

Die approbierte Originalversion dieser Diplom-/Masterarbeit ist an der Hauptbibliothek der Technischen Universität Wien aufgestellt (<http://www.ub.tuwien.ac.at>).

The approved original version of the diploma or master thesis is available at the main library of the Vienna University of Technology (<http://www.ub.tuwien.ac.at/en/web/>).

Professional MBA
Facility Management



Nachträge zu Bauwerkverträgen aus Sicht des Auftraggebers

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Business Administration“

eingereicht bei
RA Dr. Wolfram Proksch

Mag. Katharina Nowotny

9401648

Wien, am 26.3.2010

Eidesstattliche Erklärung

Ich, Mag. Katharina Nowotny, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, „Nachträge zu Bauwerkverträgen aus Sicht des Auftraggebers“, 76 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 26.3.2010

Unterschrift

Eine alte Bau-Regel besagt: "Jeder Handgriff kostet ein paar Tausender. Jeder falsche Handgriff das Doppelte¹."

¹ Ute Woltron, Der Standard, Album A 3, 25.7.2009.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	7
1.1	Motivation	7
1.2	Problemdefinition und –abgrenzung	9
1.3	Aufbau und methodische Vorgangsweise	10
2	Das Entstehen von Nachträgen	11
2.1	Definition des Begriffs	11
2.2	Historische Entwicklung	12
2.3	Nachtragsgründe	14
2.3.1	Allgemeines	14
2.3.2	Nicht beeinflussbare Nachtragsursachen	16
2.3.3	Beeinflussbare Nachtragsursachen	17
3	Rahmenbedingungen für Bauwerkverträge	19
3.1	Gesetzliche Grundlagen	19
3.1.1	Der Werkvertrag und "klassische" Vertragsmodelle	19
3.1.2	Die vertraglichen Sphären	22
3.1.3	Die gesetzlichen Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung	23
3.1.4	Die gesetzlichen Bestimmungen zur Preisvereinbarung	27
3.1.5	Die gesetzlichen Bestimmungen zu Vertragsänderungen	30
3.2	ÖNORMEN	32
3.2.1	Entstehung und zivilrechtliche Bedeutung	32
3.2.2	Die Bestimmungen der ÖNORMen zur Leistungsbeschreibung	34
3.2.3	Die Bestimmungen der ÖNORMen zu Preisvereinbarungen	36
3.2.4	Die Bestimmungen der ÖNORMen zu Vertragsänderungen	39
3.3	Grenzen der Privatautonomie	44
3.3.1	Vertragsauslegung	44
3.3.1.1	Die Auslegung von Verträgen	44
3.3.1.2	Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	47
3.3.1.3	Die Auslegung von Leistungsverzeichnissen	49
3.3.1.4	Die Auslegung von ÖNORMEN	51
3.3.1.5	Die Reihung der Vertragsbestandteile	51
3.3.2	Unmöglichkeit und Sittenwidrigkeit	52
3.3.3	Wegfall der Geschäftsgrundlage und Beweggrund	57
3.3.4	Irrtum	58

4	Alternative Gestaltungsmöglichkeiten	63
4.1	Alternative Vertragsmodelle.....	63
4.1.1	Allgemeines	63
4.1.2	Garantierter Maximalpreis	64
4.1.3	Partnering	69
4.1.4	Value-Engineering	70
4.1.5	Simultaneous Engineering.....	70
4.2	Streitbeilegung.....	71
5	Schlussfolgerungen und Checkliste	72

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
ATS	Schilling
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BVergG	Bundesvergabegesetz 2006
E	Entscheidung
EUR	Euro
EVU	Energieversorgungsunternehmen
f.	und der, die folgende
ff.	und die folgenden
GMP	Garantierter Maximalpreis
GU	Generalunternehmer
idF	in der Fassung
lit.	litera
LV	Leistungsverzeichnis
Mio	Millionen
MKF	Mehr-/Minderkostenforderung
ÖBA	örtliche Bauaufsicht
ÖBB	Österreichische Bundesbahnen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖNORM	Österreichische Norm; ÖNORM B 2110 Ausgabe 2009-01-01
RIS	Rechtsinformationssystem des österreichischen Bundeskanzleramts
RGBI.	Reichsgesetzblatt
S.	Seite
Vgl.	vergleiche
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen (Deutschland)
v.a.	vor allem
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
z.B.	zum Beispiel

1 EINLEITUNG

1.1 Motivation

Unter einem „*Nachtrag*“ wird in dieser Arbeit die Geltendmachung eines über den ursprünglich vereinbarten Werklohn hinausgehenden Vergütungsanspruchs durch den Werkunternehmer verstanden.

Die Verhandlung von Nachträgen zu Bauwerkverträgen erlangt in der Baupraxis einen immer höheren Stellenwert². Diese Verhandlungen verursachen für die Parteien des Bauwerkvertrages Personalkosten und Rechtsberatungskosten und binden Ressourcen, die für die eigentliche Vertragsabwicklung benötigt würden. Berechtigte Nachtragsforderungen des Werkunternehmers führen außerdem zu höheren, oftmals außerbudgetären, Baukosten.

Werkbesteller und Werkunternehmer befinden sich bei Abschluss eines Bauwerkvertrages in einem klassischen Zielkonflikt. Während der Auftraggeber daran interessiert ist, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt Klarheit über die gesamten Baukosten und den Zeitplan zu haben, möchte der Auftragnehmer ein aus seiner Sicht möglichst wirtschaftliches Angebot erstellen, um den Auftrag zu erhalten. Auftraggeber missbrauchen bei der Vertragserstellung ihre wirtschaftliche Machtposition und vertreten die Mentalität "Wer zahlt schafft an."³. Aus der Perspektive des Werkunternehmers ist es vorteilhaft, das Bau-Soll möglichst eng zu definieren, weil sich dann in der Ausführungsphase die Möglichkeit zu Nachträgen ergibt, die zu einer zusätzlichen Vergütung für ihn führen. Der Werkbesteller möchte seinerseits, eben um das Nachtragspotential möglichst zu vermindern, das Bau-Soll so umfassend wie möglich beschreiben⁴.

Vertragsverfasser auf der Seite des Werkbestellers, versuchen daher, Bauwerkverträge von Anfang an so zu gestalten, dass Nachträge nicht entstehen können.

² Reister, 2007, S. IX.

³ Oberndorfer, 2003, S. 37.

⁴ Reister, 2007, S. 24 f.

Bei der Vertragsgestaltung ist zu beobachten, dass viele Bauwerkverträge aus der persönlichen Geschichte ihrer Vertragsverfasser entstehen. Die in der Vergangenheit im Zuge der Vertragsabwicklung aufgetretenen Probleme werden im jeweils nächsten Vertragstext berücksichtigt. Dadurch werden Verträge sowie Allgemeine Geschäftsbedingungen immer ausführlicher und enthalten immer schärfere Bestimmungen⁵, ohne dass dies zur Vermeidung späterer Konflikte beitragen würde.

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertrag sind in Vertragsverhältnissen zwischen Unternehmern grundsätzlich dispositiv⁶. Die österreichische Rechtsprechung setzt der Gestaltungsfreiheit, die das Gesetz den Vertragsparteien einräumt, allerdings deutliche Grenzen (vgl. Kapitel 3.3). So sprach der OGH zu einem besonders umfangreichen Bauwerkvertrag mit zahllosen Anlagen aus⁷:

„Es ist nicht Aufgabe des OGH ein [...] unklares und widersprüchliches Vertragswerk auszulegen. Es ist nicht seine Sache, die Sorglosigkeit von in derartigen Angelegenheiten versierten Vertragsparteien in eigener Sache zu sanieren. Es wäre vielmehr Aufgabe der am Abschluss derartiger Bauverträge Interessierten, ein einheitliches Vertragswerk zu erstellen.“

Weichen Bestimmungen eines Bauwerkvertrages ohne sachliche Begründung von den gesetzlichen Bestimmungen oder den einschlägigen ÖNORMen ab, sieht die Rechtsprechung sie oftmals als sittenwidrig und daher nichtig an.

Ziel dieser Arbeit ist es, aus der Sicht eines nicht-öffentlichen Auftraggebers darzustellen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich bestehen, in wie weit der Auftraggeber, mangels gesetzlicher Grundlagen, vertragliche Regelungen treffen muss bzw. innerhalb welcher Grenzen er dazu überhaupt berechtigt ist.

⁵ Lechner, 2010, S. 9.

⁶ Eine Ausnahme stellt das Recht des Auftragnehmers auf Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB, auf das nicht verzichtet werden kann.

⁷ OGH 30.1.1997, 8 Ob 2350/96p

1.2 Problemdefinition und –abgrenzung

Diese Arbeit behandelt die zivilrechtlichen Möglichkeiten des Werkbestellers, vertragliche Risiken, die zu Nachträgen führen können, im Bauwerkvertrag auf den Werkunternehmer zu überwälzen bzw. einmal geschlossene Verträge nachträglich abzuändern.

Im Bauwerkvertragsrecht sind dabei nicht nur die Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zu beachten, sondern insbesondere auch die Vorgaben der Bauwerkvertragesnormen ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118.

Da Allgemeine Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen im Bauwerkvertragsrecht eine große Rolle spielen und Werkbesteller gerade in diese für den Werkunternehmer nachteilige Klauseln einbauen, geht diese Arbeit auch auf die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit dieser Bedingungen ein. Nicht behandelt werden die gerade im Vertragsverhältnis mit einigen der in Österreich wichtigsten öffentlichen Auftraggebern üblichen Geschäftsbedingungen, wie z.B. die RVS für Straßen- und Brückenbau, die Allgemeinen Vertragsbedingungen der ÖBB oder mancher EVUs⁸.

Da diese Arbeit die Sicht eines nicht-öffentlichen Auftraggebers behandelt, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG), das sich an öffentliche Auftraggeber richtet, grundsätzlich im Detail behandelt. Allerdings hat die im Zuge dieser Arbeit durchgeführte Analyse der Rechtsprechung gezeigt, dass auch private Auftraggeber gut daran tun, die Wertungen des Bundesvergabegesetzes zu kennen. Soweit das Gesetz nämlich nur "Selbstverständliches" widergibt⁹, gelten die Bestimmungen auch für Bauwerkverträge, die private Auftraggeber abschließen. Aus diesem Grund wird an den passenden Stellen auch auf Bestimmungen des BVerG verwiesen. Das BVerG hat außerdem für Bauwerkverträge neue Begrifflichkeiten eingeführt, die von denjenigen des ABGB abweichen¹⁰. So verwendet das BVerG anstelle des Begriffs "Werkbesteller" den Begriff "Auftraggeber" und anstelle des Begriffs "Werkunternehmer" den Begriff "Auftragnehmer"¹¹.

⁸ Raaber, 2007, S. 9.

⁹ Vgl. Karasek, 2009, S. 56 zu § 96 Abs. 1 BVerG.

¹⁰ Der Auftrag ist in § 1002 ABGB als anderer Vertragstypus geregelt. Vgl. Wenusch, 2009, S. 28.

¹¹ Diese Begriffe werden daher auch in dieser Arbeit synonym verwendet.

In Fällen, die nach österreichischem Recht nicht (ausreichend) geregelt sind, wird auch ein Vergleich zur deutschen Rechtslage gezogen. Die deutsche Literatur ist im Bereich des Bauwerkvertragsrechts deutlich umfangreicher als die österreichische.

1.3 Aufbau und methodische Vorgangsweise

Die Arbeit stellt eingangs die häufigsten Nachtragsursachen dar. Weiters werden die zivilrechtlichen Grundlagen des Bauwerkvertrages und die Möglichkeiten einer nachträglichen Vertragsänderung behandelt. Im Anschluss daran geht die Arbeit auf die Grenzen ein, die die Rechtsprechung den Vertragsparteien bei der Gestaltung von Bauwerkverträgen setzt. Schließlich stellt die Arbeit Alternativen zum "klassischen" österreichischen Bauwerkvertrag dar. Abschließend bildet eine Checkliste einen Überblick über diejenigen Themen, die bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden sollten, um eine möglichst nachtragsfreie Vertragsabwicklung zu gewährleisten.

Die Sammlung des Materials erfolgte durch das Studium österreichischer und deutscher Literatur sowie der österreichischen Rechtsprechung. Relevante Judikate werden an passender Stelle auch im Detail erörtert.

2 DAS ENTSTEHEN VON NACHTRÄGEN

2.1 Definition des Begriffs

Der in der Praxis verwendete Begriff "Nachtrag", der auch dieser Arbeit zu Grunde liegt (vgl. Kapitel 1.1), ist in Österreich gesetzlich nicht definiert.

Auch für Deutschland führen *Elwert/Flassak*¹² zur Definition des Nachtrags aus:

"Weder im gesetzlichen Werkvertragsrecht nach BGB noch in der VOB/B wird der Begriff des Nachtrags verwendet. Es handelt sich hier nicht um einen Rechtsbegriff, sondern um eine in der Baupraxis etablierte Bezeichnung für die nachträgliche Geltendmachung von Vergütungsanpassungen oder den Anspruch auf Bauzeitverlängerung durch den Auftragnehmer, begründet durch eine nach Vertragsabschluss eingetretene Veränderung des Bauinhalts oder der Bauumstände."

*Reister*¹³ versteht unter einem Nachtrag die "Anpassung der Vergütung für eine vom Bau-Soll abweichende Leistung" und definiert folgende Einflussgruppen für Nachtragsursachen:

- Mangelhafte Leistungsbeschreibung
- Verletzung der Mitwirkungspflichten des AG
- Anordnungen des AG
- Sonstige Einflüsse: z.B. Witterungseinflüsse, höhere Gewalt

*Reister*¹⁴ schlägt folgenden Aufbau eines Nachtrags vor:

- Nachtragsbegründung
- Nachtragskalkulation
- Nachtragsangebot

¹² Elwert/Flassak, 2005, S. 9.

¹³ Reister, 2007, S. 227.

¹⁴ Reister, 2007, S. 275.

2.2 Historische Entwicklung

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Bauwerkvertrag sind im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) geregelt.

Rechtshistorisch betrachtet ist der Werkvertrag ein Vertragstypus, der im ursprünglichen ABGB aus 1812 nicht enthalten war. Erst seit 1.1.1917¹⁵ enthält das ABGB Bestimmungen zum Werkvertrag. Regelungen über den Werkvertrag finden sich auch seither nur in den §§ 1152 sowie 1165 bis 1171 ABGB. Im Jahr 2002 wurden die bis dahin unterschiedlichen Gewährleistungsbestimmungen zwischen Kauf- und Werkvertrag vereinheitlicht (§ 1167 ABGB¹⁶), im Jahr 2007 wurde zu Gunsten des Werkunternehmers eine Sicherstellungsregelung für den Werklohn eingeführt (§ 1170b ABGB¹⁷). Davon abgesehen sind die gesetzlichen Regelungen seit 1917 unverändert geblieben.

Die für Bauwerkverträge derzeit vor allem relevanten ÖNORMen sind:

- die ÖNORM B 2110 "Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen", Ausgabe 1.1.2009,
- die ÖNORM B 2118 "Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten", Ausgabe 1.1.2009¹⁸,
- die ÖNORM A 2050 "Vergabe von Aufträgen über Leistungen", Ausgabe 1.11.2006¹⁹.

¹⁵ Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (RGBl. Nr. 69/1916).

¹⁶ BGBl. I Nr. 48/2001, in Kraft seit 1.1.2002.

¹⁷ BGBl. I Nr. 120/2005, in Kraft seit 1.1.2007.

¹⁸ Da die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und der ÖNORM B 2118 weitgehend ident sind, werden diese in dieser Arbeit immer gemeinsam dargestellt. Soweit nicht ausdrücklich anders angeführt, gelten die Ausführungen zur ÖNORM B 2110 daher immer auch für die ÖNORM B 2118.

¹⁹ Anwendungsbereich der ÖNORM A 2050 ist die Vergabe von Aufträgen, die nicht dem BVergG unterliegen (Punkt 1. der ÖNORM A 2050).

Die erste ÖNORM für Bauwerkverträge, die ÖNORM B²⁰ 2002 "Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen", wurde 1930 herausgegeben²¹.

Während des zweiten Weltkrieges galt in Österreich die VOB, die deutsche "Verdingungsordnung für Bauleistungen". Die VOB kommt, in novellierter Form, auch heute noch in Deutschland zur Anwendung. Sie besteht mittlerweile aus drei Hauptteilen und befasst sich mit der Vergabe von Bauleistungen (VOB/A), den allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C). Die VOB/A entspricht nun in Österreich der ÖNORM A 2050, die VOB/B der ÖNORM B 2110. Die VOB muss zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden, um Gültigkeit zu haben. Öffentliche Auftraggeber sind hingegen verpflichtet, die VOB anzuwenden (vgl. zur Geltung der ÖNORMen Kapitel 3.2.1).

Die erste Auflage der ÖNORM B 2110 erschien am 1.5.1947. Sie blieb in den ersten Jahrzehnten weitgehend unverändert, wurde aber, insbesondere ab Beginn der 80er-Jahre, seither insgesamt elf Mal novelliert und zuletzt zum 1.1.2009 neu herausgegeben. Die erste Auflage der ÖNORM B 2118 erschien am 1.3.2006. Sie wurde seither bereits drei Mal novelliert und zuletzt am 1.6.2009 neu herausgegeben. Die ÖNORM A 2050 erschien erstmals am 17.7.1953. Seither wurde sie sechs Mal novelliert. Die aktuellste Fassung stammt vom 1.11.2006.

Vor allem die Zeit bis Anfang der 80er-Jahre war also in der österreichischen Bauwirtschaft von einer, im Vergleich zu heute, starken Kontinuität geprägt. Vertragliche Grundlagen waren das ABGB sowie die Bestimmungen der ÖNORMen. Bauwerkverträge wurden von Technikern gestaltet, da Herzstück des Bauwerkvertrages das Leistungsverzeichnis war. Nachträge im Zuge der Bauausführung wurden überhaupt per Handschlag ausgemacht. Es gab keine nennenswerten Gerichtsprozesse oder Insolvenzen von bzw. zwischen Bauunternehmen. Spätestens in den 80er-Jahren begann sich das Gewicht in Bauverträgen dann auf die nicht technischen Rahmen-

²⁰ Die Anfangsbuchstaben in den Normenbezeichnungen weisen auf den Fachbereich hin. "A" bedeutet "Allgemeines", "B" bedeutet "Bau" und "H" Haustechnik. Im Fachbereich Bau bezeichnen Nummern, die mit 2 beginnen, die Gruppe der Verfahrensnormen (Wenusch, 2009, S. 18).

²¹ Wenusch, 2009, S. 16.

bedingungen zu verlagern; der Einfluss von Juristen und Betriebswirten auf den Inhalt des Bauvertrages wurde immer größer und somit auch die Anzahl der Gerichtsprozesse²².

Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union führte zur Einführung eines europäischen Wettbewerbs- und Vergaberechts, das starken Einfluss auf den Markt und die Art der Vergaben von Bauwerkverträgen hatte.

Der stark gestiegene Wettbewerb am Markt ließ die Gewinnmargen schrumpfen. Derzeit können Bauunternehmen in Österreich und Deutschland eine Gewinnmarge von etwa 0,2 bis 0,5 %, maximal aber 3 % erzielen. Diese Marktsituation führt dazu, dass einige Marktteilnehmer versuchen, mit Hilfe von aktivem Claim-Management ihre geringen Margen nachträglich zu verbessern²³.

