenstau/Korbion, VOB<sup>11</sup> Rz 3 zu A § 5.

7) Ganz deutlich tritt dies zutage, wenn eine Preisanpassungsklausel für Leistungsänderungen (dazu noch unten) vereinbart wird, oder wenn beispielsweise Risiken, die in der neutralen Sphäre liegen und daher grundsätzlich vom Unternehmer zu tragen wären, davon abweichend verteilt werden (zB Entschädigung von Stillstandzeiten aufgrund von Schlechtwetter).

### 3. Die Auspreisung eines Einheitspreisvertrages

Der Unternehmer muß bei der Kalkulation der geschuldeten Leistung zwei Ebenen betrachten. Einerseits den Preis der einzusetzenden Produktionsfaktoren und andererseits, was noch viel wichtiger ist, das anzuwendende Arbeitsprogramm (von markt- und preispolitischen Überlegungen einmal abgesehen).

Produktionsfaktoren sind alle jene Leistungen, die zur Errichtung des Werkes notwendig sind, also Arbeit, Betriebsmittel und Werkstoffe.<sup>8)</sup>

Das Arbeitsprogramm ist jenes Verfahren, mit dem die Produktionsfaktoren kombiniert werden, um daraus das bestellte Werk zu erstellen. Das Arbeitsprogramm beeinflusst demgemäß Art, Menge und Zusammensetzung der Produktionsfaktoren.

Anders als die Preise der Produktionsfaktoren, die durch den Unternehmer kaum beeinflussbar und die im großen und ganzen für alle Mitbewerber gleich sind, ist das Arbeitsprogramm die „Spezialität“ des Unternehmers. Sein Wissen um die ökonomischste Faktorallokation<sup>9)</sup> kann ihm den entscheidenden Vorsprung vor seinen Mitbewerbern bringen. Dabei darf aber keinesfalls übersehen werden, daß bei vielen „Maßanfertigungen“ das Arbeitsprogramm in seinen Grundzügen durch den Typ des bestellten Werks vorgegeben ist und der Spielraum des Unternehmers eingeengt ist. So muß – ein triviales Beispiel – bei einem Haus immer zuerst der Keller errichtet werden. Das Arbeitsprogramm wird zudem wesentlich (wahrscheinlich gleich stark wie durch den Typ des Werkes) durch die Prognose der Teilleistungen vorbestimmt – um bei dem Beispiel zu bleiben, das Arbeitsprogramm ist ein jeweils anderes, wenn für die Fundierung ein und desselben Hauses einmal 50 m<sup>3</sup> und einmal 500 m<sup>3</sup> benötigt werden, etwa weil der Boden im ersten Fall homogen, tragfähig und standfest, im zweiten aber das genaue Gegenteil davon ist.

Zur eigentlichen Kalkulation: Der Unternehmer muß zuerst das Arbeitsprogramm festlegen. Erst dann können die erforderlichen Produktionsfaktoren und deren Preise ermittelt werden. Am Anfang der Kalkulation steht also zwingend eine gesamthafte Betrachtung.<sup>10)</sup> Erst danach lassen sich die Einheitspreise ermitteln.

Zwei Beispiele: Der Gesamtpreis ein und desselben Hauses ist unterschiedlich, wenn dieses Haus einmal in dicht verbautem städtischen Gebiet mit Arbeits- und Verkehrsbeschränkungen errichtet wird und ein anderes Mal auf der „grünen Wiese“.

Der Gesamtpreis für fünf Einfamilienhäuser ist ein anderer als der für ein fünfstöckiges Hochhaus, selbst wenn die Art und Menge der Einheiten bei letzterem identisch ist mit der Menge an Einheiten, die in die fünf Einfamilienhäuser eingeflossen wären.

In beiden Fällen unterscheiden sich die Einheitspreise, obwohl sie – auf den ersten Blick – idente Leistungen betreffen: Das notwendige Arbeitsprogramm ist eben unterschiedlich.

