



DIPLOMARBEIT

Master Thesis

Das Leistungsänderungsrecht der ÖNORM B 2110 (Vergleich der Kommentare und Vorschläge zur Vertragsgestaltung)

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades
eines Diplom-Ingenieurs/ einer Diplom-Ingenieurin

unter der Leitung von

Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas KROPIK

und als verantwortlich mitwirkende Assistentin

Univ.Ass Dipl.-Ing.in Ursula GALLISTEL

am

Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement

E 234

eingereicht an der Technischen Universität Wien
Fakultät für Bauingenieurwesen

von

Haydar ALBAYRAK, BSc

0828249

Thalhaimergasse 45/43

A-1160 Wien

Danksagung

Zunächst möchte ich mich an dieser Stelle bei all jenen bedanken, die mich während der Erstellung dieser Diplomarbeit unterstützt und motiviert haben.

Ganz besonders gilt dieser Dank Herrn Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas KROPIK, der während seiner Vorlesungen mein Interesse an der Werkvertragsnorm, ÖNORM B 2110 geweckt hat. Weiters möchte ich mich bei Univ. Ass Dipl.-Ing.in Ursula GALLISTEL bedanken, die zahlreiche Stunden der Korrektur meiner Diplomarbeit gewidmet hat. Sie gab mir durch ihr kritisches Hinterfragen wertvolle Hinweise und zeigte immer wieder auf, wo noch Erklärungsbedarf bestand.

Ein großer Dank gebührt auch meiner Verlobten Rabia, die mit Geduld auf die Fertigstellung der Diplomarbeit wartete und mich während der Erstellung bestmöglich unterstützte.

Nicht zuletzt möchte ich meinen größten Dank meinen Eltern, insbesondere meiner Mutter Elmas aussprechen. Ohne ihre finanzielle und moralische Unterstützung wäre die Vollendung meines Studiums nicht möglich gewesen.

Kurzfassung

Die ÖNORM B 2110 enthält in den Kapiteln 5 bis 12 die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen und liegt heute in der Ausgabe 15. März 2013 vor. Sie bildet die Grundlage für allgemeine Vertragsbestimmungen vieler öffentlicher und privater Auftraggeber unterschiedlicher Größe. Die ÖNORM B 2110 enthält allgemeinformulierte Vertragsbestimmungen. Die näheren Umstände der Leistungserbringung sind daher in jeweiligen besonderen Bestimmungen des Bauvertrages zu berücksichtigen. Es sind jedoch selbst in allgemeinen Vertragsbestimmungen Spezifizierungen bzw. Konkretisierungen notwendig, um konfliktvermeidende Bauverträge zu erhalten.

Aufgrund des großen Umfangs der zu behandelnden Themen beschäftigt sich die vorliegende Diplomarbeit mit dem bauwirtschaftlich bedeutendsten Teil, dem Abschnitt 7 „Leistungsabweichungen und ihre Folgen“.

In den Hauptkapiteln (Kap. 2-6) werden anhand ausgewählter Kommentare Themen festgestellt, über die es in der Praxis aufgrund der Interpretationsbedürftigkeit der Regelung Diskussionen gibt. Dabei werden immer wieder Vergleiche zur allgemeinen Rechtslage geführt, von der die ÖNORM stellenweise enorme Abweichungen aufweist. An den Stellen, wo eine entsprechende Judikatur vorhanden ist, werden auch diese zur Erläuterung der Bestimmung herangezogen.

Die in den Hauptkapiteln aufgedeckten Meinungsunterschiede zu den Regelungen werden im Schlussteil (Kap. 7) in den Formulierungsvorschlägen zur Vertragsgestaltung berücksichtigt. Durch die Formulierungsvorschläge soll erreicht werden, dass die Meinungsunterschiede zu den Regelungen ausgeräumt werden und die Diskussionen während der Bauausführung auf ein konstruktives Niveau reduziert werden. Somit kann auch sichergestellt werden, dass eine Beeinflussung der Leistungserbringung aufgrund der Konflikte zwischen den Vertragspartnern vermieden wird.

Abstract

ÖNORM B 2110 contains in chapters 5 to 12, the general contract terms for construction works and is present in the issue of 15th March 2013. It forms the basis for general contractual provisions of many public and private principals of different sizes. ÖNORM B 2110 contains generally worded treaty provisions. The circumstances of performance should therefore be considered in each specific provisions of the construction contract. Nevertheless, it is necessary to provide changes even in general provisions to avoid conflicts due the construction.

Due to the large scope of topics to be treated, the thesis deals only with most important part of ÖNORM B 2110, the section 7, which is approaching the deviations of performance and its consequences.

In the main chapters (Chapters 2-6) by using the comments of renowned authors clauses are determined, which are causing discussions because of their differences in the interpretation. Comparisons are also led to prevailing legal norms, to which the ÖNORM has an enormous offset in various points. At the points where a corresponding case law exists, these are also used to explain the determination.

The disclosed opinions on the clauses are included in the proposed wording for the contract in the final section (Chapter 7). By formulating proposals should be ensured that the differences of opinion are cleared up and the discussions during construction can be reduced on an acceptable level. Thus, also to ensure that any impact on the performance is avoided due to the conflicts between the contracting parties.

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	I
Kurzfassung	II
Abstract	III
Inhaltsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	VII
1 Einleitung	1
1.1 Problemstellung	1
1.2 Zielsetzung.....	1
1.3 Methodik	2
2 Allgemeines (7.1)	4
2.1 Leistungsänderungsrecht des AG nach allgemeiner Rechtslage (ABGB).....	4
2.1.1 Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht	6
2.2 Leistungsänderungsrecht des AG nach ÖNORM B 2110	7
2.2.1 Formen der Anordnung	8
2.3 Umfang des Leistungsänderungsrechts	9
2.4 Grenzen des Leistungsänderungsrechts nach ÖNORM B 2110	9
2.4.1 Notwendigkeit.....	10
2.4.2 Zumutbarkeit	13
2.5 Exkurs: Preisanfrage	15
2.6 Leistungsumfang und das vereinbarte Entgelt.....	15
2.7 Leistungsstörung und ihre Folgen	16
2.7.1 Leistungsstörung nach allgemeiner Rechtslage	16
2.7.2 Leistungsstörung nach B 2110	17
2.7.3 Forcierungsmaßnahmen	18
2.7.4 Die Regelung trifft auch den AG	20
2.8 Fortschreibung des Vertrages	21
3 Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner (7.2)	22
3.1 Gefahrentragung nach allgemeiner Rechtslage (ABGB)	22
3.2 Gefahrentragung nach ÖNORM B 2110.....	23
3.3 Zuordnung zur Sphäre des AG (7.2.1).....	25
3.3.1 Unterlagen, verzögerte Auftragserteilung, Stoffe und Anordnungen	25
3.3.2 Objektive Unmöglichkeit.....	27
3.3.3 Unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse.....	28
3.3.4 Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse.....	31
3.4 Zuordnung zur Sphäre des AN (7.2.2).....	35

3.4.1	Kalkulations- und Dispositionsrisiko	35
3.4.2	Lieferanten und Subunternehmer	36
3.4.3	Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 der ÖNORM B 2110	38
3.4.4	Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind	39
3.4.5	Alternativ- und Abänderungsangebote	39
4	Mitteilungspflichten (7.3)	40
4.1	Allgemeines.....	40
4.2	Mitteilungspflicht bei Leistungsänderung (7.3.1).....	41
4.2.1	Anmeldepflicht des AG	42
4.2.2	Anmeldepflicht des AN	42
4.3	Mitteilungspflicht bei Leistungsstörung (7.3.2)	44
4.3.1	Mitteilungspflicht bei drohender Leistungsstörung	45
4.3.2	Mitteilungspflicht bei Wegfall der Störung.....	45
4.3.3	Mitteilungspflicht bei Wiederaufnahme der Leistungen.....	46
4.3.4	Anmeldepflicht der Ansprüche aus Leistungsstörung	47
4.4	Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung dem Grunde nach.....	48
4.5	Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilungspflicht.....	48
4.6	Vorlage der Forderungen der Höhe nach (7.3.3)	49
4.6.1	Fehlende Unterlagen sind ehestens anzufordern und vorzulegen	51
4.6.2	Prüfen einer MKF	51
4.6.3	Bekanntgabe der nachvollziehbaren Ergebnisse	52
4.7	Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung der Höhe nach.....	53
5	Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts (7.4).....	53
5.1	Voraussetzungen	53
5.1.1	Anmeldung als Voraussetzung für den Anspruch	54
5.1.2	Vorlage einer MKF als Voraussetzung für den Anspruch	55
5.1.3	Gegenseitigkeit der Regelung	57
5.2	Ermittlung (7.4.2).....	58
5.2.1	Ermittlung der neuen Leistungsfrist	58
5.2.2	Ermittlung der neuen Preise	61
5.3	Anspruchsverlust (7.4.3)	67
5.3.1	Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG	68
5.3.2	Beweislast.....	69
5.4	Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung (7.4.4)	71
5.4.1	Zweck der Regelung	71
5.4.2	Über- oder Unterschreitung um mehr als 20%.....	73

5.4.3	Einheitspreisvertrag.....	74
5.4.4	Bloße Mengenänderung.....	74
5.4.5	Anmeldung dem Grunde nach.....	75
5.5	Nachteilsabgeltung nach allgemeiner Rechtslage (ABGB)	75
5.6	Nachteilsabgeltung nach ÖNORM B 2110 (7.4.5)	77
5.6.1	Unterschreitung der Auftragssumme um 5%	77
5.6.2	Nachteile aus verlorenen Geschäftsgemeinkostenbeiträgen	80
5.6.3	Projektbezogene Vorleistungen.....	81
6	Außerhalb des Leistungsumfanges erbrachte Leistungen (7.5) – Geschäftsführung ohne Auftrag.....	81
6.1	GoA – Geschäftsführung ohne Auftrag (ABGB).....	81
6.1.1	Geschäftsführung im Notfall	82
6.1.2	Nützliche Geschäftsführung	82
6.1.3	Geschäftsführung gegen den Willen des anderen	83
6.2	Außerhalb des Leistungsumfanges erbrachte Leistungen (7.5).....	84
6.2.1	Leistungen, die durch Störung der Leistungserbringung erforderlich werden ..	84
6.2.2	Eigenmächtige Abweichung vom Vertrag	86
6.2.3	Mitteilungspflicht des AN und Vergütungspflicht des AG	87
7	Vorschläge zur Vertragsgestaltung	88
7.1	Allgemeines.....	89
7.2	Zuordnung zu Sphäre der Vertragspartner	90
7.2.1	Zuordnung zu Sphäre des AG.....	90
7.2.2	Zuordnung zur Sphäre des AN.....	93
7.3	Mitteilungspflichten.....	94
7.3.1	Mitteilungspflicht bei Leistungsänderungen	94
7.3.2	Mitteilungspflicht bei Leistungsstörungen	94
7.3.3	Vorlage der Forderungen der Höhe nach	95
7.4	Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts	97
7.4.1	Voraussetzungen	97
7.4.2	Ermittlung.....	98
7.4.3	Anspruchsverlust.....	100
7.4.4	Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung	100
7.4.5	Nachteilsabgeltung.....	101
7.5	Außerhalb des Leistungsumfanges erbrachte Leistungen	102
8	Verzeichnisse	104
8.1	Literaturverzeichnis	104
8.2	Urteilsverzeichnis	105

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
Az	Aktenzahl
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVergG	Bundesvergabegesetz
bzw.	beziehungsweise
D.h.	Das heißt
EHP	Einheitspreis
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
EvBI	Evidenzblatt
FUK	Fundamentunterkante
ggf.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
hA	herrschende Ansicht
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
iS	im Sinne
LB	Leistungsbeschreibung
LV	Leistungsverzeichnis
MKF	Mehrkostenforderung
OGH	Oberster Gerichtshof
Rz	Randzahl
SU	Subunternehmer
u.a.	Unter anderem
Urt	Urteil
usw.	und so weiter
ZAMG	Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht
Z.	Zeile

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Der Abschluss eines Bauvertrages ist an keine Form gebunden und kommt lediglich durch übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) der Vertragspartner zustande. Die ÖNORM B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“ stellt in diesem Zusammenhang eine Vertragsschablone¹ dar, nach der ein Bauvertrag abgeschlossen werden kann.

Der Versuch, allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen zu definieren, begann in Österreich schon in der Zwischenkriegszeit. So erschien im Jahr 1930 als Vorläufer der B 2110 die ÖNORM B 2002 „Verdingungsordnung für Bauleistungen B.“, die nur acht Seiten enthielt. Bis heute wurde die ÖNORM ca. 40-mal überarbeitet und liegt in der aktuellen Ausgabe vom 15.3.2013 vor. Diese enthält mittlerweile schon 46 Seiten. Trotz dieser zahlreichen Überarbeitungen führen die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 noch immer zu Meinungsverschiedenheiten, sogar und gerade unter renommierten Fachleuten. Genau diese Problematik nimmt die vorliegende Diplomarbeit als Anlass und versucht, anhand einer Analyse des Kapitels 7 der Norm Lösungsvorschläge zu formulieren, wie bestehende Unklarheiten der ÖNORM B 2110 ausgeräumt werden können.

1.2 Zielsetzung

Die Diplomarbeit beschäftigt sich mit den Aussagen der ÖNORM B 2110 zum Thema Leistungsabweichungen (Kapitel 7). Zielsetzung der vorliegenden Diplomarbeit ist es, anhand der unter 1.3 „Methodik“ angeführten Werke von drei Autoren die Unklarheiten des Kapitels 7 darzulegen.

Zum Schluss werden unter Berücksichtigung der Anwenderhinweise und Praxistipps der Autoren, sowie unter Heranziehung der Vertragsbestimmungen bestimmter öffentlicher AG, Vertragsformulierungen vorgeschlagen, welche die im ersten Schritt dargelegten Unklarheiten auf ein akzeptierbares Niveau reduzieren. An dieser Stelle ist klarzustellen, dass die nachstehenden Ausführungen, das Thema aus der Sicht

¹ Karasek, Skriptum zur Vorlesung an der Universität Wien, November 2011, S. 2.

eines Ingenieurs wiedergeben und ggf. mit den Gebräuchen und Sitten eines Juristen nicht konform sind. Das ist meines Erachtens auch gerechtfertigt, da es sich auch bei der ÖNORM B 2110 um ein Regelwerk handelt, das „von Ingenieuren für Ingenieure“ formuliert ist.

1.3 Methodik

Da die Bearbeitung der ÖNORM B 2110 als Ganzes, den Rahmen einer Diplomarbeit sprengen würde, beschäftigt sich die vorliegende Diplomarbeit ausschließlich mit dem bauwirtschaftlich interessantesten Teil, dem Kapitel 7 „Leistungsabweichungen und ihre Folgen“.

Unter Leistungsabweichung versteht die ÖNORM B 2110 eine „*Veränderung des Leistungsumfangs entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungserbringung*“. Die Vorausgaben der ÖNORM B 2110 sahen eine klare Trennung der beiden Fälle vor, da jeweils unterschiedliche Anspruchsgrundlagen existieren: Während bei Leistungsänderungen der Vertrag als Anspruchsgrundlage gilt, stellt das ABGB in den §§ 1168 und 1168a die rechtliche Basis für den Anspruch bei Störung der Leistungserbringung dar.

Für die Analyse wurden vor allem Werke von drei Autoren herangezogen. Diese sind:

- G. Karasek: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2009.



Dr. Georg KARASEK ist Rechtsanwalt in Wien und gehört zu den führenden Experten im Vertrags- und Baurecht. Er ist Mitbegründer und Geschäftsführer der Kanzlei „KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte“.

- A. Kropik: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, 1. Auflage, Eigenverlag, Wien, 2014.



Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas KROPIK ist Universitätsprofessor für Bauwirtschaft und Baumanagement und Geschäftsführer des Beratungsunternehmens „Bauwirtschaftliche Beratung GmbH“.

- H. Wenusch: ÖNORM B 2110. Kommentar: Bauwerkvertragsrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2011.



Ing. DDr. Hermann WENUSCH ist Rechtsanwalt in Wien sowie ausgebildeter Bautechniker mit mehrjähriger Praxiserfahrung. Er fungiert als Experte des Österreichischen Normungsinstitutes.

Abschnitt 7 der ÖNORM B 2110 setzt sich aus fünf Punkten zusammen: Unter 7.1 „Allgemeines“ wird dem AG ein einseitiges Leistungsänderungsrecht eingeräumt und dessen Grenzen definiert. Pkt. 7.2 „Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner“ regelt den Risikobereich der Vertragspartner. Tritt eine Leistungsabweichung, die der Sphäre eines Vertragspartners zugeordnet werden kann, ein, so besteht ein Anspruch auf Frist- und/oder Entgeltanpassung, der ehestens anzumelden ist. Die Anmeldepflichten werden unter 7.3 „Mitteilungspflichten“ geregelt. Wurde der Anspruch rechtzeitig angemeldet, so ist eine MKF in prüffähiger Form vorzulegen. Pkt. 7.4 „Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts“ regelt die Ermittlung der Forderungen der Höhe nach. In diesem Punkt werden außerdem der Anspruchsverlust, die sogenannte 20%-Klausel und die Nachteilsabgeltung (die 5%-

Klausel) geregelt. Zum Schluss, unter Pkt. 7.5 werden noch die außerhalb des Leistungsumfangs erbrachten Leistungen und deren Folgen geregelt.

Der Aufbau der vorliegenden Diplomarbeit richtet sich primär nach der oben angeführten Struktur der ÖNORM B 2110 in der Ausgabe 15. März 2013. Wo erforderlich werden zum besseren und umfassenderen Verständnis Bezüge zum ABGB hergestellt. Zitate aus der ÖNORM B 2110, dem ABGB und der Judikatur sind „kursiv“ und mit einer grauen Schraffur dargestellt.

Die Interpretation erfolgt anhand der oben angeführten Werke von Karasek, Kropik und Wenusch. Die Quellenangaben erfolgen in einer Fußnote am Ende der Seite im sogenannten Vollbeleg. Bei Meinungsunterschieden wurden auch Werke anderer Autoren herangezogen.

2 Allgemeines (7.1)

2.1 Leistungsänderungsrecht des AG nach allgemeiner Rechtslage (ABGB)

Ein weitreichendes Leistungsänderungsrecht, wie es in der B 2110 vorkommt, ist im ABGB nicht auffindbar. Der AN ist also nicht verpflichtet, die vom AG angeordneten Änderungen durchzuführen, wenn im Vertrag keine gesonderten Regelungen getroffen sind, die solche Anordnungen erlauben. Eine unvereinbarte Anweisung wäre sogar als ein Eingriff in die Privatautonomie des AN zu bewerten.²

Um die Frage, warum der Gesetzgeber das Leistungsänderungsrecht des AG dermaßen einschränkt, beantworten zu können, muss man meines Erachtens den Schuldinhalt des AN nach allgemeiner Rechtslage genauer betrachten. Der AN schuldet bei einem Werkvertrag nach ABGB einen bestimmten Erfolg.³ Er (der AN) muss also alles Erdenkliche tun, um den Erfolg herbeizuführen. Es wäre daher sinnlos, einen Eingriff seitens des AG vorzusehen, weil ohnehin schon der Erfolg geschuldet ist.

Fraglich ist, ob der Schuldinhalt dann ein anderer ist, wenn das Werk detailliert beschrieben ist. Dieser Fall ist im Bauwesen häufig anzutreffen, da den Bauverträgen

² Wenusch, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/2.

³ Wenusch, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/5ff.

im Regelfall eine konstruktive Leistungsbeschreibung – unabhängig davon, ob ein Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag vorliegt – zugrunde liegt. Zu klären ist hier die Frage, ob das „beschriebene“ oder doch das „brauchbare“ Werk geschuldet wird. Denn das beschriebene Werk muss nicht notwendigerweise das brauchbare Werk sein und umgekehrt. Den Ausweg findet *Wenusch* durch die Einführung der Definition eines „primären“ Schuldinhalts, den in erster Linie das Werk mit den „erkennbar gewünschten“ Funktionen darstellt. Alle anderen Wünsche, die dem AN nicht erkennbar sind, wären dann als Anweisungen zu verstehen.