Dieser Entwicklung der letzten drei Jahrzehnte wurde in den Neufassungen der ÖNORMen B 2110 und B 2118 teilweise Rechnung getragen (vgl. Kapitel 3.2). Zu entsprechenden gesetzlichen Änderungen kam es bisher hingegen nicht.

2.3 Nachtragsgründe

2.3.1 Allgemeines

Auftraggeber versuchen, durch vorausschauende Vertragsgestaltung Einfluss auf das Entstehen von Nachtragsforderungen zu nehmen. Von der Seite des Auftragnehmers werden Nachtragspotentiale oftmals nicht aufgezeigt; vor Vertragsabschluss aus Angst davor, den Auftrag nicht zu erhalten und nach Vertragsabschluss aus Angst vor "Klimaverschlechterungen"²⁴.

Die vertraglichen Regelungen sind dabei stark von den Erfahrungen der Vertragsverfasser bei der Abwicklung vergangener Bauprojekte, inklusive dem anschließenden Führen von Bauprozessen geprägt. Jedes Bauvorhaben hat allerdings seine eigenen Rahmenbedingungen und letztlich ist kein Projekt mit dem anderen vergleichbar. Selbst wenn der Werkbesteller daher über langjährige Erfahrung verfügt

²² Raaber, 2007, S. 5 ff.

²³ Lechner, 2010, S. 7.

²⁴ Reister, 2007, S. 241.

und die bisher erlebten Schwierigkeiten auch ausreichend dokumentiert hat, lassen sich diese Erfahrungswerte nur bedingt auf künftige Projekte übertragen. Trotzdem ist es sinnvoll, nach Abschluss eines Bauprojektes eine Auflistung aller relevanten Einflussgrößen vorzunehmen, um über möglichst viele vergleichbare Daten zu verfügen, die für die zukünftige Projektplanung von Vorteil sein können²⁵.

*Reister*²⁶ empfiehlt, bei der Vertragsgestaltung und –abwicklung folgende Prinzipien zu beachten:

- Der Bauwerkvertrag sollte auf dem Prinzip der Kooperation aufgebaut sein.
- Der Vertrag sollte umfangreiche Regelungen für den Konfliktfall enthalten.
- Alle im Zuge der Vertragserrichtung bereits bekannten Probleme sollten gelöst und nicht in die Bauausführungsphase verlegt werden.
- Nach Vertragsabschluss auftretende Konflikte sollten unverzüglich gelöst werden, weil sie zu einem späteren Zeitpunkt zur Eskalation führen können und die Aufklärung des Sachverhalts sukzessive schwieriger wird.
- Kräfte, die oftmals in die Konfliktlösung investiert werden, sollten für die Erfüllung der vertraglichen Aufgaben verwendet werden.

Aus dieser Aufzählung wird deutlich, dass sich die Einflussmöglichkeiten des Werkbestellers nicht auf die Phase vor Vertragsabschluss beschränken, sondern sich auch auf die Phase der Bauausführung erstrecken. Nachtragspotentiale des Auftragnehmers können frühzeitig nur durch eine aktive und gründliche Bauaufsicht erkannt werden. Eine solche Bauaufsicht hat laufende Planvergleiche sowie Soll-Ist-Vergleiche im Hinblick auf Lohnstunden, Mengen, Material, Qualität, Subunternehmerleistungen, Termine etc. vorzunehmen. In Baubesprechungen ist dafür zu sorgen, dass entscheidungsbefugte Personen anwesend sind, um zu vermeiden, dass diese Besprechungen lediglich der "Problemanalyse" dienen²⁷. Besprechungsprotokolle, in denen es zu versteckten bzw. schleichenden Vertragsänderungen kommt, sind zu vermeiden oder unverzüglich in den Vertrag zu integrieren. Werden Nach-

²⁵ Feuerabend, 2008, S. 198.

²⁶ Reister, 2007, S. 70.

²⁷ Stempkowski, 2007, S. 106.

tragsforderungen erst im Rahmen der Abrechnung vom Auftraggeber behandelt, ist die Konfliktlösung naturgemäß deutlich schwieriger²⁸.

Ab einem Projektvolumen von mehreren zehntausend Euro bieten sich alternative Vertragsgestaltungsmethoden an, wobei nach oben hin keine Grenzen gesetzt sind²⁹ (vgl. Kapitel 4.1).

Aus einer Analyse von Konfliktursachen und Streitgegenständen bei der Abwicklung von Bauprojekten geht hervor, dass häufigste Konfliktursachen Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen, unklare bzw. mangelhafte Vertragsunterlagen und Leistungsbeschreibungen sowie fehlende oder verspätete Vorleistungen sind³⁰.

Bei den Konfliktursachen ist zu unterscheiden. Einerseits gibt es Konflikte, deren Entstehen die Vertragsparteien nicht oder nur schwer beeinflussen können, andererseits Konflikte, die die Vertragsparteien durch mangelnde Vorbereitung des Projekts verursacht haben.

2.3.2 Nicht beeinflussbare Nachtragsursachen

Nach *Reister*³¹ gibt es vor allem folgende drei Komplexe, bei denen es nach Vertragsabschluss auch ohne Zutun bzw. Verschulden einer Vertragspartei zu Änderungen kommen kann:

- das Bauwerk selbst (Material, Qualität, Umfang),
- die Rahmenbedingungen (Bauablauf, öffentlich-rechtliche Bestimmungen, Bedingungen auf der Baustelle etc.),
- die Bauzeit (Verzögerungen oder Beschleunigungen, Änderung der Jahreszeit).

Diese drei Komplexe beeinflussen einander wiederum gegenseitig. Da die Art und Bedeutung der Änderung bei Vertragsabschluss von keiner Vertragspartei vorher-

²⁸ Reister, 2007, S. 232.

²⁹ Wisser, 2007, S. 47.

³⁰ Haghsheno, 2007. S. 33.

³¹ Reister, 2007, S. 229.

gesehen werden können, muss der Vertrag flexible Lösungen für den Fall enthalten, dass es zu solchen Änderungen kommt.

Weiters ist zu bedenken, dass es natürliche Grenzen der Vollständigkeit einer Leistungsbeschreibung gibt. Eine 100%ige Genauigkeit ist bei Vertragsabschluss, der in der Regel vor Baubeginn liegt, nicht möglich.

Nach Lechner³² implizieren vernünftige Grenzen der Vollständigkeit z.B. folgende Regieanteile:

- bei Neubauten 1,0 bis 1,5 % der LV-Summe,
- bei Umbauten 2,5 bis 3,0 % der LV-Summe.

2.3.3 Beeinflussbare Nachtragsursachen

Da es aus Zeit- und Kostengründen, sowie auch auf Grund des Einflusses des BVergG, üblich wurde, die Detailplanung erst nach Vertragsabschluss durchzuführen, steht das Bau-Soll, und damit auch der Werklohn, bei Vertragsabschluss oft nicht fest.

Häufig enthält daher bereits der ursprüngliche Bauwerkvertrag Fehler oder unzureichende Angaben, die dann in der Ausführungsphase Ursache für Konflikte sind. Einige Beispiele für unzureichende Angaben sind³³:

- Aus der Leistungsbeschreibung ist der tatsächliche Schwierigkeitsgrad der Arbeiten nicht erkennbar.
- Es gibt keine Hinweise darauf, dass bestimmte Teile der Leistungen in zwingender Abhängigkeit voneinander stehen, d.h. nacheinander ausgeführt werden müssen. Wird dieser Umstand erst in der Ausführungsphase erkannt, muss oft die gesamte Konstruktion umgeplant werden.
- Der Bauablaufplan ist aus praktischen Gründen nicht durchführbar, z.B. wegen fehlenden Genehmigungen, Zufahrten, Vorleistungen etc.

³² Lechner, 2010, S. 14.

³³ Reister, 2007, S. 22 f.

- Es bestehen Widersprüche zwischen dem Leistungsverzeichnis und den beigelegten Plänen.

3 RAHMENBEDINGUNGEN FÜR BAUWERKVERTRÄGE

3.1 Gesetzliche Grundlagen

3.1.1 Der Werkvertrag und "klassische" Vertragsmodelle

Gemäß § 1151 zweiter Halbsatz ABGB entsteht ein Werkvertrag, wenn jemand die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt. Aus Judikatur und Lehre lassen sich folgende Hauptmerkmale eines Werkvertrages ableiten³⁴:

- Formfreie Vereinbarung zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller,
- Herstellung eines den Wünschen und Bedürfnissen des Werkbestellers entsprechenden Werks,
- persönliche Herstellung durch den Werkunternehmer oder durch Dritte unter persönlicher Verantwortung des Werkunternehmers (§ 1165 ABGB) und
- vertragsgemäßes und rechtzeitiges Herstellen des Werks (= eines bestimmten Erfolges) als Hauptpflicht des Werkunternehmers.

Die in der Baupraxis und Judikatur seit Jahrzehnten übliche Unterscheidung in Einheits-, Regiepreis- und Pauschalpreisvertrag kennt das ABGB hingegen nicht.

Der Einheitspreisvertrag ist die in der Baupraxis am häufigsten vorkommende Vertragsart. Die Abrechnung der Einheitspreise erfolgt nach den Mengen der erbrachten Leistungen³⁵. Diese Vertragsart setzt daher eine (weitgehend) abgeschlossene Ausführungsplanung und eine gewissenhafte Erstellung des Leistungsverzeichnisses mit Mengenangaben voraus. Das zu Leistende wird so detailliert beschrieben, dass der Werkunternehmer nur mehr seine Preise einzufügen hat³⁶.

³⁴ Vgl. Feil, 2001, S. 11 f.

³⁵ Straube/Aicher, 2000, Pkt. 3.1.3.

³⁶ Feuerabend, 2008, S. 58.

Beim Regiepreisvertrag wird vertraglich nur der Preis für eine Einheit (z.B. Leistungsstunde oder Materialeinheit) festgelegt, und nach tatsächlichem Aufwand abgerechnet³⁷.

Punkt 4.11.2.3. der ÖNORM A 2050 lautet allerdings: *"Eine Vergabe zu Regiepreisen sollte nur dann durchgeführt werden, wenn Art, Güte, und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, nicht so genau erfasst werden können, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis möglich ist und daher sinnvoller Weise nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann"*.

Auch die ÖNORM B 2110 sieht in Punkt 6.4.1. vor, dass Regieleistungen nur dann anzuordnen sind, wenn für erforderliche Leistungen keine zutreffenden Leistungspositionen vorhanden sind.

Ändern sich bei Einheitspreis- oder Regiepreisvertrag die bei Vertragsabschluss veranschlagten Mengen, ändert sich auch der Werklohn.

Hingegen steht der Werklohn bei Abschluss eines Pauschalpreisvertrages grundsätzlich fest. Unter einem Pauschalpreisvertrag versteht man einen Vertrag, in dem der Auftragnehmer die Herstellung des Werkes (= des geschuldeten Erfolges) zu einem bestimmten Preis zusagt. Aus diesem Grund werden die tatsächlich erbrachten Leistungen bei der Endabrechnung nicht ermittelt. Der Vorteil für den Auftraggeber liegt beim Pauschalpreis darin, dass der Preis vorhersehbar ist. Der Nachteil liegt darin, dass der Pauschalpreis auch nicht geringer wird, wenn der Auftragnehmer für die Erbringung der Leistung geringere Mengen aufwendet.

In Deutschland werden folgende Unterarten des Pauschalpreisvertrages unterschieden: Der Detail-Pauschalpreisvertrag ist die einfachste Form des Pauschalvertrages, bei dem die zu erbringenden Leistungen detailliert in einem Leistungsverzeichnis beschrieben werden. Die Pauschale bezieht sich nur auf die zu Grunde liegenden Leistungen. Der Auftragnehmer trägt das Mengenrisiko also nur für vertraglich vereinbarte Leistungen. Beim einfachen Global-Pauschalvertrag wird die Leis-

³⁷ Straube/Aicher, 2000, Pkt. 3.1.5.

tung ebenfalls detailliert beschrieben, aber mit Global-Elementen, wie z.B. "komplett und funktionsfähig" kombiniert. Hier trägt der Auftragnehmer ein höheres Risiko, weil er für die global beschriebenen Leistungen das Vollständigkeitsrisiko trägt. Im komplexen Global-Pauschalvertrag werden die Leistungen grundsätzlich nur global beschrieben, d.h. sie werden nicht in einem Leistungsverzeichnis aufgeschlüsselt, sondern nur pauschal funktional beschrieben. Der Auftraggeber liefert somit nur eine funktionale Beschreibung der Leistungen, die detaillierte Planungsleistung obliegt dem Auftragnehmer³⁸.

OGH 28.2.1968, 6 Ob 18/68:

"Bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreisvereinbarung darf der Unternehmer keine Preiserhöhung fordern, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erfordert als er vorhergesehen hatte. Er trägt die Gefahr der Mehrarbeit ebenso wie ihm der ganze Nutzen zufällt, wenn sich die Arbeit als billiger oder leichter herausstellt."

OGH 20.8.2002, 4 Ob 150/02s:

"Mehrkosten im Rahmen einer Pauschalpreisvereinbarung rechtfertigen grundsätzlich keine Werkloohnerhöhung, solange sie den ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalt betreffen."

Aus diesen Grundsätzen ist abzuleiten, dass auch der Pauschalpreis nicht unveränderlich ist:

OGH 29.11.2007, 1 Ob 126/07x:

"Kommt es aber nachträglich zu Änderungen des vereinbarten Leistungsinhalts, so wirken sich diese auch auf die Höhe des zu leistenden Entgelts aus. Der Besteller schuldet für die in Abänderung des Vertragsinhalts zu erbringenden Mehrleistungen ein angemessenes Entgelt, das nicht schon im Pauschalpreis inbegriffen ist."

Das Konfliktpotential beim Pauschalpreisvertrag liegt also darin, dass es bei der Bauausführung zu geänderten oder zusätzlichen Leistungen kommt. Somit muss auch beim Pauschalpreisvertrag das Bau-Soll detailliert beschrieben sein. Insbesondere müssen die gewünschte Qualität der Leistung, die Bauzeit, die Abfolge der

³⁸ Gralla, 2001, S. 65.

Leistungserbringung und die jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen der Vertragsparteien geregelt sein³⁹.

3.1.2 Die vertraglichen Sphären

*"Die Frage, welchen der Vertragsteile beim Werkvertrag die Gefahr trifft, wird im österreichischen Recht nach der Sphärentheorie beantwortet. Danach hat jeder Teil den Zufall zu tragen, der sich in seiner Sphäre ereignet"*⁴⁰.

Die Sphärentheorie teilt den Vertragsparteien das vertragliche Risiko verschuldensunabhängig zu. Es kommt dabei nur darauf an, dass die Ursache für eine Leistungsänderung der Sphäre eines Vertragspartners entspringt. Er muss diese Ursache nicht verschuldet haben, um das vertragliche Risiko daraus tragen zu müssen⁴¹.

Im ABGB kommt die Sphärentheorie dadurch zum Ausdruck, dass § 1168 Abs. 1. ABGB (vgl. Kapitel 3.1.5) definiert, dass der Werkunternehmer auch dann Entgelt erhält, wenn das Werk aus Gründen, die der Werkbesteller zu vertreten hat, unterbleibt bzw. dass dem Werkunternehmer eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er durch Zeitverlust verkürzt wurde.

Die Sphärentheorie kommt aber nicht nur in den Fällen, in denen das Werk zur Gänze nicht zur Ausführung kommt, zur Anwendung, sondern vor allem in den Fällen, in denen sich die Umstände der Ausführung nach Vertragsabschluss ändern.

Auch der ÖNORM B 2110 liegt die Sphärentheorie zu Grunde. Diese definiert Sphäre als *"vertraglich oder gesetzlich bestimmter Risikobereich des jeweiligen Vertragspartners"* (Punkt 3.13.). In Punkt 7.2. legt die ÖNORM die Sphären von Auftraggeber und Auftragnehmer in Bezug auf Leistungsabweichungen fest.

Der Sphäre des Werkbestellers ist somit im Hinblick auf die Ursachen möglicher Nachträge zuzuordnen:

³⁹ Reister, 2007, S. 211.

⁴⁰ Feil, 2001, S. 206.

⁴¹ Kropik, 2009, S. 253.

- der beige stellte "Stoff", das sind u.a. der Baugrund, Gutachten, Pläne, Anweisungen, Vorgewerke,
- Verletzung der Koordinationspflicht des Auftraggebers (auch durch Gehilfen),
- aber auch unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse, z.B. auch außergewöhnliche Witterungsverhältnisse.

Entsprechend sind dann auch Mehrkosten, die im Zuge des Bauablaufes entstehen, der jeweiligen vertraglichen Sphäre zuzuordnen, was sich nun auch in der Rechtsprechung widerspiegelt. Ging die Rechtsprechung früher (bis 1985, 5 Ob 519/85) davon aus, dass der Werkunternehmer sein Recht auf Mehrkostenvergütung verliert, wenn er diese nicht rechtzeitig anzeigt, so kommt es nach der aktuellen Judikatur darauf an, aus welcher Sphäre die Ursache für die Mehrkosten kommt (vgl. OGH 27.10.99, 1 Ob 251/99j).

Gleichlautend regelt die VOB die Risikoverteilung. Letztlich führen Ursachen, die von keiner Seite zu vertreten sind, wie z.B. Streik, höhere Gewalt, unabwendbare Umstände oder Witterungseinflüsse, mit denen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gerechnet werden musste, zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen. Das Risiko, dass das Bauwerk nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist fertig gestellt werden kann, trägt daher bei Verwirklichung eines solchen Risikos der Werkbesteller.

3.1.3 Die gesetzlichen Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung

Herzstück jedes Bauwerkvertrages ist die Vereinbarung der vertraglich geschuldeten Leistung. An der Leistungsvereinbarung bemisst sich letztlich, was geschuldet ist. Nur im Vergleich mit der Leistungsvereinbarung lässt sich beurteilen, ob der zivilrechtlich geschuldete Erfolg eingetreten ist.

Für das zivilrechtliche Zustandekommen des Bauwerkvertrages ist es allerdings nicht notwendig, dass das Bau-Soll bei Vertragsabschluss bereits bestimmt ist. Es reicht aus, wenn das Bau-Soll bestimmbar ist. Die Kriterien dafür müssen allerdings im Vertrag im Detail festgelegt werden.

Die geschuldete Leistung wird bei Bauwerkverträgen auch als "Bau-Soll" bezeichnet. Die Beurteilung, ob ein Nachtrag vorliegt, ist nur durch Vergleich zwischen Bau-Soll und Bau-Ist möglich (vgl. Kapitel 3.2.3). Das Wort "Bau-Soll" ist gesetzlich nicht definiert (vgl. zur Definition in der ÖNORM aber Kapitel 3.2.2). *Elwert/Flassak*⁴² geben folgende Definition des Bau-Solls:

"Das Bausoll wird durch die Gesamtheit aller zum Vertragsinhalt gewordenen Unterlagen bestimmt, ob unmittelbarer Vertragstext oder als Anlage zum Vertrag, verbal oder zeichnerisch. Wesentlicher Vertragsbestandteil ist die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis beim Einheitspreisvertrag oder Detail-Pauschalvertrag bzw. die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bei Funktionalausschreibungen".

Ziel der Definition des Bau-Solls ist, dass das Verständnis der Vertragsparteien über den Bauentwurf deckungsgleich ist. *Reister*⁴³ hat zur Definition des Bau-Solls ein Drei-Säulen-Modell entwickelt. Nach diesem besteht das Bau-Soll aus folgenden Komponenten:

- Welches Bauwerk?
- Unter welchen Randbedingungen?
- In welcher Bauzeit?