### 4. Der Schuldinhalt (die Leistung)

Es ist ersichtlich, daß nicht „irgend ein Werk“, sondern „das Werk“ geschuldet wird. Dieses Werk ist

zwar auch definiert durch seine quantitative Beschreibung, aber dies ist fast nur nebensächlich. Zentraler Inhalt dessen, was geschuldet wird, ist vielmehr das ganz spezielle Werk, das im Bauvertrag beschrieben ist.<sup>11)</sup>

Daraus folgt, daß nicht nur die Beschreibungen der einzelnen Einheiten, die sogenannte Leistungsbeschreibung, Inhalt des Einheitspreisvertrages wird.<sup>12)</sup> Die Aufgliederung in Positionen ist nämlich lediglich ein abrechnungstechnisches Verfahren,<sup>13)</sup> um den Entgeltsanspruch des Unternehmers präzise zu ermitteln, nicht jedoch von vornherein ein Instrument zur Verteilung der Risiken.<sup>14)</sup>

Dies läßt sich griffig zusammenfassen: Der Einheitspreisvertrag ist keine Preisliste! Er ist keine „Speisekarte“, aus der sich der Besteller nach Belieben ein „Menü“ zusammenstellen kann. Das wäre – übertrieben dargestellt – so, als würde ein Besteller einmal eine allgemeine und alle denkbaren Teilleistungen umfassende Ausschreibung an alle Unternehmen richten und dann bei konkretem Bedarf das Unternehmen beauftragen, bei dem die Multiplikation der tatsächlich gewünschten Einheiten mit dem jeweiligen Einheitspreis den geringsten Wert ergibt. Solch ein Verfahren mag zwar tatsächlich vorkommen, es handelt sich dann jedoch eben um Preislisten oder Rahmenverträge,<sup>15)</sup> bei denen die Einheiten einzeln angeboten werden, nicht jedoch um Einheitspreisverträge.

Der dargestellte Grundsatz, daß ein Einheitspreisvertrag keine Preisliste ist, wird mitunter auch ausdrücklich vereinbart: Dann nämlich, wenn der Besteller in irgendeiner Form eine Garantie für die Richtigkeit der Angaben abgab, auf die der Unternehmer dann seine Berechnungen stützen mußte;<sup>16)</sup> beispielsweise wenn ein Ersatz für Minderleistungen oder Leistungsentfälle vereinbart wird.<sup>17)</sup>

### 5. Das Entgelt (die Gegenleistung)

Die schwerlich vorherzusagende Inhomogenität der Natur und das Wesen einer Prognose, als eine mit gewissen Unsicherheiten behafteten Vorschau, bewirken, daß sich das schließlich gebührende Entgelt im allgemeinen vom prognostizierten Preis unterscheidet („Angebotspreis ist nicht Abrechnungspreis“).<sup>18)</sup>

Weiters soll untersucht werden, welche Auswirkungen eine „nur“ quantitativ unrichtige Prognose auf den Entgeltsanspruch des Unternehmers hat (dh es werden tatsächlich nur solche Teilleistungen erbracht, die auch prognostiziert wurden, ihre Quantität[en]

8) Vgl dazu beispielsweise *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre: Die Produktion.

9) Kombination der Produktionsfaktoren.

10) Vgl dazu *Bauer*, Baubetrieb<sup>22</sup>, 572 f.

11) Eine Vielzahl von Determinanten legt das geschuldete Werk fest: Ort und Zeit(-punkt und Dauer) der Leistung, Umstände der Leistungserbringung, die sich wiederum aus der Prognose der Teilleistungen ergeben usw.

12) Verfehlt daher *Locher*, Das private Baurecht<sup>6</sup> Rz 181.

13) Vgl beispielsweise *Ingenstau/Korbion*, VOB<sup>11</sup> Rz 8 zu A § 5.

14) Verfehlt daher *Enders*, VOB/B und BGB-Bauvertrag im Rechtsvergleich 67.

15) Vgl dazu *Heiermann et al*, Handkommentar zur VOB<sup>7</sup> Rz 1 ff zu A § 5 b.

16) Keinesfalls verwechselt werden darf dies mit einer Mengengarantie des Unternehmers!

17) So beispielsweise ÖNORM B 2110 Pkt 2.23.10.