Weiters führt *Wenusch* folgendes Beispiel an: Schreibt der AG ein Haus mit einem undichten Kellermauerwerk (z.B. aus Betonsteinen) aus, weil etwa kein Grundwasser erwartet wird und lässt sich im Zuge der Aushubarbeiten dann ein höheres Grundwasserniveau feststellen, so ist der AN zur Errichtung eines wasserdichten Kellermauerwerks nicht verpflichtet. Begründen kann der AN dies damit, dass die Errichtung des eigentlich geschuldeten Werks aufgrund der Umstände, die der Sphäre des AG zuzuordnen sind, unterbleiben muss. Der AN muss allerdings den vereinbarten Erfolg (also Kellermauerwerk mit Betonsteinen) auf jeden Fall herbeiführen, unabhängig davon welche Schwierigkeiten dabei zu erwarten sind.⁴

Kropik beruft sich zur Begründung eines Leistungsänderungsrechts auf § 1168a ABGB, der folgende Regelung vorsieht:

§ 1168a: ...*Mißlingt aber das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar UNRICHTIGER ANWEISUNGEN des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.*

Da die Anweisungen hier explizit erwähnt werden, besteht für den AG offenbar die Möglichkeit Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Sinne von „Fehlerkorrekturen“ und „Planungsverfeinerung“ anzuordnen. Mit „Fehlerkorrektur“ und „Planverfeinerung“ sind offensichtlich die Fehler gemeint, die im Zuge der Ausschreibungsplanung entstanden sind und während der im Regelfall genaueren Ausführungsplanung vom AG korrigiert werden. Die Möglichkeit zur Fehlerkorrektur darf nämlich nicht nur dann gegeben sein, wenn die Warnung durch den AN erfolgt

⁴ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/8ff.

ist, sondern auch, wenn der AG seine eigenen Fehler erkennt. Daher darf der AN die Ausführung von technisch notwendigen Änderungen nicht verweigern.⁵

2.1.1 Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht

Weder im ABGB noch in den ÖNORMEN finden sich ausdrückliche Bestimmungen über die Prüf- und Warnpflichten des Bieters in der Angebotsphase. Daher ist die Existenz einer vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht sehr umstritten. Auch die Literatur ist sehr differenziert: Während ein Teil der Autoren von der Existenz einer beschränkten vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht – nur auf grobe Fehler – überzeugt sind, meinen andere, dass überhaupt keine vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht besteht.⁶ Nach hM in der Bauwirtschaft existiert die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht. Diese kann z.B. aus Sorgfalts-, Aufklärungs- und Treuepflichten bestehen und trifft sowohl den AN als auch den AG.⁷

Es ist also davon auszugehen, dass die Unterlassung der vorvertraglichen Warnpflicht durch den AN, den AG zur Anordnung der Leistungsänderung berechtigt. Schreibt zum Beispiel der AG Lärmschutzwände mit einer zu geringen Höhe aus, sodass der Lärmschutz nicht gewährleistet werden kann und warnt der AN ihn nicht davor, so ist der AG sehr wohl zur Anordnung der Leistungsänderung berechtigt, da der AN als „Experte“ diesen groben technischen Fehler leicht erkennen hätte müssen. Daher wirkt das Leistungsänderungsrecht auch zugunsten des AN, da er aufgrund der Unterlassung der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht zur Mithaftung gezwungen wäre. Das Leistungsänderungsrecht hilft also die Last der Warnpflicht zu mindern.

Weiters ist noch zu untersuchen, ob das „Anweisungsrecht“ aufgrund der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht nur auf technische Fehler beschränkt ist. Es könnte nämlich der Fall eintreten, dass die ausgeschriebene Ausführungsvariante exorbitant teuer ist und eine wirtschaftlich günstigere Variante existiert, die zum selben Ergebnis führt. Hier stellt sich die Frage, ob das Verschweigen des Bieters ein Anweisungsrecht des AN begründet. Meines Erachtens wäre auch hier ein Anweisungsrecht begründet, da das Verschweigen des Bieters als Verletzung des Grundsatzes „Treue und Glauben“ interpretiert werden kann.

⁵ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 705.

⁶ Kurbos, Baurecht, S. 55 ff. und Schopf, Prüf- und Warnpflicht³, S. 148.

⁷ Müller in Handbuch Claim-Management, 2. Aufl. 2015, Pkt. 2.2.3.1.

2.2 Leistungsänderungsrecht des AG nach ÖNORM B 2110

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

[...]

Im Gegensatz zur gesetzlichen Normallage (siehe 2.1), wonach der AN nur in Ausnahmefällen – technisch notwendige Änderungen – zur Ausführung der vom AG angeordneten Leistungsänderungen verpflichtet ist, räumt die B 2110 dem AG ein einseitiges Leistungsänderungsrecht ein, dies unter der Voraussetzung, dass diese Änderungen zur „Erreichung des Leistungsziels notwendig“ und dem „AN zumutbar“ sind.

Der Leistungsumfang selbst wird in der ÖNORM B 2110 folgendermaßen definiert:

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.

Der Zweck des weitreichenden Leistungsänderungsrechtes nach B 2110 kann in analog zum ABGB formuliert werden. Im Gegensatz zum Vertrag nach ABGB, wo ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, stellt bei einem Vertrag nach B 2110 nicht der Erfolg, sondern der vereinbarte Leistungsumfang den Schuldinhalt dar. Anders ausgedrückt, schuldet der AN ein bestimmtes Werk mit den in der Leistungsbeschreibung definierten Eigenschaften.

Die ÖNORM B 2110 räumt das Leistungsänderungsrecht nur dem AG bzw. seinen Gehilfen ein. Daher darf der AN ohne Anordnung des AG bzw. seiner Gehilfen keine Leistungsänderungen durchführen. Führt der AN ohne Zustimmung des AG eine Leistungsänderung durch, so handelt es sich um eine „außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte“ Leistung, die auf Verlangen des AG auf Kosten des AN beseitigt werden kann. Siehe dazu 6.2.

Dabei gibt es mehrere Möglichkeiten, wie eine Leistungsänderung erfolgen kann. *Karasek* und *Kropik* gehen dabei detailliert auf die Formen der Leistungsänderung ein, die nun im weiteren Verlauf erörtert werden.

2.2.1 Formen der Anordnung

Karasek unterscheidet hier zwei wesentliche Arten der Anordnung: die ausdrückliche und die schlüssige (stillschweigende) Anordnung. Im Vergleich zu *Karasek* teilt *Kropik* die schlüssige Anordnung in konkludente und stillschweigende Anordnung auf. Als Beispiel für stillschweigende Anordnung nennen *Kropik* und *Karasek* das Schweigen des AG trotz Aufforderung des AN, eine Weisung zu erteilen. Als Beispiel für schlüssige Anordnung nennt *Karasek* das Ergebnis einer Abstimmung der Vertragspartner in einer Baubesprechung.

Als Beispiel für eine ausdrückliche Anordnung führt *Karasek* die gegenüber dem Bau-Soll geänderten Pläne an und bezieht sich dabei auf die Judikatur.⁸ Im Gegensatz dazu, interpretiert *Kropik* diesen Fall als konkludente Anordnung und begründet dies wie folgt: Der AG, der einen zum Bau-SOLL abweichenden Plan liefert, wird im „Bewusstsein seiner Erklärung“ sein. Es liegt also ein schlüssiges Verhalten des AG vor. Die ÖNORM B 2110 selbst lässt die Formen der Anordnung unberührt. Sie schreibt lediglich unter Pkt. 4.2.4.2 vor, dass die Pläne, die von Erfüllungsgehilfen des AG übergeben wurden, als angeordnet gelten.

Dazu folgende Überlegung: Die Ausführungspläne werden, bevor sie als solche freigegeben werden, einem Vidierungslauf unterzogen. Dabei haben die Projektbeteiligten in der Regel zwei Wochen Zeit, ihre Änderungen in Form von Vidierungsvermerken dem Planer zu übermitteln. Der Planer arbeitet diese Änderungen in den Plan ein und gibt diesen schließlich als Ausführungsplan frei. Dabei werden alle Änderungen auf dem Ausführungsplan tabellarisch angeführt. Handelt es sich um eine Änderung, die auf dem Ausführungsplan auch dokumentiert ist, so handelt es sich meines Erachtens um eine ausdrückliche Anordnung. Fällt aber die Änderung im Ausführungsplan den Projektbeteiligten nicht auf, obwohl dieser vom Ausschreibungsplan abweicht und wird die Änderung nicht dokumentiert, so handelt es sich um eine konkludente Anordnung. Zum Beispiel: Der AG sieht als nichtbrennbare Wärmedämmung in den Ausschreibungsplänen Kombiplatten vor. In

⁸ OGH 27.04.2006, 2Ob 248/05t.

den Ausführungsplänen sind jedoch Styroporbetonplatten vorgesehen. Diese Änderung wird im Zuge der Vidierung nicht extra angeführt. So handelt es sich meines Erachtens um eine konkludente Anordnung, da der AG sich dessen bewusst sein müsste, dass er statt den ausgeschriebenen Kombiplatten nun Styroporbetonplatten zur Ausführung freigegeben hat.

Es ist weiters anzumerken, dass für den Eintritt von Rechtsfolgen die Frage, ob die Anordnung nun schriftlich oder mündlich erfolgt ist, völlig irrelevant ist. Bedeutsam wird dies nur für denjenigen, dem die Beweislast in zukünftigen Rechtsstreitigkeiten obliegt. Die Schriftlichkeit der Anordnung würde sich in Bezug auf die Beweiswürdigung als vorteilhaft erweisen.

2.3 Umfang des Leistungsänderungsrechts

Nach hM schließt das Leistungsänderungsrecht des AG den Leistungsentfall, die zusätzlichen Leistungen und die Ausführung unter geänderten Umständen mit ein.⁹ Ob der AN zur Ausführung der zusätzlichen Leistung verpflichtet ist, hängt wiederum davon ab, ob diese zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. Näheres dazu unten unter 2.4.

Problematisch ist zunächst die Abgrenzung einer zusätzlichen Leistung von einem neuen Auftrag, da es sich hier um eine Vertragsauslegung handelt. Es muss ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Hauptleistung und angeordneter Leistung bestehen, um überhaupt von einer Zusatzleistung sprechen zu können.¹⁰

2.4 Grenzen des Leistungsänderungsrechts nach ÖNORM B 2110

Wenn man das Augenmerk noch einmal auf den ersten Absatz der ÖNORM B 2110 (siehe Pkt. 2.2) lenkt, so sieht man, dass das Leistungsänderungsrecht durch die Notwendigkeit („... zur Erreichung des Leistungsziels notwendig“) und die Zumutbarkeit („... dem AN zumutbar ist“) eingeschränkt wird. Diese zwei Punkte werden im weiteren Verlauf etwas genauer behandelt.

⁹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 709.

¹⁰ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1247.

2.4.1 Notwendigkeit

Der AN ist zur Ausführung der vom AG angeordneten Leistungsänderung verpflichtet, wenn diese zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. Das Leistungsziel wird in der aktuellen Fassung der ÖNORM B 2110 folgendermaßen definiert:

3.9 Leistungsziel

der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN)

Im Klartext heißt das, dass der AN nicht jede vom AG erwünschte Änderung ausführen muss, sondern nur jene, die zur Erreichung des bereits im Vertrag definierten Leistungsziels notwendig sind. In diesem Zusammenhang macht *Karasek* auf folgende Problematik aufmerksam: Gemäß der Bestimmung in B 2110 müsste der AN bereits vor Vertragsabschluss Überlegungen bezüglich des aus dem Vertrag – der übrigens noch nicht zustande gekommen ist – objektiv ableitbaren Erfolges der Leistungen anstellen. Da dies aber dem AN nicht zumutbar sein kann, schuldet er den Erfolg nur für die in der Ausschreibung beschriebenen und von ihm erkennbaren Punkte. Schließlich müsste ein leistungsanordnender AG sich im Klaren sein, dass die von ihm erwünschte Änderung über den bestehenden Vertrag – „warum würde er es sonst anordnen?“ – hinausgeht. Es ist daher zwecklos eine Überprüfung der Notwendigkeit seitens des AN vorzusehen. Diese Bestimmung ist laut *Karasek* sinnlos und das Leistungsänderungsrecht wird daher lediglich durch Zumutbarkeit eingeschränkt.¹¹

Dass die Regelung entgegen den Behauptungen von *Karasek*, nun doch nicht sinnlos ist, sondern den AN vor einem gewieften AG schützt, zeigt *Kropik*, indem er auf folgenden interessanten Sachverhalt aufmerksam macht: Der AG könnte sich den in der Baupraxis gebräuchlichen Grundsatz „ein guter Preis bleibt ein guter Preis und ein schlechter Preis bleibt ein schlechter Preis“ zu Nutze machen und für den AN gute Preise reduzieren, indem er Leistungen weglässt und schlechte Preise ausnutzen, indem er zusätzliche Leistungen anordnet. Ohne die Regelung der Notwendigkeit wäre der AN dem AG ausgeliefert. Zum besseren Verständnis führt

¹¹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1244.

Kropik zwei Beispiele an, in denen die Notwendigkeit zur Erreichung des Leistungsziels nicht gegeben ist.

Beispiel 7-3: Beispiel für eine nicht im Leistungsziel enthaltene Leistung (Hochbau)

Mit einem Bauunternehmer werden die Rohbauarbeiten für ein Hotel vereinbart. Zusätzlich soll auch noch das Angestelltenheim im Anschluss an den Hotelbau errichtet werden. Für die Abrechnung sollen die Einheitspreise des Hotelbaus herangezogen werden.¹²

In diesem Fall ist der Bau des Angestelltenheims zur Erreichung des ursprünglich vereinbarten Leistungsziels (der Bau eines Hotels) nicht notwendig. So ist der AN nicht verpflichtet diese Zusatzleistung auszuführen, schon gar nicht zu den Preisen des Hauptauftrages (Hotelbau).

Das zweite Beispiel (diesmal aus dem Kanalbau) lautet folgendermaßen:

*Beispiel 7-4: Vereinbart sind Kanalbauarbeiten. Der AG wünscht im Zuge der Kanalbauarbeiten nicht nur das Wiederherstellen der Straßendecke über dem Künettenaufbruch, sondern auch die Neuasphaltierung über die gesamte Straßenbreite.*¹³

Auch in diesem Fall ist die Zusatzleistung zur Erreichung des Leistungsziels nicht notwendig, da ursprünglich Kanalbauarbeiten ausgeschrieben sind. Folglich muss der AN die zusätzlich angeordnete Leistung nicht durchführen.

Zusätzlich stellt sich hier die Frage, ob die erwünschten Leistungsänderungen in beiden Fällen nicht den Rahmen einer Zusatzleistung sprengen, da der Umfang der zusätzlichen Leistung im Vergleich zur Hauptleistung nur geringfügig sein darf.¹⁴¹⁵

Weiters unterteilen *Kropik* und *Wenusch* die Notwendigkeit in technische, rechtliche und wirtschaftliche Notwendigkeit. Technische Notwendigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass das geschuldete Bau-Soll ohne die Leistungsänderung technisch nicht hergestellt werden kann. Als klassisches Beispiel können hier vergessene Positionen genannt werden. Dazu führt *Kropik* das Beispiel der

¹² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 710.

¹³ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 710.

¹⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1247.

¹⁵ Ein öffentlicher AG, der bei Vergabe von Bauleistungen an das BVerG gebunden ist, wäre bei den oben angeführten Beispielen ggf. noch mit dem zusätzlichen Problem der Unzulässigkeit einer Direktvergabe konfrontiert.

Vollwärmeschutzfassade mit der vergessenen Position für Brandriegel an. Die Errichtung des Brandriegels kann nachträglich angeordnet werden, da es zur Erreichung des Leistungsziels (in diesem Fall eine funktionierende Vollwärmeschutzfassade) erforderlich ist.¹⁶

Die rechtliche Notwendigkeit ergibt sich aus behördlichen und internen Auflagen, wobei die behördlichen Auflagen zwingend einzuhalten und bei internen Auflagen die wirtschaftlichen Aspekte zu erwägen sind.¹⁷ Als Beispiel für eine behördliche Auflage kann hier die Errichtung eines staubdichten Schutzgerüsts genannt werden, wenn im Zuge von Abbrucharbeiten mit erhöhter Staubbelastung zu rechnen ist.

Die wirtschaftliche Notwendigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass das Leistungsziel im Sinne der Projektentwicklung dynamisch ist.¹⁸ So können z.B. zur wirtschaftlichen Vermarktung des zu herstellenden Objekts bestimmte Ausstattungen notwendig sein. Die Leistungsänderung wäre dann zur Erreichung des Leistungsziels erforderlich. Das dazugehörige Beispiel liefert *Kropik* aus dem Bereich der Betreiberimmobilien: Der AG ordnet den Bau eines zweiten Liftes und zusätzliche Schallschutzmaßnahmen an. Wenn die Vermarktung des Objekts (in diesem Fall eine Vermietung an den Hotelbetreiber) davon abhängt, ist die Anordnung wirtschaftlich notwendig.

Unter dem Aspekt „notwendig zur Erreichung des Leistungsziels“ spricht *Wenusch* noch einen wichtigen Punkt an, nämlich die Brauchbarkeit. Es könnte sehr wohl der Fall sein, dass neben technischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Notwendigkeit eine gesamt betrachtete Brauchbarkeit zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Erfolgs notwendig ist. Beispielhaft erwähnt *Wenusch* die Errichtung einer Schallschutzmauer. Dabei soll das Leistungsziel nicht die Errichtung einer Schallschutzmauer mit einer bestimmten Höhe sein, sondern die Errichtung einer Schallschutzmauer, die ein Gebiet vor Lärm schützen soll. Stellt sich nun während der Ausführung fest, dass nicht das ganze Gebiet abgedeckt wird, so wäre der AG im Rahmen des Leistungsänderungsrechts nach ÖNORM B 2110 dazu berechtigt, die Höhe der Schallschutzmauer zu ändern. Bei einem Bauvertrag nach ABGB, dem eine detaillierte Leistungsbeschreibung (konstruktive Leistungsbeschreibung)

¹⁶ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 711.

¹⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 714.

¹⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 714.

zugrunde liegt, müsste nach Wenuschs These der „primäre Schuldinhalt“ eruiert werden. Schreibt nun der AG eine Schallschutzmauer mit einer genau definierten Höhe aus, wäre die Errichtung der Schallschutzmauer mit den erkennbar gewünschten Eigenschaften der „primäre Schuldinhalt“. Siehe dazu 2.1. Eine Änderung der Höhe der Schallschutzmauer wäre dann als zulässige Anweisung zu interpretieren. Diese Änderung wäre nach Kropiks Ansicht auch im ABGB-Vertrag durchzuführen, da es sich hier um eine technische Notwendigkeit handelt.

Das brauchbare Werk kann theoretisch auch auf das von *Kropik* gezeigte Hotelbeispiel angewendet werden. Für ein schwer zugängliches Hotel, in das die An- und Abreise der Angestellten nur unter schwierigen Umständen möglich ist, wäre für die Errichtung eines (wirtschaftlich) brauchbaren Hotels der Bau eines Angestelltenheims nach der ÖNORM B 2110 unentbehrlich. Bei einem Bauvertrag nach ABGB bestünde die Möglichkeit nicht, da der Bau eines Angestelltenheims keine technische Notwendigkeit darstellt.

2.4.2 Zumutbarkeit

Für die Zumutbarkeit können keine pauschalen Regeln definiert werden, diese ist – und da sind *Karasek*, *Kropik* und *Wenusch* einig – im Einzelfall zu beurteilen. Dennoch listet *Karasek* Fälle auf, für die in der Regel Unzumutbarkeit zutreffen würde. Diese sind:

- ◆ wesentliche Abweichungen vom ausgeschriebenen Objekt, sodass dies einer Neuplanung gleichkommt;
- ◆ wenn trotz der Erhöhung der Auftragssumme die Sicherstellungen nicht erhöht werden (1170b ABGB);
- ◆ wenn dem AN technische Kompetenzen zur Ausführung der geänderten Leistung fehlen;
- ◆ wenn der AN keine ausreichenden Kapazitäten rechtzeitig zur Verfügung stellen kann (wenn der AN keine ausreichende Zeit zur Disposition der Arbeitskräfte hat – der AN ist grundsätzlich nicht verpflichtet weitere Subunternehmer einzusetzen).

Kropik und *Wenusch* sehen wie bei der Notwendigkeit auch bei der Zumutbarkeit eine Unterteilung vor. *Kropik* teilt die Zumutbarkeit in technische, organisatorische und wirtschaftliche Zumutbarkeit auf. *Wenusch* sieht eine Teilung in objektive und subjektive Zumutbarkeit vor. Unter objektiver Zumutbarkeit fasst *Wenusch* die

technische, organisatorische und wirtschaftliche Zumutbarkeit zusammen. Gemeint sind damit die technischen, organisatorischen und die wirtschaftlichen Möglichkeiten des AN.

Technische Unzumutbarkeit liegt vor, wenn dem AN das technische Know-how zur Ausführung der zusätzlichen Leistung fehlt. Zum Beispiel: Es ist einem kleinen Stadtbaumeister, der mit kleinräumigen Sanierungsmaßnahmen betraut ist, nicht zumutbar, einen 200 m hohes Hochhaus zu bauen.

Alle Leistungsänderungen, die einen Eingriff in den Personaleinsatz bedeuten, sind aus dem Blickwinkel der organisatorischen und wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu beurteilen.¹⁹ Das ist auch gerechtfertigt, da eine impulsive Disposition der Ressourcen (Arbeiter, Geräte, Material) für einen AN, der zur Deckung der zeitgebundenen Fixkosten (Lohnkosten) eine optimale Auslastung der Ressourcen anstrebt, nicht zumutbar ist. Sind keine Ressourcen verfügbar, so muss der AN auf fremde Ressourcen („Leiharbeiter“) greifen, die wiederum teurer als die Eigenressourcen sein können. Als Beispiel für wirtschaftliche Zumutbarkeit nennt *Kropik* noch das Ausführungsrisiko und erklärt dieses in Anlehnung an das Sachverständigenwesen folgendermaßen: Jeder AN, der nach außen hin zu erkennen gibt, einer Sache mächtig zu sein, haftet auch für diese. Hierbei ist der Haftungsmaßstab immer eine Firma mit durchschnittlichen Kompetenzen in demselben Gebiet. D.h. wenn ein AN sich zur Ausführung der zusätzlichen Leistung bekennt, obwohl ihm eigentlich das technische Know-how dazu fehlt, so muss er sich dieses entweder teuer aneignen oder ggf. „Subunternehmer“ beauftragen. Es liegt auf jeden Fall die wirtschaftliche Zumutbarkeit der zusätzlichen Leistung vor.