Die Beschreibung des Bauwerks erfordert Angaben, aus denen zu jedem Bauteil eindeutig erkennbar ist, in welcher Quantität und Qualität gebaut werden soll. Die vertraglichen Randbedingungen haben maßgeblichen Einfluss auf die Berechnung des Werklohns und die Bauzeit und sind daher unbedingter Bestandteil des Bau-Solls.

Zu den vertraglichen Randbedingungen gehören z.B. die Lage des Gebäudes selbst, die Lage des einzelnen Bauteils innerhalb des Gebäudes, die Witterungsverhältnisse und die betrieblichen Rahmenbedingungen, wie z.B. die Frage, ob während eines laufenden Betriebes gebaut wird oder während bestimmter Sperrzeiten.

⁴² Elwert/Flassak, 2005, S. 17.

⁴³ Reister, 2007, S. 3 ff.

Zuletzt ist die zur Verfügung stehende Bauzeit zu definieren. Die Bauzeit hat ebenfalls Auswirkungen auf die Berechnung des Werklohns (z.B. im Hinblick auf mögliche Materialpreis- oder Lohnsteigerungen innerhalb der Bauzeit). Je genauer die Bauzeit definiert ist, umso klarer ist bei allfälligen Verschiebungen auch die Reaktionsmöglichkeit der Vertragsparteien. In diesem Zusammenhang sollte insbesondere auch definiert werden, welche Auswirkungen eine Bauzeitverschiebung für den Werkbesteller haben kann. Bei der vertraglichen Regelung ist z.B. die Frage zu klären, ob durch die Bauzeitverschiebung Mangelfolgeschäden entstehen können und wenn ja, in welcher Höhe. Weiters hat die Bauzeit Auswirkungen auf die vertraglichen Randbedingungen. Beispielsweise verursacht der Bau im Winter in der Regel höhere Kosten als in den Sommermonaten, weil mit Beheizung gearbeitet werden muss oder bestimmten Schutzvorschriften einzuhalten sind. Darüber hinaus können bestimmte Arbeiten im Winter nicht durchführbar sein, was juristisch die Unmöglichkeit der Leistung bedeutet.

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 96 Abs. 6 BVergG dazu verpflichtet, in den Ausschreibungsunterlagen alle Umstände (z.B. örtliche und zeitliche) anzuführen, die für die Ausführung der Leistung erforderlich sind. Werden diese Umstände in den Ausschreibungsbedingungen nicht angegeben, kann der Bieter von gewöhnlichen (d.h. aus Sicht des Bieters den günstigsten) Umständen ausgehen. Liegen diese gewöhnlichen Umstände dann nicht vor, hat der Auftragnehmer gute Chancen auf Geltendmachung einer Mehrkostenforderung⁴⁴.

Ebenfalls nicht gesetzlich⁴⁵ definiert (vgl. aber zu den Bestimmungen der ÖNORM A 2050 und der VOB Kapitel 3.2.2) ist die übliche Unterscheidung nach der Art der Leistungsbeschreibung in "konstruktive Leistungsbeschreibung" und "funktionale Leistungsbeschreibung"⁴⁶.

⁴⁴<http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010].

⁴⁵ Das BVergG verwendet diese Begriffe allerdings im Zusammenhang mit der Vergleichbarkeit von Angeboten.

⁴⁶ Vgl. Schwartz, Walter, Mathoi, Thomas, Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau, 2006, http://www.mathoi.eu/de/publikationen/artikel_aufsaeetze/pdf/PUBL_CGFunktLB_THM_WS.pdf [Stand 6.10.2009].

Unter einer konstruktiven Leistungsbeschreibung versteht man eine Leistungsbeschreibung, bei der die Leistung unter Angabe der Konstruktionsart, der zu verwendenden Materialien, der Maße und der Menge eindeutig beschrieben wird. Bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung gibt der Auftraggeber, der in der Regel bereits eine Detailplanung vorgenommen hat, also den genauen Weg zur Errichtung des Werkes vor. Üblich ist eine solche Leistungsbeschreibung jedenfalls beim Einheitspreisvertrag. Beim Pauschalpreisvertrag definiert die konstruktive Leistungsbeschreibung den Umfang der Pauschale.

Hingegen versteht man unter einer funktionalen Leistungsbeschreibung ein Leistungsverzeichnis, in dem die zu erfüllende Funktion einer Leistung beschrieben wird, ohne dass nähere Angaben über die Qualität, Quantität, Konstruktionsart usw. gemacht werden. Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung kennt der Auftraggeber also das Ziel, gibt dem Auftragnehmer den Weg, wie er dieses Ziel, zivilrechtlich gesprochen, den "Erfolg", erreicht, aber nicht vor⁴⁷. Der Vorteil der funktionalen Leistungsbeschreibung liegt darin, dass der Auftraggeber weniger eigenes Vorwissen bei der Leistungsbeschreibung benötigt, weil er nur das Ziel vorgibt und dem Auftragnehmer Spielraum zur Projektoptimierung lässt.

Nicht-öffentliche Auftraggeber können gesetzlich völlig frei zwischen diesen beiden Methoden der Leistungsbeschreibung wählen.

Auch das BVergG stellt dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich die Wahl zwischen den beiden Leistungsbeschreibungen frei, gibt aber für den Detaillierungsgrad Vorgaben (§ 96 BVergG)⁴⁸. Wählt der öffentliche Auftraggeber die funktionale Leistungsbeschreibung, sollte er allerdings auch Alternativangebote zulassen um eine möglichst hohe Qualität an Angeboten zu erreichen (§ 81 Abs. 1 BVergG).

Weiters existieren, bezogen auf das jeweilige Fachgebiet, "standardisierte Leistungsbeschreibungen", das sind Sammlungen von Texten zur Beschreibung von standardisierten Leistungen für rechtliche und technische Bestimmungen (Vertragsbestimmungen) und für Positionen eines künftigen Leistungsverzeichnisses. Diese

⁴⁷ Raaber, 2007, S. 13.

⁴⁸ <http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010], S. 26.

werden z.B. vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend oder von der Österreichischen Forschungsgesellschaft Straße – Schiene – Verkehr herausgegeben und laufend aktualisiert⁴⁹.

Der Vorteil dieser standardisierten Leistungsbeschreibungen liegt darin, dass in diesen dieselbe Wortwahl und Semantik verwendet wird. Dies erleichtert im Streitfall die Auslegung⁵⁰ (vgl. Kapitel 3.3.1).

Eine vollständige und im Hinblick auf die Massenermittlungen nachvollziehbare Leistungsbeschreibung ist im Interesse des Werkbestellers, weil Auftragnehmer, die bei Angebotserstellung erkennen, dass es bei einer Position zu einer Massenüberschreitung kommen könnte, versuchen werden, gerade diese Position teurer anzubieten⁵¹.

3.1.4 Die gesetzlichen Bestimmungen zur Preisvereinbarung

Das ABGB enthält für sämtliche entgeltlichen Verträge die allgemeine Regelung, dass ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt, wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist (§ 1152 ABGB). § 1152 ABGB gilt nicht nur in Fällen, in denen keine Entgeltvereinbarung getroffen wurde, sondern auch dann, wenn die Entgeltvereinbarung unvollständig ist. Bei der Angemessenheit orientiert sich die Rechtsprechung an den von den Fachverbänden der einzelnen Berufsgruppen herausgegebenen Tarif Tabellen (OGH, 26.6.2007, 1 Ob 219/06x; vgl. Kapitel 3.3.3).

Wird hingegen zwischen den Parteien im Bauwerkvertrag der Werklohn frei vereinbart, so gibt es grundsätzlich keine gesetzliche Bestimmung, die die Parteien dazu zwingt, angemessene Preise zu vereinbaren. Das allgemeine Zivilrecht kennt, bis zur Grenze von Wucher und Sittenwidrigkeit, keinen angemessenen oder gar "gerechten" Preis. Auch ein für den Auftragnehmer nicht kostendeckender Preis ist per se noch nicht sittenwidrig.

⁴⁹ Karasek, 2009, S. 68.

⁵⁰<http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010].

⁵¹<http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010], S. 29.

Anders ist dies für öffentliche Auftraggeber, für die § 19 Abs. 1 BVergG ausdrücklich vorsieht, dass die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Das BVergG überlässt dabei die Beurteilung, ob der Preis angemessen ist, nicht den Vertragsparteien, sondern schreibt vor, dass der Auftraggeber die Angemessenheit nach vergleichbaren Erfahrungswerten und an Hand der relevanten Marktverhältnisse zu prüfen hat (§ 125 Abs. 2 BVergG). Die ÖNORM A 2050 sieht in Punkt 4.1.1. eine dem § 19 BVergG entsprechende Regelung auch für nicht öffentliche Auftraggeber vor. Die Anwendung der ÖNORM A 2050 ist für Private aber nicht zwingend.

Bei Bauwerkverträgen ist es üblich, dem vereinbarten Preis eine Kalkulation zu Grunde zu legen.

Dazu bestimmt das ABGB:

§ 1170a. (1) Ist dem Vertrage ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde gelegt, so kann der Unternehmer auch bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern. (2) Ist ein Voranschlag ohne Gewährleistung zugrunde gelegt und erweist sich eine beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich, so kann der Besteller unter angemessener Vergütung der vom Unternehmer geleisteten Arbeit vom Vertrage zurücktreten. Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat der Unternehmer dies dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert.

Ob dem vereinbarten Preis eine Kalkulation zu Grunde liegt, ist vor allem für die Frage relevant, ob der Preis nachträglich verändert werden kann. Grundsätzlich besteht kein Zweifel daran, dass einmal ausbedungene Preise nicht nachträglich verändert werden können, es sei denn es liegt eine sittenwidrige Preisvereinbarung oder ein veranlasster Kalkulationsirrtum vor (vgl. dazu Kapitel 3.3.4)⁵².

Strittig ist hingegen, inwieweit die ursprüngliche Preisvereinbarung auch für den Fall eines notwendigen Nachtrages gelten soll⁵³.

In Deutschland ist die VOB von dem Gedanken getragen, dass modifizierte Leistungen mit den gleichen Rechnungsansätzen zu berechnen sind wie sie in der ur-

⁵² Raaber, 2007, S. 20.

⁵³ Raaber, 2007, S. 21.

sprünglichen Kalkulation enthalten sind, sodass Nachtragspreise nicht einfach frei kalkuliert werden können⁵⁴.

Grundsätzlich sind einmal vereinbarte Preise, unabhängig davon, um welche Preisvereinbarung (Pauschalpreis, Einheitspreis, Regiepreis) es sich handelt, Festpreise, also während der Vertragsdauer unveränderlich (*"Ein guter Preis bleibt ein guter Preis, ein schlechter Preis ein schlechter"*⁵⁵). Den Parteien bleibt es aber unbenommen, veränderliche Preise zu vereinbaren (vgl. auch ÖNORM A 2050 Punkt 4.1.3). Sinnvoll ist dies dann, wenn wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt und Ausmaß zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewiss ist⁵⁶.

Je nachdem, von welcher Größe der Preis abhängig sein soll, unterscheidet man in Lohnpreisgleitklauseln und Stoffpreisgleitklauseln.

Bei Lohnpreisgleitklauseln ist der Werklohn veränderlich, wenn sich während der Vertragsdauer die angesetzten Personalkosten verändern. Bei langfristigen Bauvorhaben sollte jedenfalls vertraglich fixiert werden, ob Ausgangsbasis für die Erstattung von Mehraufwendungen der bei Vertragsabschluss geltende Lohn oder der jeweils bei Eintritt der Lohnerhöhung geltende Lohn sein soll⁵⁷.

Bei Stoffpreisgleitklauseln ist der Werklohn von den Materialpreisen abhängig. Nur dann, wenn bestimmte Materialien in hohem Maße Preisveränderungen ausgesetzt sind und einen hohen Anteil am Auftragswert haben, sind Stoffpreisgleitklauseln sinnvoll.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei Preisvereinbarungen immer bedacht werden muss: Umstände, die auf Grund der ursprünglichen Planung nicht erkennbar waren, daher in die ursprüngliche Preisbildung nicht eingeflossen sind, und in der Folge zu zusätzlichen Leistungen und Änderungen der Bauausführung führen, haben in der Regel Einfluss auf die Preisvereinbarung, ungeachtet deren Art.

⁵⁴ Feuerabend, 2008, S. 139.

⁵⁵ Wenusch, 2009, S. 16.

⁵⁶ Elwert/Flassak, 2005, S. 52.

⁵⁷ Elwert/Flassak, 2005, S. 52 ff.

3.1.5 Die gesetzlichen Bestimmungen zu Vertragsänderungen

Das ABGB geht grundsätzlich davon aus, dass der Vertragsgegenstand zwischen den Vertragsparteien solange verhandelt wird, bis Konsens besteht. Nach Vertragsabschluss bleibt nach der Intention des Gesetzes der Vertragsgegenstand unverändert, es gilt das Prinzip "pacta sunt servanda"⁵⁸. Grundsätzlich können Vertragsänderungen nach ABGB daher nur im Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien erfolgen. Das gilt auch für Bauwerkverträge. Allerdings sind gerade Bauwerke Werke, deren Ausführung besonders häufig, wenn nicht sogar im Regelfall, vom ursprünglich Vereinbarten abweicht.

Das ABGB geht in folgender Bestimmung auf Änderungen nach Vertragsabschluss ein:

§ 1168. (1) Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung. (2) Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zur Nachholung eine angemessenen Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.

Aus § 1168 Abs. 1 ABGB ("Unterbleibt die Ausführung des Werkes...") wird von Rechtsprechung und Lehre abgeleitet, dass der Auftraggeber das vertraglich vereinbarte Werk jederzeit abbestellen kann, wenn er dem Auftragnehmer den Werklohn abzüglich der Ersparnisse, somit die "Gewinnspanne"⁵⁹ bezahlt. Das Gesetz regelt dieses Recht auf "Kündigung" (Abbestellung) des Werkbestellers somit nicht ausdrücklich. Es wäre allerdings nach Ansicht von Rechtsprechung und Lehre widersinnig, den Werkbesteller an einen Vertrag zu binden, den er nicht mehr möchte. Auf Grund dieses Abbestellungsrechts des Auftraggebers handelt es sich beim (eingeschränkten) Werklohnanspruch des Auftragnehmers somit – mangels Rechtswidrigkeit der Abbestellung – nicht um einen Schadenersatzanspruch⁶⁰.

⁵⁸ Lechner, 2010, S. 3.

⁵⁹ Straube/Aicher, 2001, Pkt. 4.1.1.1.

⁶⁰ Feil, 2001, S. 206.

Hingegen ist der Auftraggeber nach dem ABGB nicht berechtigt, die vereinbarte Leistung einseitig zu ändern. Ein solches Leistungsänderungsrecht muss vertraglich vereinbart werden.

Öffentliche Auftraggeber haben bei einer Nachtragsvereinbarung § 28 Abs. 2 BVergG zu beachten. Dieser erleichtert unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, den selben Auftragnehmer mit zusätzlichen Bauleistungen zu beauftragen, bedeutet im Umkehrschluss aber, dass der Werkbesteller auch die Beauftragung zusätzlicher Leistungen nicht völlig frei, sondern nur im Rahmen des BVergG vornehmen darf. Dieser Umstand muss daher bei der ursprünglichen Ausschreibung schon mitbedacht werden.

In zivilrechtlicher Hinsicht sind beim Nachtrag außerdem die §§ 1376 ff. ABGB zu beachten, die unter dem Titel *"Zweytes Hauptstück. Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten. 1) Durch Novation"* vorsehen:

§ 1376. Die Umänderung ohne Hinzukunft einer dritten Person findet Statt, wenn der Rechtsgrund, oder wenn der Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird, folglich die alte Verbindlichkeit in eine neue übergeht.

§ 1377. Eine solche Umänderung heißt Neuerungsvertrag (Novation). Vermöge dieses Vertrages hört die vorige Hauptverbindlichkeit auf, und die neue nimmt zugleich ihren Anfang.

§ 1379. Die näheren Bestimmungen, wo, wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllt werden soll, und andere Nebenbestimmungen, wodurch in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderungen geschieht, sind eben so wenig als ein Neuerungsvertrag anzusehen, [...] Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann.

Auf Grund der Zweifelsregelung des § 1379 ABGB empfiehlt es sich, bei Nachträgen (bzw. bei der in der ÖNORM Punkt 7. vorgesehenen Vertragsfortschreibung, vgl. Kapitel 3.2.4) klar zu regeln, dass der restliche Teil des Vertrages aufrecht bleibt⁶¹.

Die Bestimmungen des ABGB zur Geschäftsführung ohne Auftrag werden in Kapitel 3.2.4 dargestellt.

⁶¹ Kropik, 2009, S. 251.

3.2 ÖNORMEN

3.2.1 Entstehung und zivilrechtliche Bedeutung

ÖNORMen werden vom Österreichischen Normungsinstitut auf Basis des Normengesetzes⁶² herausgegeben. ÖNORMen lassen sich nach ihrem Regelungsinhalt unterscheiden. Für die rechtliche Qualifikation ist insbesondere die Unterscheidung in Normen mit rechtlichem Inhalt und Normen mit technischem Inhalt relevant.

Normen rechtlichen Inhalts werden auch "Vertragsnormen" genannt, soweit sie den Inhalt des Vertrages vorgeben. Solche Normen stellen, vergleichbar mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Vertragsschablonen dar. Eine zweite Kategorie der rechtlichen ÖNORMEN sind die sogenannten "Verfahrensnormen", in denen rechtliche Abläufe bis zum Vertragsabschluss, z.B. das Ausschreibungsverfahren, geregelt sind.

ÖNORMen können durch Gesetze oder Verordnungen für verbindlich erklärt werden (§ 5 NormenG). Ist dies nicht der Fall, werden rechtliche ÖNORMen nach ständiger Rechtsprechung nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie von den Vertragsparteien ausdrücklich oder zumindest schlüssig vereinbart wurden. In ihrer Gesamtheit werden rechtliche ÖNORMen weder als Verkehrssitte noch als Handelsbrauch angesehen. In der aktuellen Handelsbrauchliste der WKO findet sich zumindest seit 1998 kein Fall mehr, in denen eine ÖNORM-Bestimmung als Handelsbrauch angesehen wurde⁶³.

Einzelne ÖNORM-Bestimmungen werden aber durchaus von der Rechtsprechung bei der Interpretation einer strittigen Vertragsklausel oder der Beurteilung eines bestimmten Verhaltens als Maßstab herangezogen.

OGH 22.2.1995, 3 Ob 564/94:

Sachverhalt: Die Ausschreibungsunterlagen für Straßenbauarbeiten enthielten unter anderem die Position "[...] Schieben der Rohtrasse bei der Straßenumlegung im Be-

⁶² BGBl. Nr. 240/1971 idF BGBl. I. 136/2001.