18) Siehe beispielsweise *Vygen*, Bauvertragsrecht Rz 679.

wurde[n] aber unrichtig prognostiziert). Dabei wird unterschieden, ob diese quantitative Abweichung „gering“, „mittel“ oder „total“ ist.<sup>18a)</sup>

- Folgende Annahmen werden dabei getroffen:
- der Unternehmer ist verpflichtet, das vom Besteller gewünschte Werk herzustellen, obwohl die Prognose nicht zutrifft;
  - der Besteller hat die Abweichung von der Prognose zu vertreten (zu bezahlen);<sup>19)</sup>
  - es bestehen keine Quantitätsgarantien<sup>20)</sup> und die Leistung erfolgt an dem Ort und zu jener Zeit, die ursprünglich vereinbart wurden.

Diese Annahmen sind zwar leicht zu treffen – im konkreten Einzelfall ist aber vor allem die Überprüfung, ob die ersten beiden – Leistungspflicht des Unternehmers und Zahlungspflicht des Bestellers – tatsächlich gerechtfertigt sind, ein keinesfalls zu unterschätzendes Problem.

### a) . . . bei geringer quantitativer Abweichung

Als „gering“ soll eine quantitative Abweichung dann bezeichnet werden, wenn das Arbeitsprogramm unverändert auch dann gewählt worden wäre, wenn sie im voraus bekannt gewesen wäre. Beispielsweise wäre auf einer Baustelle die gleiche Mannschaft, die gleiche Gerätschaft und die gleichen arbeitstechnischen Verfahren zur Anwendung gekommen.

Als Entgelt gebührt das Produkt aus tatsächlich erbrachten Einheiten und jeweiligem Einheitspreis. Mit geringen quantitativen Abweichungen von der Prognose muß gerechnet werden. Die große – sogar wahrscheinlich an Sicherheit grenzende – Wahrscheinlichkeit, daß die Prognose geringfügig ungenau ist, ist ja der Grund, wieso überhaupt ein Einheitspreisvertrag geschlossen wird.<sup>21)</sup>

Zur Illustration: Ein Besteller und ein Unternehmer schließen einen Einheitspreis-Werkvertrag über die Errichtung von fünf (gleichen) Einfamilienhäusern auf einem bestimmten Grundstück; es stellt sich heraus, daß zufolge einer geringen Unregelmäßigkeit im Baugrund bei einem Haus statt 100 m<sup>3</sup> Fundamentbeton 102 m<sup>3</sup> verbaut werden müssen. Der Unternehmer erhält den ursprünglich vereinbarten Einheitspreis für alle 102 m<sup>3</sup>, obwohl die ihm entstehenden Kosten pro tatsächlich erbrachter Einheit wohl etwas geringer sind, da beispielsweise die fixen Kosten für die Betonpumpe zunächst auf 500 m<sup>3</sup> umgerechnet, dann aber „502 mal verdient“ wurden.

### b) . . . bei mittlerer quantitativer Abweichung

Als „mittel“ soll eine quantitative Abweichung dann bezeichnet werden, wenn das gewählte Arbeitsprogramm zwar qualitativ unverändert gewählt, allerdings anders dimensioniert worden wäre, wenn die Abweichung im voraus bekannt gewesen wäre. Beispielsweise wäre eine reduzierte, allerdings gleich zusammengesetzte Mannschaft und die gleichen Gerätetypen, allerdings mit geringerer Nennleistung eingesetzt worden. Jedenfalls wäre aber das gleiche Ar-

beitsverfahren unverändert zur Anwendung gekommen.

Eine solche mittlere quantitative Abweichung führt – zum Unterschied zu einer geringen Abweichung – dazu, daß unter anderem der Produktionsfaktor „Betriebsmittel“ falsch dimensioniert ist, wodurch auch die Einheitspreise unrichtig kalkuliert sind.<sup>22)</sup> Beispielsweise wurden die Kosten des Produktionsfaktors „Betriebsmittel“ auf eine viel größere Zahl an Einheiten aufgeteilt als dann tatsächlich geleistet wurden und können daher nicht gänzlich „verdient“ werden. Dieser „Fehler“ läßt sich allerdings leicht korrigieren: Es ist zu ermitteln, um wieviel sich der jeweilige Einheitspreis geändert hätte, wenn man bei der Kalkulation zwar die nunmehr falsche Dimensionierung der Betriebsmittel vorgenommen, allerdings die tatsächlichen Quantitäten berücksichtigt hätte.