Subjektive Zumutbarkeit liegt vor, wenn der AN aus anderen Gründen als wirtschaftlichen, die Durchführung der Leistungsänderung verweigert. Darunter sind alle Gründe zusammenzufassen, für die ein „redlicher Beobachter“ kein Verständnis aufbringen würde.²⁰ Es liegt also eine Willkür des AN vor. Zum Beispiel: Wenn der AN aufgrund der immer heftig werdenden Kritik am Bau einer Unterkunft für Asylanten, die vom AG erwünschte Leistungsänderung verweigert.

¹⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 716.

²⁰ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/36.

Weiters kann das Leistungsänderungsrecht nicht dazu missbraucht werden, den AN an den Vertrag zu binden, wenn für diesen ein Rücktrittsrecht besteht.²¹ Ein Rücktrittsrecht im Sinne der ÖNORM B 2110 kann in mehreren Fällen gegeben sein: Wenn z.B. der AG in mit der Zahlung Verzug gerät (nach Überschreitung der Nachfrist) oder wenn Umstände vorliegen, die die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages durch den AN unmöglich machen. Ein Rücktrittsrecht besteht auch wenn das Werk zur Gänze zerstört wird.

2.5 Exkurs: Preisanfrage

Nach *Kropik* ist eine klare Trennung zwischen einer Preisanfrage und einer Leistungsänderung vorzusehen.²² Im Falle einer „bloßen Preisanfrage“ besteht weithin keine Anordnung zur Leistungsänderung, da es sich hier um eine Aufforderung zur Angebotslegung handelt. Auch nach Abgabe des Angebots besteht kein Recht zur Ausführung. Führt der AN dennoch die Leistung aus, ist das eine „außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistung“, für die der AG die Mehrkosten nicht anerkennen muss. Weiters kann er den AN zur Beseitigung der erbrachten Leistung auffordern, widrigenfalls kann dies auf Kosten des AN geschehen. Siehe dazu [6.2](#).

Die Frage, ob eine Leistungsänderung oder eine Preisanfrage vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Die Formulierung der Anfrage spielt dabei eine wichtige Rolle. Die Schriftlichkeit der Preisanfrage ist daher empfehlenswert, um im Nachhinein nicht in Beweisschwierigkeiten zu geraten.

2.6 Leistungsumfang und das vereinbarte Entgelt

[...]

7.1 zweiter Absatz: *Mit dem vereinbarten Entgelt ist der Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungsziels abgegolten.*

[...]

Die ÖNORM hält es offensichtlich für nötig, an dieser Stelle noch einmal klarzustellen, dass mit dem vereinbarten Entgelt der im Vertrag bereits definierte

²¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 709.

²² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 718.

Leistungsumfang, also die u.a. im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, abgegolten wird. Da das Leistungsziel, also der vom AG angestrebte Erfolg im Sinne der ÖNORM B 2110 nicht den Schuldinhalt darstellt, ist es auch von der Gegenleistung, also der Vergütung nicht erfasst.

Weiters bedeutet die die vorliegende Regelung nicht, dass die ÖNORM B 2110 das „Vollständigkeitsrisikos“ und das „Funktionsrisikos“ auf den AN überwälzt.²³. Die Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen ist im Abschnitt 7.2 „Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner“ (siehe 3.3) zur Sphäre des AG gehörend definiert.

2.7 Leistungsstörung und ihre Folgen

2.7.1 Leistungsstörung nach allgemeiner Rechtslage

Nach allgemeingültiger Rechtslage ist jeder Vertragspartner verpflichtet, bei Schäden den anderen Vertragspartner vor Nachteilen zu schützen. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die Schäden nicht seinem Verantwortungsbereich entstammen oder dort, wo sein Verschulden ausgeschlossen werden kann. Die Vertragspartner sind generell zur Schadensminimierung verpflichtet. Diese Pflicht kann aus § 1304 ABGB und aus der Judikatur abgeleitet werden. In § 1304 ABGB wird Folgendes geregelt:

§ 1304. *Wenn bey einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und, wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen.*

In Anlehnung an § 1304 wurde vom OGH Folgendes judiziert:

Die in der Revision aufgeworfene Frage, was einem Geschädigten im Rahmen der Schadensminderungspflicht zumutbar ist, bestimmt sich nach den Interessen beider Teile und den Grundsätzen des redlichen Verkehrs. Der Geschädigte verletzt seine Schadensminderungspflicht, wenn er schuldhaft Handlungen unterläßt, die von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden und geeignet wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern. Maßnahmen, die ihrerseits mit Nachteilen oder einem Risiko verbunden wären, muss der Geschädigte im Regelfall nicht eingehen. (RIS-Justiz RS0027787 insb [T7, T12] - zB Kostenrisiko). Die

²³ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S.720.

Beurteilung, ob zumutbare Maßnahmen iS dieser Kriterien unterlassen wurden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und stellt grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage dar (RIS-Justiz RS0027787 [T18, T19, T20]).²⁴

Wie es unter 2.7.2 auch noch ersichtlich wird, weist die ÖNORM im Zusammenhang mit der Leistungsstörung und Vermeidung einer solchen, keine wesentlichen Unterschiede zur Judikatur auf.

2.7.2 Leistungsstörung nach B 2110

[...]

7.1 dritter Absatz: *Droht eine Störung der Leistungserbringung (z.B. Behinderung) oder ist eine solche eingetreten, hat jeder Vertragspartner alles Zumutbare aufzuwenden, um eine solche zu vermeiden oder deren Folgen so weit als möglich abzuwehren, sofern daraus keine Mehrkosten entstehen.*

[...]

Anfangs ist anzumerken, dass die ÖNORM B 2110 in der obigen Bestimmung die Vertragspartner zu zwei Aufgaben verpflichtet. Einerseits kommt die Pflicht auf die Vertragspartner zu, im Falle einer drohenden Störung alles Zumutbare aufzuwenden, um die Störung zu vermeiden. Andererseits sind die Vertragspartner verpflichtet, bei einer bereits eingetretenen Störung die Folgen der Störung abzuwehren, soweit – und das könnte zu Meinungsunterschieden führen – dadurch keine Mehrkosten entstehen. Es ist nicht einsichtig, was die ÖNORM unter den Mehrkosten verstanden haben will und auf was sich diese Mehrkosten beziehen. Die Mehrkosten können sowohl aufgrund der Maßnahmen zur Vermeidung der Leistungsstörung, als auch aufgrund der Maßnahmen zur Minimierung von Folgeschäden – also nach dem Eintritt der Leistungsstörung – entstehen.

Laut *Kropik*²⁵ besteht die Verpflichtung des AN zur Setzung von Maßnahmen nur dann, wenn ihm dadurch kein zusätzlicher Aufwand entsteht, also wenn keine Mehrkosten entstehen. Um eine Nuance anders drückt es *Wenusch*²⁶ aus: Mehrkosten sind jene Kosten, die dem AN, im Zuge der Maßnahmen, die er zur Abwehr von Folgen aus der Störung ergreift, wacsen und vom AG zu vergüten sind.

²⁴ OGH 25.05.2011, 8 Ob 118/10a.

²⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 721.

²⁶ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/45.

Kropik und *Wenusch* beziehen also die Mehrkosten auf das vereinbarte Entgelt. Dementsprechend kann behauptet werden, dass der AN Maßnahmen ergreifen darf, wenn er dann keine MKF zur Vergütung der von ihm gesetzten Maßnahmen vorlegt. Dem AN entsteht kein zusätzlicher Aufwand, wenn er aufgefordert wird unter geänderter Disposition weiter zu arbeiten oder wenn ihm die Reserven bei großzügig geplanten Fristen gestrichen werden.²⁷ So darf der AN nicht auf Einhaltung des alten Terminplans bestehen, wenn er ohne einen Nachteil daraus ziehen zu müssen, Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt ausführen kann. Der AN muss aber keine Maßnahmen ergreifen, wenn ihm ein zusätzlicher Aufwand entsteht, der vom AG nicht vergütet wird. Eine Ausnahme davon stellt jedenfalls die Gefahr in Verzug dar. Siehe dazu **6.2.1**.

2.7.3 Forcierungsmaßnahmen

Ist der Einsatz von neuen Ressourcen unumgänglich, so hat der AN das vor Leistungsbeginn mit dem AG abzuklären und ggf. zu vereinbaren. Auch die Forcierungsmaßnahme ist unter vorher abzuklärenden Leistungen zu zählen, da sie eine Leistungsänderung darstellt und zur Vertragsanpassung führt. Dazu folgende Regelung in der ÖNORM B 2110:

7.5.1 Leistungen, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind und durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, dürfen nach Erkennbarkeit, ausgenommen bei Gefahr im Verzug, ohne schriftliche Zustimmung des AG nicht aus- oder fortgeführt werden.²⁸

Aufgrund der oben angeführten Regelung kann gefragt werden, ob der AN Forcierungsmaßnahmen ergreifen darf, ohne dass diese vom AG angeordnet werden. Nach hM hat der AN sehr wohl einen Anspruch auf das Entgelt, wenn der AN aufgrund seiner einseitigen Forcierungsmaßnahme dem AG Kosten erspart, auf die er bei einer eventuellen Bauzeitverlängerung einen Anspruch hätte.²⁹ Der Anspruch auf das Entgelt besteht in jenem Ausmaß, „als er dem AG eine Verzögerungsentschädigung“ erspart hat. Die Verzögerungsentschädigung resultiert aus § 1168 AGB Abs. 1 letzter Satz³⁰:

²⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 721.

²⁸ 7.5 „Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen“, siehe **6.2**.

²⁹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1249.

³⁰ *Krejci*, Baugrundrisiko 56.

§ 1168. ... Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

Die Forcierungsmaßnahmen verursachen in der Regel höhere Kosten als eine Bauzeitverlängerung.³¹ Nach Karaseks Ansicht besteht aber der Anspruch auch dann, wenn die Forcierungsmaßnahme höhere Kosten verursacht, als eine Bauzeitverlängerung. Die höheren Kosten sind in diesem Fall jedoch entsprechend zu kürzen.³²

Auch *Kropik* nimmt Bezug auf einseitig ergriffenen Forcierungsmaßnahmen und führt in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OGH an:³³

... Ihm steht lediglich die Vergütung jener „Mehrkosten“ zu, die auch bei Inanspruchnahme der verlängerten Leistungsfrist unvermeidlich waren. Diese wurden der Klägerin ohnehin bereits vom Erstgericht (rechtskräftig) zuerkannt.

[...]

In der Folge nimmt *Kropik* Bezug darauf, inwieweit Mitteilungspflichten nach Pkt 7.4.3 diesen Anspruch des AN vermindern können: Nach Pkt 7.3.2 (siehe 4.3.4) unterliegen die Ansprüche aus einer Leistungsstörung der Anmeldepflicht. Unterbleibt die Anmeldung, tritt Anspruchsverlust im Sinne von Pkt 7.4.3 (siehe 5.3) in dem Ausmaß ein, in dem die Entscheidungsfreiheit des AG eingeschränkt wird. Nachdem der AG aber keine andere Möglichkeit gehabt hätte, außer Bauzeitverlängerung und Forcierung, sind dem AN auf jeden Fall die geringeren Kosten – in der Regel sind das die Kosten der Bauzeitverlängerung – zu ersetzen. *Kropik* schließt sich also der Meinung *Karaseks* an. Die verkürzten Mehrkosten, von denen *Karasek* spricht, sind also Kosten, die dem AN auch bei einer gegebenen Bauzeitverlängerung entsprechend zu vergüten wären.

Abschließend wäre hier vielleicht noch die Frage zu beantworten, ob der AN verpflichtet ist, eine vom AG angeordnete Forcierungsmaßnahme auszuführen. Dass der AG eine Forcierungsmaßnahme anordnen darf, steht außer Zweifel. Das Recht Forcierungsmaßnahmen anzuordnen, resultiert jedoch nicht notwendigerweise aus

³¹ Es gilt **nicht** der Grundsatz, dass die Kosten einer Forcierungsmaßnahme immer höher sind, als die Kosten einer Bauzeitverlängerung. Siehe dazu: *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 789.

³² *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1249.

³³ OGH 21.10.2008, 1 Ob 200/08f.

dem bereits oben erläuterten Leistungsänderungsrecht. *Hussian*³⁴ zeigt auf, dass die Bauzeit – außer sie ist im Bauvertrag als Leistungsziel definiert – im Regelfall kein Bestandteil des Leistungsziels ist. Dass der AN die Anordnungen, die zur Erreichung des Leistungsziels nicht erforderlich sind, nicht ausführen muss, wurde bereits oben (siehe 2.4) erläutert. Die Verpflichtung zur Ausführung von Forcierungsmaßnahmen resultiert vielmehr aus den im Zivilrecht anerkannten vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten. Wenn die Verpflichtung zur Forcierung keine Leistungsänderung nach ÖNORM B 2110 darstellt, so ist der AN auch nicht verpflichtet, diese zu den Preisen des Hauptauftrages auszuführen, da er nur Leistungsänderungen zu den Preisen des Hauptauftrages durchführen muss, die auch von der ÖNORM B 2110 als solches anerkannt sind. Siehe dazu 5.2.2.

Der zweite Aspekt, der hier nicht unberücksichtigt bleiben darf, ist, inwieweit die Forcierungsmaßnahme dem AN zumutbar ist. In den Fällen wie z.B. die Anordnung von Überstunden aber auch der Einsatz von zusätzlichem Personal und Maschinen drängt sich die Frage auf, ob eine rechtzeitige Disposition dem AN zumutbar ist. Diese Frage ist – wie die anderen Fragen betreffend Zumutbarkeit auch – im Einzelfall zu entscheiden, da hier die vorhandenen Ressourcen des jeweiligen AN von großer Bedeutung sind.

2.7.4 Die Regelung trifft auch den AG

Auch der AG ist nach ÖNORM B 2110 verpflichtet, im Falle einer Leistungsstörung alles Zumutbare aufzuwenden, um eine Leistungsstörung zu vermeiden oder deren Folgen so weit wie möglich abzuwehren. Dementsprechend muss der AG ebenso wie nach allgemeiner Rechtslage im Falle einer Störung, auch wenn sie nicht seiner Sphäre zuzuordnen ist, den AN dabei unterstützen, um Folgen einer Störung zu minimieren. Als Beispiel nennt *Kropik* die Freigabefristen von Plänen und Bemusterungen. So darf der AG im Falle einer Störung nicht die ganze Frist ausnutzen, sondern muss unter Umständen eine raschere Freigabe anstreben, damit der Verzug minimiert wird.

³⁴ *Hussian*, Bau-Soll und geschuldeter Werkerfolg, bau aktuell 2010, 102ff.

2.8 Fortschreibung des Vertrages

[...]

7.1 vierter Absatz: *Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z.B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen.*

Die ÖNORM verfolgt offensichtlich dem Gedanken, dass der Vertrag trotz Änderungen weiterhin bestehen soll. In der gültigen Ausgabe der ÖNORM werden die Vorgabe, eine Fortschreibung des bestehenden Vertrages durchzuführen und die Frage, wie diese Fortschreibung – nämlich auf Preisgrundlagen des bestehenden Vertrages – erfolgen soll, getrennt voneinander behandelt.

Die Fortschreibung ist als Folge einer Leistungsabweichung zu sehen. Dazu gehört auch die Darstellung der Abweichung, also Angabe von Menge, Leistungsbeschreibung, entfallene/zusätzliche Leistungen.³⁵ In der Praxis wird die Fortschreibung in Form eines Zusatzauftrages durchgeführt. Die Fortschreibung des Vertrages kann erst dann erfolgen, wenn alle notwendigen Schritte davor – rechtzeitig angemeldet bzw. mitgeteilt, die MKF zur Prüfung vorgelegt und vom AG anerkannt – abgeschlossen sind. Diese notwendigen Schritte werden unter 7.3 „Mitteilungspflichten“ (siehe 4) und unter 7.4 „Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts“ (siehe 5) konkretisiert.

Bei Verträgen auf Grundlage des ABGB, in denen das Entgelt für Zusatzleistungen nicht vereinbart ist, stellt sich die Frage nach einem – wie es der § 1152 ABGB regelt – angemessenen Entgelt. Angemessen ist ein Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geleistet wird, ergibt.³⁶ Die ÖNORM löst dieses Problem, indem sie die Preisgrundlagen des bestehenden Vertrages für die Bildung des neuen Preises heranzieht.

Die Fortschreibung des Vertrages ist nicht formgebunden ist. Dennoch ist hier die Schriftlichkeit anzuraten, um im Nachhinein nicht in Beweisschwierigkeiten zu

³⁵ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 723.

³⁶ OGH 26.05.2011, 5 Ob 219/10g.

geraten. Auch ein Verweis auf die nicht abgeänderten Teile des alten Vertrages ist empfehlenswert.³⁷

3 Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner (7.2)

Der Pkt 7.1 der ÖNORM B 2110 beschäftigt sich allgemein mit Leistungsabweichungen, also mit Leistungsänderungen und Leistungsstörungen. Den Regelungsinhalt von Pkt 7.2 stellen jedoch ausschlich Leistungsstörungen dar.

3.1 Gefahrentragung nach allgemeiner Rechtslage (ABGB)

Hier ist eingangs klarzustellen, dass die allgemeine Rechtslage den in der ÖNORM verwendeten Begriff „Ereignis“ gar nicht kennt. Stattdessen spricht das ABGB in § 1168 von Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen. Dem Begriff „Umstand“ kommen im allgemeinen Sprachgebrauch folgende Bedeutungen zu:³⁸

- 1) *zu einem Sachverhalt, einer Situation, zu bestimmten Verhältnissen, zu einem Geschehen beitragende oder dafür mehr oder weniger wichtige Einzelheit, einzelne Tatsache*
- 2) *in überflüssiger Weise zeitraubende, die Ausführung von etwas [Wichtigerem] unnötig verzögernde Handlung, Verrichtung, Äußerung usw.; unnötige Mühe und überflüssiger, zeitraubender Aufwand*

Im Sinne der Leistungsstörungen wird eher die erste Bedeutung zutreffend sein.

§ 1168 ABGB unterscheidet zwischen zwei Fällen: das Unterbleiben des Werkes und die „Verkürzung“ des AN durch Zeitverlust bei der Ausführung. Beide gehen mit Umständen einher, die auf Seite des Bestellers (AG) liegen. Im Falle des Unterbleibens des Werkes steht dem Werkunternehmer (AN) das volle Entgelt abzüglich seiner Ersparnisse zu, wobei hier die Beweislast beim Besteller (AG) liegt.

Die Verkürzung des Werkunternehmers (AN) liegt vor, wenn diesem ein Zeitverlust aufgrund von Umständen, die auf Seite des Bestellers (AG) liegen, entsteht. In diesem Fall steht dem Werkunternehmer eine angemessene Entschädigung zu. *Karasek* spricht von in diesem Zusammenhang von einer

³⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 724.

³⁸ siehe: Duden Onlinewörterbuch .

Verzögerungsentschädigung (vergleiche 2.7.2). Es handelt sich hierbei nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Entgeltanspruch. D.h. ein Verschulden des Bestellers muss nicht vorliegen, damit der Anspruch des Werkunternehmers (AN) auf „angemessenes Entgelt“ nach § 1152 ABGB begründet wird.

Welche Umstände nun auf Seite des Bestellers (Sphäre des AG) liegen wird durch Judikatur konkretisiert:

Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, sind Handlungen oder Unterlassungen des Bestellers oder seiner Leute, Ereignisse in der Person des Bestellers, in seiner Unternehmung oder Wirtschaft oder die Beschaffenheit der vor von ihm beigestellten Stoffe und Sachen. Für die Zuordnung der Gefahr bei Vereitelung der Ausführung entscheidet demnach die Herkunft des Hindernisses. Wurde die Ausführung durch Umstände verhindert, die in der Sphäre des Bestellers liegen, so behält der Werkunternehmer den Anspruch auf das Entgelt.³⁹

Abschließend ist hier anzumerken, dass alle anderen Umstände, die zwar eine Verkürzung des Werkunternehmers (AN) verursachen, aber nicht auf Seite des Bestellers liegen, nichts am geschuldeten Erfolg ändern. Gängig ist in diesem Zusammenhang der Begriff „neutrale Sphäre“, der nach dem ABGB dem Werkunternehmer (AN) zugeordnet wird. Hierzu zählen u.a. die außergewöhnlichen Witterungsverhältnisse. Weiters ist zu erwähnen, dass es hierbei um nicht zwingende Regelungen (dispositives Recht) des ABGB handelt. Eine Abwälzung der Gefahrentragung auf anderen Vertragspartner ist im Vertrag sehr wohl möglich.