⁶³ http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AnglID=1&StID=338791&DstID=16 [Stand 16.10.2009].

reich K***** ab der Bundesstraße in G***** Kronenbreite 4,50m [...]". Bei Legung der Schlussrechnung wurde für die genannte Position ein höherer als der im Angebot genannte Preis gefordert. Der Auftragnehmer begründete die Preissteigerung damit, dass unter "Schieben der Rohtrasse" branchenüblich zu verstehen sei, dass bestimmte Vorarbeiten bereits geleistet wären. Der Auftraggeber vertrat hingegen die Ansicht, dass die Position "Schieben der Rohtrasse" auch das Abtragen der Rohschicht, den offenen Abtrag, die Schüttung des Abtragmaterials in Lagen und die Herstellung eines Unterbauplanums umfassen würde, weshalb diese Leistungen nicht gesondert in Rechnung gestellt werden dürften.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH hielt zwar einleitend fest, dass ÖNORMen nur dann ohne Vereinbarung verbindlich sind, wenn sie durch § 5 NormenG als verbindlich erklärt werden. Sie dienen aber als Maßstab für die Sorgfaltspflichten, die den Auftraggeber im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten treffen. Gemäß ÖNORM A 2050 Punkt 7.3.7. (3) hat der Auftraggeber die Angebote dahingehend zu prüfen, ob die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung gegeben ist⁶⁴. Soweit also die Position "Schieben der Rohtrasse" einen im Vergleich zum Leistungsumfang und auch im Vergleich zu anderen Angeboten auffällig niedrigen Preis aufwies – dies war in der Folge von den Vorinstanzen noch zu klären – hätte dieser offensichtliche Erklärungsirrtum des Auftragnehmers (vgl. dazu Kapitel 3.3.4) dem Auftraggeber auffallen müssen. Der Auftragnehmer ist daher berechtigt, für seine Leistung eine angemessene Vergütung (§ 872 ABGB) zu verlangen.

Den Vertragsparteien steht es somit einerseits völlig frei, ob sie rechtliche ÖNORMen als Vertragsbestandteil vereinbaren wollen, andererseits können sie sich auch nur dann auf diese berufen, wenn sie vereinbart wurden.

Nur öffentliche Auftraggeber im Sinnes des BVergG sind verpflichtet, bei der Ausschreibung von Bauaufträgen die vorhandenen ÖNORMen heranzuziehen (§ 99 BVergG).

Sinn der Vertragsnormen ist die Vereinheitlichung, aber auch die Schaffung von sachgerechten und ausgewogenen Regelungen. Die genannten ÖNORMen enthal-

⁶⁴ Anmerkung: Die Entscheidung bezog sich auf eine alte Fassung der ÖNORM A 2050, Ausgabetag 1.1.1993, die aber eine vergleichbare Bestimmung enthielt.

ten auch gesetzliche Bestimmungen und können daher auch als Nachschlagewerk für Baupraktiker⁶⁵ dienen.

Hingegen stellen ÖNORMEN technischen Inhalts die allgemein anerkannten Regeln der Technik dar. Im Streitfall beurteilen Gerichtssachverständige die Frage, ob ein Mangel vorliegt oder nicht, danach, ob die Regeln der Technik, somit die einschlägigen ÖNORMen eingehalten wurden. Technische ÖNORMen gelten somit also auch dann als Mindeststandard für die vertraglich geschuldete Leistung, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart wurden.

Im Gegensatz zu den Vertragsnormen hat bei den technischen Normen bereits eine europaweite Vereinheitlichung stattgefunden. Die Kommission hat bereits Mitte der 70er-Jahre mit der Entwicklung europäischer Normen für das Bauwesen begonnen. Die Eurocodes gliedern sich in 10 Gruppen (Eurocode 0-9, EN 1990-1999). Die Bestimmungen wurden in Österreich ab Anfang der 90er-Jahre zuerst als Vornormen eingeführt und zur Anwendung empfohlen. Zwischen 2003 und 2009 wurden die Eurocodes in Österreich in ÖNORMen⁶⁶ umgesetzt und sind verbindlich anzuwenden.

3.2.2 Die Bestimmungen der ÖNORMen zur Leistungsbeschreibung

ÖNORM B 2110 Punkt 4.2.1.1. lautet:

Die Leistungen sind ihrer Beschreibung und ihrem Ausmaß nach vollständig zu erfassen.

Die ÖNORM B 2110 definiert das Bau-Soll wie folgt:

Punkt 3.8.

Leistungsumfang; Bau-Soll

Alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z.B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden.

Die ÖNORM verwendet also die Begriffe Leistungsumfang und Bau-Soll als Synonym. Unter diesen beiden Begriffen ist das zu subsumieren, was der Auftragneh-

⁶⁵ Wenusch, 2009, S. 13.

⁶⁶ Die Eurocodes wurden als europäische Normen (Bezeichnung ÖNORM EN xxxx) umgesetzt. Vgl. zum Status der Umsetzung der Eurocodes in Österreich www.as-search.at [Stand 21.3.2010].

mer aus dem Vertrag schuldet⁶⁷. Die ÖNORM verweist bei den Bestimmungen über die Erstellung von Angeboten auf die ÖNORM A 2050 und enthält selbst eine detaillierte Aufzählung von Angaben, die im Angebot zu machen sind (Punkt 4.2.).

In diesem Zusammenhang ist aber auch zu beachten, dass die ÖNORM geringfügige Nebenleistungen (Punkt 3.15.) als mit den vereinbarten Preisen als abgegolten sieht, soweit sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind und mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Hierbei verweist die ÖNORM einerseits auf die Normen zu den einzelnen Bauwerken und enthält andererseits auch eine demonstrative Aufzählung von Nebenleistungen (Punkt 6.2.3.).

Für öffentliche Auftraggeber ist die Gliederung in Haupt- und Nebenleistungen verbindlich. *"Jede andere, insbesondere stärkere Zusammenfassung von Haupt- und Nebenleistungen oder die Festlegung, dass Leistungen, für die in der Standardisierten Leistungsbeschreibung getrennte Positionen vorgesehen sind, in andere Positionen einzukalkulieren sind, verstoßen somit grundsätzlich gegen das Vergaberecht⁶⁸."*

Die ÖNORM legt fest, dass Pläne, Zeichnungen und dergleichen, die Grundlage für die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses sind, mit diesen Unterlagen übereinzustimmen haben. Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer auf Abweichungen aufmerksam zu machen (Punkt 4.2.4.1.). Außerdem ist das Verfahren zur Planfreigabe festzulegen, andernfalls gelten vom Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers übergebene Pläne als angeordnet (Punkt 4.2.4.2.).

Die ÖNORM A 2050 enthält in Punkt 5.2. detaillierte Angaben zur Leistungsbeschreibung. Sie unterscheidet in die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (konstruktive Leistungsbeschreibung, Punkt 5.2.4.) und die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (funktionale Leistungsbeschreibung, Punkt 5.2.5.).

⁶⁷ Kropik, 2009, S. 57.

⁶⁸ <http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010], S. 27.

Die konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster, etc. zu ergänzen. Der Werkbesteller hat alle besonderen Umstände sowie besondere Erschwerungen und Erleichterungen anzuführen. Soweit für die Leistungsverzeichnisse Richtlinien, standardisierte Leistungsverzeichnisse oder ÖNORMEN vorhanden sind, sind diese in erster Linie anzuwenden. Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung ist das Leistungsziel so hinreichend genau zu beschreiben, dass sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer, funktionsbedingter und sonstiger Hinsicht erkennbar sind.

Diese ÖNORM-Bestimmungen gehen dabei von dem Idealfall aus, dass der Werkbesteller bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Bauwerkvertrages die Ausführungsplanung bereits abgeschlossen hat⁶⁹.

Für Deutschland bestimmt § 9 Nr. 1 VOB/A, dass die Beschreibung der Leistung eindeutig und erschöpfend zu erfolgen hat. Die VOB unterscheidet in eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, welche der konstruktiven Leistungsbeschreibung entspricht, und der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, die der funktionalen Leistungsbeschreibung entspricht. Das Leistungsprogramm muss eine Beschreibung des Werks mit allen Informationen zu den maßgebenden Bedingungen und Umständen sowie die Anforderungen an die Leistung umfassen, so dass ein Teil der Planung auf den Auftragnehmer übergeht⁷⁰.

3.2.3 Die Bestimmungen der ÖNORMen zu Preisvereinbarungen

Da die ÖNORM im Gegensatz zum ABGB (vgl. Kapitel 3.1.5) umfangreichere Möglichkeiten vorsieht, den Vertrag einseitig zu ändern, regelt sie auch einen angemessenen Ausgleich für den anderen Vertragspartner, der mit der einseitigen Vertragsänderung konfrontiert ist, detaillierter als das ABGB⁷¹.

Punkt 3.10 der ÖNORM B 2110 definiert Mehr- oder Minderkostenforderungen (MKF) sowie Zusatzangebote als *"Forderung eines Vertragspartners auf terminliche und/oder preisliche Anpassung des Vertrages"*. Diese Definition drückt aus, dass

⁶⁹ Reister, 2007, S. 9.

⁷⁰ Feuerabend, 2008, S. 93 f.

⁷¹ Feuerabend, 2008, S. 121.

sowohl der Werkbesteller als auch der Werkunternehmer eine solche MKF stellen kann. Eine MFK ist immer durch eine Leistungsabweichung begründet⁷².

Bei der Prüfung, ob ein Nachtragsanspruch des Werkunternehmers berechtigt ist, muss zuerst geprüft werden, ob überhaupt eine vom Vertrag abweichende Leistung vorliegt. *Feuerabend*⁷³ schlägt folgendes Prüfungsschema vor:

1. Schritt: Bestimmung des Bau-Soll
2. Schritt: Bestimmung des Bau-Ist
3. Schritt: Feststellung der Abweichung von Bau-Soll und Bau-Ist

Erst dann, wenn eine Leistungsabweichung zwischen Bau-Soll und Bau-Ist festzustellen ist, ist die Nachtragsforderung auch der Höhe nach zu prüfen. Handelt es sich hingegen bei der Abweichung nur um eine Konkretisierung der vertraglich ohnedies geschuldeten Leistung oder liegt keine Leistungsabweichung vor, ist der Nachtrag dem Grunde nach als unberechtigt zurückzuweisen⁷⁴.

Für beide Vertragsparteien, nämlich für den Werkunternehmer bei Anmeldung einer Mehrkostenforderung und den Werkbesteller bei Anmeldung einer Minderkostenforderung ist in formeller Hinsicht Punkt 7.3.3. der ÖNORM B 2110 zu beachten, der lautet:

7.3.3. Forderungen auf Grund von Leistungsabweichungen sind in prüffähiger Form der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen; fehlende Unterlagen sind im Zuge dieser Prüfung ehestens anzufordern und vorzulegen; das nachvollziehbare Ergebnis der Prüfung ist dem Vertragspartner ehestens bekannt zu geben.

Die ÖNORM subsumiert unter den Begriff "Leistungsabweichung" sowohl die Leistungsänderung als auch die Störung der Leistungserbringung, je nach dem, aus welcher Sphäre der Grund der Änderung kommt. Eine Leistungsänderung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber aktiv in das Baugeschehen eingreift und an Stelle des ursprünglichen Bau-Solls etwas anderes verlangt. Eine Störung der Leistungserbringung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber zwar die Leistung nicht aktiv än-

⁷² Kropik, 2009, S. 61.

⁷³ Feuerabend, 2008, S. 128.

⁷⁴ Feuerabend, 2008, S. 129.

dert, aber Umstände, aus denen sich die Abweichung vom Bau-Soll ergeben, ihm zuzurechnen sind⁷⁵ (vgl. zu den vertraglichen Sphären Kapitel 3.1.2).

In Deutschland unterscheidet die VOB bei Leistungsänderungen zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen. Eine Leistungsänderung liegt dann vor, wenn an Stelle der vertraglich vereinbarten Leistung eine andere Leistung zur Ausführung kommt. Eine zusätzliche Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung vertraglich nicht vereinbart wurde, also nicht in der Leistungsbeschreibung enthalten war⁷⁶.

Im neuen Kapitel 7 der ÖNORM B 2110 (Leistungsabweichung und ihre Folgen) trifft die ÖNORM auch eine Regelung für die Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts im Falle einer Leistungsabweichung.

Punkt 7.4.2. der ÖNORM B 2110 bestimmt:

7.4.2. Ermittlung

[...] Die Ermittlung der neuen Preise hat auf der Preisbasis des Vertrages und - soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebots) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen.

Eine oftmals zitierte Bestimmung der ÖNORM B 2110 ist die sogenannte "20%-Klausel" (Punkt 7.4.4.), die für den Fall einer Mengenänderung um mehr als 20 % die Möglichkeit der Anpassung des Einheitspreises vorsieht. Zu beachten ist, dass diese Klausel nur dann zu tragen kommt, wenn es tatsächlich nur zur einer Mengenänderung kommt. Liegt der Mengenänderung eine Leistungsabweichung zu Grunde, oder eine Mengenminderung, weil der Auftraggeber einen Teil der Leistung abbestellt hat, ist Punkt 7.4.4. nicht anzuwenden.

Leistungsminderungen werden nach Punkt 7.4.5. (Nachteilsabgeltung) vergütet. Die in Verträgen oftmals standardmäßig vorgesehene Klausel, dass der AN keine Vergütung erhält, wenn ein Teil der Leistung abbestellt wird, weicht somit sowohl von der ÖNORM als auch vom ABGB ab und könnte als sittenwidrig angesehen werden (vgl. Kapitel 3.3.2).

⁷⁵ Kropik, 2009, S. 244.

⁷⁶ Elwert/Flassak, 2005, S. 62.

Die ÖNORM B 2110 sieht in Punkt 7.4.5. eine Nachteilsabgeltung für den Auftragnehmer vor, wenn Leistungen entfallen, z.B. wenn der Auftraggeber Teile der Leistungen, die laut Vertrag der Auftragnehmer hätte erbringen sollen, selbst beistellt.

Hingegen werden Leistungen, die der Werkunternehmer ohne Auftrag erbringt, grundsätzlich nicht vergütet, es sei denn, der Auftraggeber anerkennt diese nachträglich. Dies kann z.B. durch Abnahme der Leistung, durch Zahlung der Rechnung oder Mängelrügen betreffend die entsprechende Leistung erfolgen. Darüber hinaus gelten die gesetzlichen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. Kapitel 3.2.4).

3.2.4 Die Bestimmungen der ÖNORMen zu Vertragsänderungen

Im Gegensatz zum ABGB, das im Hinblick auf Vertragsänderungen nur das Prinzip "Alles oder Nichts" kennt (vgl. Kapitel 3.1.5), enthält die ÖNORM detaillierte Regelungen für den Fall des Auftretens von Unvorhergesehenem nach Vertragsabschluss. Die in der ÖNORM normierten Mitteilungspflichten und Verfristungsregelungen sollen sicherstellen, dass die Vertragsparteien möglichst rasch Klarheit über geänderte Vertragsverhältnisse bekommen⁷⁷.

So räumt die ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber im Gegensatz zum ABGB folgendes Leistungsänderungsrecht ein:

Punkt 7.1.: Der AG ist berechtigt, den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist.

Dieses Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers umfasst den Leistungsentfall, zusätzliche Leistungen, aber auch eine Ausführung unter geänderten Umständen. Es bezieht sich also nicht nur auf technische Maßnahmen, sondern auch auf organisatorische Maßnahmen, wie z.B. eine Beschleunigung der Leistungserbringung⁷⁸.

Um diese ÖNORM-Bestimmung im Streitfall wirklich anwenden zu können, muss aus dem Vertrag erstens klar hervorgehen, was als "Leistung" ursprünglich vereinbart war, zweitens muss der Vertrag einen eindeutigen, mess- und prüfba-

⁷⁷ Wenusch, 2009, S. 15.

⁷⁸ Kropik, 2009, S. 243.

gleich zwischen der ursprünglichen und der durch die Änderung bedingten Situation zulassen, drittens müssen die Begrifflichkeiten der Preisvereinbarung eindeutig sein und es muss klar sein, ob der Auftragnehmer bei seinen änderungsbedingten Forderungen an das Preisniveau seines Hauptangebotes gebunden ist oder nicht⁷⁹.

Das Leistungsänderungsrecht, das die ÖNORM dem Auftraggeber einräumt, ist allerdings zweifach beschränkt. Die geänderte Leistung muss zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem Auftragnehmer zumutbar sein. Dies bedeutet einerseits, dass damit das Prinzip des § 1151 Abs. 1 ABGB, wonach der Werkunternehmer die Herstellung eines bestimmten Werkes (= Erfolges) schuldet, eingeschränkt wird. Treten unvorhergesehene Umstände auf, so schuldet der Auftragnehmer nur dann ein taugliches Werk, wenn ihm dies auch zumutbar ist⁸⁰.

Sowohl "Zumutbarkeit" als auch "Notwendigkeit" sind unbestimmte Gesetzesbegriffe, die einer Auslegung im Einzelfall, insbesondere unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des jeweiligen Auftragnehmers, bedürfen.

Die Leistungsänderung muss in organisatorischer, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zumutbar sein. Der Auftragnehmer muss somit einerseits die nötigen Ressourcen (Personal, Infrastruktur) zur Verfügung haben, das Ausführungsrisiko darf durch die Leistungsänderung nicht unzumutbar ansteigen und der Auftragnehmer muss das technische Know-How für die Leistungsänderung mitbringen.

Notwendig ist die Leistungsänderung vor allem dann, wenn das Werk ohne die Leistungsänderung technisch oder rechtlich nicht hergestellt werden könnte. Es kann sich aber auch um eine wirtschaftlich notwendige Leistungsänderung handeln, etwa wenn die Leistungsänderung für die bessere Vermarktung des Werkes erforderlich ist.

*Kropik*⁸¹ nennt folgendes Beispiel für die wirtschaftliche Notwendigkeit einer Leistungsänderung:

⁷⁹ Raaber, 2007, S. 36.

⁸⁰ Wenusch, 2009, S. 287.

⁸¹ Kropik, 2009, S. 245.

"Aufgrund der Qualitätsstandards, die der zukünftige Projektbetreiber, der vor Vertragsabschluss mit dem Generalunternehmer noch nicht feststand, vorschreibt, muss vom Errichter ein zweiter Hotellift eingebaut und zusätzliche schallschutztechnische Maßnahmen berücksichtigt werden. Für den Errichter liegt eine wirtschaftliche Notwendigkeit für diese Leistungsänderung vor, weil der Betreiber andernfalls keinen Vertrag abschließt."

Leistungsänderungen, die weder notwendig noch zumutbar sind, muss der Auftragnehmer daher grundsätzlich nicht ausführen. Konsequenz dieser ÖNORM-Bestimmung ist, dass für solche Arten der Leistungsänderung auch eine neue Preisvereinbarung zu treffen ist. Ein über die ÖNORM hinausgehendes Leistungsänderungsrecht muss der Werkbesteller daher bereits ausdrücklich im Vertrag vorsehen.

In Deutschland enthält die VOB auch ein Teilkündigungsrecht. Es handelt sich dabei um eine Schutzbestimmung zu Gunsten des Auftragnehmers. Zweck dieser Bestimmung ist, dem Auftragnehmer den Werklohnanspruch im ursprünglich vereinbarten Ausmaß zu erhalten. Diese Bestimmung macht allerdings den Auftraggeber, gerade bei langfristigen Bauvorhaben, unflexibel.

Nach der Grundintention der ÖNORM übernimmt der Werkunternehmer weder ein Vollständigkeitsrisiko noch ein Funktionenrisiko⁸², außer dann, wenn er Alternativangebote vorlegt, dann garantiert der Auftragnehmer die Angebotssumme (vgl. Punkt 6.3.3.).

Punkt 7.1. der ÖNORM B 2110 lautet:

7.1. Allgemeines

[...]

Mit dem vereinbarten Entgelt ist der Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungszieles abgegolten.