Sofern nichts anderes vereinbart wurde, so ist die Risikotragung gleich wie bei der oben beschriebenen geringen qualitativen Änderung, nur würden die Auswirkungen des Prognosefehlers eben stärker „spürbar“.<sup>23)</sup>

Tatsächlich werden – „um die Kirche im Dorf zu lassen“ – bei Einheitspreisverträgen oft Einheitspreis-Anpassungen für den Fall vereinbart, daß die quantitativen Änderungen ein bestimmtes Maß<sup>24)</sup> überschreiten. Um den Sinn und Zweck des Einheitspreisvertrages aufrechtzuerhalten, sollten dabei im voraus Methoden zur Ermittlung der neuen Einheitspreise festgelegt werden.<sup>25)</sup>

Zur Illustration: Bei den gleichen Voraussetzungen wie oben kann eines der Häuser nicht gebaut werden, da der dafür vorgesehene Anteil des Grundstücks für einen Straßenbau enteignet wurde. Obwohl für die vier Häuser ein billigerer Turmdrehkran mit etwas kürzerem Ausleger ausgereicht hätte, wurde aufgrund des ursprünglichen Arbeitsprogramms, das aufgrund der zunächst geplanten fünf Häuser erstellt wurde, tatsächlich ein nun zu großer und zu teurer Kran eingesetzt. Die Kosten des teuren Krans wurden auf die Menge an Einheiten für fünf Häuser umgelegt. Wenn der Unternehmer nun aber weniger Einheiten leistet und für die tatsächlich geleisteten Einheiten nur den vereinbarten Preis erhält, so bekommt er die Kosten seines Krans nur teilweise vergütet.

18a) Quantitative Abweichungen werden auch Mengenabweichungen genannt.

19) Beachte in diesem Zusammenhang die „Sphärentheorie“, wonach den Besteller die Gefahr für Ereignisse aus seinem Bereich trifft; vgl dazu beispielsweise: *Krejci* in Rummel, ABGB<sup>2</sup> Rz 7f zu § 1168 und *derselbe*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko?

20) Wie beispielsweise Pkt 2.23.10 der ÖNORM B 2110.

21) Vgl *Nicklisch/Weick*, VOB/B<sup>2</sup> Rz 32 zu § 2.

22) Obwohl natürlich nach wie vor die gleiche Menge des Produktionsfaktors „Werkstoff“ pro Einheit aufgewendet werden muß.

23) An dieser Stelle muß wahrscheinlich an die getroffenen Grundannahmen erinnert werden.

24) Bemerkenswerterweise – weil betriebswissenschaftlich vollkommen widersinnig – stellt Pkt 2.23.6 der erwähnten ÖNORM B 2110 nicht auf das quantitative Ausmaß der Änderung ab, sondern darauf, inwieweit sich quantitative Änderungen auf die Preissumme mehrerer Positionen bzw den Gesamtpreis auswirken, wenn die ursprünglichen Einheitspreise angesetzt werden!

25) Nicht präzise genug sind daher beispielsweise die Bestimmungen der erwähnten ÖNORM B 2110.

### c) . . . bei totaler quantitativer Abweichung

Als „total“ soll eine quantitative Abweichung dann bezeichnet werden, wenn das gewählte Arbeitsprogramm grundsätzlich anders gewählt worden wäre, wenn sie im voraus bekannt gewesen wäre. Beispielsweise wäre auf einer Baustelle eine anders zusammengesetzte Mannschaft, andere Gerätetypen und vor allem ein anderes Arbeitsverfahren zur Anwendung gekommen. Der Unternehmer muß umfassend reagieren: Anders als bei der mittleren Abweichung kann er nicht mit seinem ursprünglich gewählten Arbeitsprogramm – zwar suboptimal aber doch – weiterarbeiten, er muß vielmehr das Arbeitsprogramm grundsätzlich umstellen.<sup>26)</sup>