3.2 Gefahrentragung nach ÖNORM B 2110

Im Gegensatz zur allgemeinen Rechtslage ist die ÖNORM „AN-freundlich“ und ordnet den neutralen Bereich nahezu ausschließlich dem AG zu. Die ÖNORM B 2110 setzt die Sphärentheorie des § 1168 ABGB fort, sieht jedoch eine klare Trennung der beiden dort behandelten Sachverhalte vor. Während die Leistungsabweichungen und ihre Folgen (nach ABGB: Verkürzung des AN) unter Kapitel 7 behandelt werden, ist der Untergang der Bauleistungen (nach ABGB:

³⁹ OGH 6.11.1981, 1 Ob 569/81; OGH 21.10.2008 5 Ob 211/08b; OGH 14.12.2011, 3Ob126/11t.

Unterbleiben des Werkes) Gegenstand des Kapitels 12 „Haftungsbestimmungen“, welches in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt wird.

Der zweite formale Unterschied zum ABGB ergibt sich wiederum daraus, dass die ÖNORM statt des Ausdrucks „Umstand“ den Begriff „Ereignis“ einführt. Aus der Bedeutung dieses Begriffs als „Begebenheit, Geschehen, Hergang, Vorfall“ kann der Schluss gezogen werden, dass mit dem Begriff „Ereignis“ vor allem unvorhersehbare Vorgänge gemeint sind.⁴⁰ Tatsächlich wird in diesem Abschnitt auf die unvorhersehbaren Ereignisse besonderes Augenmerk gelegt.

Die ÖNORM führt explizit die Wortfolgen „Sphäre des AG“ und „Sphäre des AN“ ein und definiert diesen Begriff folgendermaßen:

3.13 Sphäre: vertraglich oder gesetzlich bestimmter Risikobereich des jeweiligen Vertragspartners.

Demnach wäre unter der Wortfolge „Sphäre des AG“ der vertraglich oder gesetzlich bestimmte Risikobereich des AG und unter „Sphäre des AN“ der vertraglich oder gesetzlich bestimmte Risikobereich des AN zu verstehen. Den Ausdruck „gesetzlich bestimmter Risikobereich“ könnte man so interpretieren, dass die ÖNORM B 2110 damit einen Verweis auf den im ABGB definierten Risikobereich vorsieht. Tatsächlich weicht die ÖNORM hinsichtlich des Risikobereichs vom „gesetzlich bestimmten Bereich“ deutlich ab, in dem sie im Gegensatz zum ABGB den neutralen Bereich dem AG zuordnet.

Die ÖNORM ordnet die Folgen einer Leistungsstörung immer als Ganzes einem Vertragspartner zu. So werden die Auswirkungen in „monetärer“ und „terminlicher“ Hinsicht als Ganzes entweder dem AG oder dem AN zugeordnet.⁴¹ Es kann also nicht vorkommen, dass als Folge einer Leistungsstörung der AG die Leistungsfrist verlängern und der AN die daraus resultierenden Mehrkosten tragen muss. Bei Untergang oder Beschädigung des Werkes können jedoch noch zusätzlich Ansprüche des AN auf Vergütung der Wiederherstellungskosten zustehen. In diesem Fall ergeben sich unterschiedliche Anspruchsgrundlagen: Die Fristverlängerung und die aus der Fristverlängerung entstandenen Mehrkosten werden als Folge der Störung der Leistungserbringung nach Abschnitt 7 „Leistungsabweichungen und Ihre

⁴⁰ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/79.

⁴¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 725.

Folgen“ vergütet. Die Wiederherstellungskosten stehen dem AN nach Abschnitt 12.1 „Gefahrentragung“ zu. Die Anspruchsvoraussetzungen dabei sind, dass das Ereignis unvorhersehbar und nicht in zumutbarer Weise abwendbar (Grundlage für den Anspruch nach Abschnitt 7) sowie unabwendbar (Grundlage für den Anspruch nach Abschnitt 12.1) ist.

3.3 Zuordnung zur Sphäre des AG (7.2.1)

3.3.1 Unterlagen, verzögerte Auftragserteilung, Stoffe und Anordnungen

7.2.1 erster und zweiter Absatz

Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z.B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z.B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z.B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt.

[...]

Zusätzlich zu den in § 1168a ABGB angeführten Tatbeständen – beigestellte Stoffe und Anweisungen – zählt die ÖNORM die vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen, und verzögerte Auftragserteilung zum Verantwortungsbereich des AG. Unter den „zur Verfügung gestellten Unterlagen“ ist nicht nur das Anfertigen und Übergeben von Plänen, sondern auch das Bereitstellen von zuverlässigen Gutachten zu verstehen. Allfällige Mängel dieser sind somit auch der Sphäre des AG zuzuordnen.

Im Falle einer verzögerten Auftragserteilung, weil etwa das Vergabeverfahren zu lange dauert, haftet der AG für die daraus entstandenen Mehrkosten. Eine verzögerte Auftragserteilung kann eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung nach sich ziehen, wie z.B. die Änderung von Preisgrundlagen. In diesem Fall steht dem AN eine Anpassung der Preisgrundlage zu. Der AG kann

darüber hinaus zur Vergütung sonstiger aus der Verspätung resultierenden Kosten, z.B. für die Bereithaltung zusätzlicher Ressourcen, verpflichtet sein.⁴²

Weiters ordnet die ÖNORM B 2110 die Unterlassung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 in die Sphäre des AG ein. Unter 4.2.1.3 wird Folgendes geregelt:

4.2.1.3 *In der Ausschreibung sind alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind, sowie besondere Erschwernisse oder Erleichterungen, z.B. Baugrundverhältnisse, verkehrsbedingte Arbeitsbehinderungen, Terminfestlegungen, fallweise Unterbrechung von Leistungen, insbesondere auch während des Winters, Lagerungsmöglichkeiten, Wasser-, Strom- und Gasanschlüsse, anzuführen. Ferner sind jene Auflagen bekannt zu geben, die sich auf Grund von behördlichen Bescheiden (z.B. baurechtliche, wasserrechtliche, naturschutzrechtliche Bescheide) ergeben.*

Unter 4.2.1.3 der ÖNORM B 2110 werden jene Angaben aufgezählt, die für eine ordnungsgemäße Ausschreibung unumgänglich sind. Der Verweis in Pkt 7.2.1 auf diese Verpflichtung stellt damit noch einmal klar, dass die Regelungen des Abschnitts 4 „Verfahrensbestimmungen“ mehr als nur unverbindliche Empfehlungen für die Vertragsparteien sind, deren Nichteinhaltung keine Konsequenzen nach sich zieht.⁴³

Auch wenn die Nichteinhaltung der vorvertraglichen Pflichten zu Lasten des AG geht, darf der AN nicht behaupten, dass jedes daraus resultierende Risiko in den Verantwortungsbereich des AG fällt. Zur Diskussion steht auch die rechtliche Wirksamkeit der vorliegenden Regelung, da die Grenze zwischen einem sua sponte erteilten Ratschlag und einer aus gesetzlichem oder normativem Zwang erteilten Information nicht deutlich ist.⁴⁴ Der AN ist also auf jeden Fall dazu verpflichtet, bei fehlenden Angaben objektiv plausible Annahmen zu treffen.

Auch der zweite Verweis auf Pkt. 6.2.4, wo Prüf- und Warnpflicht des AN geregelt wird, bringt die Bedeutung der vorvertraglichen Beziehung zum Ausdruck.⁴⁵ Tatsächlich bezieht sich der Verweis in Pkt 7.2.1 nämlich nur auf die Ausschreibungsphase. Die Beifügung zum zweiten Absatz des Pkt 7.2.1 darf nun

⁴² Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 728.

⁴³ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/65.

⁴⁴ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 730.

⁴⁵ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, S. 368.

nicht so interpretiert werden, dass auf den AN eine besondere vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht zukommt.⁴⁶ Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht kommt generell sehr eingeschränkt zur Anwendung.⁴⁷ Nähere Ausführungen zur vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht siehe 2.1.1.

3.3.2 Objektive Unmöglichkeit

7.2.1 dritter Absatz: *Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese*

1. *die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich machen, oder*

[...]

Die ÖNORM B 2110 verwendet zwar den Ausdruck „unmöglich“, konkretisiert diesen aber nicht weiter. Daher muss auf die allgemeine Rechtslage zurückgegriffen und die Bedeutung des Begriffs näher beleuchtet werden. Die Unmöglichkeit im Zivilrecht setzt ein dauerhaftes Hindernis voraus, liegt ein vorübergehendes Hindernis vor, so handelt es sich um einen Verzug. In Anlehnung an den OGH⁴⁸ behauptet *Karasek*, dass die Verpflichtung, aufwendige Maßnahmen zu ergreifen, um den Erfolg zu sichern, keine Unmöglichkeit darstellt. Es kann aber sehr wohl die Unerschwinglichkeit (wirtschaftliche Unmöglichkeit) der Maßnahme vorliegen. Die Unerschwinglichkeit wird in der Judikatur der Unmöglichkeit gleichgesetzt und ist dann der Fall, wenn der für die Leistung notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung steht.⁴⁹

Aus der oben genannten Bestimmung der ÖNORM B 2110 geht nicht hervor, welche Art der Unmöglichkeit gemeint ist. Nach *Karaseks* Ansicht darf die Regelung nicht angewendet werden, wenn ein Verschulden eines Vertragspartners an der Unmöglichkeit vorliegt.

Weiters spricht die ÖNORM von objektiver Unmöglichkeit und ordnet diese der Sphäre des AG zu. Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Erfüllung des Werks für niemanden möglich ist. Im Gegensatz dazu bezeichnet die subjektive

⁴⁶ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 730.

⁴⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 66.

⁴⁸ OGH 09.12.1997, 5 Ob 75/97h.

⁴⁹ OGH 10.12.2002, 10 Ob 326/02t.

Unmöglichkeit den Fall, wenn die Leistung von diesem Schuldner nicht erbracht werden kann. Das daraus resultierende Risiko muss der AN tragen. *Kropik* zählt die vom AN „verschuldeten und zu vertretenden“ Zufälle (=subjektive Unmöglichkeit) folgendermaßen auf:⁵⁰

- ◆ alle vom AN verschuldeten Ereignisse wie z.B. eine insuffiziente Materialbeistellung oder
- ◆ Ereignisse, die durch mangelnde Organisation des AN hervorgehen wie. z.B. Krankheit des Bauleiters, Insolvenz eines Subunternehmers
- ◆ Ereignisse, die auf den Betrieb des AN wirken, wie z.B. Krankheit von Mitarbeitern, Brand usw.

Im Wesentlichen verbleiben als objektiv unmöglich dann „höhere Gewalt und bloßer Zufall“ in der Risikosphäre des AG, allerdings nur wenn sie die Bauleistung selbst oder den Ort der Bauleistung treffen. Die Abgrenzung zu unvorhersehbaren und unabwendbaren Ereignissen, die gemäß Pkt 7.2.1 ohnedies in die Sphäre des AG fallen, liegt darin, dass es für die Anwendbarkeit der Regelung der Unmöglichkeit keine Außergewöhnlichkeit braucht.⁵¹ Zum Beispiel: Kommt es infolge eines Murenabganges zur Sperrung des Zufahrweges einer Baustelle und ist die rechtzeitige Fertigstellung innerhalb der kurzen Ausführungsfrist daher objektiv unmöglich, so kommt es nicht darauf an, ob das Ereignis nun vorhersehbar war oder nicht. Maßgebend ist hier der Umstand, dass die Einhaltung der vereinbarten Leistungsfrist nicht möglich ist. Anders ausgedrückt: Ist die Fertigstellung innerhalb der vertraglich vorgesehenen Bauzeit objektiv unmöglich, so fällt das Ereignis in die Sphäre des AG.⁵²

3.3.3 Unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse

Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese

1. *[...]*
2. *zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.*

⁵⁰ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 732.

⁵¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 732.

⁵² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 733.

Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart.

Anfangs ist klarzustellen, dass nicht die Folgen des Ereignisses, also die verursachten Störungen des Baugeschehens, sondern das Ereignis selbst den Regelungsinhalt darstellt. Daher ist ein Ereignis dann unvorhersehbar, wenn die Vertragsparteien im Zuge des typischen Bauablaufes nicht mit dem Eintritt des Ereignisses rechnen müssen.

Unter unvorhersehbaren Ereignissen sind nicht nur die außergewöhnlichen Witterungsverhältnisse und Naturereignisse (siehe 3.3.4), sondern auch alle anderen Einflüsse, die störend auf das Baugeschehen wirken können, zu subsumieren. Diese sind dann der Sphäre des AG zuzuordnen, wenn sie betriebsfremd sind – also jedermann treffen – und „unmittelbar“ die Baustelle treffen, weil nur dann eine Abweichung vom Bau-SOLL gegeben ist.⁵³ Als Beispiel für betriebsfremde Ereignisse können hier in Anlehnung an ÖNORM B 2118⁵⁴ folgende Ereignisse angeführt werden: Streik, Aussperrung, Krieg, Terroranschläge, Erdbeben oder außergewöhnliche Elementarereignisse, z. B. Hochwasser und Überflutungen. Weiters ist hier zu erwähnen, dass in der ÖNORM B 2118 zwischen außergewöhnlichen Elementarereignissen und außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen unterschieden wird. Tritt ein außergewöhnliches Elementarereignis wie z.B. Hochwasser oder Überflutung ein, so steht dem AN zwar eine entsprechende Fristverlängerung, nicht jedoch die Vergütung der daraus resultierenden Mehrkosten zu. Die Mehrkosten werden nur im Falle eines außergewöhnlichen Witterungsverhältnisses, zu dem u.a. kurze und lange Niederschlagsereignisse dazuzählen, vergütet. D.h. hier ist sehr wohl eine klare Trennung der Zeit- und Kostengefahr vorhanden. Vergleiche dazu 3.2.

Da die ÖNORM B 2110 von unvorhersehbaren Ereignissen spricht, diese aber nicht weiter konkretisiert und nicht festlegt, wann sie als vorhersehbar bzw. als unvorhersehbar (außer Witterung) gelten, versucht *Wenusch* die Grenze zwischen Vor- und Unvorhersehbarkeit mit Hilfe der für außergewöhnliche Witterungsverhältnisse genannten Jährlichkeit – 10-jährliches Ereignis – zu ziehen.

⁵³ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 730ff.

⁵⁴ ÖNORM B 2118: 7.2 „Zuordnung zur Sphäre des AG“, S. 28.

Mathematisch betrachtet, entspricht ein 10-jährliches Ereignis einer Wahrscheinlichkeit von 10 %. So wäre ein Ereignis, das mit einer Wahrscheinlichkeit von weniger als 10% eintritt, nicht vorhersehbar. Alle Ereignisse mit oder über 10%-iger Wahrscheinlichkeit wären somit vorhersehbar. Dieser Ansatz funktioniert allerdings bedingt, da es für die meisten unvorhersehbaren Ereignisse – wie Kriegsausbruch oder Streik – nur schwer oder gar nicht möglich ist, eine Wahrscheinlichkeit zu definieren.

Neben der Unvorhersehbarkeit stellt die Unabwendbarkeit die zweite Bedingung dar, um ein Ereignis der Sphäre des AG zuordnen zu können. Ein Ereignis ist dann unabwendbar, wenn der Eintritt und die Folgen des Ereignisses nicht verhindert werden können. Die ÖNORM B 2110 legt nicht fest, welcher Sorgfaltsmaßstab dabei den AN trifft. Hierfür muss auf die allgemeine Rechtsordnung zurückgegriffen werden. Der Begriff „unabwendbares Ereignis“ kommt in der gesamten Rechtsordnung nur in § 9 EKHG vor.⁵⁵ Gemäß diesem ist ein Ereignis unabwendbar, wenn dieses trotz Beachtung „jeder nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfalt“ eintritt. Zur Ermittlung der nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfalt könnte man z.B. eine ökonomische Analyse durchführen und damit die Zumutbarkeit einer Maßnahme beurteilen. Eine Maßnahme ist eher zumutbar, je schädlicher die Folgen und je geringer die Kosten sind und je höher die Eintrittswahrscheinlichkeit liegt.⁵⁶

Karasek hingegen interpretiert die Unabwendbarkeit in Anlehnung an *Wilhelm*⁵⁷, der von einem Redaktionsfehler in der ÖNORM B 2110 ausgeht und unter zumutbaren Maßnahmen die „äußerst möglichen Maßnahmen“ versteht. Demnach wäre der AN von der Haftung dann befreit, wenn er zur Vermeidung zufälliger Ereignisse äußerst mögliche Maßnahmen trifft. Wo die Grenze der äußerst möglichen Maßnahmen aufhört, geht aus dem Kommentar von *Karasek* nicht hervor. Die Vertragspartner müssen meines Erachtens jedenfalls die nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt anwenden.

Die vorliegende Regelung ist analog auf langdauernde Ereignisse, bei denen nicht das Abwenden, sondern das Beenden von Bedeutung ist, anzuwenden. Bei diesen

⁵⁵ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1184.

⁵⁶ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/89.

⁵⁷ *Georg Wilhelm*, Beschädigung des Bauwerks vor Übernahme.

ist analog vorzugehen, da die B 2110 darauf abzielt, die gesetzliche Regelung betreffend Risikotragung nur in Ausnahmefällen zu durchbrechen.⁵⁸

3.3.4 Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse

[...]

Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart.

Für den Fall, dass keine Definition der Außergewöhnlichkeit im Vertrag vereinbart ist, sieht die ÖNORM B 2110 zur Abgrenzung zwischen normalen und außergewöhnlichen Ereignissen das 10-jährliche Ereignis vor. Die Jährlichkeit gibt die Wiederkehrwahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses bezogen auf einen bestimmten Zeitraum an. Ein 10-jährliches Ereignis ist also jenes Ereignis, das statistisch gesehen alle 10 Jahre in derselben oder einer stärkeren Intensität eintritt.

Das Vorliegen des 10-jährlichen Ereignisses stellt nicht die einzige Grundlage für den Anspruch dar.⁵⁹ Das Witterungsereignis muss außerdem dafür geeignet sein, um von einer Hinderung oder Beeinträchtigung der Leistungserbringung sprechen zu können. Atmosphärische Einwirkungen wie z.B. die Hitze, die das 10-jährliche Ereignis erreichen oder überschreiten, werden z.B. in einem von atmosphärischen Einwirkungen weitgehend unabhängigen Tunnelbauvorhaben nicht unbedingt zu einer Störung der Leistungserbringung führen.

Obwohl die ÖNORM B 2110 von außergewöhnlichen Ereignissen spricht, werden hier keine konkreten Witterungs- oder Naturereignisse genannt. Die ÖNORM legt nicht fest, ob das 10-jährliche Ereignis für periodenbezogene Ereignisse genauso gilt, wie für Einzelereignisse. Nach hM beschränkt sich die Anwendung des 10-jährlichen Ereignisses auf die Einzelereignisse.⁶⁰ Diese Ansicht wird durch die ÖNORM B 2118 bestätigt, da diese bei periodenbezogenen Ereignissen nicht die Jährlichkeit, sondern den Mittelwert verwendet. Dazu gleich unten. Im Vergleich zur ÖNORM B 2110 behandelt die ÖNORM B 2118 die Witterungsverhältnisse genauer.

⁵⁸ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/85.

⁵⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 740.

⁶⁰ *Eckart Schneider / Markus Spiegl*, BAU AKTUELL Heft Nr. 01 /2010, S.19.

In dieser werden die außergewöhnlichen Witterungsverhältnisse in zwei Gruppen eingeteilt: Einzelereignisse und periodenbezogene Ereignisse.

- **Einzelereignisse nach ÖNORM B 2118**

Das sind Ereignisse, wie z.B. Starkregen, bei denen das Ereignis „an sich“ zu betrachten ist.⁶¹ Hierbei wird also z.B. der in kurzfristiger Zeitperiode anfallende Niederschlag mit dem 10-jährlichen Wert des selben Ereignisses verglichen. Die ÖNORM B 2110 nennt hier keine Zeitspanne, in der die anfallende Niederschlagsspende mit dem 10-jährlichen Wert verglichen werden kann. Auch hier ist die ÖNORM B 2118 genauer. Diese spricht von „15-minütigen“ und „48-stündigen“ Ereignissen. Die Regelung dazu lautet folgendermaßen:

ÖNORM B 2118

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

[...]

2) *außergewöhnliche Witterungsverhältnisse auf der Baustelle:*

a) *Einzelereignis: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn bei einem kurzfristigen Niederschlagsereignis die 15-minütige oder 48-stündige Niederschlagsspende über dem 20-jährlichen Ereignis der nächstgelegenen Wetterbeobachtungsstelle der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (ZAMG) gelegen ist.*

Die ÖNORM B 2118 zieht für kurzfristige Ereignisse das 20-jährliche Ereignis heran. Die ÖNORM B 2110 kennt nur das 10-jährliche Ereignis, was zugunsten des AN wirkt, da die Eintrittswahrscheinlichkeit des 10-jährlichen Ereignisses einer größeren Wahrscheinlichkeit (10%) entspricht, als jene des 20-jährlichen (5%).