Die ÖNORM unterscheidet daher streng zwischen Bau-Soll als Inhalt des Vertrages und dem Leistungsziel als dem vom Werkbesteller angestrebten Erfolg.

⁸² Kropik, 2009, S. 249.

"Leistungen, die der Auftragnehmer zur Erreichung des Leistungsziels erbringt, sind, auch wenn sie nicht in seinem Leistungsumfang vereinbart sind, z.B. weil keine eigene Position im LV vorgesehen ist, unter Umständen vergütungsfähig und keine vertragswidrig erbrachten Leistungen⁸³."

Bereits das ABGB kennt eine solche Regelung unter dem Begriff der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ (§§ 1035 ff. ABGB). Man versteht darunter grundsätzlich die eigenmächtige Besorgung der Angelegenheiten eines anderen in der Absicht, dessen Interessen zu fördern⁸⁴. Ob der Geschäftsführer ohne Auftrag, im Falle eines Bauwerkvertrages also der Auftragnehmer, seine Aufwendungen ersetzt erhält, hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen die nicht beauftragten Leistungen getätigt wurden.

Erbringt der Auftragnehmer Leistungen, um einen drohenden Schaden abzuwenden („Geschäftsführung im Notfall“, § 1036 ABGB), erhält er den notwendigen und zweckmäßigen Aufwand ersetzt, auch wenn seine Leistungen nicht zum Erfolg führen sollten. Werden die Leistungen zwar ohne Vorliegen eines Notfalls, aber zum klaren und überwiegenden Vorteil des Auftraggebers erbracht („nützliche Geschäftsführung, § 1037 ABGB) erbracht, erhält der Auftragnehmer seine tatsächlichen Aufwendungen ersetzt. Der Vorteil für den Auftraggeber muss objektiv in Form einer Wertsteigerung gegeben sein und subjektiv dem Willen des Auftraggebers entsprechen, andernfalls ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Leistungen rückgängig zu machen. Wurde die Leistung weder zum Vorteil des Auftraggebers bzw. gegen dessen ausdrücklichen Willen erbracht („unnütze bzw. unerlaubte Geschäftsführung“, §§ 1038, 1040 ABGB), gebührt einerseits kein Ersatz, andererseits hat der Auftragnehmer den entstandenen Schaden zu ersetzen⁸⁵.

Die ÖNORM B 2110 regelt die Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag unter Punkt 7.5. ("Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen") etwas abweichend vom ABGB. Grundsätzlich werden nach der ÖNORM Leistungen außerhalb des vereinbarten Leistungsumfangs nur dann vergütet, wenn sie vom Auftraggeber nachträglich anerkannt werden. Hingegen hat der Auftraggeber Leistungen, denen

⁸³ Kropik, 2009, S. 60.

⁸⁴ Koziol-Welser, 2007, S. 392.

⁸⁵ Koziol-Welser, 2007, S. 394.

er wegen Gefahr im Verzug nicht mehr rechtzeitig zustimmen konnte, anzuerkennen und zu vergüten, wenn ihm der Auftragnehmer von solchen Leistungen ehestens Mitteilung gemacht hat.

Ein besonderes Ziel der neuen ÖNORM B 2110 waren Transparenz und Vorhersehbarkeit für den Werkbesteller, dessen finanzielle Möglichkeiten durch den Bau in der Regel nicht unerheblich beansprucht werden und der daher ein großes Interesse daran hat, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt über das gesamte Ausmaß seiner Verpflichtungen Bescheid zu wissen. Die ÖNORM sieht daher in Bezug auf Mehrkostenforderungen des Auftraggebers sehr formelle Kriterien und strenge Mitteilungspflichten vor (Punkt 7.3.), die noch über die Bestimmungen des § 1170a ABGB (vgl. Kapitel 3.1.4) hinausgehen. Die strengen Fristen dienen durchaus der Streitvermeidung, denn die verspätete Anmeldung einer Nachtragsforderung hat folgende Nachteile⁸⁶:

- Viele Bauleistungen sind nach einem Zeitverlauf nicht mehr sichtbar und somit nicht nachprüfbar.
- Der Auftraggeber hat nicht mehr die Möglichkeit, weitere Mehrkosten abzuwenden.
- Der Auftraggeber kann die Mehrleistung eventuell auf Grund seines Finanzierungskonzeptes nicht bezahlen.
- Dem Auftragnehmer werden Kapitalbereitstellungskosten nicht beglichen.

In Punkt 7.4.3. schränkt die ÖNORM diese strengen Fristen allerdings zu Gunsten des Auftragnehmers wieder ein, indem vorgesehen ist:

Punkt 7.4.3. Anspruchsverlust

Bei einem Versäumnis der Anmeldung tritt Anspruchsverlust in dem Umfang ein, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt.

Jene Kosten oder sonstigen Auswirkungen (z.B. Termine), die auch dann entstanden wären, wenn der Anspruch rechtzeitig angemeldet worden wäre ("Jedenfalls-Sowieso-Auswirkungen"⁸⁷), werden dem Auftragnehmer vergütet.

⁸⁶ Reister, 2007, S. 282.

⁸⁷ Kropik, 2009, S. 281.

Punkt 7.4.1. 2) sieht zur Mehrkostenforderung des Auftragnehmers⁸⁸ vor:

Der AN hat die Leistungsabweichung zu beschreiben und darzulegen, dass die Abweichung aus der Sphäre des AG stammt. Die erforderliche Dokumentation ist beizulegen. Eine Chronologie ist anzustreben. Ist die Ursache der Leistungsabweichung eine Leistungsänderung, reicht ein Hinweis auf die Leistungsanordnung und die Darlegung der Änderung aus. Eine darüber hinausgehende Nachweisführung dem Grunde nach ist in diesem Fall nicht erforderlich. Erforderlich ist eine nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen auf die Leistungserbringung.

3.3 Grenzen der Privatautonomie

3.3.1 Vertragsauslegung

3.3.1.1 Die Auslegung von Verträgen

Bei der Gestaltung von Verträgen ist immer zu beachten, dass die als Vertragstext gewählten Worte im Streitfall von einem Gericht beurteilt werden. Nur Vereinbarungen, die einer solchen Beurteilung auch standhalten können, dienen letztlich den Vertragsparteien zur Durchsetzung ihrer Rechte.

Verträge werden vorerst nach dem Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung ausgelegt. Kommt diese sogenannte Wortinterpretation zu keinem Ergebnis, ist der Wille der Vertragsparteien bzw. die Übung des redlichen Verkehrs zu erforschen (§ 914 ABGB).

Im Gegensatz zum angloamerikanischen Raum (vgl. Kapitel 4.1.1) werden in der österreichischen Praxis je nach Vertragsverfasser sehr unterschiedliche Vertragstexte mit unterschiedlichen Verweisen auf ÖNORMen verwendet. Dieser Umstand erschwert die Auslegung der Verträge, weil sich in Bezug auf Bauwerkverträge keine echte "Übung des redlichen Verkehrs" ausbilden konnte⁸⁹.

Eine sogenannte "Vertragslücke" liegt dann vor, wenn es einer Regelung bedarf, die Vertragsparteien aber keine getroffen haben und auch keine Bestimmung des dispositiven Rechts vorliegt⁹⁰. In diesem Fall stellt die Rechtsprechung die Frage nach dem "hypothetischen Parteiwillen", also die Frage, was die Parteien vereinbart hätten.

⁸⁸ Diese Regelungen gelten analog auch für die Minderkostenforderung des Auftraggebers.

⁸⁹ Karasek, 2007, S. 139.

⁹⁰ Karasek, 2009, S. 51.

ten, wenn sie bereits bei Vertragsabschluss an den Regelungsbedarf gedacht hätten.

OGH 23.2.1988, 10 Ob 523/87:

Sachverhalt: Der Auftragnehmer übernahm den Auftrag zum Anbau einer Mehrzweckhalle an die bereits bestehende Tennishalle des Auftraggebers. Die Auftragsbedingungen sahen vor, dass für die Tennishalle eine statische Nachrechnung entsprechend der derzeit gültigen Schneelasten vorzulegen sei. Die Auftragsbedingungen wurden Vertragsinhalt. Im Werkvertrag übernahm der Werkunternehmer ausdrücklich die Garantie für die statische Sicherheit der bestehenden Tennishalle. Im Zuge der Bauausführungen wurde die alte Tennishalle nur in dem Umfang verstärkt, der für den Neubau erforderlich war. In der Folge musste die Tennishalle wegen statischer Mängel saniert werden.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung (§ 914 ABGB) in völlig eindeutiger Weise ergab, dass im vereinbarten Pauschalpreis auch die Kosten für die Sanierung der alten Tennishalle enthalten sind, sodass dem Auftragnehmer für diese Arbeiten kein über den Pauschalpreis hinausgehender Betrag zusteht.

OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d:

Sachverhalt: Gegenstand des Werkvertrages waren Architektenleistungen, die der Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Errichtung eines Einkaufszentrums mit Freizeitangebot, eines Bürohochhauses sowie von Wohneinheiten zu erbringen hatte. Im Architektenvertrag fand sich unter der Überschrift "Terminverschiebung" folgende Klausel (auszugsweise): *"Dem Bauherrn steht [...] ausdrücklich das Recht zu, die Realisierung des Bauvorhabens [...] zu verzögern, vorübergehend einzustellen oder den Eröffnungszeitpunkt des Gesamtprojektes und von Teilbauwerken zu verschieben. [...]. Für den Fall, dass der Bauherr die Verschiebung der Baufertigstellung [...] begehrt, hat der Auftragnehmer eine entsprechende Anpassung des Bauzeitenplanes vorzunehmen und im Einvernehmen mit dem Bauherrn zu verabschieden. [...] Falls die Bekanntgabe der Terminverschiebung vor der Bauausführung des entsprechenden Bauteiles erfolgt, fallen aus dieser Terminverschiebung keine zusätzlichen Mehrkosten für den Bauherrn an. Für den Fall, dass die Terminerstreckung eines Bauteiles während der Bauausführung dieses Teiles vereinbart wird und die Terminerstreckung einen Zeitraum von sechs Monaten übersteigt, ergeben sich daraus kostenpflichtige Mehrleistungen auf Grund verlängerter Bauzeit. [...]"*. Im

Zuge der Bauausführung kam es sowohl für den Büroturm als auch den Wohnbau zu einer deutlichen Überschreitung der Bauzeit über die Sechs-Monats-Frist hinaus. Grund waren Behinderungen des Baufortschritts, die aus der Auftraggebersphäre stammten. Der Auftragnehmer stellte die daraus resultierenden Mehrkosten in Rechnung.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH interpretierte die zitierten Klauseln so, dass sie den Fall einer einvernehmlichen Bauzeitverlängerung regeln und nicht den vorliegenden Fall, in dem es aus der Sphäre des Auftraggebers zu Behinderungen der Ausführung kam. Nach der Wortinterpretation enthält der Vertrag für diesen Fall der Verzögerung des Baufortschritts also keine Regelung. Der OGH griff daher auf die gesetzliche Bestimmung des § 1168 Abs. 1. Satz 2 ABGB zurück, die dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Entschädigung durch verhältnismäßige Aufstockung des Werklohnes zugesteht, wenn der Werkunternehmer durch hindernde Umstände auf Seite des Bestellers zu erhöhtem Arbeitseinsatz und zu erhöhten Aufwendungen gezwungen wird. Da es sich bei diesem Anspruch um keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Entgeltanspruch handelt, kommt es dabei auf ein Verschulden des Werkbestellers nicht an. Die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts habe sich an der bestehenden Werklohnvereinbarung zu orientieren.

OGH 23.4.2008, 7 Ob 35/08k:

Sachverhalt: Der AN war mit der Lieferung und Verlegung von Stabstahl im Zuge des Ausbaus einer Bundesstraße beauftragt. Punkt 12. des Auftragsschreibens lautete: *"Abänderungen und Ergänzungen des Auftragsschreibens und seiner Bestandteile bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner."* Punkt 5.5. der ÖNORM B 2110⁹¹, die subsidiär zur Anwendung kam, bestimmte, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit auch dann als erfüllt gilt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner nicht binnen angemessener Frist widerspricht. Auf Grund von Änderungen der Stahlpreise kam es nachträglich zu Preisverhandlungen zwischen den Vertragsparteien. Der neu vereinbarte Preis wurde schriftlich festgehalten. Nach einer weiteren Senkung der Stahlpreise einigten sich die Vertragsparteien bei einer Besprechung "per Handschlag" auf einen neuen

⁹¹ Der Entscheidung lag die ÖNORM B 2110 idF vom 1.3.2002 zu Grunde. Die zitierte Bestimmung 5.5. findet sich nunmehr in Punkt 5.7. und lautet: *"Änderungen des Vertrages sind aus Beweisgründen schriftlich festzuhalten"*.

Preis. Über die Besprechung wurde ein Aktenvermerk verfasst, in dem das Verhandlungsergebnis festgehalten wurde und dem AN am 6.12.2005 übermittelt. Dieser widersprach mit Schreiben vom 17.1.2006 und bestritt das Zustandekommen einer neuen Preisvereinbarung. Der AG berief sich auf die Bestimmung der ÖNORM, wonach die neue Preisvereinbarung mangels rechtzeitigen Widerspruchs zustande gekommen sei.

Rechtliche Beurteilung: Nach Ansicht des OGH ist für die Beurteilung der Wirksamkeit der Preisvereinbarung ausschließlich das Auftragschreiben und nicht die ÖNORM relevant. Die Bestimmung des Auftragschreibens verdrängt die ÖNORM-Bestimmung. Somit ist eine Vereinbarung nur dann gültig, wenn beide Vertragsparteien sie schriftlich bestätigt haben, was bei der gegenständlichen Preisvereinbarung nicht der Fall war.

3.3.1.2 Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 879 Abs. 3. ABGB lautet:

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

§ 879 Abs. 3 ABGB ist auf Ausschreibungsbedingungen analog anzuwenden⁹². Denn nach OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i, stellen vom Auftraggeber vorformulierte Klauseln in Ausschreibungsunterlagen, mit denen sich der Bieter in der Regel, will er nicht Gefahr laufen, dass sein Angebot ausgeschieden wird, abfinden muss, eine ähnliche Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien her, wie sie auch herrscht, wenn ein Vertragspartner sich Allgemeinen Geschäftsbedingungen des anderen unterwirft. Der OGH legt daher Ausschreibungsunterlagen wie Allgemeine Geschäftsbedingungen aus und qualifiziert diese als nichtig, wenn deren Inhalt eine der Vertragsparteien gröblich benachteiligt (vgl. zu dieser Entscheidung auch Kapitel 3.3.1).

Dennoch ist nicht jede Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zu einem wirtschaftlichen Nachteil einer Vertragspartei führen kann, jedenfalls gröblich benachteiligend.

⁹² Karasek, 2009, S. 36.

OGH 4.6.1985, 5 Ob 541/85:

Sachverhalt: Der Auftragnehmer übernahm den Auftrag zum Einbau von feuerhemmenden Türen im Bürogebäude des Auftraggebers. Die AGB des Auftragnehmers enthielten eine Klausel, wonach dieser für Schäden aus unsachgemäßer Ausführung hafte, darüber hinaus aber alle weiteren Ansprüche auf Schadenersatz, entgangenen Gewinn, Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für Montage und Demontage etc. ausgeschlossen seien. Zwischen den Vertragsparteien bestand bereits davor eine intensive Geschäftsbeziehung. Der Auftragnehmer wies den Auftraggeber darauf hin, dass es bei der Pulverbeschichtung der Türen zu Blasenbildung kommen könne. Als es an den Türen zur Ablösung der Beschichtung kam, behob der Auftragnehmer den Mangel, stellte für diese Arbeiten allerdings ATS 146.331,30 in Rechnung.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass die Freizeichnungsklausel nicht gröblich benachteiligend ist, weil der Auftraggeber nicht auf die Behebung gänzlich unvorhersehbarer Schäden, mit denen nicht gerechnet werden musste, verzichtet hat. Die Schäden seien für den Auftraggeber sowohl vorhersehbar als auch kalkulierbar gewesen.

OGH 13.9.2006, 3 Ob 122/05w:

Sachverhalt: Gegenstand der Ausschreibung waren Planungsarbeiten für einen Wasserreinhalteverband zwecks Bau einer Kläranlage. Im Leistungsverzeichnis, das Teil der Ausschreibungsunterlagen war, fand sich folgende Klausel: *"Ist der Angebotsersteller der Ansicht, dass einzelne Ausschreibungsbestimmungen oder Teile der Leistungsbeschreibung sowie die technischen Unterlagen unklar und unvollständig sind, so hat er spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist die Klarstellung oder Ergänzung zu verlangen, zumal ansonsten die Auslegung des Auftraggebers gilt. Etwaigen Nachforderungen oder Mehrkosten aus diesem Titel kann nicht entsprochen werden. Kommt der Bieter zu dem Schluss, dass zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung zusätzliche im Leistungsverzeichnis nicht angeführte Leistungen erforderlich sind, so hat er diese eindeutig [...] zu beschreiben und dem Ausschreibenden [...] zur Kenntnis zu bringen. Aus einem diesbezüglichen Versäumnis des Angebotslegers können nach Auftragserteilung keine Mehrforderungen geltend gemacht werden."* Im Leistungsverzeichnis fand sich die Position "Gerätekosten für Spundbohlen: 35,00 d Tage". Es fehlte eine Position für das Vorhalten von Spundbohlen, was dem Auftragnehmer im Zuge von Aufklärungsgesprächen vor Zuschlagserteilung bekannt wurde, zumal die Leistung innerhalb von 35 Tagen nicht

erbracht werden konnte. Erst nach Zuschlagserteilung legte der Auftragnehmer ein Nachtragsangebot über die genannte Position. Bei richtiger Kalkulation hätte der Positionspreis im ursprünglichen Angebot um ATS 1,5 Mio. höher sein müssen.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass die zitierte Klausel nicht gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB ist, weil sie nur dann zum Tragen kommt, wenn der Bieter die Unrichtigkeit des Leistungsverzeichnisses erkennt und dennoch schweigt, er also auch nicht irrtümlich annimmt, dass das Leistungsverzeichnis vollständig ist. Eine Erhöhung des Pauschalpreises steht dem Auftragnehmer daher nicht zu.

3.3.1.3 Die Auslegung von Leistungsverzeichnissen

Das vom Auftraggeber vorgegebene Leistungsverzeichnis ist für die Kalkulation maßgeblich. Der Auftragnehmer muss sich bei der Erstellung der Kalkulation darauf verlassen können, dass das vom Auftraggeber vorgelegte Leistungsverzeichnis vollständig ist. Dass Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis eindeutig zu beschreiben sind, regelt auch § 96 BVergG. Dieser Grundsatz gilt auch für nicht-öffentliche Auftraggeber. Konsequenz daraus ist, einerseits, dass jede Leistung, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten ist, in der Regel eine entgeltpflichtige Zusatzleistung darstellt, andererseits, dass der Auftragnehmer nicht dazu verpflichtet ist, bei der Kalkulation seiner Leistungen umfangreiche Untersuchungen darüber anzustellen, ob das Leistungsverzeichnis vollständig bzw. die bei den einzelnen Positionen angegebenen Massen plausibel sind⁹³.