Anders als bei einer mittleren Abweichung, kann auf die Ansätze der ursprünglichen Kalkulation überhaupt nicht mehr zurückgegriffen werden.<sup>27)</sup> Ursprüngliche Kalkulationsansätze sind nicht mehr anwendbar und werden bedeutungslos.<sup>28)</sup>

Der ursprüngliche Einheitspreisvertrag an sich kann bei einer solchen Konstellation seinen Zweck nicht mehr erfüllen. Er ist eben kein „beliebig flexibler Vertrag“, der an alle möglichen Gegebenheiten angepaßt werden kann (siehe oben).<sup>29)</sup> In dem Fall einer totalen quantitativen Änderung wird gleichsam ein anderes Werk erstellt als das, das ursprünglich Vertragsinhalt war, selbst wenn im äußerlichen Ergebnis teilweise Übereinstimmung besteht.<sup>30)</sup>

Zur Illustration: Bei gleicher Ausgangslage wie oben, kann plötzlich nur ein einziges Haus gebaut werden. Dadurch wird der Einsatz eines Turmdrehkranes vollkommen unwirtschaftlich, ebenso der Einsatz eines eigenen Baggers. Der bereits installierte Turmdrehkran wird daraufhin demontiert und ein stationäres Hebezeug installiert, da dies in Summe noch immer billiger ist, als den Kran fast ungenützt auf der Baustelle zu belassen. Statt des eigenen Baggers wird ein regionaler Subunternehmer beschäftigt, dessen Kosten pro Stunde zwar viel höher sind als die des eigenen Baggers, der aber auch stundenweise abrufbereit ist.

Der Unterschied, ob ein Haus statt fünf Häusern errichtet wird, ist nicht als simple Division darstellbar, auch wenn sich alle Häuser haargenau gleichen. Es handelt sich vielmehr um Unvergleichbares, genauso als ob ein fünfstöckiges Haus statt fünf Einfamilienhäuser errichtet wird, selbst wenn die gleichen Mengen der gleichen Baustoffe verwendet werden. Nämliches gilt auch, wenn die gleichen fünf Häuser statt ringförmig in einer Reihe angeordnet werden.

Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich daraus? Unter den getroffenen Annahmen soll der ursprüngliche Vertrag nicht gänzlich wegfallen.

Da aber die beabsichtigten Regelungen über das Entgelt unanwendbar wurden (keine der Parteien wollte ursprünglich das entsprechende Risiko weder selbst übernehmen, noch dem anderen aufbürden – s dazu oben den Zweck des Einheitspreisvertrages), muß diesbezüglich eine ergänzende Vertragsauslegung<sup>31)</sup> erfolgen. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ist hier vor allem zu erforschen, wieso sich die Vertragspartner überhaupt für einen Einheitspreisvertrag entschieden: Der Besteller soll be-

zahlen, was er erhält, und der Unternehmer soll das vergütet bekommen, was er erstellt. Das Risiko soll ausgewogen verteilt werden und „wilde Spekulationen“ sollen vermieden werden, wie gezeigt wurde.

Ganz deutlich tritt das übrigens dann hervor, wenn eine Einheitspreis-Änderungsklausel vereinbart wurde, auch dann, wenn sie gar nicht mehr Anwendung finden können, da sie höchstens für mittlere Änderungen brauchbar sind.<sup>32)</sup> Anpassungsklauseln gehen davon aus, daß die Kalkulation angepaßt werden kann. Bei einem als Folge einer totalen Mengenänderung gleichsam anderen (neuen) Werk ist aber eine Anpassung nicht möglich.<sup>33)</sup> Was hätten redliche und vernünftige Personen vereinbart?

Hätte der Unternehmer von den Änderungen bereits anfänglich gewußt, so hätte er gänzlich anders kalkulieren müssen. Diese andere Kalkulation ist grundsätzlich der Entlohnung für seine tatsächliche Leistung zu Grunde zu legen.