Da die ÖNORM B 2110 in Bezug auf den Beobachtungsort keine Regelung vorsieht, ist zu fragen, an welchem Ort der mit dem 10-jährlichen Ereignis zu vergleichende Niederschlag zu ermitteln ist. Nach hM sind für die Beurteilung die direkt auf der Baustelle vorherrschenden Witterungsverhältnisse heranzuziehen.⁶² Die ÖNORM B 2110 legt auch nicht fest, ob für das 10-jährliche Ereignis der Wert der nächstgelegenen Wetterbeobachtungsstelle herangezogen werden kann. Es ist stark

⁶¹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 743.

⁶² Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1185.

anzunehmen, dass dies der Fall ist. Andernfalls müsste der AG schon Jahre vor Baubeginn mit den Niederschlagsmessungen auf der Baustelle anfangen, um damit die Messreihen für Berechnung des 10-jährlichen Wertes zu ermitteln.

Mit der Heranziehung des Wertes der nächstgelegenen Wetterbeobachtungsstelle könnte auch folgendes Problem auftreten: Wurden die Messwerte mittels eines Messgeräts direkt auf der Baustelle, die sich in ca. 1000 m Seehöhe befindet, ermittelt, so können diese Werte nicht mit dem 10-jährlichen Wert der Wettermessstation, die sich nur auf 500 m Seehöhe befindet, verglichen werden, da ansonsten das 10-jährliche Ereignis auf jeden Fall überschritten wäre. In solchen Extremfällen wäre es daher sinnvoll, im Vertrag Kriterien bzw. Schwellenwerte zu nennen, bei deren Überschreitung ein gegebener Anspruch begründet wäre.

- **Periodenbezogene Ereignisse nach ÖNORM B 2118**

Die ÖNORM B 2110 beinhaltet keine Regelungen bezüglich periodenbezogener Ereignisse. Wie oben bereits erwähnt, ist die Anwendung des 10-jährlichen Ereignisses auf Einzelereignisse eingeschränkt.

Eine Anwendung auf periodenbezogene Ereignisse wird dadurch ermöglicht, dass die 10-Jährlichkeit nicht auf das Ereignis selbst, sondern auf die Anzahl der Schlechtwettertage bezogen wird. Die Anspruchsvoraussetzung für periodenbezogene Ereignisse ist dann erfüllt, wenn die Anzahl der Schlechtwettertage (Niederschlag, Wind, Nebel, Hitze Kälte) nach den im Vertrag oder im Anhang B der ÖNORM B 2118 festgelegten Schlechtwetterkriterien der ZAMG („Schlechtwettertage Bau“) in einem Betrachtungszeitraum größer ist als jene Anzahl, die im Durchschnitt nur einmal alle zehn Jahre eintritt.⁶³ In diesem Fall spricht man nicht mehr von 10-Jährlichkeit des Ereignisses, sondern jener der Schlechtwettertage.

Folgendes Beispiel dazu: Für einen Standort in Wien wurde in einem Betrachtungszeitraum von Juni bis September 40 Hitzetage (Tage mit einem Temperaturmaximum $\geq 30^{\circ}\text{C}$) und 13 Wüstentage (Tage mit einem Temperaturmaximum $\geq 35^{\circ}\text{C}$) ermittelt. Die 10-Jährlichkeit liegt für Hitzetage bei 30 Tagen und für Wüstentage bei 4 Tagen. In beiden Fällen liegt eine Überschreitung

⁶³ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 744.

der 10-Jährlichkeit vor. Somit wäre die Anspruchsvoraussetzung für eine Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts erfüllt, weil das periodenbezogene Ereignis der Sphäre des AG zuzuordnen ist.

Die Abgrenzung zwischen normalen und außergewöhnlichen Ereignissen könnte auch analog zur ÖNORM B 2118 erfolgen. In dieser wird der „Mittelwert der selben Periode in den 10 Jahren vor dem Jahr der Angebotsabgabe“ herangezogen. Die genaue Regelung in der ÖNORM B 2118 lautet folgendermaßen:

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

[...]

2) *außergewöhnliche Witterungsverhältnisse auf der Baustelle:*

b) Periodenbezogen: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn bei längeren Betrachtungszeiträumen die Ausfallszeiten in der betroffenen Periode den Mittelwert der selben Periode in den 10 Jahren vor dem Jahr der Angebotsabgabe um mehr als die vereinbarten Werte übersteigen.

Ohne besondere Vereinbarung gilt hierfür die Regelung gemäß Schlechtwetterkriterien gemäß Anhang B („Schlechtwettertage Bau“) der ZAMG bezogen auf die nächstgelegene Wetterbeobachtungsstelle.

Bei Bauphasen zwischen vereinbarten Zwischenterminen gelten diese als Betrachtungszeitraum, maximal jedoch ein Zeitraum von einem Kalenderjahr.

Grenzwerte für die Definition außergewöhnlicher Witterungsverhältnisse:

Dauer der Periode:

1 Monat Abweichung vom Mittelwert: 100 %

6 Monate Abweichung vom Mittelwert: 50 %

12 Monate Abweichung vom Mittelwert: 20 %

Zwischenwerte sind linear zu interpolieren.

[...]

Unabhängig davon, ob die Abgrenzung nach der 10-Jährlichkeit in der ÖNORM B 2110 oder nach dem Mittelwert der letzten 10 Jahre erfolgt, ist für die periodenbezogenen Ereignisse die Festlegung eines Betrachtungszeitraumes bzw.

einer Periode von Bedeutung. Die ÖNORM B 2118 setzt im dritten Absatz die mit Zwischenterminen begrenzten Bauphasen, unter der Voraussetzung, dass diese nicht länger als ein Kalenderjahr sind, als Beobachtungszeitraum fest. *Kropik* nennt den vereinbarten Zwischenterminen noch die „baubetrieblich bedeutsamen Termine“. Diese können z.B. der Endtermin, die Dichtigkeit des Daches, das Rohbauende usw sein.⁶⁴

3.4 Zuordnung zur Sphäre des AN (7.2.2)

3.4.1 Kalkulations- und Dispositionsrisiko

7.2.2 erster Absatz: *Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet.*

[...]

Das Kalkulationsrisiko umfasst die Gesamtheit aller Annahmen des AN, die er auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen getroffen hat. Als Beispiele hierfür können unzutreffende Leistungsvorgaben an Arbeitnehmer, die falsche Budgetsetzung bei Subunternehmerleistungen, aber auch die falsche Einschätzung von Umständen der Leistungserbringung genannt werden. Hierbei ergeben sich keine Besonderheiten zum ABGB.⁶⁵

Ein öffentlicher AG muss in seinen Ausschreibungsunterlagen angeben, ob der Zuschlag dem Bestbieter oder dem Billigstbieter erteilt wird. Erfolgt der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip, so muss der Bieter das Ziel verfolgen, durch einen günstigeren Preis ohne Verluste einen Wettbewerbsvorteil zu erreichen und geschickt seine Gewinne zu maximieren.⁶⁶ Dies erfordert ein genaues Studium der Ausschreibungsunterlagen mit einer Chancen- und Risikobewertung. Hierbei hat er bei Ausschreibungslücken den Lückenschluss objektiv zu führen. Falsche Annahmen in der Kalkulation werden nämlich seiner Sphäre zugeordnet. Es geht hier nämlich nicht um die Frage, was der Bieter (später der AN) subjektiv angenommen hat,

⁶⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 744.

⁶⁵ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1269.

⁶⁶ *Plettenbacher, Stopfer, Nowotny*, Handbuch.Anti-Claim-Management, S.78ff.

sondern was er hätte objektiv annehmen müssen.⁶⁷ Das gilt auch dann, wenn der AG keine Beschreibung liefert.⁶⁸

Die Disposition der Ressourcen – das können die Arbeitskräfte, die verwendeten Materialien oder die eingesetzten Geräte sein – liegt gemäß ÖNORM B 2110 im Verantwortungsbereich des AN. Das Beschaffungsrisiko (Material, Leiharbeitskräfte, Fremdleitungen) ist ebenfalls zum Dispositionsrisiko zu zählen.⁶⁹

Auch das Ausführungsrisiko wird dem AN zugeordnet. Unter dem Ausführungsrisiko können z.B. die Minderleistung von eigenen Arbeitskräften und von Subunternehmern gegenüber Kalkulationsannahmen sowie das Versagen von Geräten verstanden werden.

3.4.2 Lieferanten und Subunternehmer

Neben Kalkulations- und Dispositionsrisiko ordnet die ÖNORM die Dispositionen der Lieferanten und Subunternehmer zur Sphäre des AN. Dieser ist nach allgemeiner Rechtslage verpflichtet, die Leistung persönlich oder unter seiner persönlichen Verantwortung auszuführen. Die dazugehörige Regelung findet sich in §1165 ABGB folgendermaßen:

§ 1165. *Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk persönlich oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.*

Der AN ist also berechtigt, Teile seiner Leistung an andere Werkunternehmer weiterzugeben. In diesem Fall haftet der AN für das Verschulden des von ihm beauftragten Werkunternehmers, wie für sein eigenes. Die diesbezügliche Regelung lässt sich im § 1313a ABGB wiederfinden:

§ 1313a. *Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.*

§ 1313a ABGB regelt die Erfüllungsgehilfenhaftung. Die Lieferanten sind keine Erfüllungsgehilfen des AG. Daher haftet der AG im Sinne der Erfüllungsgehilfenhaftung nur für Subunternehmer. Für Lieferanten haftet der AN

⁶⁷ Kropik, Festschrift zum 60. Geburtstag von Raine T. Wanninger.

⁶⁸ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 748.

⁶⁹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 749.

jedoch im Sinne der Gewährleistungshaftung. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Risiken, die den Subunternehmer und den Lieferanten treffen, gleichsam das Risiko des AN sind.⁷⁰

Dazu folgendes Beispiel von *Kropik*: Der AN könnte aufgrund einer Materialknappheit auf der Baustelle in Verzug geraten, da es im Lager seines Lieferanten durch einen Blitzschlag zu einem großflächigen Brand gekommen ist. Dieses Ereignis wäre prima facie der Sphäre des AG zuzuordnen, da es sich hier um ein unvorhersehbares und durch den AN nicht in zumutbarer Weise abwendbares Ereignis (Blitzschlag) handelt. Sachlich ist dieses Ereignis aber der Sphäre des AN zuzuordnen, da dieses sich weit weg vom eigentlichen Ort der Bauleistung ereignet. Daher auch die Empfehlung von *Kropik* nur jene unvorhersehbaren Ereignisse der Sphäre des AG zuzuordnen, die einen Nahebezug zur Leistung – insbesondere zum Ort der Bauleistung – haben.⁷¹

Nach Rsp haftet der AN zugekauftes Material gewährleistungsrechtlich, aber nicht schadenersatzrechtlich, da das Verschulden des Herstellers dem AN nicht zuzurechnen ist. Somit schuldet der AN für den aus einem Materialmangel resultierenden objektiven Verzug⁷² weder den Verspätungsschaden, noch den Erfüllungsschaden.⁷³

In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob die Vertragsstrafe bei einem Verzug, der aufgrund der Mangelhaftigkeit des zugekauften Materials einhergeht, schlagend wird. Für den Anspruch auf Vertragsstrafe gemäß Pkt 6.5.3.1 der ÖNORM B 2110 muss der Verzug durch AN oder durch seine Erfüllungsgehilfen verschuldet sein.

6.5.3.1 Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe

Der Anspruch des AG auf Leistung einer vereinbarten Vertragsstrafe durch den AN entsteht, sobald der AN in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen den Verzug nicht verschuldet haben; der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich.

[...]

⁷⁰ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 750.

⁷¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 735.

⁷² Der objektive Verzug liegt vor, wenn der Verzug nicht durch Schuldner verursacht ist.

⁷³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1270.

Der Hersteller und der Händler sind keine Erfüllungsgehilfen des AN.⁷⁴ Trotzdem sind diese der Sphäre des AN zuzuordnen, wenn es sich bei dem Hersteller um einen vom AN gewählten Hersteller handelt (Auswahlverschulden). Daher ist die Frage, ob der Anspruch auf die Vertragsstrafe (Pönale) auch dann besteht, wenn das Verschulden dem Hersteller oder Händler zuzurechnen ist, grundsätzlich zu bejahen. Anders schaut es aber aus, wenn die Wahl eines bestimmten Herstellers in der Ausschreibung vorgeschrieben ist. Das ist auch der Grund, warum ein privater Ausschreiber die von ihm erwünschten Produkte und Hersteller in Form einer Empfehlung ausschreiben sollte. Da es auf die Formulierung der Vertragsstrafe sowie den im Vertrag geregelten Voraussetzungen für den Verfall der Vertragsstrafe große Bedeutung zukommt, ist die Frage, ob der Anspruch auf Vertragsstrafe besteht, im Einzelfall zu entscheiden sein.

3.4.3 Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 der ÖNORM B 2110

Ebenso wie der AG muss auch der AN – in der vorvertraglichen Phase noch Bieter – vorvertragliche Verpflichtungen erfüllen:

[...]

7.2.2 zweiter Absatz: Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 geht zu Lasten des AN.

[...]

In 4.2.1.4 wird Folgendes geregelt:

Der Bieter hat die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und diese in seinem Angebot zu berücksichtigen.

Der AN ist gemäß obiger Regelung zur Besichtigung des Ortes, an welchem die Leistung zu erbringen ist, verpflichtet. Aus der oben genannten Regelung geht nicht hervor, ob der Bieter (später der AN) auch zur Durchführung von besonderen Erkundungen verpflichtet ist. Die besondere Erkundungspflicht, wie etwa eine „Untersuchungspflicht“ ist jedoch auszuschließen.⁷⁵ *Wenusch* spricht in diesem Zusammenhang von jenen Umständen, die dem AN bei „angemessener Sorgfalt“

⁷⁴ OGH 08.05.1979, 2 Ob 514/79

⁷⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 750.

auffallen müssen. Es sind also nur jene Umstände, die dem AN ohne besonderen Aufwand bei angemessener Sorgfalt auffallen müssten, der Sphäre des AN zuzuordnen.

3.4.4 Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind

7.2.2 dritter Absatz Z 1

Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) *alle Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder*
- 2) *[...]*

Die B 2110 ordnet anhand einer Generalklausel jene Ereignisse, die nicht dem AG zugeordnet werden (siehe 3.3), dem AN zu. Nach *Karaseks* Ansicht ist diese Bestimmung merkwürdig, da unter dem genannten Punkt gar keine Ereignisse – Baugrund, Materialien, Vorleistungen, Anordnungen sind keine Ereignisse – beschrieben sind.⁷⁶ Offensichtlich meint *Karasek* damit den Umstand, dass unter dem erwähnten Punkt keine Ereignisse aufgelistet sind, denn eine Beschreibung der Ereignisse – unvorhersehbar und unabwendbar – liegt sehr wohl vor.

Die unter 7.2.1 nicht beschriebenen Ereignisse könnten z.B. Ereignisse sein, die den Betrieb und die Geschäftstätigkeit des AN oder seiner Erfüllungsgehilfen (SU und Lieferanten) betreffen. Ein Beispiel dazu wurde weiter oben unter 3.4.2 bereits angeführt.

3.4.5 Alternativ- und Abänderungsangebote

7.2.2 dritter Absatz Z 2

Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) *[...]*
- 2) *zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z.B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangebote ergeben.*

Ein Alternativangebot gemäß § 2 des BVerG 2006 idf 2016 liegt dann vor, wenn der Bieter ein Angebot über einen alternativen Lösungsvorschlag abgibt. Es ist also ein vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichendes Angebot. Ein

⁷⁶ *Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1252.*

Abänderungsangebot gemäß § 2 BVerG 2006 idF 2016 liegt vor, wenn das Angebot, im Hinblick auf den ausgeschriebenen Vertragsinhalt nur geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderungen enthält.

Die ÖNORM B 2110 ordnet nur zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten oder Abänderungsangeboten ergeben, der Sphäre des AN zu. Zusätzliches Risiko kann z.B. das Mengenrisiko sein, wenn es sich aufgrund des Alternativ- oder Abänderungsangebots eine Mengenabweichung gibt. Auch das Kalkulationsrisiko muss der AN tragen, wenn er eine falsche (oder subjektive) Einschätzung der Gegebenheiten vornimmt. Jene Risiken, die mit der ursprünglichen Ausschreibung grundlegend verbunden sind, muss der AN jedoch nicht tragen.⁷⁷ Das können z.B. Mengenfehler sein, die ihren Ursprung schon in der Urausschreibung haben.

Die Sphäre des AN wird durch obige Bestimmung erweitert – die ÖNORM B 2110 spricht von zusätzlichen Risiken – und es findet teilweise ein Rollentausch statt, da der AG sich mit den Besonderheiten des Alternativangebotes vertraut machen muss.⁷⁸ Es wird jedoch die Prüfung der Richtigkeit des Alternativangebots nicht auf den AG überwältzt. Diese Regelung korrespondiert somit mit der gesetzlichen Unklarheitenregel, die Folgendes regelt:

§ 915. *Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§. 869).*

4 Mitteilungspflichten (7.3)

4.1 Allgemeines

Die Mitteilungspflichten haben – und da sind *Karasek*, *Kropik* und *Wenusch* einig – den Zweck, dem AG im Falle einer Störung der Leistungserbringung oder einer Leistungsänderung die Möglichkeit zu geben, die Baukosten zu überdenken und ggf. Maßnahmen zur Gegensteuerung zu setzen.

⁷⁷ Müller in Handbuch Claim-Management, 2. Aufl. 2015, 3.1.1.5.4. Alternativangebote.

⁷⁸ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/93.

Nach Pkt 7.3 bestehen verschiedene Mitteilungspflichten: Es bestehen neben zwei Mitteilungspflichten, für deren Unterlassung die ÖNORM keine Sanktionen nennt, noch zwei Anmelde- bzw. Anzeigepflichten, deren Unterlassung im extremen Fall zu einem Anspruchsverlust führt. Fraglich ist daher, ob die ÖNORM eine Geltungskontrolle nach § 864a ABGB (versteckte Klauseln in AGBs) standhalten würde.⁷⁹

4.2 Mitteilungspflicht bei Leistungsänderung (7.3.1)

Pkt. 7.3.1 der ÖNORM B 2110 beinhaltet folgende Regelung:

7.3.1 *Ordnet der AG eine Leistungsänderung an, ist der Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgeltes vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden, wenn der Anspruch nicht offensichtlich ist.*

[...]

Die aktuelle Fassung der ÖNORM B 2110 sieht im Falle einer Leistungsänderung die Anmeldung des Anspruchs auf Frist- und/oder Entgeltanpassung vor, unter der Voraussetzung, dass dieser nicht offensichtlich ist. Die Regelung ist neutral formuliert, d.h. der AG und der AN sind gleichermaßen betroffen.

Weiters ist hier klarzustellen, dass der Pkt 7.3.1 nur die Leistungsänderung betrifft und nicht die Leistungsstörung. Dass die Ansprüche noch vor der Ausführung der Änderung anzumelden sind, hat offenbar den Sinn, dem AG die Möglichkeit zu gewähren, seine Baukostenplanung zu überdenken und den drohenden Mehrkosten entgegenzusteuern. Die Anmeldung hat gemäß Pkt. 7.3.1 nachweislich zu erfolgen. Da die ÖNORM sich an anderen Stellen z.B. Pkt. 6.2.4 „Prüf- und Warnpflicht“ bereits des Begriffs „schriftlich“ bedient, kommt dem Ausdruck „nachweislich“ offenbar eine andere Bedeutung zu. Laut Karasek ist damit die Beweisbarkeit der Anmeldung gemeint.⁸⁰ Anzustreben wäre eine schriftliche Anmeldung, um nachher nicht in Beweisschwierigkeiten zu geraten. Die Vorlage einer MKF ist noch nicht notwendig. Wird aber eine vorgelegt, ersetzt diese die Anmeldung dem Grunde nach.⁸¹

⁷⁹ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1275.

⁸⁰ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1282.

⁸¹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 756.

Es ist anzumerken, dass die Anmeldepflicht nach Pkt 7.3 die Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung (20%-Klausel) nach Pkt 7.4.4 und die Nachteilsabgeltung (5%-Klausel) nach Pkt 7.4.5 nicht umfasst.

4.2.1 Anmeldepflicht des AG

Die Pflicht zur Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach trifft nicht nur den AN, sondern auch den AG, wenn er Minderkostenforderungen geltend machen möchte. Zur Diskussion steht jedoch, wie sinnvoll die Anmeldepflicht bei Ansprüchen auf Entgeltanpassung ist, da der AN über Auswirkungen, die seine Kalkulation treffen, bessere Kenntnis haben muss als der AG.⁸² In den Fällen, in denen die Leistungsänderung zum Entfall anderer Leistungen und dadurch zu einem günstigeren Preis führt, wäre eine Anmeldung sinnvoll. Die Anmeldung wäre auch aus dem Grund sinnvoll, da der AG als Ausschreiber die bessere Kenntnis über Auswirkungen seiner Leistungsänderung über die Gesamtleistung besitzt.