Der Vorteil bei der Verwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen liegt darin, dass diese Leitlinien von dritter Seite ausgearbeitet sind und daher die Vermutung für sich haben, interessengerecht und ausgewogen zu sein⁹⁴. Ist eine Bestimmung in einem standardisierten Leistungsverzeichnis dennoch unklar bzw. undeutlich, trifft dies den Auftraggeber, weil er sich dieser Bestimmung bedient hat (§ 915 ABGB), auch dann, wenn der Auftraggeber nach dem BVergG dazu verpflichtet ist, die standardisierte Leistungsbeschreibung heranzuziehen. Es besteht noch keine Judikatur zu der Frage, ob ein Auftraggeber einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Herausgeber der standardisierten Leistungsbeschreibung

⁹³ Karasek, 2009, S. 56 f.

⁹⁴ Karasek, 2009, S. 71.

hat, wenn eine Bestimmung darin von der Rechtsprechung tatsächlich als unklar angesehen wird⁹⁵.

Der Auftraggeber möchte aber oftmals das Leistungsverzeichnis an den individuellen Vertrag anpassen. Üblicherweise werden Positionen, die in einem Leistungsverzeichnis frei formuliert werden, als "Z-Positionen" (Zusatzpositionen) bezeichnet und sind ausdrücklich als solche hervorzuheben. Ist dies nicht der Fall, kann dies beim Auftragnehmer, der Standardpositionen oftmals EDV-mäßig kalkuliert, zu Fehlkalkulationen führen. Es ist aber auch der Fall denkbar, dass das Leistungsverzeichnis nicht mit anderen Vertragsbestandteilen übereinstimmt, weil diese Positionen enthalten (z.B. "inklusive Schalung"), die im Standardleistungsverzeichnis nicht aufgenommen wurden.

So kommt es häufig zu einer Kombination aus vorformulierten Texten aus dem Standard-Leistungsverzeichnis und vom Auftraggeber frei formulierten Textpassagen.

Im Zweifel geht eine unklare Formulierung zu Lasten desjenigen, der sich ihrer bedient hat (§ 915 ABGB), somit in aller Regel zu Lasten des Werkbestellers, der das Leistungsverzeichnis erstellt hat. Der Auftraggeber hat aber die Möglichkeit, in die Ausschreibungsunterlagen die Verpflichtung des Bieters aufzunehmen, auf Mängel in der Ausschreibung hinzuweisen.

Soweit ersichtlich besteht zur Frage, in wie weit der Werkunternehmer bei widersprüchlichen Leistungsverzeichnissen zu einer Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums berechtigt ist, keine einschlägige Rechtsprechung. Laut *Kropik*⁹⁶ wird es bei der Beurteilung unter anderem darauf ankommen, ob eine Standardleistungsbeschreibung verwendet wurde und inwieweit es für den Auftragnehmer augenfällig war, dass die Standardpositionen verändert wurden. Das Gericht wird in diesem Zusammenhang zu beurteilen haben, in wie weit eine versteckte bzw. überraschende Klausel vorliegt.

⁹⁵<http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Documents/Die%20Bauausschreibung.pdf> [Stand 11.1.2010], S. 20.

⁹⁶ Kropik, 2009, S. 30.

Nach Kropik⁹⁷

"können Widersprüche so gelöst werden, dass vom Grundsatz des Vorranges von individuellen, objektspezifischen und einzelleistungsbeschreibenden Formulierungen vor allgemeinen Formulierungen auszugehen ist".

3.3.1.4 Die Auslegung von ÖNORMEN

ÖNORMen werden von der Rechtsprechung im Hinblick auf deren Auslegung wie Gesetze behandelt, weil sie nicht von den Vertragsparteien, sondern vom Österreichischen Normungsinstitut geschaffen wurden. ÖNORMen werden daher objektiv, unter Beschränkung auf den Wortlaut ausgelegt (§ 914 ABGB). Auf den Parteiwillen oder außerhalb des Vertragstextes liegende Umstände kommt es nicht an, sondern ÖNORMen sind so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen⁹⁸. Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehelf (OGH 17.1.2001, 6 Ob 98/00f).

Auch Werkvertragsnormen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Als solche unterliegen sie der gesetzlichen Geltungs- und Inhaltskontrolle des § 879 Abs. 3 ABGB (vgl. Kapitel 3.3.1.2).

Da Werkvertragsnormen auf Grund ihres Zustandekommens im Normungsausschuss als "qualifiziert konsensualisierte Geschäftsbedingungen" angesehen werden, ist es sehr wahrscheinlich, dass sie der Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung standhalten⁹⁹.

3.3.1.5 Die Reihung der Vertragsbestandteile

In der Regel enthalten Bauwerkverträge eine ausdrückliche Reihung der Vertragsbestandteile und ihrer Anlagen. Ist keine Vereinbarung getroffen, sieht die ÖNORM B 2110 dazu vor:

5.1.3 Reihenfolge der Vertragsbestandteile

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die Vertragsbestandteile in nachfolgender Reihenfolge:

⁹⁷ Kropik, 2009, S. 26.

⁹⁸ Wenusch, 2009, S. 11.

⁹⁹ Karasek, 2009, S. 34.

- 1) die schriftliche Vereinbarung [...];
- 2) die Beschreibung der Leistung oder das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis;
- 3) Pläne, Zeichnungen, Muster;
- 4) Baubeschreibung [...];
- 5) Besondere Bestimmungen für den Einzelfall; allenfalls Hinweise auf Abweichungen von ÖNORMEN;
- 6) allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN;
- 7) Normen technischen Inhalts;
- 8) Die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serie B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;
- 9) die vorliegende ÖNORM sowie die ÖNORMEN B 2111 und B 2114;
- 10) Richtlinien technischen Inhalts.

Ungeachtet dieser Regelung ist bei der Vertragsgestaltung möglichst darauf zu achten, dass die Vertragsteile in sich widerspruchsfrei sind (vgl. die in Kapitel 1.1 zitierte E).

3.3.2 Unmöglichkeit und Sittenwidrigkeit

„Eine Leistung ist unmöglich, wenn ihr ein dauerndes Hindernis entgegen steht“¹⁰⁰.

§ 878 erster Satz ABGB lautet:

Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.

Es kommt in der Praxis nicht häufig vor, dass ein Bauwerkvertrag "geradezu Unmögliches" enthält. Dennoch greift die Rechtsprechung in manchen Fällen auf die Bestimmung des § 878 ABGB zurück, mit der Konsequenz, dass die vertragliche Klausel nichtig ist.

OGH 22.6.1988, 3 Ob 520/88:

Sachverhalt: Mit Werkvertrag vom 23.4.1979/11.5.1979 wurde der AN beauftragt, bei der Neuerrichtung eines Anstaltsgebäudes Installationsarbeiten durchzuführen. Im Vertrag war eine Konventionalstrafe von 0,8 Promille der Schlussrechnungssumme vereinbart. Der Werkvertrag enthielt unter anderem als Termine für die Durchführung diverser Bauabschnitte den 1.10.1978, 1.11.1978, 1.4.1979. In Baubesprechungen vom 14.8.1979 und 21.8.1979 wurden neue Termine vereinbart.

Rechtliche Beurteilung: Nach Ansicht des OGH war die Pönalisierung sämtlicher Termine unwirksam, zumal sich die Pönale auf Termine bezog, die zum Zeitpunkt

¹⁰⁰ Koziol-Welser, 2007, S. 45.

der Vertragsunterzeichnung teilweise bereits verstrichen waren. Eine Restgültigkeit der Pönalevereinbarung hinsichtlich der noch nicht verstrichenen Termine sei nicht anzunehmen, weil wegen des notwendigen zeitlichen Zusammenhangs der Arbeiten kein Punkt vom anderen abgedeutet betrachtet werden kann. Es könne auch nicht angenommen werden, dass die Vertragsparteien die alten Fristen jeweils um den Zeitraum verlängert wissen wollten, um den sich der Vertragsabschluss verzögert hätte.

§ 879 Abs. 1. ABGB lautet:

Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

§ 879 Abs. 2. ABGB zählt in der Folge einige Fälle von nichtigen Verträgen demonstrativ auf; diese Aufzählung ist aber für die Beurteilung von Bauwerkverträgen nicht relevant.

Die "guten Sitten" sind gesetzlich nicht definiert. Ob eine Bestimmung in einem Bauwerkvertrag gegen die guten Sitten verstößt, lässt sich somit nicht aus dem Gesetz, sondern nur aus der Analyse der Rechtsprechung beurteilen. Nach der Rechtsprechung liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vor, wenn ein Verhalten dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft widerspricht¹⁰¹. Relevant ist bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit auch, ob für den Regulationsfall dispositives Recht zur Verfügung steht oder nicht. Ist dies nicht der Fall, gibt es keine gesetzliche Orientierungshilfe. Hier ist der Wuchertatbestand des § 879 Abs. 2. ABGB heranzuziehen. Bestehen hingegen gesetzliche Regelungen, ist die Beurteilung durch die Rechtsprechung strenger, weil der Gesetzgeber durch die gesetzliche Bestimmung eine konkrete Vorstellung einer interessengleichen Aufteilung zwischen den Vertragsparteien zum Ausdruck gebracht hat¹⁰².

OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i:

Sachverhalt: Der OGH hatte einen Vertrag zu beurteilen, der folgende Klausel enthielt: *"Die Schlussrechnung muss endgültig und ohne Vorbehalte gelegt werden. Nachforderungen jeglicher Art sind ausgeschlossen."* Nachdem es bei der Legung der Teilrechnungen bereits zu Meinungsverschiedenheiten über die Position des

¹⁰¹ Karasek, 2009, S. 35.

¹⁰² Karasek, 2009, S. 37.

Zementlieferern gekommen war, vergaß der Auftragnehmer schließlich, diese Position, die der Auftraggeber aus einer Teilrechnung gestrichen hatte, in die Schlussrechnung aufzunehmen. Erst drei Monate später legte der Auftragnehmer eine Rechnung über diese Position in einem Betrag von 4,5 % der gesamten Baukosten, die vom Auftraggeber unter Hinweis auf die zitierte Klausel abgelehnt wurde.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass die zitierte Klausel nichtig ist. Weder das ABGB noch die einschlägige ÖNORM B 2110 sehen ähnliche Verfallsfristen vor. Zwar billigte der OGH dem Auftraggeber das Recht zu, möglichst bald über den gesamten Umfang der Werklohnforderung Kenntnis zu erlangen. Im konkreten Fall hatte der Auftragnehmer die Position aber bereits in eine Teilrechnung aufgenommen und außerdem die Nachforderung innerhalb der in der ÖNORM B 2110 vorgesehenen Frist geltend gemacht. Auch im Hinblick auf die Höhe der Forderung durfte der Auftraggeber nicht davon ausgehen, dass das irrtümliche Vergessen der Position in der Schlussrechnung einen Verzicht auf die Forderung bedeutet.

OGH 17.1.2001, 6 Ob 98/00f:

Sachverhalt: Der Auftragnehmer führte Baumeisterarbeiten (Errichtung von Stützen für das Stahlbetonskelett und die Geschossdecke zwischen dem ersten und zweiten Obergeschoss) an einem zu errichtenden Büro- und Lagergebäude aus. An dem Bau waren 17 Unternehmen beteiligt. Die Stahlbetonarbeiten wurden 1993 abgeschlossen. Danach erfolgten Arbeiten diverser anderer Unternehmen. In den "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" hieß es: "*Haftung: Der AN wird den AG für Schäden aller Art, insbesondere auch für mittelbare und Folgeschäden schad- und klaglos halten, sofern deren Verursachung durch Dritte nicht einwandfrei nachgewiesen wird.*" 1994 drang Regenwasser in das Gebäude ein. Die Beweissicherung ergab, dass das Flachdach über dem ersten Obergeschoss einen Eckschnitt aufwies. Die Fassadenprofile waren nachträglich abgeschnitten worden. Der Auftraggeber klagte die Schäden unter Berufung auf die oben zitierte Klausel ein.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass die Klausel sittenwidrig sei, weil sie den Auftragnehmer gröblich benachteilige (§ 879 Abs. 3 ABGB) und zu stark von einer ähnlichen Klausel in der ÖNORM B 2110 abweiche. In der ÖNORM

B 2110 ist dem Auftragnehmer ein Gegenbeweis möglich. Außerdem ist die Haftung mit maximal 0,5 % der jeweiligen Auftragssumme begrenzt¹⁰³.

OGH 23.4.2009, 8 Ob 164/08p:

Sachverhalt: Gegenstand des Werkvertrages war die Sanierung und teilweise Neuerrichtung eines Seniorenheims zu einem Pauschalpreis von EUR 3,6 Mio. Der Werkunternehmer verzichtete außer bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen ausdrücklich auf die Geltendmachung von Nachforderungen im Sinne der AGB des Werkbestellers. Diese AGB enthielten die Bestimmung, dass der Auftraggeber das Recht habe, die Schlussrechnung mittels eines Schlussabrechnungsblatts zu korrigieren. Der Auftragnehmer habe gegen dieses Schlussrechnungsblatt binnen 14 Tagen Einwendungen zu erheben, andernfalls die Rechnung entsprechend dem Schlussrechnungsblatt beglichen werde und keinerlei nachträgliche Einwendungen akzeptiert werden. Im Zuge der Bauausführung erteilte der Auftraggeber diverse Zusatzaufträge. Der Auftragnehmer legte auf Grund der Mehrleistungen eine Schlussrechnung, deren Betrag über den Pauschalpreis hinaus ging. Der Auftraggeber übermittelte ein Schlussrechnungsblatt, in dem Abzüge von der Schlussrechnung gemacht wurden. Die Vertragsparteien führten Gespräche über die Höhe der offenen Beträge; der Auftragnehmer übermittelte aber erst nach Verstreichen der 14-Tages-Frist laut AGB sowie nach Verstreichen der 3-Monats-Frist der ÖNORM B 2110 Einwendungen gegen das Schlussrechnungsblatt. Der Auftraggeber verweigerte unter Hinweis auf die Bestimmung die Bezahlung der über den Pauschalpreis hinausgehenden Forderung.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH sprach aus, dass auch Klauseln in beiderseitigen Unternehmungsgeschäften sittenwidrig sein können, wenn die Klausel eine Vertragspartei – gemessen am dispositiven Recht – unangemessen bevorzugt. Die zitierte Verfallsklausel laut AGB sieht eine 14-tägige Verfallsfrist vor. Da es sich bei dieser Frist um eine maßgebliche Verkürzung der 3-jährigen Verjährungsfrist des § 1486 ABGB handelt, ist die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB. Im konkreten Fall führt aber auch das Versäumen der 3-Monatsfrist der ÖNORM B 2110 nicht zur Präklusion der Forderung; dem Auftraggeber sei nämlich auf Grund der Gespräche bekannt gewesen, dass und weshalb

¹⁰³ Die Entscheidung bezog sich noch auf eine alte Fassung der ÖNORM B 2110. Vgl. nunmehr ÖNORM B 2110 Punkt 12.4.

seine Einwendungen zur Schlussrechnung vom Auftragnehmer nicht akzeptiert worden waren.

Ein praxisrelevantes Beispiel für die Grenzen der vertraglichen Sphärenverschiebung ist das Baugrundrisiko. Dieses wird grundsätzlich der Sphäre des Auftraggebers zugeordnet (vgl. Kapitel 3.1.2). Es kann nur dann innerhalb gewisser Grenzen auf den Auftragnehmer überwältzt werden, wenn diesem vor Vertragsabschluss alle relevanten Informationen zur Abschätzung des Risikos zur Verfügung standen.

Der Werkbesteller muss im Vertrag nicht nur die geschuldete Leistung, sondern auch alle preisrelevanten Umstände (Lage und Beschaffenheit des Baugrundes, sonstige besondere Rahmenbedingungen) beschreiben. Das sehen auch die ÖNORMen vor (vgl. Punkt 4.2.1.3 und 4.2.5). Eine Formulierung wie "*dass sich der Bieter von den Begebenheiten des Bodens und der Lage der Baustelle zu unterrichten haben*" reicht nicht aus¹⁰⁴, um dieser Verpflichtung des Werkbestellers nachzukommen.

Die Überwälzung des Baugrundrisikos auf den Auftragnehmer erfolgt oftmals nicht ausdrücklich im Vertragstext, sondern im Leistungsverzeichnis, z.B. durch die Position "Baugrubenaushub in Böden jeder Art ausgenommen Fels". Der Werkunternehmer schuldet dann den entsprechenden Aushub zum vereinbarten Preis für diese Leistung, unabhängig davon, wie der Boden beschaffen ist¹⁰⁵.

Anhand der Rechtsprechung lassen sich folgende Grenzen der Vertragsfreiheit für den Bauwerkvertrag feststellen:

- Bei der Verteilung der vertraglichen Risiken ist die Sphärentheorie zu beachten. Unkalkulierbare oder von einer Vertragspartei nicht beeinflussbare Risiken können vertraglich nicht auf denjenigen Vertragspartner überwältzt werden, in dessen Sphäre das Risiko nicht fällt.
- Die vertraglichen Bestimmungen sollten nur in begründeten Ausnahmefällen von den gesetzlichen Bestimmungen oder den Bestimmungen der Bauwerkvertragsnormen abweichen.

¹⁰⁴ Reister, 2007, S. 63.

¹⁰⁵ Kropik, 2009, S. 260.

3.3.3 Wegfall der Geschäftsgrundlage und Beweggrund

Nach ständiger Rechtsprechung darf ein Vertrag unter Umständen dann aufgelöst werden, wenn die objektive Geschäftsgrundlage, die jedermann mit einem solchen Geschäft verbindet, weggefallen und damit der im Vertragsinhalt zum Ausdruck gelangte, von beiden Teilen anerkannte wesentliche Vertragszweck unerreichbar geworden ist. Dieser Grundsatz ist auf Werkverträge im Hinblick auf § 1168 ABGB nicht uneingeschränkt anwendbar. Insbesondere kann sich ein Vertragspartner dann nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, wenn dieser Wegfall aus seiner vertraglichen Sphäre stammt bzw. wenn er den Wegfall der Geschäftsgrundlage selbst herbeigeführt hat (OGH 14.3.1989, 2 Ob 509/89).

§ 901 ABGB lautet:

Haben die Parteien den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. [...]

Bedingung ist die einem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird (§§ 696, 704 ABGB).¹⁰⁶

OGH 26.6.2007, 1 Ob 219/06x:

Sachverhalt: Die Streitparteien schlossen einen Statikervertrag über die statische und konstruktive Bearbeitung der Generalsanierung und Erweiterung einer öffentlichen Schule. Bei Vertragsabschluss ging man von mehreren Bauphasen aus und vereinbarte für den Umbau des bestehenden Gebäudes folgende Klausel: *"Da der konstruktive Aufwand bei diesem Bauvorhaben relativ gering ist, wurde einvernehmlich der Bearbeitungsfaktor für die Schule (Umbau) mit 0,20 festgesetzt"*. Nach der Gebührenordnung Bauwesen wäre ein Faktor von 0,4 vorgesehen gewesen. Im Zuge der Ausführung stellte sich nach und nach heraus, dass der Neubau aus finanziellen Gründen nicht verwirklicht werden würde. Diverse für den Neubau geplante Funktionen mussten aber im Zuge der Sanierung des Altbestandes mitverwirklicht werden. In der letzten Bauphase kam es zu einer völligen Neuplanung des Umbaus des Altbestandes. Der Auftragnehmer wies den AG während der Ausführung in Schreiben sowie in nachfolgenden Baubesprechungen regelmäßig darauf hin, dass eine Ände-

¹⁰⁶ Koziol-Welser Band I, 2006, S. 193f.

zung des Vertrages erforderlich sei, weil die Reduktion des Bearbeitungsfaktors nur für den Fall der Bearbeitung des ursprünglichen Gesamtvolumens vereinbart war. Der AG lehnte eine Vertragsänderung ab. Der AN legte schließlich seinen Honorarnoten den Bearbeitungsfaktor von 0,4 zu Grunde. Der AG verweigerte die Zahlung und verwies darauf, dass ein festes Honorar vereinbart gewesen sei und der AN vom Vertrag zurücktreten hätte müssen, zumal seine Honorarforderung durch den AG nicht akzeptiert wurde.