Veranstaltet der Besteller ursprünglich einen Wettbewerb, so ist aber zu berücksichtigen, daß er auch bezüglich des neuen Werkes nur dann mit dem Unternehmer abgeschlossen hätte, wenn dieser Bestbieter gewesen wäre. In diesem Fall läßt sich der hypothetische Parteiwillen wahrscheinlich relativ leicht ermitteln, wenn man zwei – sicherlich sehr praxisnahe – Annahmen trifft:

1. Der Unternehmer möchte Bestbieter sein.
2. Der geringste Preis, der ggf vom Sachverständigen als noch angemessen erachtet wird, entspricht dem Preis, den der Bestbieter in einer theoretischen neuen Ausschreibung angeboten hätte.

In einem ersten Schritt kann man also sagen, daß der hypothetische Parteiwillen auf das geringste, noch angemessene Entgelt gerichtet war.<sup>34)</sup>

26) Es ist durchaus möglich, daß sich ein Werk aus mehreren Teilwerken zusammensetzt, die voneinander vollkommen unabhängig sind (beispielsweise ein Haus und die dazugehörige Zufahrtsstraße). Beeinflussen sich die einzelnen Arbeitsprogramme überhaupt nicht und tritt nur bei einem Teilwerk eine totale quantitative Änderung auf, so gelten die weiteren Ausführungen nur hinsichtlich dieses einen Teilwerkes.

27) Möglicherweise, gleichsam zufällig, können sich aber unter Umständen beispielsweise die Preisansätze für den Produktionsfaktor „Werkstoffe“ gleichen; dann etwa, wenn für das neue Werk am gleichen Ort zur gleichen Zeit die gleiche Menge an einem Werkstoff benötigt wird.

28) Vgl dazu *Ingenstau/Korbion*, VOB<sup>11</sup> Rz 314 zu B § 2.

29) Vgl dazu *Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, Österreichisches Anwaltsblatt 1996, 825: „Selbst der beste Vertrag kann später Zweifel aufwerfen, mit denen zuvor kein vernünftiger Mensch [. . .] rechnen mußte. Den schlechthin wasserdichten Vertrag gibt es wohl höchstens in einfach gelagerten Fällen.“

30) Mußte ein ganz anderes Arbeitsprogramm Anwendung finden, so handelt es sich dennoch um ein anderes Werk.

31) Zum Begriff vgl beispielsweise *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz 9f zu § 914.

32) Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang auch auf Pkt 2.23.3 der ÖNORM B 2110 hinzuweisen: Preisänderungen müssen danach nicht besonders angekündigt werden, wenn „der Anspruch auf Preisänderung“ offensichtlich ist; totale Änderungen sind wohl immer offensichtlich.

33) Zu den möglichen Ausnahmen s oben.

34) Mitunter (beispielsweise *Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, Österreichisches Anwaltsblatt 1996, 824) wird die Meinung vertreten, daß dann, wenn eine Lücke durch dispositives Recht geschlossen werden kann, keine ergänzende Vertragsauslegung stattzufinden hat, sondern eben das dispositive Recht anzuwenden ist. Auf die vorliegende Untersuchung umgelegt würde dies bedeuten, daß ein angemessenes Entgelt iS des § 1152 ABGB zu zahlen ist und daß die weiteren Überlegungen überflüssig sind, sofern sie sich mit Verfahren zur Ermittlung des Preises beschäftigen.



Von dem solcherart ermittelten Entgelt sind dann – in einem möglicherweise weiteren Schritt – markt- und preispolitische Zu- und Abschläge hinzu- bzw. wegzurechnen, wenn der Unternehmer solche auch bezüglich des ursprünglichen Werkes in Ansatz brachte: Es kann wohl mit gutem Grund angenommen werden, daß er diese auch angesetzt hätte, wenn er gleich den Preis für das dann tatsächlich erstellte Werk angeboten hätte, allerdings ist das Ausmaß ungewiß. Ein marktpolitischer Abzug muß aber betragsmäßig mit der Höhe des ursprünglichen Abschlages begrenzt sein, da nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, daß der Unternehmer mehr als diesen Betrag „investieren“ wollte. Der Abzug kann aber selbstverständlich auch geringer ausfallen. Ein Extrembeispiel: Nahm der Unternehmer beim ursprünglichen Werk mit Selbstkosten von 2 Millionen einen marktpolitischen Abschlag von 1 Million vor, so bedeutet dies nicht automatisch, daß er das neue Werk mit Selbstkosten von nur 1 Million dann gratis erstellen will.