Was die Fristanpassung betrifft, kann nicht von einem automatischen Anspruch ausgegangen werden, da die verminderte Leistung nicht unbedingt eine Fristverkürzung hervorrufen muss.⁸² D.h. der Anspruch des AG auf Fristverkürzung ist sehr wohl anzumelden. Eine Fristverkürzung wäre denkbar, wenn der AG im Rahmen seines Leistungsänderungsrechts Teile von Leistung entfallen lässt. Fraglich ist jedoch, ob der AG aufgrund seines Leistungsänderungsrechts Teile von Leistungen entfallen lassen kann, da keine ausdrückliche Regelung dazu vorhanden ist. Nach hM ist der AG aber zum Entfall von Leistungen berechtigt.

4.2.2 Anmeldepflicht des AN

In jenen Fällen, in denen der Anspruch auf Mehrentgelt offensichtlich ist, braucht es nicht notwendigerweise auch eine Offensichtlichkeit des Anspruchs auf Fristanpassung gegeben sein. Daher sind die Ansprüche getrennt voneinander zu behandeln.

- **Anspruch auf Entgeltanpassung**

Die ÖNORM B 2110 sieht in jenen Fällen die Anmeldung des Anspruchs vor, in denen der Anspruch auf Frist- und/oder Entgeltanpassung nicht offensichtlich ist.

⁸² Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 757.

Bei Zusatzleistungen und „erheblichen Qualitätsänderungen“ ist der Anspruch auf Entgeltanpassung auf jeden Fall offensichtlich. Daher ist die Anmeldung des Anspruchs für Zusatzleistungen entbehrlich. So auch *Karasek*⁸³ und *Kropik*⁸¹. *Wenusch* geht sogar vom Entfall der Anmeldepflicht für Leistungsänderungen aus, da die Leistungsänderungen der Sphäre des AG zuzuordnen sind und somit generell keine Anmeldepflicht auslösen.⁸⁴

Die Leistungsänderungen können sich erhöhend, neutral oder vermindern auf die Kosten auswirken. Daher ist der Anspruch auf Mehrentgelt bei Leistungsänderungen im Regelfall anzumelden. Es existieren auch Fälle, in denen der Anspruch auf Entgeltanpassung offensichtlich ist und somit die Anmeldung entfallen kann. So muss der AG mit Mehrkosten rechnen, wenn er z.B. statt der ursprünglich vorgesehenen 14 cm dicken Dämmplatte die Ausführung einer 16 cm dicken Dämmplatte anordnet.⁸⁵

Strittig ist auch, welche Rechtsfolgen das Versäumnis der Anmeldung hat. Dazu weiter unten in 5.1 und 5.3.

- **Anspruch auf Fristanpassung**

Die Beurteilung der Offensichtlichkeit ist bei Ansprüchen auf Fristanpassung komplexer als bei Ansprüchen auf Entgeltanpassung. Wie bereits eingangs erwähnt, muss bei einer vorhandenen Offensichtlichkeit des Anspruchs auf Entgeltanpassung nicht automatisch die Offensichtlichkeit des Anspruchs auf Fristanpassung gegeben sein. Auch geringfügige Zusatzleistungen und Änderungen können eine Änderung der vereinbarten Termine hervorrufen. Ohne Anmeldung ist jedoch davon auszugehen, dass die alten Termine aufrecht bleiben. Eine Ausnahme stellen dabei die „massiven“ Zusatzleistungen dar. Hier ist davon auszugehen, dass eine schlüssige Terminänderung vorliegt.⁸⁶

Es ist auch fraglich, ob in den Fällen, in denen ein Anspruch auf Fristanpassung gegeben ist, ein Anspruch auf Mehrentgelt nicht ebenfalls besteht. Denn mit einer Fristverlängerung wird der AN berechtigterweise zumindest auch die damit verbundenen zeitgebundenen Gemeinkosten zu verrechnen versuchen. In diesem

⁸³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1285.

⁸⁴ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/97.

⁸⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 756 Bsp. 7-28.

⁸⁶ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 757.

Fall würde meines Erachtens die Anmeldung des Anspruchs auf Fristverlängerung ausreichend sein, da der AG damit rechnen muss, dass die Fristverlängerung mit Mehrkosten verbunden ist.

Zusammenfassend kann behauptet werden, dass die Beurteilung der Offensichtlichkeit immer eine Einzelfallunterscheidung darstellt. Um Reibungsverluste während der Bauausführung zu vermeiden, ist es daher empfehlenswert, die Offensichtlichkeit im Vertrag genauer zu definieren.

4.3 Mitteilungspflicht bei Leistungsstörung (7.3.2)

7.3.2 *Erkennt ein Vertragspartner, dass eine Störung der Leistungserbringung (z.B. Behinderung) droht, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen sowie die bei zumutbarer Sorgfalt erkennbaren Auswirkungen auf den Leistungsumfang darzustellen. Sobald ein Vertragspartner erkennt, dass die Störung der Leistungserbringung weggefallen ist, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen. Von der Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung hat der AN den AG ehestens zu verständigen. Liegt eine Störung der Leistungserbringung vor, ist ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgeltes dem Grunde nach ehestens nachweislich anzumelden.*

Im Gegensatz zum Pkt. 7.3.1, unter dem die Anmeldepflicht bei einer Leistungsänderung behandelt wird, beschäftigt sich der Pkt 7.3.2 mit den Mitteilungspflichten bei Störung der Leistungserbringung. Neben zwei Mitteilungspflichten, die bei Erkennen einer drohenden Störung bzw. bei Wegfall der Störung von Bedeutung sind, werden hier außerdem eine Verständigungspflicht, die bei Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung relevant ist und eine Anmeldepflicht zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Leistungsstörung, beschrieben. Es handelt sich auch hierbei um eine neutrale Regelung, d.h. der AG und der AN sind – mit Ausnahme der Mitteilungspflicht bei Wiederaufnahme der Leistung – gleichermaßen verpflichtet. Im Unterschied zu Pkt 7.3.1 regelt der Pkt 7.3.2 nicht nur die Pflichten des fordernden Vertragspartners, sondern beide Vertragspartner.⁸⁷

⁸⁷ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 758.

4.3.1 Mitteilungspflicht bei drohender Leistungsstörung

ÖNORM B 2110 sieht im Falle einer drohenden Störung eine Mitteilungspflicht desjenigen Vertragspartners vor, der die Störung erkennt. *Kropik* und *Wenusch* bezeichnen die Mitteilungspflicht als „Informationspflicht“. Laut *Karasek*⁸⁸ handelt es sich hier um eine „Mitteilung über Tatsachen“.

Der Ausdruck „drohend“ bedeutet nicht, dass die Mitteilungspflicht nur bei sicherem Eintritt von Bedeutung ist, sondern es reicht auch, wenn hinreichende Gründe bestehen, dass die Störung mit einer hohen Wahrscheinlichkeit eintritt. Die Mitteilungspflicht darf aber nicht als „Angstmeldung“ missbraucht werden⁸⁹.

Ein verzögerter Bauablauf ist nicht immer sofort erkennbar. Die Verzögerung kann sich auch „schleichend“ einstellen. Daher stellt sich die Frage, wann der AN die schleichende Verzögerung erkennen müsste. Da es hier keine pauschale Regelung existiert, die genau auf diesen Fall angewendet werden kann, muss dies im Einzelfall entschieden werden.⁹⁰ Aus der erörterten Problematik ergibt sich das Erfordernis eines funktionsfähigen Controllings zur Feststellung der Abweichung vom Bau-Soll.

Der Zeitausdruck „ehestens“ bedeutet dabei „ohne unnötigen Aufschub“⁹¹ bzw. „bei nächster Gelegenheit“⁹². Die ÖNORM verwendet die Begriffe „unverzüglich“ und „ehestens“ synonym.⁹³

4.3.2 Mitteilungspflicht bei Wegfall der Störung

Weiters schreibt die ÖNORM auch bei Wegfall der Störung eine Mitteilungspflicht vor, die den AG und den AN gleichermaßen trifft. Diese hat den Zweck, dem anderen Vertragspartner die Disposition zu ermöglichen.⁹⁴

Gegenstand dieser Mitteilungspflicht sind Umstände, die mindestens einem Vertragspartner nicht bekannt sind. Die Vertragspartner müssen über Umstände, über die sie bereits Kenntnis haben, nicht informiert werden. Tritt z.B. eine Störung ein, weil etwa Pläne nicht rechtzeitig geliefert werden, so muss der AN bei Wegfall

⁸⁸ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1275.

⁸⁹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1291.

⁹⁰ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1292.

⁹¹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1317.

⁹² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 763.

⁹³ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 3/26.

⁹⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 760.

der Störung nicht informiert werden, da er durch fortgesetzte Planlieferungen über den Wegfall der Störung in Kenntnis gesetzt wird⁹⁵. Anders sieht es z.B. aus, wenn die Behörde einen Baustopp verhängt, weil etwa die Auflagen nicht eingehalten wurden. Hier muss der AG, als Bescheidadressat sehr wohl den AN darüber informieren, dass die Leistungen wieder aufgenommen werden können⁹⁶.

Eine weitere Einschränkung der Regelung kann dadurch erfolgen, dass die Mitteilungspflicht nur auf Umstände, die terminlich und wirtschaftlich benachteiligend auf den Bauablauf wirken, bezogen wird. So muss z.B. der AN bei Schäden von Maschinen oder Geräten, den AG nicht darüber in Kenntnis setzen, dass die durch Maschinen- oder Geräteschaden entstandene Störung weggefallen ist, wenn dies keine Auswirkungen auf die Leistungsfrist hat. Ist die Beeinflussung auf die Leistungsfrist unvermeidbar, so muss der AG über den Wegfall der Störung (=Wiederaufnahme der Leistung) informiert werden.⁹⁶

4.3.3 Mitteilungspflicht bei Wiederaufnahme der Leistungen

Die ÖNORM B 2110 verpflichtet den AN bei Wiederaufnahme der ungestörten Leistungen den AG über die Wiederaufnahme zu informieren. Im Gegensatz zur Anmelde- und Mitteilungspflicht, die neutral formuliert sind, trifft die Verständigungspflicht nur den AN („Von der Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung hat der AN den AG ehestens zu verständigen“).

Die Verständigungspflicht dient dazu, dem AG nach Wegfall der Störung die Möglichkeit zu geben, seinen Tätigkeiten und Verpflichtungen auf der Baustelle nachzukommen.⁹⁷ In der Regel ist die Mitteilung über Wiederaufnahme der Leistungen mit der Mitteilung über Wegfall der Störung verbunden. Liegen aber beide Vorgänge zeitlich getrennt voneinander, so ist der AG gesondert zu informieren. Somit kann diese Mitteilungspflicht als Druckmittel zur rascheren Wiederaufnahme der Leistungen durch den AN angewendet werden, da er die Wiederaufnahme der Leistung nicht unnötig hinausverzögern kann. Andernfalls werden ihm die Mehrkosten, die durch das Hinausverzögern entstehen, nicht vergütet.

⁹⁵ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 758.

⁹⁶ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1298.

⁹⁷ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 761.

4.3.4 Anmeldepflicht der Ansprüche aus Leistungsstörung

Wie im Falle einer Leistungsänderung sieht die ÖNORM auch im Falle einer Leistungsstörung die Anmeldepflicht der Ansprüche dem Grunde nach vor. Im Detail unterscheiden sich aber die beiden Anmeldepflichten wesentlich. So existiert die Offensichtlichkeitsklausel – diese schränkt bei Leistungsänderungen die Regelung in ihrer Wirkung sehr ein – für die Anmeldepflicht der Ansprüche aus Leistungsstörung gar nicht. Der AN ist also auf jeden Fall verpflichtet, Ansprüche aus Leistungsstörung anzumelden. Dies betrifft sowohl die Leistungsfrist, als auch das Entgelt.

Was die Neutralität der Regelung betrifft, gibt es unterschiedliche Meinungen. Laut *Kropik* trifft die Regelung den AG und den AN gleichermaßen. Den AG treffe dabei nicht nur die Verpflichtung, seine Forderungen ehestens dem Grunde nach anzumelden, sondern ihn trifft auch noch die Pflicht, die Forderungen (Minderkostenforderungen) der Höhe nach zu spezifizieren.⁹⁸ *Karasek* meint hingegen, dass die Anmeldepflicht nur für AN relevant ist, da der AG keinen Anspruch auf Leistungsfrist- und Entgeltanpassung hätte.⁹⁹

Tatsächlich wird der AG nicht an einer Verlängerung der Leistungsfrist interessiert sein und im Falle einer Leistungsstörung an die Kürzung der Leistungsfrist zu denken, wäre eher absurd. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn eine Hangrutschung die gewünschte Nivellierung herbeiführt. (Siehe dazu 5.2.1). Denkbar wäre eine Kürzung der Leistungsfrist jedoch dann, wenn es aufgrund von Umständen, die der Sphäre des AG zuzuordnen sind, zu einem Leistungsentfall kommt. Außer Streit steht, dass der AN ggf. aufgrund fehlender Vergütung von Teilen der Leistung und von Umlagen eine MKF stellen kann. Im Gegenzug dazu hätte der AG meines Erachtens sehr wohl einen Anspruch auf die Fristverkürzung, die er jedoch ehestens¹⁰⁰ anmelden muss.

Auch die Anpassung des Entgelts ist denkbar, wenn es z.B. aufgrund der Störung der Leistungserbringung zu einer Mengenabweichung kommt. Die Mengenabweichung ist jedoch nicht im Sinne von Pkt 7.4.4 „Mengenabweichung ohne Leistungsabweichung“, da im Falle einer Leistungsstörung sehr wohl eine Leistungsabweichung vorliegt und die unter Pkt 7.4.4 angeführte 20%-Klausel auf

⁹⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 762.

⁹⁹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1310.

¹⁰⁰ Zur Bedeutung des Begriffs „ehestens“ siehe 4.3.1.

Mengenabweichungen ohne Leistungsabweichung anwendbar ist. Vergleiche dazu 5.4.

4.4 Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung dem Grunde nach

Die ÖNORM B 2110 sieht sowohl für Leistungsänderungen, als auch für Störungen der Leistungserbringung die Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach vor. Bei Leistungsänderungen wird die Anmeldepflicht durch die Offensichtlichkeitsklausel, in ihrer Wirkung sehr geschwächt. In den Fällen, in denen die Anzeige entfällt, können auch logischerweise keine Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung eintreten. Fälle, in denen der Anspruch offensichtlich ist, wurden unter 4.2.1 und 4.2.2 ausführlich erläutert. Laut *Kropik* bleibt eine versäumte Anzeige ohne Rechtsfolgen, wenn die Auswirkungen einer Störung dem anderen Vertragspartner bekannt sind. Es gilt der Grundsatz, dass niemand über Umstände, die ihm ohnehin bekannt sind, zu informieren ist.¹⁰¹

Auch wenn die Anmeldepflichten unterschiedlich geregelt sind, ist bei Verletzung der Anmeldepflicht von den gleichen Rechtsfolgen auszugehen. Für die Rechtsfolgen finden sich in der ÖNORM B 2110 zwei Regelungen: Pkt 7.4.1 postuliert die erfolgte Anmeldung als Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs. Dies deutet auf einen Anspruchsverlust bei Verletzung hin. Der Anspruchsverlust selbst wird erst unter Pkt 7.4.3 geregelt. Demnach kann der Anspruchsverlust nur in dem Umfang eintreten, in dem eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt. Das bedeutet einen totalen Anspruchsverlust nur im Extremfall.¹⁰² Siehe dazu 5.3.

4.5 Rechtsfolgen bei Unterlassung der Mitteilungspflicht

Die ÖNORM nennt für Unterlassung der Mitteilungspflicht keine Sanktionen. Der Anspruchsverlust nach Pkt 7.4.3 (siehe 5.3) kann nicht angewendet werden, da dieser Rechtsfolgen für „Versäumnis der Anmeldung“ vorsieht und nicht für Unterlassung der Mitteilungspflichten. Nach allgemeiner Rechtslage wird jedoch jener Vertragspartner, der schuldhaft die Mitteilungspflicht unterlässt,

¹⁰¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 761.

¹⁰² *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1275.

schadenersatzpflichtig, wenn der Geschädigte sich etwa bei zeitgerechter Mitteilung Aufwände erspart hätte.¹⁰³

Weiters ist zu unterscheiden, ob der hindernde oder der gehinderte Vertragspartner die Mitteilungspflicht unterlassen hat.¹⁰⁴ Unterlässt der hindernde Vertragspartner die Mitteilungspflicht, so schadet er sich selbst, da die Mehrkosten bei rechtzeitiger Mitteilung vermeidbar gewesen wären – z.B. durch anderweitige Disposition – und er diese Mehrkosten nicht mehr wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht ablehnen bzw. schmälern kann.

Unterlässt der gehinderte Vertragspartner die Mitteilungspflicht, hat das keine Konsequenzen für ihn, sofern er unaufgefordert die Anpassung des Bauablaufes vornimmt, zu der er nach allgemeiner Treuepflicht und Pkt 7.1 Abs 3 verpflichtet ist.¹⁰⁵ Tut er dies nicht, muss er sich mit einer Anspruchsverkürzung zufriedengeben. Es stellt sich jedoch die Frage, in welcher Höhe die Anspruchsverkürzung eintritt. Ein Anspruchsverlust nach Pkt 7.4.3 kann nicht eintreten, da dieser nur für „Versäumnis der Anmeldung“ gilt. Eine vertragliche Regelung ist in diesem Zusammenhang unumgänglich. Denkbar wäre meines Erachtens eine pauschale Vertragsstrafe, die bei Nichtbeachtung der Mitteilungspflicht schlagend wird.

4.6 Vorlage der Forderungen der Höhe nach (7.3.3)

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.*

Neben der Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach (Pkt 7.3.1 und 7.3.2) sieht die ÖNORM die Vorlage der Forderungen der Höhe nach vor. Diese Formulierung erhält ihren wahren Sinn erst in Zusammenhang mit Pkt 7.4.1 Z 2, der weiter unten unter 5.1.2 erläutert wird.¹⁰⁶ Gemeint ist mit Pkt 7.3.3 also eine prüffähige MKF, die ehestens¹⁰⁷ zur Prüfung vorzulegen ist.

¹⁰³ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/103.

¹⁰⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 760.

¹⁰⁵ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1296.

¹⁰⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1315.

¹⁰⁷ Zur Bedeutung des Begriffs „ehestens“ siehe 4.3.1.

Wie oben angeführt, kann auch der AG Forderungen aus einer Leistungsabweichung stellen. Daher trifft auch die Bestimmung zur Vorlage von MKFs beide Vertragspartner. Neben den Pflichten des fordernden Vertragspartners regelt der Pkt 7.3.3 auch die Pflichten des prüfenden Vertragspartners. Dieser ist nämlich zur Anforderung von fehlenden Unterlagen und Bekanntgabe des nachvollziehbaren Ergebnisses der Prüfung verpflichtet. Da die ÖNORM allgemein von Leistungsabweichungen spricht ist die Regelung sowohl auf Leistungsänderungen, als auch auf Störungen der Leistungserbringung anwendbar.¹⁰⁸

Die MKF ist zwar kein Angebot, besitzt aber an den Stellen, wo nicht auf Preisgrundlagen des Urangebotes gebaut werden kann, einen Angebotscharakter.¹⁰⁹ Siehe dazu 5.2.2. Gemäß Judikatur hat der AN die Höhe der Überschreitung erst dann bekanntzugeben, wenn er diese annähernd bekanntgeben kann. Kann er dies nicht, so muss er den AG nur davon in Kenntnis setzen, dass es sich um eine beträchtliche Kostenüberschreitung handelt.¹¹⁰ Die ÖNORM B 2110 weicht davon ab und schreibt vor, dass die Höhe der Überschreitung in einer prüffähigen Form vorzulegen ist. Die Bekanntgabe der ungefähren Höhe der Überschreitung muss laut *Kropik*¹¹¹ mit der Anmeldung dem Grunde nach bereits erfolgen.

Die Formulierung „der Höhe nach“ umfasst wohl nicht nur die Höhe der Entgeltforderung, sondern auch die Dauer der Bauzeitverlängerung.¹¹² Andere Ansicht vertritt hier Karasek. Laut ihm ist die Anpassung der Leistungsfrist keine Forderung der Höhe nach. Er empfiehlt aber ebenfalls die Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist.¹¹³

Zur Frage, wann die Vorlage der Forderungen der Höhe nach erfolgen muss, nennt die ÖNORM B 2110 wiederum den relativen Zeitausdruck „ehestens“. Zur Bedeutung des Begriffs siehe 4.3.1.

¹⁰⁸ Andere Ansicht *Wenusch*, RZ 7/116: Für Leistungsänderungen ist die Regelung nicht wirksam, weil für die Anwendung des Prozedere nach ÖNORM B 2110 kein Raum bleibt, wenn die Vertragsänderung bereits erfolgt ist. Dabei bezieht er sich auf die Judikatur: OGH in 1 Ob 705/88. Nach Durchsicht des Entscheidungstextes mit der bereits genannten Geschäftszahl ist die Behauptung meines Erachtens nicht nachvollziehbar.