Rechtliche Beurteilung: Der OGH sah die oben zitierte Vertragsklausel als Bedingung im Sinne des § 901 ABGB an. Bedingung für die Vereinbarung des niedrigeren Bearbeitungsfaktors war somit der relativ geringe konstruktive Aufwand. Da diese Bedingung nicht eingetreten ist und die Entgeltvereinbarung somit unwirksam ist, liegt eine unvollständige Entgeltabrede vor, sodass § 1152 ABGB zur Anwendung kommt (vgl. Kapitel 3.1.4). Mit Hilfe ergänzender Vertragsauslegung kam der OGH zu dem Schluss, dass die Parteien für diesen Fall den Bearbeitungsfaktor nach der Gebührenordnung von 0,4 vereinbart hätten.

3.3.4 Irrtum

Ein Irrtum liegt dann vor, wenn jemand etwas anderes erklärt, als er erklären wollte. Rechtlich betrachtet sind Verträge, bei denen eine oder beide Vertragsparteien in einem Irrtum verfangen waren, dennoch gültig zustande gekommen, der Irrende kann jedoch den Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen anfechten¹⁰⁷.

Ein Bauwerkvertrag ist grundsätzlich wegen Irrtums anfechtbar, wenn sich der Irrtum auf einen Hauptteil des Vertrages bezieht, der Irrtum von der anderen Vertragspartei veranlasst wurde, dieser offenbar hätte auffallen müssen oder rechtzeitig aufgeklärt wurde (§ 871 ABGB). Veranlasst wurde ein Irrtum dann, wenn er adäquat verursacht wurde. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Nach der Rechtsprechung berechtigt auch ein gemeinsamer Irrtum beider Vertragsparteien zur Vertragsanfechtung.

Bei der Art des Irrtums ist zu unterscheiden zwischen einem Motivirrtum einerseits und einem Geschäfts- bzw. Erklärungsirrtum andererseits.

¹⁰⁷ Kropik, 2009, S. 32.

Ein Motivirrtum liegt vor, wenn der Werkunternehmer eine rechtsgeschäftliche Erklärung aus einem falschen Beweggrund abgibt. Ein Motivirrtum liegt bei einem Bauwerkvertrag z.B. dann vor, wenn der Werkbesteller bei der Preiskalkulation irrtümlich darauf spekuliert, dass der Einkaufspreis bestimmter Werkstoffe sinken wird. Ein Motivirrtum ist grundsätzlich unbeachtlich und berechtigt den Werkunternehmer nicht dazu, den Vertrag anzufechten, es sei denn, er wurde vom Werkbesteller arglistig herbeigeführt¹⁰⁸.

Ein Geschäftsirrtum liegt dann vor, wenn der Werkunternehmer über den Inhalt des Vertrages, die Person des Vertragspartners oder wesentliche Umstände des Geschäftes irrt. Ein Erklärungsirrtum als Unterfall des Geschäftsirrtums liegt vor, wenn dem Werkunternehmer im Erklärungsakt ein Fehler unterläuft¹⁰⁹, er also etwas anderes erklärt, als er erklären will. Dies wäre z.B. der Fall, wenn dem Werkunternehmer bei der Preiskalkulation ein offensichtlicher Schreib- oder Rechenfehler unterläuft. Sowohl der Geschäfts- als auch der Erklärungsirrtum können, soweit die anderen Voraussetzungen des § 871 ABGB vorliegen, zur Vertragsanfechtung berechtigen.

Auch ein gemeinsamer Irrtum berechtigt zur Vertragsanfechtung. Ein solcher kann beim Abschluss eines Bauwerkvertrages z.B. in folgenden zwei Fällen auftreten:

- Irrtum über den Inhalt eines Vertragsbestandteiles, z.B. einer zu Grunde gelegten ÖNORM

Viele Musterverträge enthalten den Verweis auf diverse einschlägige ÖNORMen. Leider findet sich auch immer wieder die Formulierung, dass "sämtliche einschlägigen ÖNORMen als vereinbart gelten". Diese Bestimmung ist besonders undeutlich, weil aus ihr nicht einmal hervorgeht, ob nur die technischen oder auch die rechtlichen ÖNORMen gemeint sind (vgl. zur Unterscheidung Kapitel 3.2.1).

Selbst wenn aber explizit eine konkrete ÖNORM vereinbart wird, kann es entweder sein, dass beide Vertragsparteien sich nicht mit allen Bestimmun-

¹⁰⁸ Kropik, 2009, S. 33.

¹⁰⁹ Kropik, 2009, S. 33.

gen dieser ÖNORM auseinandergesetzt haben, oder dass diese ÖNORM wiederum, wie z.B die ÖNORM B 2110 in Punkt 2., normative Verweise auf eine Vielzahl anderer ÖNORMen enthält, deren Inhalt im Detailwortlaut vollständig zu kennen, für die Vertragsparteien tatsächlich ein praktisches Problem darstellt.

- Irrtum über die Leistungsvereinbarung

Gerade bei komplexen Bauvorhaben, die technische Innovationen erfordern, ist folgender Fall nicht ausgeschlossen: Der Werkbesteller kennt die Funktionen und Eigenschaften, die das Werk aufweisen soll, er weiß also, wie der zivilrechtliche Erfolg auszusehen hat. Der Werkunternehmer weiß, oder glaubt bei Vertragsabschluss zu wissen, wie die Leistung zu beschreiben ist, damit dieser vom Werkbesteller erwartete Erfolg auch erreicht wird. Dies kann zu Widersprüchen führen, wenn sich herausstellt, dass die vom Werkunternehmer beschriebene – und auch so kalkulierte – Leistung, niemals zu dem vom Werkbesteller gewünschten Erfolg führen kann (*"Ein plangemäß errichtetes Werk ist gegebenenfalls nicht brauchbar und umgekehrt"*¹¹⁰.)

Die Irrtumsanfechtung kann bei Pauschalpreisvereinbarungen dazu führen, dass es zu Nachtragsforderungen kommt. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Auftragnehmer bei Vertragsabschluss über den Umfang der vom Pauschalpreis vereinbarten Leistung geirrt hat. Entsprechend § 871 ABGB geht die Rechtsprechung aber davon aus, dass nur dann ein Anfechtungsgrund vorliegt, wenn die Kalkulation, die dem Pauschalpreis zu Grunde liegt, dem Auftraggeber offengelegt wurde. Wurde die Kalkulation hingegen nicht offen gelegt, handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum des Auftragnehmers, der ihn nicht zur Anfechtung berechtigt¹¹¹.

OGH 6.11.1986, 7 Ob 682/86:

Sachverhalt: Die auftraggebende Gemeinde schrieb Schmutzwasserkanalarbeiten aus. Unter anderem wurden in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich wasserdichte Fertigteilschächte mit zugfester Verschraubung verlangt. Der Auftragnehmer hatte für diese Position einen Betrag von ATS 969.995 netto veranschlagt, weil er

¹¹⁰ Wenusch, 2009, S. 281.

¹¹¹ Straube/Aicher, 2001, Punkt 4.1.3.7.2.

bei Erstellung des Angebotes irrtümlich von nicht dichten Fertigteilschächten ausgegangen war. Der Auftragnehmer bemerkte allerdings noch innerhalb der Zuschlagsfrist seinen Irrtum und erstellte für die Position eine Nachtragskalkulation, die einen Betrag von ATS 2,511.429 ergab. Unter Zugrundelegung dieses Nachtrags wäre der Auftragnehmer nicht mehr Bestbieter gewesen. Der Auftragnehmer ersuchte die Gemeinde, sein Angebot auszuscheiden. Die Gemeinde weigerte sich jedoch und erteilte dem Auftragnehmer den Zuschlag auf Grund ihres ursprünglichen Angebots. Rechtliche Beurteilung: Der OGH kam zu dem Schluss, dass ein Geschäftsirrtum vorlag, der vom Auftragnehmer auch rechtzeitig, bevor die Gemeinde Dispositionen getroffen hatte, aufgeklärt wurde und daher zur Vertragsanfechtung berechtigt. Da die Ausschreibungsunterlagen die Kalkulationsgrundlagen klar darlegten, hatte der Auftragnehmer nach Ansicht des OGH nicht etwa die Kosten für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung "dichte Fertigteilschächte" falsch eingeschätzt, was ein unbeachtlicher Motivirrtum gewesen wäre, sondern irrtümlich "undichte Fertigteilschächte" angeboten, und war damit von der Kalkulationsgrundlage abgewichen.

OGH 17.11.2004, 9 Ob 41/04a:

Sachverhalt: Der Auftragnehmer wurde mit Installationsarbeiten, insbesondere der Verlegung isolierter Zu- und Ableitungsrohre für eine Fernwärmeheizung einer Wohnhausanlage beauftragt. Den von einem Vertreter des AG gestalteten Ausschreibungsunterlagen lag ein Polierplan mit falschem Maßstab (1:200 statt 1:400) bei. Auf Basis dieses falschen Planes berechnete der Vertreter des AG auch die notwendigen Massen, die in das detaillierte Leistungsverzeichnis, das ebenfalls Teil der Ausschreibungsunterlagen war, aufgenommen wurden. Die Streitparteien schlossen eine Pauschalpreisvereinbarung und vereinbarten die Anwendung der ÖNORM B 2110. Der AN unterfertigte weiters eine Erklärung, der zufolge er die in der Mengenermittlung des AG angegebenen Mengen unter Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt geprüft und deren Übereinstimmung mit den Plänen festgestellt habe. Im Zuge der Bauarbeiten stellte sich der auf dem falschen Plan beruhende Berechnungsfehler rasch heraus, zumal nach der Hälfte der Bauarbeiten das Material aufgebraucht war. Der AN zeigte die Mehrkosten gegenüber dem Vertreter der AG an, der riet, einfach weiter zu arbeiten. Der AN stellte die Arbeiten fertig und nahm die Mehrkosten in die Schlussrechnung auf. Der AG verweigerte die Bezahlung.

Rechtliche Beurteilung: Nach Ansicht des OGH lag ein "externer" Kalkulationsirrtum vor, welcher dem § 871 ABGB direkt subsumierbar ist. Da den Ausschreibungsunterlagen im vorliegenden Fall ein ungemein umfangreiches, detailliert gegliedertes

Leistungsverzeichnis zu Grunde lag, handelt es sich nicht um einen "klassischen" Pauschalpreis, sondern um einen sogenannten untypischen Pauschalpreisvertrag. Das geschuldete Werk umfasst somit nicht nur die detaillierten Maßangaben, sondern auch den Gesamtumfang, nämlich die Herstellung der Leitungen zwischen Fernwärmeanschlussstelle und den Wohnungen. Die Pauschalpreisvereinbarung ist daher wegen Geschäftsirrtums, der vom AG auf Grund der unrichtigen Ausschreibungsunterlagen veranlasst war, anfechtbar. Im Falle eines rechtlich erheblichen Irrtums sind nach Ansicht des OGH auch die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 zu Mitteilungspflichten des AN sowie zu Leistungsänderungen nicht mehr anwendbar.

4 ALTERNATIVE GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN

4.1 Alternative Vertragsmodelle

4.1.1 Allgemeines

Die Krise der Baubranche in den USA Ende der 1990er-Jahre führte zu einem Überdenken der traditionellen Vertragsmodelle. Insbesondere sollten Kostensenkungspotentiale in frühen Projektphasen ausgeschöpft werden. Anlehnung nahm man schließlich an der Automobilbranche und entwickelte Partnerschaftsmodelle. Mittlerweile sind diese Methoden auch in den USA, Großbritannien und Skandinavien teilweise institutionalisiert:

Beispiele¹¹²:

- CII Construction Industry Institute (USA)
- CRINE Cost Reduction in the new Era (GB)
- ACTIVE Achieving Competitiveness Through Innovation and Value Engineering (GB)
- ECI (GB): European Construction Institute: Ziel, Partnering auf europäischer Ebene zu untersuchen und zu fördern.

In Großbritannien ist es, anders als in Österreich oder Deutschland, viel üblicher, Standardverträge bzw. -vertragsbedingungen zu verwenden. Es gibt etwa 30 Standardformen von Verträgen, die von diversen Interessensverbänden herausgegeben werden (z.B. ICE, ACE, RICS, FCEC, FIDIC). Diese Standardformen enthalten, vergleichbar mit der ÖNORM B 2110, nicht nur Allgemeine Vertragsbedingungen, sondern komplette Vertragsklauseln¹¹³.

Für langfristige Bauvorhaben interessant sind sogenannte "cost reimbursable contracts" oder "cost plus fee contracts". Der Werklohn ergibt sich bei diesen Verträgen aus den tatsächlichen Herstellkosten zuzüglich eines bestimmten vertraglich

¹¹² Gralla, 2001, S. 28 f.

¹¹³ Gralla, 2001, S. 82 f.

vereinbarten Betrages für Wagnis und Gewinn. Die Kalkulationsunterlagen des Auftragnehmers sind für den Werkbesteller einsehbar ("open books"). Solche Verträge eignen sich insbesondere dann, wenn nicht vorhersehbare Risiken zu erwarten sind, die Bauleistungen noch nicht klar definiert werden können, der Werkbesteller große Flexibilität wünscht, neue Technologien zur Anwendung kommen sollen und zwischen den Vertragsparteien eine Vertrauensbasis besteht. Laut *Gralla*¹¹⁴ basiert die Philosophie der cost reimbursable contracts darauf, dass es auf lange Sicht für den Auftraggeber wirtschaftlicher ist, für Leistungen zu bezahlen, die tatsächlich angefallen sind, als für Leistungen zu zahlen, die hätten anfallen können.

4.1.2 Garantierter Maximalpreis

Das aus dem anglo-amerikanischen Raum stammende Vertragsmodell des "Guaranteed Maximum Price" findet sich im deutschsprachigen Raum unter dem Namen "Garantierter Maximalpreis-Vertrag" oder "GMP-Modell".

Die Bezeichnung ist auf den ersten Blick irreführend, weil es sich bei der Vereinbarung eines GMP nicht um eine Garantie im Sinne des § 1170a ABGB (Kostenvoranschlag mit ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit, vgl. Kapitel 3.1.4) handelt. Der GMP-Vertrag ist auch kein Pauschalpreisvertrag. Der Unterschied des GMP zu einem klassischen Pauschalpreis liegt darin, dass sich der Preis nach oben und unten ändern kann¹¹⁵. Die Vertragsparteien teilen sowohl einen vertraglich vereinbarten Bonus als auch einen vertraglich vereinbarten Malus.

Das Modell versucht, den klassischen Zielkonflikt zwischen den Vertragsparteien (vgl. Kapitel 1.1) aufzulösen.

Beim GMP-Modell wird der Auftragnehmer bereits frühzeitig in die Planung und mögliche Optimierung des Bauwerks miteinbezogen. Das Bau-Soll steht somit bei

¹¹⁴ Gralla, 2001, S. 87.

¹¹⁵ Vgl. Mathoi, Thomas, Wais, Axel, Behandlung eines Nachtrages beim Maximalpreisvertrag am Beispiel einer Leistungsänderung, 2004, http://www.mathoi.eu/de/publikationen/artikel_aufsaeetze/artikel_aufsaeetze.php [Stand 8.10.2009].

Vertragsabschluss noch nicht vollständig fest. Der vertraglich vereinbarte Maximalpreis bezieht sich lediglich auf das vertraglich vereinbarte Bau-Soll.

Durch ein Bonus-Malus-System wird für den Auftragnehmer ein Anreiz geschaffen, die Baukosten zu reduzieren¹¹⁶.

Klassische Bauwerkverträge basieren auf Strafen und Schadenersatzansprüchen. Kommt es z.B. zu einer Terminüberschreitung, führt dies zwischen den Vertragsparteien zu Streitigkeiten. Der Auftragnehmer versucht mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, die Strafe zu umgehen. Es fehlt der Anreiz für die Vertragsparteien, die Missstände schnell zu beheben. Der GMP-Vertrag basiert nicht auf einem Pönale, sondern auf einem Anreizsystem, das den Auftragnehmer dazu veranlassen soll, sein gesamtes Potential in die Projektoptimierung einzubringen.

Der GMP-Vertrag ist daher ein sogenannter "target contract", weil er vom Grundgedanken auf Anreize ("positive incentives") ausgerichtet ist. *Gralla*¹¹⁷ unterscheidet je nach Art des zu erreichenden Ziels ("target") nach "performance target contracts", "time target contracts" und "cost target contracts". Bei allen Target-Modellen werden die Ziele aller Beteiligten auf das Projekt ausgerichtet, eigene unternehmerische Interessen treten in den Hintergrund¹¹⁸.

*Reister*¹¹⁹ verdeutlicht den Zweck des GMP-Vertrages am Beispiel des Baugrundrisikos:

"Realisiert sich ein nicht ohne weiteres vorhersehbares Baugrundrisiko, wird der Bauherr etwa behaupten, dass dies bereits aus dem Bodengutachten ersichtlich sei und dem GU weder die Bauzeit verlängern, noch eine zusätzliche Vergütung zusage. Der GU seinerseits verlangt nicht nur eine zusätzliche Vergütung, sondern meldet weitergehende Behinderungen an."

¹¹⁶ Vgl. Mathoi, Thomas, Neue Projektabwicklungs- und Bauvertragsmodelle, 2008, http://www.mathoi.eu/de/publikationen/vortraege_praesentationen/vortraege_praesentationen.php [Stand 8.10.2009].

¹¹⁷ Gralla, 2001, S. 100.

¹¹⁸ Gralla, 2001, S. 98.

¹¹⁹ Reister, 2007, S. 33.

Im klassische Bauwerkvertrag ist das Baugrundrisiko oftmals nicht klar verteilt bzw. stellt sich eine vertragliche Regelung, die dem Auftragnehmer das Baugrundrisiko überträgt, als sittenwidrig heraus (vgl. Kapitel 3.3.2). Es liegt außerdem im Wesen von Bodengutachten, dass sie das Risiko nicht vollständig erfassen können, zumal aus Kostengründen immer nur wenige Probebohrungen durchgeführt werden können und Probleme, die zu Nachträgen führen, gerade dort auftreten, wo gerade keine Probebohrung stattgefunden hat.

Ein GMP-Vertrag enthält genaue Regelungen darüber, welche Bodenarbeiten der Werkunternehmer für den vereinbarten Preis schuldet und für welche zusätzlichen Maßnahmen Budget zur Verfügung steht. Die Vertragsparteien können sich dann bei klaren Regelungen eher auf ihre eigentlichen vertraglichen Aufgaben konzentrieren. Es geht nach der Intention des Vertragsmodells weniger Zeit mit Konfliktlösung verloren.

Je nachdem, wie der GMP zustande kommt, wird in verschiedene GMP-Methoden unterschieden. Bei der traditionellen GMP-Methode beauftragt der Werkbesteller in einer frühen Projektphase einen GMP-Partner und entwickelt gemeinsam mit diesem das gesamte Bauprojekt. Nach Abschluss von etwa 40-70% der Arbeiten wird der GMP-Preis von den GMP-Partnern festgesetzt und der GMP-Vertrag ausgehandelt. In der Optimierungs- und Planungsphase wird das Projekt weiterentwickelt bzw. gegebenenfalls Leistungen an Subunternehmer vergeben. Nach Abschluss des Projekts wird der GMP-Preis mit den tatsächlich angefallenen Kosten in Relation gesetzt und die Einsparungen zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt¹²⁰.