Nicht fortgeschrieben werden können Irrtümer und Fehleinschätzungen, die dem Unternehmer ursprünglich unterliefen.<sup>35)</sup>

Ein weiterer Gedanke, der die dargestellten Überlegungen unterstützt: Im allgemeinen erstellt der Besteller die Prognose, beispielsweise die sogenannten „Ausschreibungsunterlagen“, aufgrund welcher der Unternehmer zunächst sein Arbeitsprogramm festlegt und daraufhin seine Einheitspreise ermittelt. Der Besteller haftet nun für die „Tauglichkeit“ des von ihm beigestellten Materials, auch wenn den Unternehmer ein Mitverschulden trifft.<sup>36)</sup> Zu den vom Unternehmer

zur Verfügung gestellten Materialien zählen ua Pläne und daher sicher auch Ausschreibungsunterlagen. Auch daraus ergibt sich, daß ein Unternehmer nicht an die von ihm angebotenen Einheitspreise „gefesselt“ sein kann, wenn er gleichsam ein anderes, als das von ihm aufgrund der Ausschreibungsunterlagen zunächst angebotene Werk errichten muß: Jedes Werk erfordert ein besonderes Arbeitsprogramm und jedes Arbeitsprogramm verursacht wiederum andere Kosten!

## 5. Offen gebliebene Fragen

Im Rahmen der dargestellten Überlegungen wurden ausschließlich die Auswirkungen quantitativer Änderungen bearbeitet. Mindestens gleich umfangreiche Überlegungen sind anzustellen, wenn die Auswirkungen von qualitativen<sup>37)</sup> Änderungen sowie wenn die Auswirkungen von „bestellten“ Änderungen der Verfahrensweise untersucht werden.<sup>38)</sup>

Durch verschiedene Annahmen wurden die dargestellten Ausführungen kurz gehalten, sodaß die eigentliche Kernaussage deutlich wird und klar hervortreten kann. Die Überprüfung, ob diese Annahmen im konkreten Einzelfall tatsächlich gerechtfertigt sind, ist ein umfangreiches Unterfangen, das weiteren Bearbeitungen vorbehalten werden muß.

35) Vgl dazu *Karollus* aaO 825: „Keinesfalls soll also vom Richter eine bereits im Vertrag angelegte Ungleichgewichtslage auch bei der Vertragsergänzung [nach dem hypothetischen Parteiwillen] fortgeschrieben werden.“

36) Vgl dazu beispielsweise OGH in 1 Ob 690/84 und 3 Ob 548/86.

37) Verwiesen sei beispielsweise auf *Karasek*, ÖNORM B 2110 (in Vorbereitung).

38) Unter einer „bestellten“ Änderung der Verfahrensweise soll verstanden werden, daß der Unternehmer das Werk nicht so errichten soll, wie er dies ursprünglich plante, obwohl Quantität und Qualität der Teilleistung der Prognose entsprechen (verfahrenstechnische Änderungen).

Ein Einheitspreisvertrag dient zur Bestimmung des schlußendlich zustehenden Entgelts, das für ein bestimmtes Werk zu entrichten sein wird; er ist keine Preisliste, aus der sich der Besteller wahlfrei Einheiten aussuchen kann, um daraus ein beliebiges Werk zusammenzustellen.

Ändern sich die zur Errichtung eines Werkes erforderlichen Quantitäten gegenüber der ursprünglichen Prognose so grundsätzlich und umfassend, daß ein neues Arbeitsprogramm notwendig ist, so handelt es sich bei dem dann tatsächlich erstellten Werk gleichsam um ein anderes, als das ursprünglich vereinbarte.

Gebührt dann nicht ohnehin ein „angemessener Preis“, so ist der Preis durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens festzustellen.