¹⁰⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 765.

¹¹⁰ 21.10.1998, OGH in 9 Ob 201/98v.

¹¹¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 763.

¹¹² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 762 und *Hussian*, Die Mehrkostenforderung nach der ÖNORM B 2110 – Entw 2008, 616.

¹¹³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1315.

4.6.1 Fehlende Unterlagen sind ehestens anzufordern und vorzulegen

Nach B 2110 hat der prüfende Vertragspartner die fehlenden Unterlagen ehestens anzufordern und der fordernde Vertragspartner hat wiederum ehestens vorzulegen. Ein säumiger prüfender Vertragspartner könnte nun den Versuch wagen, sich durch „laufendes Anfordern“ von fehlenden Unterlagen mehr Zeit zu schaffen. Dem wird entgegengesteuert, indem der prüfende Vertragspartner aufgefordert wird, einen triftigen Grund zu nennen, warum die Unterlagen unzureichend sind.¹¹⁴

Umgekehrt stellt sich die Frage nach den Konsequenzen, wenn die prüffähigen Unterlagen nicht bzw. nicht ehestens vorgelegt werden. Der AN wird schadenersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die fehlenden Unterlagen nicht vorlegt. Es sind jedenfalls die durch die Anforderung verursachten Kosten – auch wenn sie in geringem Umfang anfallen – zu ersetzen. Als weiterer Schaden kommt der durch die unterbliebene oder verspätet gesetzte Maßnahme in Frage. Dies wäre z.B. die Differenz zwischen den Kosten, die dem AG bei sofortiger Abbestellung (also die Sowieso-Kosten) und bei verzögerter Abbestellung anfallen.¹¹⁵ Das wäre etwa ein Anspruchsverlust im Sinne von 7.4.3 „Anspruchsverlust“. Siehe dazu 7.4.3.

4.6.2 Prüfen einer MKF

Die ÖNORM B 2110 schreibt zwar vor, dass die nachvollziehbaren Ergebnisse der Prüfung ehestens bekanntzugeben sind, sie beschreibt aber nicht, wie diese Prüfung erfolgen soll. *Kropik* sieht hier eine mehrstufige Prüfung vor: Die erste Stufe beinhaltet eine grobe Prüfung, in der vor allem die Leistungsabweichung (Abweichung vom Bau-SOLL), die Anspruchsgrundlage, die Anspruchsvoraussetzungen (Nachweis), die Berechnung (Nachvollziehbarkeit) und die Herleitung der Forderung kontrolliert werden. Wenn es sich bei der ersten Stufe herausstellt, dass die MKF unvollständig oder nicht prüfbar ist, so ist die MKF „umgehend“ zurückzusenden.¹¹⁶

Die Prüfung in der zweiten Stufe sieht eine detaillierte (rechtliche und bauwirtschaftliche Prüfung der MKF) Prüfung vor. Hier wird vor allem geprüft, ob der

¹¹⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1317.

¹¹⁵ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/113.

¹¹⁶ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 766.

Anspruch zu bejahen ist oder nicht (weil etwa die Leistung im Bau-SOLL bereits berücksichtigt wurde). Weiters ist in dieser Stufe zu unterscheiden, ob die vorliegende MKF sich auf Leistungsänderung, auf Störung der Leistungserbringung oder auf Schadenersatzforderung bezieht. Diese Unterscheidung ist für den Ansatz der Berechnungsmethode, sowie für Anforderungen an die Beweisbarkeit von Bedeutung.¹¹⁷

4.6.3 Bekanntgabe der nachvollziehbaren Ergebnisse

Neben der ersten Verpflichtung, fehlende Unterlagen ehestens anzufordern, trifft den prüfenden Vertragspartner gemäß Pkt. 7.3.3 eine zweite Verpflichtung, nämlich die Bekanntgabe der nachvollziehbaren Ergebnisse. Dabei verwendet die ÖNORM wiederum den oben erwähnten Zeitausdruck „ehestens“.¹¹⁸ Wie lange die Prüfung dauern darf, wird in der ÖNORM nicht geregelt. Es ist aber hier von einer „angemessenen Frist“ auszugehen, die im Einzelfall zu eruieren ist. Bei einer einfach zu prüfenden MKF kann die Prüfung einige Tage bis Wochen dauern. Nach der Berücksichtigung eines notwendigen Entscheidungslaufes sollte das Ergebnis innerhalb von drei bis vier Wochen vorliegen. Bei einer komplexen MKF kann die Prüfung wesentlich länger dauern, da hier zur Entscheidungsfindung externe Gutachten notwendig sein können. Aufgrund der Kooperationspflicht trifft den prüfenden Vertragspartner die Verpflichtung, den anderen Vertragspartner darüber zu informieren, wie lange die Prüfung noch dauern wird.¹¹⁹

Da die ÖNORM keine verpflichtende Preisvereinbarung vor der Ausführung der Leistung vorsieht, lassen sich die meisten AG Zeit bei der Prüfung der MKF. In diesem Fall stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Nach *Kropik* kann dem Schweigen des AG kann der Wert der stillschweigenden Anerkennung beigemessen werden, sofern die Höhe der Forderung gerechtfertigt ist. Die Höhe ist auf jeden Fall gerechtfertigt, wenn der AN die MKF auf die Preisgrundlagen des Vertrages gründet und an den Stellen, wo dies nicht möglich ist, angemessene Werte annimmt.¹²⁰ Ist die MKF unangemessen, scheidet die Möglichkeit der stillschweigenden Akzeptanz aus.¹²¹ Akzeptanz liegt auch dann nicht vor, wenn der AG die Abschlagrechnung, in

¹¹⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 766.

¹¹⁸ Zur Bedeutung des Begriffs „ehestens“ siehe 4.3.1.

¹¹⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 764.

¹²⁰ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 769.

¹²¹ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/114.

der der AN auch die MKF berücksichtigt hat, unbeeinträchtigt ausgleicht. Der AG ist berechtigt die Fehler in den Abschlagsrechnungen mit der Schlussrechnung zu korrigieren.¹²²

Grundsätzlich kann eine MKF erst dann zur Abrechnung gelangen, wenn eine Entgeltvereinbarung zwischen dem AG und dem AN vorliegt. Der AG könnte sich der Entscheidung entziehen, um sich eine bessere Verhandlungsposition zu schaffen. In so einem Fall stellt sich die Frage nach den Reaktionsmöglichkeiten des AN. Ein Rücktritt wegen Verzug wäre laut *Kropik*¹²³ keine „adäquate Reaktion“ und die Rechtsfolgen wären eher nachteilig für den AN. Eine angemessene Antwort wäre eine Verweigerung der Mehrleistungen. Eine totale Leistungsverweigerung rät *Kropik* aber auch nicht an, da der AG im Regelfall keine absolute Ablehnung vor oder während der Ausführung erteilt. Der AN darf aber auf jeden Fall die durch den Verzug des AG entstandenen Bauzinsen geltend machen.

4.7 Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung der Höhe nach

Was die Rechtsfolgen des Versäumnisses betrifft, kann die Entscheidungsfreiheit des AG auch durch mangelnde Kenntnis über Höhe einer Forderung eingeschränkt werden.¹²⁴ Das würde einen Anspruchsverlust im Sinne von Pkt 7.4.3 der ÖNORM B 2110 bedeuten. Näheres unter 5.3.

5 Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts (7.4)

5.1 Voraussetzungen

7.4.1 Voraussetzungen

Bei Leistungsabweichungen besteht ein Anspruch des AN auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts, wenn nachstehende Voraussetzungen erfüllt sind:

¹²² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 770.

¹²³ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 769.

¹²⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 763 und *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/178.

- 1) *Der AN hat die Forderung auf Vertragsanpassung angemeldet.*
- 2) *Der AN hat eine MKF (Zusatzangebot) in prüffähiger Form vorgelegt. Dabei ist zu beachten:*

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.

Die gleiche Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt sinngemäß, wenn der AG Forderungen aus einer Leistungsabweichung stellt.

5.1.1 Anmeldung als Voraussetzung für den Anspruch

Die ÖNORM B 2110 setzt die Anmeldung der Forderung für das Bestehen des Anspruchs auf Frist- und/oder Entgeltanpassung voraus. Aus der Regelung geht aber nicht hervor, welche Anmeldung gemeint ist. Es könnten hierbei folgende Anmeldungen gemeint sein:

- ◆ die Anmeldung dem Grunde nach bei Leistungsänderungen (Pkt 7.3.1),
- ◆ die Anmeldung dem Grunde nach bei Leistungsstörungen (Pkt 7.3.2),
- ◆ die Vorlage der „Forderungen der Höhe nach (Pkt 7.3.3).¹²⁵

Gemeint ist hier offensichtlich die Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach sowohl bei Leistungsänderungen, als auch bei Leistungsstörungen. Die Anmeldung der Forderungen der Höhe nach kann hier nicht gemeint sein, da diese selbst die MKF darstellt und unter Pkt 7.4.1 erster Absatz Z 2 eine eigene Regelung erhält.

Der Wortlaut der Regelung kann auf den ersten Blick so interpretiert werden, dass der fordernde Vertragspartner kein Entgelt erhält, wenn er die Regelung nicht einhält. Klarzustellen ist daher, dass die Regelung nicht das „Entstehen“ des Anspruchs regelt. Der Anspruch entsteht nämlich nicht aufgrund der getätigten Anmeldung,

¹²⁵ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1326.

sondern aus dem funktionellen Synallagma der Leistung und Gegenleistung.¹²⁶ Es ist leicht einzusehen, dass das Leistungsänderungsrecht des AG, einen Anspruch auf Seiten des AN auf Anpassung der Bauzeit und/oder des Entgelts auslösen muss.

Die Autoren interpretieren die Regelung unterschiedlich: *Karasek* sieht die verspätete oder unterlassene Anmeldung als Obligationsverletzung, die zu einer Anspruchsverkürzung und nur im Extremfall zu einem Entfall der Forderungen führen kann. Pkt 7.4.1 modifiziert *Karasek* zufolge nur das „Prozedere“ der Durchsetzung.¹²⁷ Auch *Wenusch* zufolge führt die versäumte Anzeige nicht zu einem ganzen Anspruchsverlust. Der AN muss aber jenen Schaden anrechnen lassen, den der AG durch verspätete Anzeige erleidet.¹²⁸ *Kropik*s Interpretation ist eine strengere. Die fehlende Anmeldung führt ihm zufolge bei einer Störung der Leistungserbringung zu einem Anspruchsverlust, der aber für den AN durch die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit in Abschnitt 7.4.3 der ÖNORM B 2110 gemindert werden kann.¹²⁹ So wird nach den AGBs der ÖBB die MKF aus einer Störung der Leistungserbringung dann vergütet, wenn die MKF dem Grunde nach innerhalb der vorgesehenen Frist angemeldet ist. Dieser Anspruchsverlust wird nach dem Wortlaut der AGBs der ÖBB nicht gemindert.

5.1.2 Vorlage einer MKF als Voraussetzung für den Anspruch

Die ÖNORM B 2110 schreibt in Pkt 7.4.1 Z 2 die Vorlage einer prüffähigen MKF als weitere Voraussetzung für den Anspruch vor. Ermöglicht werden soll eine Überprüfung der Angemessenheit gemäß § 1152 ABGB und eine Überprüfung, ob die Preise der MKF auf der Preisbasis des ursprünglichen Vertrages gemäß Pkt 7.4.2 beruhen.¹³⁰ Im § 1152 findet sich folgende Regelung:

§ 1152. *Ist im Vertrage kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.*

Die Fortschreibung der alten Preise kann zu Gunsten oder zu Lasten beider Vertragsparteien sein, da der Grundsatz „Ein guter Preis bleibt ein guter und ein schlechter Preis bleibt ein schlechter“ auch bei Leistungsabweichungen Platz greift.

¹²⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1321 und *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/129.

¹²⁷ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1321.

¹²⁸ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/130.

¹²⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 772.

¹³⁰ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/142.

Die ÖNORM B 2110 beschreibt die Randbedingungen für eine prüffähige MKF. Diese werden im weiteren Verlauf genauer erörtert:

- **Beschreibung der Leistungsabweichung**

Gemäß ÖNORM B 2110 hat *der AN die Leistungsabweichung zu beschreiben und darzulegen, dass die Abweichung aus der Sphäre des AG stammt.*

Bei Leistungsänderungen, die ohnehin nur auf Anordnung des AG ausgeführt werden dürfen, reicht ein Hinweis auf die Leistungsanordnung. Eine Darlegung („detaillierte Nachweisführung“) ist nicht erforderlich. Ggf. kann der AN jedoch zur Darlegung verpflichtet sein, dass die Anordnung auf Leistungsänderung neben der Änderung der direkt zuordenbaren Kosten noch weitere Auswirkungen hat. In diesem Fall wäre analog vorzugehen, wie bei Störung der Leistungserbringung.¹³¹

Für Leistungsstörungen legt die ÖNORM B 2110 nicht fest, welchen Umfang die Beschreibung haben muss. Da aber Vorlage einer prüffähigen MKF vorgeschrieben ist, schlagen *Karasek* und *Kropik* Standardaufbauformen vor, wie eine MKF ausschauen könnte.

Der AN hat in der Beschreibung der Störung die Abweichung (Gegenüberstellung Bau-SOLL und Bau-IST) darzulegen. Ergibt es sich aus der Analyse, dass die Leistungsstörung mit Umständen, die der Sphäre des AG zugeordnet werden, einhergeht, besteht ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts. Es sind aber an die Analyse der Ursachen der Leistungsstörung keine besonderen Anforderungen zu stellen, da es dem AN nicht zumutbar sein kann, externe Gutachten einzuholen.¹³² Vergleichsbasis stellt hier die Gewährleistungshaftung des AN, bei der der AG nur den Mangel, aber nicht die Ursache nennen muss. Laut *Kropik* kommt der Dokumentation des Bau-IST beim Nachweis der Abweichung große Bedeutung zu.¹³³

- **Dokumentation**

Die ÖNORM verpflichtet den AN zur Beilage der „erforderlichen“ Dokumentation. Hier sind sowohl die Gründe, die zur Ergreifung der Mehrkosten verursachenden

¹³¹ *Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1329* und *Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 775.*

¹³² *Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1329.*

¹³³ *Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 775.*

Maßnahmen gezwungen haben, als auch diese Maßnahmen selbst zu nennen.¹³⁴ Mindestens sind die Auswirkungen auf den Bauablauf, z.B. in Form eines Soll-Ist-Vergleiches (kalkulierte und tatsächliche Stunden) zu erfassen.¹³⁵

Die Qualität der Dokumentation hat dabei direkten Einfluss auf die Durchsetzbarkeit der Forderung. Zu unterscheiden ist die rechtliche und bauwirtschaftliche Aufbereitung der Dokumentation. Während bei der rechtlichen Dokumentation die Aufbereitung lange nach Beendigung der Leistung durchgeführt werden kann, müssen die Grundlagen für die bauwirtschaftliche Aufbereitung schon während der Bauphase, im Idealfall sogar vor Baubeginn (Urkalkulation) geschaffen werden.¹³⁶

Jedenfalls erforderlich ist eine geordnete Sammlung des Schriftverkehrs mit dem AG und der Fotodokumentation auf der Baustelle. Diese können den Aufwand für die Beschreibung der Leistungsabweichung häufig reduzieren.

- **Chronologie**

Die ÖNORM spricht davon, dass eine Chronologie anzustreben ist. Gemeint ist offenbar die Chronologie der Dokumentation. Da die ÖNORM den Ausdruck „anzustreben“ verwendet, stellt die Einhaltung der Chronologie keine Verpflichtung dar.¹³⁷ Diese ist jedenfalls hilfreich, aber nicht weiter von Bedeutung.

5.1.3 Gegenseitigkeit der Regelung

[...]

7.4.1 letzter Absatz *Die gleiche Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt sinngemäß, wenn der AG Forderungen aus einer Leistungsabweichung stellt.*

Die ÖNORM sieht vor, dass für Forderungen seitens AG sinngemäß die gleiche Vorgangsweise gilt, wie für Forderungen seitens AN. Diese Regelung korrespondiert mit der Definition der MKF in Pkt. 3.10 der ÖNORM B 2110.¹³⁸

Kritisiert wird die Verwendung des Ausdrucks „Forderungen“. Gemeint ist offenbar die Minderkostenforderung, die aber eine Forderung des AN und nicht des AG

¹³⁴ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/140.

¹³⁵ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1329.

¹³⁶ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 776.

¹³⁷ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1329.

¹³⁸ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1330.

voraussetzt. Auch wenn die Verfasser mit der Forderung des AG, den Leistungsentfall meinen, ist die Verwendung unangemessen, da eine Forderung erst dann gestellt werden kann, wenn die Leistung erbracht ist. Der Leistungsentfall erfolgt vielmehr vor der Leistungserbringung. Daher kann es sich hier nicht um eine Minderkostenforderung handeln, die einer Anzeige bedarf. Tatsächlich handelt es sich hierbei nicht um eine Forderung des AG, sondern um eine Forderung des AN, die jedoch in geringem Umfang als ursprünglich vorgesehen, abzugelten ist. Die Regelung zielt in erster Linie auf Leistungsänderungen ab, da es im Falle einer Leistungsstörung nicht zu einer Minderkostenforderung kommen kann.¹³⁹

5.2 Ermittlung (7.4.2)

5.2.1 Ermittlung der neuen Leistungsfrist

7.4.2 erster Absatz *Ist mit einer Leistungsabweichung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Ausführung verbunden, ist die Leistungsfrist entsprechend anzupassen, wobei auch die Folgen (z.B. Ausfall-Folgezeiten) und jahreszeitliche Umstände zu berücksichtigen sind.*

[...]

Die ÖNORM sieht im Falle einer Leistungsabweichung vor, die Leistungsfrist „entsprechend“ anzupassen. Darüber hinaus sind die Folgen (z.B. Ausfall-Folgezeiten) und jahreszeitliche Umstände ebenfalls zu berücksichtigen.

Dass infolge einer Leistungsabweichung eine Verzögerung der Ausführung eintreten kann, ist nahezu selbstverständlich. Dass aber dadurch auch eine Beschleunigung erzielt werden kann, scheint auf den ersten Blick etwas unverständlich zu sein. Der AG ist gemäß dem unter Pkt. 7.1 Abs. 1 eingeräumten Leistungsänderungsrecht in der Lage, den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. Siehe dazu **2.2**. Eine Änderung der Leistung muss nicht notwendigerweise durch das Hinzukommen von Leistungen erfolgen. Sie kann auch einen Entfall von Leistungen bedeuten. Auch in diesem Fall ist die Leistungsfrist „entsprechend“ anzupassen, also zu verringern.

¹³⁹ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1330 und Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/145.

Eine Beschleunigung durch eine Störung ist wohl eine Seltenheit. *Kropik* spricht in diesem Zusammenhang von positiven Störungen, die eine Beschleunigung der Ausführung herbeiführen können. So eine (positive) Störung kann z.B. eine natürliche Hangrutschung sein, wenn diese die gewünschte Nivellierung herbeiführt und dadurch die maschinelle Nivellierung erspart bleibt.¹⁴⁰ Der Begriff „Beschleunigung“ darf hier nicht mit Leistungsverdichtung, also eine „schnellere Bewältigung des ansonsten unveränderten Arbeitspensums“ verwechselt werden. Die Beschleunigung der Ausführung ist daher klar von der Beschleunigung der Leistungserbringung zu unterscheiden. Die Beschleunigung der Ausführung ist hierbei die Folge einer Leistungsabweichung, wie z.B. Entfall von Leistungen. Die Beschleunigung der Leistungserbringung hingegen ist nur durch einen Eingriff seitens AN, wie z.B. durch Erhöhung der Ressourcen, Forcierungsmaßnahmen möglich.¹⁴¹

Das Leistungsänderungsrecht des AG umfasst idR nicht ein Änderungsrecht über Bauzeit. Die Bauzeit ist nicht als Bestandteil des Leistungsziels – außer sie ist im Vertrag als solches definiert – zu betrachten. Siehe oben unter 2.7.3. Daher müssen die Vertragsparteien (AG und AN) eine Vereinbarung über die Anpassung der Leistungsfrist treffen. Die Leistungsfrist ist daher „entsprechend“ zu verlängern.

- **Entsprechende Anpassung der Leistungsfrist**

Die Regelung hinsichtlich der Anpassung der Leistungsfrist ist nur allgemein formuliert. Konkrete Hinweise, wie die Anpassung in der Praxis zu erfolgen hat, lassen sich in der ÖNORM nicht wiederfinden. Neben der „entsprechenden“ Anpassung sieht die ÖNORM noch Berücksichtigung der Ausfall-Folgezeiten und der jahreszeitlichen Umstände vor.

Entsprechende Anpassung meint das, was im ABGB unter „Angemessenheit“ thematisiert wird. Siehe z.B. § 1152 ABGB „angemessenes Entgelt“. Das ABGB spricht davon, dass dem AN ein angemessenes Entgelt (siehe dazu 5.1.2) zusteht, wenn das Entgelt nicht vereinbart ist. Angemessen ist das, was unter ähnlichen Umständen hätte verdient werden können.¹⁴² Über Angemessenheit ist stets im

¹⁴⁰ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/147.