Bei der GMP-Budget-Methode gibt der Werkbesteller den maximalen GMP-Preis vor. In einem Projektteam mit dem GMP-Partner wird das Bauprojekt entwickelt und wiederum werden Einsparungen, die sich bei der Realisierung des Projektes durch die gemeinsame Optimierung ergeben, zwischen den Vertragsparteien geteilt¹²¹.

Bei der GMP-Wettbewerbsmethode wird das Projekt vom Werkbesteller funktional ausgeschrieben. Die potentiellen GMP-Partner bieten Maximalpreise an, zwischen denen der Werkbesteller wählen kann. Der Werkbesteller wählt denjenigen GMP-

¹²⁰ Gralla, 2001, S. 115.

¹²¹ Gralla, 2001, S. 124 f.

Partner, der neben einem geringen GMP auch das größte Optimierungspotential mitbringt. Einsparungen, die sich im Vergleich zwischen vertraglich vereinbartem und realisiertem GMP ergeben, werden wiederum zwischen den Vertragsparteien geteilt¹²².

Ein GMP-Vertrag sollte nach *Gralla*¹²³ jedenfalls folgende Vertragsteile aufweisen:

- Leistungsumfang und den Inhalt der Eigenleistung des Auftragnehmers
- Definition der Schnittstelle zwischen Auftragnehmer und Subunternehmern
- Inhalt, Anteil der Subunternehmerleistungen an der Gesamtleistung
- Vergütung der Planungs- und Ingenieursleistungen sowie der ÖBA
- Kosten für Wagnis und Gewinn
- Anreizregelung
- Änderungsmanagementsystem

Hingegen sieht *Duve*¹²⁴ als Basiselemente eines GMP-Vertrages nur an:

- Herstellungskosten (als Bemessungsgrundlage für die Vergütung)
- Zuschlag für Geschäftskosten und Wagnis
- GMP
- Bonusregelung

Systematisch betrachtet ergeben sich Optimierungsgewinne, Vergabegewinne (Vergabe an Subunternehmer) und Gewinne auf Grund von Planungsänderungen (Einsparungen, Qualitätsreduktion) durch den Auftraggeber. Der GMP-Partner kann nur die Optimierungsgewinne und die Vergabegewinne beeinflussen, weshalb das Bonussystem auf diesen beiden Gewinnspannen aufbauen kann¹²⁵. Dieses Vertragsmodell eignet sich für Großprojekte, die eine Laufzeit von mehreren Jahren haben und bei Vertragsabschluss einen unvollständigen Planungsstand aufweisen¹²⁶.

Der GMP-Vertrag folgende Vorteile:

¹²² Gralla, 2001, S. 129.

¹²³ Gralla, 2001, S. 132 f.

¹²⁴ Duve, 2007, S. 23.

¹²⁵ Gralla, 2001, S. 134 f.

¹²⁶ Reister, 2007, S. 34.

- Frühzeitige Kostensicherheit für den Werkbesteller: der GMP ist nach oben gedeckelt und nach unten offen. Der Vorteil gegenüber einem Pauschalpreis liegt darin, dass der Auftragnehmer dennoch den Anreiz hat, die Kosten zu reduzieren.
- Kürzere Projektabwicklungszeit: Der Auftragnehmer wird einerseits sehr früh eingebunden und kann bereits sein Know-How einbringen, andererseits wird er früher über den Ablauf informiert.
- Value Engineering: Die frühzeitige Integration von Know-How ermöglicht kreative Ingenieursleistungen.
- Höhere Wirtschaftlichkeit und Kostentransparenz: Dies wird durch die *open-books*-Methode ermöglicht.
- Vertragsverhältnis: Das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien kann – im Hinblick auf ein späteres strategisches Partnering – gestärkt werden.

Folgende Nachteile sind aber ebenfalls zu berücksichtigen¹²⁷:

- GMP-Verträge eignen sich schlecht für Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber, weil in der Regel nur wenige Unternehmen für Vertragsbeziehungen dieser Art in Betracht kommen, sodass eine Direktvergabe nötig ist.
- Der Koordinierungsaufwand (Projektmanagement, Ingenieure, Architekten etc.) ist höher.
- Der Pauschalpreis ist verhältnismäßig höher.
- Optimierungsleistungen sind klar von Leistungsänderungen abzugrenzen. Andernfalls kommt es auch im Rahmen eines GMP-Vertrages zu Konflikten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch der GMP-Vertrag den Vertragsparteien eine genaue Leistungsbeschreibung nicht erspart. Denn Leistungen, die über das Bau-Soll hinausgehen, bringen auch eine Veränderung des GMP mit sich¹²⁸, vergleichbar mit der Pauschalpreisvereinbarung. Da eine der häufigsten Streitursachen das Thema Vergütung von Mehrleistungen darstellt, kann der GMP-Vertrag

¹²⁷ Reister, 2007, S. 38.

¹²⁸ Duve, 2007, S. 28.

dieses Konfliktpotential nicht beseitigen. Allerdings lässt sich das Konfliktpotential durch die früher Einbindung des Auftragnehmers deutlich reduzieren¹²⁹.

4.1.3 Partnering

Unter Partnering versteht man eine neue Form der Zusammenarbeit, bei der es statt um Konfrontation um Kooperation zwischen den Vertragspartnern geht. Das Konzept wurde in den frühen 80er-Jahren in den USA entwickelt.

Die Partner formen dabei ein Team mit einheitlichen Zielen, erwägen bereits sehr früh gemeinsam alle Chancen und Risiken, behandelt und lösen Problemen gemeinsam und sofort und werden alle am Projektnutzen beteiligt. Es handelt sich um eine mittelfristige, aber nicht vertragliche Bindung, die in einem "Partnering-Agreement" festgehalten wird¹³⁰.

Das Konzept soll für beide Vertragsparteien eine Win-Win-Situation schaffen. Hierbei sind natürlich Umstände zu berücksichtigen, die über die vertragliche Beziehung hinausgehen. Die Vertragsparteien haben eine "open books" Strategie zu fahren. Im Gegensatz zu traditionellen Vertragsbeziehungen ist es aber nicht möglich, Partnering einfach vertraglich zu vereinbaren, d.h. den Projektbeteiligten einfach juristisch vorzuschreiben. Ein funktionierendes Partnering-Modell setzt voraus, dass die Beteiligten die Philosophie akzeptieren und im Projektalltag auch leben wollen.

Der BGH hat ausgesprochen, dass die Vertragsparteien eines Bauwerkvertrages, dem die VOB/B zu Grunde liegt, bei der Vertragsabwicklung zur Kooperation verpflichtet sind und durch Verhandlungen zu versuchen haben, Meinungsverschiedenheiten einvernehmlich beizulegen¹³¹. Ein solches Urteil besteht in der österreichische Rechtsprechung noch nicht.

¹²⁹ Haghsheno, 2007, S. 34.

¹³⁰ Oberndorfer, 2003, S. 29.

¹³¹ BGH, Urteil vom 28. 10. 1999 - VII ZR 393/ 98; OLG Frankfurt; LG Frankfurt (Lexetius.com/1999,323 [2000/9/538]).

4.1.4 Value-Engineering

Der Begriff Value Engineering ist in der österreichischen Rechtsordnung ein sehr junger Begriff. Erstmals in der ÖNORM B 2118 findet sich eine Definition:

Punkt 3.18.

Value Engineering

Verfahren zur Behandlung alternativer Ausführungsvorschläge des AN nach Vertragsabschluss.

Grundgedanke des Value Engineering ist es, das Potential des Auftragnehmers zum Wohle des Projekts voll auszuschöpfen. Im informativen Anhang A zur ÖNORM B 2118 finden sich Regelungen, die gelten, wenn Value Engineering vereinbart wurde. Insbesondere gibt die ÖNORM B 2118 als Richtwert für die Aufteilung der Kostenersparnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eine Quote von 50:50 an.

Aus diesem Anhang lassen sich weiters folgende Prinzipien ableiten, die Value Engineering von anderen Arten der Vertragsgestaltung unterscheiden¹³²:

Es sind nur Vorschläge des Auftragnehmers erfasst, die nach Vertragsabschluss unterbreitet werden. Es fallen nur kostenmindernde Vorschläge darunter, nicht aber z.B. Qualitätsverbesserungsmaßnahmen, die zu Kostensteigerungen führen würden. Der Unterschied zum GMP-Vertrag (vgl. Kapitel 4.1.2) liegt darin, dass der Auftragnehmer nicht in die Projektplanung eingebunden ist. Value Engineering setzt eine vollständige Projektplanung durch den Auftraggeber voraus. Die Vereinbarung von Value Engineering verpflichtet den Auftragnehmer allerdings nicht dazu, das vom Auftraggeber geplante Projekt wirtschaftlich zu optimieren. Es soll ihm nur einen finanziellen Anreiz dafür bieten, Alternativvorschläge zu unterbreiten.

Ein Vorteil des Value Engineering ist, dass diese Methode mit dem BVergG vereinbar und daher für öffentliche Auftraggeber praktikabel ist.

4.1.5 Simultaneous Engineering

Das Konzept des Simultaneous Engineering basiert auf der Idee, einen größeren Abstimmungsprozess zwischen Konstruktion (Planung) und Fertigung (Bau) und

¹³² Wisser, 2007, S. 38.

somit eine schnittstellenarme Organisation zu schaffen. Die Prozesse laufen nicht, wie traditionell üblich, hintereinander, sondern zeitlich interferierend bzw. parallel ab. Architekt, Bauplaner, bauausführende Unternehmen arbeiten in einem Simultaneous Engineering-Team zusammen. Ziel sind nicht die Einzelinteressen der Baubeteiligten, sondern das Bauwerk¹³³.

4.2 Streitbeilegung

*Oberndorfer*¹³⁴ gibt einen Überblick über die Streitbeilegungsmethoden, die in folgender Reihenfolge zur Anwendung kommen:

1. Verhandlungen der Vertragspartner
2. Baustellenschlichtung
3. Nicht bindende Streitbeilegung mit Hilfe Dritter
4. Schiedsgutachten
5. Schiedsgericht
6. Ordentliches Gericht

Die Methoden 2. bis 5. bedürfen einer Regelung im Vertrag im Hinblick auf den Aktivierungsmechanismus und die zugehörigen Fristen. Je höher die Fremdbestimmung, desto höher sind die für das Unternehmen mit der Streitbeilegung verbundenen Kosten. Die zeitnahe und kostengünstige Beilegung von Streitigkeiten erreicht man gerade bei größeren Bauprojekten dadurch, dass nicht eine einzige Streitbeilegungsmethode gewählt wird, sondern verschiedene Verfahren für die verschiedenen Gewerke ("Verfahrensdesign"¹³⁵).

¹³³ Gralla, 2001, S. 45 f.

¹³⁴ Oberndorfer, 2003, S. 156 ff.

¹³⁵ Duve, 2007, S. 69.

5 SCHLUSSFOLGERUNGEN UND CHECKLISTE

Folgende Zitate fassen das Ergebnis und die aus dieser Arbeit zu ziehenden Schlussfolgerungen zusammen:

„Eine nachtragsfreie Abwicklung von Bauverträgen ist in der heutigen Zeit nahezu undenkbar und bleibt für viele Auftraggeber eine unerreichbare Wunschvorstellung. Dennoch gibt es Möglichkeiten für den Auftraggeber, das Nachtragsrisiko zu reduzieren und zu beherrschen. Mit der Bereitstellung eindeutiger Bausollvorgaben, der Schaffung eines ausgewogenen Bauvertrags, in dem die Risiken für den Auftraggeber und den Auftragnehmer klar abgegrenzt werden, und der Schaffung einer Projektorganisation, die es ermöglicht, die notwendigen Entscheidungsprozesse fristgerecht abzuwickeln, kann der Auftraggeber dieses Ziel erreichen¹³⁶.“

"Änderungen, nämlich zukünftige, bilden die Hauptschwierigkeit bei der Abfassung eines Bauvertrages. Der Verfasser hält es nicht für möglich, alle Eventualitäten im Detail zu regeln, sondern glaubt, man solle einfache und eindeutige Bestimmungen vorsehen, die zu gelten haben und bei denen jeder weiß, woran er ist. Es muss erkennbar sein, was die Vertragspartner einander zugesagt haben¹³⁷".

Aus den obenstehenden Ausführungen kann aus Sicht des Auftraggebers folgende Checkliste für die Bauabwicklung hilfreich sein:

- Drei Säulen des Bau-Solls (vgl. Kapitel 3.1.3)
- Möglichst weitgehende Verwendung von Werkvertragsnormen und standardisierten Leistungsbeschreibungen
- Überbürden einer Mitteilungspflicht an den Auftragnehmer bei erkannten Mängeln in der Ausschreibung
- Flexible Entgeltvereinbarungen (Beispiel: Gelten vom Auftragnehmer gewährte Nachlässe auch bei geänderten Bedingungen?)
- Regelung über Risikotragung unvorhersehbarer Ereignisse (Beispiel: außergewöhnliche Witterungsverhältnissen, für die es keine Statistik gibt)

¹³⁶ Lüdering, Harald, IKB Immobilien Management GmbH, VDI-Gesellschaft Bautechnik, VDI-Berichte Nr. 1902, Durchsetzung und Abwehr von Nachträgen bei Bauleistungen, Tagung, Düsseldorf, 2.11.2005, Seite 41 ff.

¹³⁷ Raaber, 2007, Seite 41.

- Über die ÖNORM hinausgehendes Leistungsänderungsrecht des AG samt Preisvereinbarung (vgl. Kapitel 3.2.4)
- Regelungen über zeitliche Leistungsverschiebungen
- Teilkündigungsrecht (vgl. zur deutschen Rechtslage Kapitel 3.2.4)
- Anreizsysteme anstelle von Pönalevereinbarungen (vgl. Kapitel 4.1.)
- Festlegung von verbindlichen Fristen, innerhalb derer auf eine Mehrkostenforderung reagiert werden muss.
- Ausstattung der Projektleiter mit ausreichenden Vollmachten um schnelle Entscheidungen vor Ort zu ermöglichen
- Vereinbarung eines strukturierten Besprechungswesen
- Einvernehmliche Festlegung auf Protokolltexte mit vorab strukturiertem Inhalt¹³⁸
- Kombination mehrerer Streitbeilegungsmethoden (vgl. Kapitel 4.2)
- Ausgliederung der Claim-Management-Abteilung

¹³⁸ Vgl. für den möglichen Aufbau eines Protokolls Stempkowski, 2007, S. 117.

Kurzfassung

Nachträge zu Bauwerkverträgen erlangen immer größere praktische Bedeutung. Aus Sicht des Auftragnehmers bedeuten sie zwar einen höheren baulichen Aufwand, aber in der Regel auch einen höheren als den ursprünglich vereinbarten Werklohn. Aus Sicht des Auftraggebers sind Nachträge immer mit Mehrkosten verbunden. Neben höheren Baukosten sind dies Personal- und Sachkosten, die durch die Nachtragsverhandlungen verursacht werden.

Auftraggeber versuchen daher, Verträge so zu gestalten, dass Nachträge nicht entstehen können. Dies führte dazu, dass sich der Schwerpunkt in Bauwerkverträgen von der Leistungsbeschreibung auf juristische Klauseln verlagert hat. Die Anzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen, in denen es um die Auslegung dieser immer komplexeren Vertragswerke geht, hat in den letzten Jahren allerdings nicht absondern zugenommen.

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Bauwerkvertrag im ABGB sind grundsätzlich dispositiv. Nicht-öffentliche Auftraggeber sind gesetzlich auch nicht zur Anwendung der Bauwerkvertragsnormen verpflichtet.

Die Rechtsprechung schränkt den vertraglichen Gestaltungsspielraum der Parteien eines Bauwerkvertrages aber erheblich ein. Weichen vertragliche Bestimmungen zu stark vom Gesetz oder einer ÖNORM-Bestimmung ab, werden sie von der Judikatur als sittenwidrig angesehen.

Auch nach Vertragsabschluss kann der Auftraggeber das Risiko einer Nachtragsforderung durch eine sorgfältige Bauleitung und aktives Claim-Management verringern.

Die im angloamerikanischen Bereich bestehenden alternativen Vertrags- und Streitbeilegungsmodelle finden langsam Eingang in die österreichische Rechtslage und die Vertragsgestaltung.

Literaturverzeichnis

Duve, Helmuth: Verfahrensdesign – Optimierung baubegleitender Streitregulierungsverfahren, in Tagungsband Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Vertragsbewirtschaftung proaktiv – aktiv – reaktiv, Graz, 2007, S. 53-70.

Elwert, Ulrich/Flassak, Alexander: Nachtragsmanagement in der Baupraxis, Wiesbaden, 2005

Feil, Erich: Werkvertrag: Vertragsgestaltung, Gewährleistung und Schadenersatz, Kurzdarstellung für die Praxis, Wien, 2001

Feuerabend, Thomas: Bauleiter-Handbuch Auftraggeber, Köln, 2008

Gralla, Mike: Garantierter Maximalpreis, GMP-Partnering-Modelle – Ein neuer und innovativer Ansatz für die Baupraxis, Stuttgart/Leipzig/Wiesbaden, 2001

Haghsheno, Shervin: Chancen und Grenzen des GMP-Vertrages als Beitrag zur partnerschaftlichen Abwicklung von Bauprojekten, in Tagungsband Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Vertragsbewirtschaftung proaktiv – aktiv – reaktiv, Graz, 2007, S. 21-36.

Karasek, Georg: Die neue ÖNORM B 2118, in Tagungsband Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Vertragsbewirtschaftung proaktiv – aktiv – reaktiv, Graz, 2007, S. 135-140.

Karasek, Georg: ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, Wien, 2009²

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Bürgerliches Recht, Band I, Kletecka, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien, 2006¹³

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Bürgerliches Recht, Band II, Welser, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, Wien, 2007¹³

Kropik, Andreas: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 Ausgabe 2009, Wien, 2009²

Lechner, Hans: Erfolgreiches Anti-Claim-Management, Wie sind Nachträge aufzustellen und zu prüfen?, Vortragsunterlage Institute for International Research, Wien, 2010

Oberndorfer, Wolfgang: Claim-Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag, Teil 1, Grundlagen und Methoden, Wien, 2003

Raaber, Norbert: Überlegungen zum Bauvertrag aus baubetrieblicher und bauwirtschaftlicher Sicht , Graz, 2007

Reister, Dirk: Nachträge beim Bauvertrag, Köln, 2007²

Stempkowski, Rainer: Überlegungen zur Partnerschaftlichkeit in der ÖNORM B 2110, in Tagungsband Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Vertragsbewirtschaftung proaktiv – aktiv – reaktiv, Graz, 2007

Straube, Manfred/Aicher, Josef (Hrsg.): Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Wien, 2000

Wenusch, Hermann: ÖNORM B 2110, Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, Wien, 2009

Wisser, Jörn: Gedanken zum Value Engineering, in Tagungsband Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Vertragsbewirtschaftung proaktiv – aktiv – reaktiv, Graz, 2007, S. 37-52

Weitere Angaben, insbesondere zu Publikationen aus dem Internet sowie Judikatur aus dem RIS finden sich im Text.