¹⁴¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 787 und *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/155.

¹⁴² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 779.

Einzelfall zu entscheiden. Eine angemessene Anpassung ist nach der Judikatur unter Heranziehung der dem Vertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität möglich.¹⁴³ Kropik unterscheidet in diesem Zusammenhang folgende Berechnungsmethoden:¹⁴⁴

- ◆ **Globale durchschnittliche Leistungsintensität:** Dabei wird der Lohnanteil des Gesamtauftrages durch die Bauzeit dividiert. Aus dem daraus ergebenden Lohnumsatz je Zeiteinheit kann die Bauzeitverlängerung hochgerechnet werden.
- ◆ **Detail-Leistungsintensität:** In der Regel wird hier dasselbe Prinzip wie bei globaler durchschnittlicher Leistungsintensität angewendet. Der Unterschied besteht darin, dass nicht die Gesamtleistung, sondern die betroffenen Teilleistungen zur Bestimmung der Leistungsintensität herangezogen werden.
- ◆ **Zeitkomponenten im Aufwands- und Leistungswert:** Wenn die Leistungsabweichung nur eine Position betrifft, kann für die Anpassung der Leistungsfrist der in der Kalkulation berücksichtigte Aufwands- oder Leistungswert berücksichtigt werden.
- ◆ **Anpassung der Zeitgrundlagen:** Durch diese Methode erfolgt die Anpassung des Aufwands-/Leistungswertes, der dem Vertrag zugrunde liegt. Diese Methode kann auch zur Berücksichtigung der Folgen der Leistungsstörung erfolgen. Wenn z.B. durch außergewöhnliche Niederschlagsereignisse der Boden aufgeweicht wird, sodass der Bagger den in der Kalkulation berücksichtigten Leistungswert nicht einhalten kann. Die Anpassung des Aufwands-/ Leistungswertes erfolgt laut *Kropik*¹⁴⁵ durch Berücksichtigung von Erleichterungs- und Erschwernisfaktoren.

- **Berücksichtigung der Ausfall-Folgezeiten und jahreszeitlichen Umstände**

Wie bereits oben erwähnt, sieht die ÖNORM B 2110 vor, dass *die* Ausfall-Folgezeiten *und* jahreszeitlichen Umstände in der Anpassung der Leistungsfrist ebenfalls zu berücksichtigen sind. Unter Ausfall-Folgezeiten sind jene Verzögerungen zu verstehen, die aufgrund der Beseitigung der Folgen der Ereignisse entstehen.¹⁴⁶ *Kropik* spricht in diesem Zusammenhang von Sekundärfolgen und führt u.a. folgende Beispiele an:¹⁴⁷

- ◆ Leistungsminderung wegen temporärer geänderter Umstände der Leistungserbringung
- ◆ Dispositionszeit für den Wiederbeginn der Arbeiten
- ◆ Neuerliches Einrichten und Inbetriebnahme der Baustelle

¹⁴³ OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

¹⁴⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 780ff.

¹⁴⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 784.

¹⁴⁶ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/159.

¹⁴⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 792.

- ◆ Aufräumarbeiten nach Witterungsereignissen
- ◆ usw.

Die jahreszeitlichen Umstände sind dann zu berücksichtigen, wenn die Leistungserbringung sich aufgrund einer Verzögerung in eine Witterungsperiode verschiebt, mit der man ursprünglich nicht gerechnet hat. Der neue Aufwandswert ist – wie bereits oben erläutert – unter Berücksichtigung der Erschwernis- und Erleichterungsfaktoren zu ermitteln. Daneben sind auch andere Umstände zu berücksichtigen: Die Leistungserbringung kann z.B. neben der primären Verzögerung durch Verschiebung des Baubeginns, sekundär durch anfallende Feiertage weiter hinausverzögert werden. Auch diese Ausfallzeiten wären dann zu berücksichtigen.¹⁴⁸

5.2.2 Ermittlung der neuen Preise

[...]

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

Im Gegensatz zur Regelung hinsichtlich der Anpassung der Leistungsfrist beschreibt die ÖNORM hier genau, wie die Anpassung des Entgelts bzw. Ermittlung der neuen Preise erfolgen muss. Die Ermittlung der neuen Preise hat u.a. auf Preisbasis des Vertrages und unter Verwendung der Preisgrundlagen des Angebotes zu erfolgen.

Die ÖNORM will mit der vorliegenden Regelung offensichtlich bezwecken, dass die ursprüngliche Preisermittlung für Vertragsänderungen fortgeschrieben wird. Der unter Pkt 7.1 Abs. 4 (siehe dazu 2.8) formulierte Wunsch zur Fortschreibung des bestehenden Vertrages wird in diesem Abschnitt mit konkreten Hinweisen erfüllt. *Karasek* spricht in diesem Zusammenhang vom „Erhalt des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung“. ¹⁴⁹ *Kropik* formuliert ähnlich und spricht von der „Wahrung des Gleichgewichts von Leistung und Entgelt“. ¹⁵⁰ Es soll also auch bei Leistungsabweichungen der seit Jahrzehnten verteidigte Grundsatz gelten: „Ein guter

¹⁴⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 793.

¹⁴⁹ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1347.

¹⁵⁰ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 795.

Preis bleibt ein guter und ein schlechter Preis bleibt ein schlechter.“ Den AN an die ursprünglichen Preise zu binden ist nicht inadäquat, da er aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit auskömmlichen Preisen rechnen müsste und eine Spekulation als Kalkulationsrisiko seiner Sphäre zuzuzählen ist.¹⁵¹ Anders sähe es bei einer Schadenersatzforderung aus. Hier ist der AN bei der Preisermittlung nicht an den Vertrag gebunden, sondern es sind die IST-Kosten von Relevanz.¹⁵²

Aus der obigen Regelung fallen folgende Punkte ins Gewicht: Preisbasis des Vertrages, Preisgrundlagen des Vertrages sowie Mengen- und Leistungsansätze des Vertrages. In weiterer Folge werden diese Punkte genauer behandelt.

- **Preisbasis des Vertrages**

Gemäß ÖNORM B 2110 hat die Ermittlung der neuen Preise auf Preisbasis des Vertrages zu erfolgen. Die Preisbasis bezieht sich dabei auf die Preisumrechnung. Sie wird in der ÖNORM B 2111 folgendermaßen definiert:

3.4 Preisbasis:

jener Stichtag, auf den bei Verträgen mit veränderlichen Preisen alle Preisumrechnungen bezogen werden und daher auch jener Zeitpunkt, zu dem die vertraglichen Preise genau die vertraglich einzubeziehende Kostensituation widerspiegeln

Da die ÖNORM von Ermittlung der neuen Preise spricht, ist der AN laut *Karasek*¹⁵³ nicht verpflichtet, die vertraglichen Einheitspreise auf die geänderten Leistungen – sofern sie auf diese angewendet werden können – anzuwenden. Das stimmt meines Erachtens auch, da die ÖNORM die Verwendung der Preisgrundlagen und nicht die Verwendung der Einheitspreise vorschreibt. Die neuen Preise sind also unter Verwendung der Preisgrundlagen des Urvertrages durch Anpassung an die neuen Umstände zu ermitteln.

Weiters behauptet *Karasek*, dass bei der neuen Preisermittlung die Erhöhung der Lohn- und Materialpreise mitzuberücksichtigen wäre, wodurch eigentlich die vorliegende Regelung meines Erachtens ihre Bedeutung verliert, da dann nicht mehr von Preisbasis des Vertrages die Rede sein kann.

¹⁵¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 796.

¹⁵² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 799.

¹⁵³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1341.

Kropik vertritt hier eine andere Ansicht. Aus dem von ihm angeführten Beispiel¹⁵⁴ geht hervor, dass die Materialpreise des Zusatzangebots auf die Urpreisbasis zurück zu valorisieren sind, was eigentlich auch dem Sinn der Regelung entspricht. Diese „Anpassung“ an die Urpreisbasis hat den Zweck, dass in der Abrechnung die Preisumrechnung der in der MKF vorhandenen Preise gleich wie jene des Angebots erfolgen kann. Dadurch können Fehler aus der Berücksichtigung von mehreren unterschiedlichen Preisbasen vermieden werden. Auch *Kropik* schließt also eine Berücksichtigung der erhöhten Lohn- und Materialpreise nicht aus. Der Unterschied zu *Karaseks* Sichtweise besteht darin, dass die Preiserhöhung hier in Form einer Preisumrechnung z.B. mittels Baupreisindex erfolgt und nicht durch Berücksichtigung der tatsächlichen Preiserhöhung.

- **Preisgrundlagen des Vertrages**

Die ÖNORM fordert die Vertragsparteien auf, die Ermittlung der neuen Preise *unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Vertrages)* vorzunehmen. Sie liefert aber keine Definition zu den Begriffen „Preisgrundlage“ und „Preiskomponente“. In der Kalkulationsnorm ÖNORM B 2061 wird der Begriff „Preisgrundlage“ erwähnt: ¹⁵⁵ *Voraussetzung einer richtigen Preisbildung – Festlegung der Preisgrundlagen und Ermittlung der voraussichtlichen Kosten (Kalkulation) – ist eine genaue Angabe der auszuführenden Leistungen.* *Karasek* erklärt die Preisgrundlage in Anlehnung an *Kuffer*.¹⁵⁶ Demnach umfasst die Preisgrundlage alle Kostenfaktoren, die Bestandteil der Preisberechnung sind und einen Einfluss auf die Kosten des AN haben.¹⁵⁷ Wichtig ist auch *Karaseks* Anmerkung, dass nicht der Mittellohnpreis, sondern die tatsächlichen Lohnkosten, die Preisgrundlage darstellen. Der Mittellohnpreis ist deshalb keine Preisgrundlage, da er sich nach Zusammensetzung des Personals aus verschiedenen Lohnkosten zusammensetzt. Es kann also bei geändertem Ressourceneinsatz ein neuer Mittellohnpreis zu bilden sein.¹⁵⁸

Karasek und *Kropik* teilen die Preisgrundlagen in drei Ebenen auf:

¹⁵⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 799, Beispiel 7-49.

¹⁵⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 801

¹⁵⁶ *Kuffer in Heiermann/Riedl/Russam*, Handkommentar zur VOB, Rz 119 zu § 2.

¹⁵⁷ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1343.

¹⁵⁸ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1346.

- ◆ **Positionsbezogene (*Kropik*: leistungsbezogene) Grundlagen:** Darunter fassen die Autoren die Lohn- und Materialkosten, Gerätekosten (Betriebskosten, Abschreibung und Verzinsung sowie Reparaturkosten), Frachtkosten zusammen. *Kropik* ordnet auch die Baustellengemeinkosten unter die leistungsbezogenen Grundlagen, da diese, wenn keine eigenen Positionen für diese vorgesehen sind, auf die Leistungspositionen umgelegt werden.
- ◆ **Auftragsbezogene Grundlagen:** *Karasek* zählt die Baustellengemeinkosten zu den auftragsbezogenen Kosten, was im Fall eigener Positionen für BGK auch zutreffender ist. *Kropik* zählt darunter die Los- und Chargengröße, die Lage und Erreichbarkeit der Baustelle, das organisatorische Projektumfeld und die Vertragsgestaltung. Weiters gehören dazu der Wagniszuschlag, der sich durch Bewertung von besonderen Risiken ergibt und die Bauzinsen, die sich durch Zahlungs- und Abrechnungsmodalitäten ergeben.
- ◆ **Firmenbezogene (*Kropik*: unternehmensbezogene) Grundlagen:** Darunter sind die Ansätze für Geschäftsgemeinkosten zu verstehen. *Karasek* zählt auch Wagnis und Gewinn unter diesen Punkt. Neben dem Ansatz für Geschäftsgemeinkosten nennt *Kropik* auch die „nicht monetären Grundlagen“, wie z.B. die Motivation der Arbeiter, die Disposition der Ressourcen usw. unter unternehmensbezogenen Grundlagen. Diese wirken sich in der Höhe der umgelegten Lohnnebenkosten aus.¹⁵⁹

Bei der Ermittlung von Preisgrundlagen kommt den K-Blättern erhebliche Bedeutung zu. Dabei ist die Aussage, dass alle in offenliegenden K-Blättern dokumentierten Annahmen zum Vertragsbestandteil werden, nicht zulässig. Ob die bei Vertragsabschluss offenliegenden K-Blätter zum Vertragsinhalt werden, hängt vom Einverständnis des AG ab. Dies kann im Einzelfall sehr umstritten sein. Die K-Blätter werden eher zum Vertragsbestandteil, wenn der der AG sie in einem Aufklärungsgespräch ausführlich erläutern lässt, das in einer Niederschrift festhält und die Niederschrift zum Vertragsbestandteil erklärt.¹⁶⁰

Zur Ermittlung der Preisgrundlage bei nicht offenliegender Kalkulation muss die Urkalkulation „nachträglich offengelegt bzw. rekonstruiert“ werden. Eventuelle unplausible Werte stellen keine genügende Preisgrundlage dar. Diese sind z.B. mittels SV-Gutachten auf plausible Werte zurückzuführen¹⁶¹

¹⁵⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 805

¹⁶⁰ *Kropik*, Die Bedeutung von K-Blättern, ZVB 2014/05, S. 213ff.

¹⁶¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 808.

Wenn auf die Urkalkulation nicht zurückgegriffen werden kann, weil es etwa bei gänzlich neuen Positionen keinen Anknüpfungspunkt gibt, so muss das Preisniveau der Urkalkulation als Bezugsmaßstab dienen.¹⁶² *Karasek* zufolge gilt in diesem Fall das „angemessene Entgelt“ gemäß § 1152 ABGB vereinbart.¹⁶³ *Kropik* vertritt hier die Ansicht, dass die MKF in jenen Fällen, in denen nicht auf die Preisgrundlagen der Urkalkulation aufgebaut werden kann, einen Angebotscharakter hat. Der AG muss nach *Kropiks* Ansicht andere Preisgrundlagen nicht akzeptieren, wenn im Vertrag verwendbare Preisgrundlagen vorliegen.¹⁶⁴ Sind im Vertrag keine verwendbaren Preisgrundlagen vorhanden, so müssen demnach die Preisgrundlagen sehr wohl einer Überprüfung auf Angemessenheit entweder iS von § 1152 ABGB oder anhand des Preisniveaus der Urkalkulation¹⁶⁵ unterzogen werden.

- *Grenzen der Bindung an die Preisgrundlagen*

Die Bindung an die in der Urkalkulation festgelegten Preisgrundlagen ist durch die Randbedingungen der Leistungserbringung bestimmt. Sind also die Randbedingungen, die den ursprünglichen Preis festgelegt haben, für den neuen Preis nicht mehr gültig, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der neuen Umstände zu bilden.¹⁶⁶ Der AN kann also nicht an die von ihm angebotenen Preise „gefesselt“ werden, wenn er ein anderes Werk, als in Ausschreibungsunterlagen beschrieben, errichten muss.¹⁶⁷

Die Bindung an die alten Preise ist laut *Kropik* auch dann nicht gegeben, wenn der AG sein Änderungsrecht dazu „missbraucht“, für den AN gute Preise zu reduzieren bzw. schlechte Preise auszunutzen.¹⁶⁸

- **Mengen und Leistungsansätze vergleichbarer Positionen**

Neben den Bestimmungen, die den AN dazu verpflichten, die Preisbasis des Vertrages und die Preisgrundlagen des Angebotes heranzuziehen, schreibt die ÖNORM vor, dass auch die Mengen- und Leistungsansätze vergleichbarer Positionen zur Ermittlung der neuen Preise heranzuziehen sind. Da alle Ansätze, die

¹⁶² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 808.

¹⁶³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1347.

¹⁶⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 765.

¹⁶⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 808.

¹⁶⁶ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 809.

¹⁶⁷ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/166.

¹⁶⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 809.

zur Preisermittlung dienen, unter Preisgrundlage zusammenzufassen sind, sind hier wiederum die Ansätze aus der Urkalkulation gemeint.¹⁶⁹ Eine Änderung dieser Ansätze muss ursächlich auf Leistungsabweichung zurückzuführen sein, da ansonsten die Änderung nicht sachlich begründbar ist. Muss z.B. aufgrund der Änderung der Umstände der Leistungserbringung ein Kleinbagger anstatt eines Großbaggers eingesetzt werden, so dürfen die Einheitskosten für den Lohn nicht geändert werden, da diese unabhängig von der Baggergröße sind.¹⁷⁰

- **Neuvergabe der Sub-Leistungen**

Es könnte der Fall eintreten, dass die Leistungsänderung die Fremdleistungen, also Subunternehmerleistungen trifft. Nun könnte dem SU die dazu nötige Kompetenz fehlen, weil ihm z.B. die Gewerbeberechtigung fehlt. In diesem Fall muss der AN seinen SU kündigen. Laut *Kropik*¹⁷¹ greift hier dann der § 1168 ABGB (siehe 2.7.2) Platz: Dem AN sind mit einer MKF jene Kosten, die aus der Kündigung des SU-Vertrages entstehen, zuzüglich des Fremdleistungszuschlages zu ersetzen.

Auch der Vergabegewinn bzw. –verlust muss bei geänderten Subunternehmerleistungen erhalten bleiben. Hierzu muss der kalkulierte Fremdleistungskosten relativ – alternativ käme hier die absolute Fortschreibung infrage – fortgeschrieben werden. D.h., dass die Fremdleistungskosten um den Faktor von neuen tatsächlichen Fremdleistungskosten zu alten tatsächlichen Fremdleistungskosten erhöht werden muss.

- **Anpassung der Bauzinsen**

Da die Höhe der Mehrkostenforderung vor der Leistungserbringung noch unbekannt ist und die Ausführung der Leistung dennoch erfolgen muss, darf der AN auch eine MKF für die Abgeltung der erhöhten Bauzinsen legen.¹⁷² Dabei stellen die im K3-Blatt ausgewiesenen Bauzinsen den Ausgangspunkt dar. Diese muss wiederum um projektbezogenen Haftungsrücklass zu mindern, um die kalkulierten Bauzinsen für laufende Projektabwicklung zu erhalten.

¹⁶⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 811.

¹⁷⁰ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 811.

¹⁷¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 819.

¹⁷² Da die Ermittlung der erhöhten Bauzinsen eine bauwirtschaftliche Ergänzung darstellt, wird diese im Rahmen der vorliegenden Diplomarbeit nicht behandelt. Zur weiterführenden Information siehe *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 825.

- *Nachlass und Skonto*

Die Nachlässe sind, wenn im Vertrag kein Geltungsbereich des Nachlasses formuliert ist, auch in der MKF zu berücksichtigen.¹⁷³ Somit sind auch diese als Preisgrundlage zu betrachten. Anders schaut es aber aus, wenn der Bieter in seinem mit dem Angebot abzugebenden Begleitschreiben eindeutig formuliert, dass der von ihm angebotene Nachlass nur auf die Einheitspreise des Angebots-LV gewährt wird.

Anders schaut es aber aus, wenn die Nachlässe im Zuge einer Verhandlung vereinbart sind. Dann stellen diese nämlich keine dauerhafte Preisgrundlage dar und dürfen in der MKF auch nicht berücksichtigt werden.¹⁷⁴

Auch die kaufmännischen Skontos, obwohl diese keine Preisgrundlage darstellen, sind in den MKFs zu berücksichtigen, da diese den Zahlungsvorgang treffen und von der Leistung unabhängig sind.¹⁷⁵

5.3 Anspruchsverlust (7.4.3)

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

Die oben angeführte Regelung der ÖNORM B 2110 sieht vor, dass der AN seinen Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts in dem Umfang verliert, in dem die *Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt*.

Wie schon bei Pkt 7.4.1 geht auch hier aus dem Wortlaut der Regelung nicht hervor, welche Anmeldung der Anspruchsverlust betrifft:¹⁷⁶

- ◆ Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts bei Leistungsänderungen (Pkt 7.3.1)
- ◆ Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts bei Leistungsstörungen (Pkt 7.3.2)

¹⁷³ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 836.

¹⁷⁴ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 836.

¹⁷⁵ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 837.

¹⁷⁶ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1349.

- ◆ Anmeldung der Forderungen der Höhe nach bei Leistungsabweichungen (Pkt 7.3.3 bzw. 7.4.2)

Kropik und *Wenusch* vertreten hierbei die Ansicht, dass der Anspruchsverlust bei Versäumnis der Anmeldung der Höhe nach gleichermaßen eintritt, wie bei Versäumnis der Anmeldung dem Grunde nach. Beide gehen also davon aus, dass die Entscheidungsfreiheit auch durch mangelnde Kenntnis über die Höhe der Forderung eingeschränkt wird.¹⁷⁷

Da die wörtliche Auslegung der Regelung in diesem Fall nicht weiterhilft, ist die Systematik des Kapitels zu beachten. Aus der Reihung des Kapitels „Anspruchsverlust“ hinter den Anmeldepflichten dem Grunde nach (7.3) und den Ausführungen zum Inhalt einer MKF (7.4.1) kann man schließen, dass der Anspruchsverlust tatsächlich auf beide Fälle anzuwenden ist. Somit ist die von *Kropik* und *Wenusch* vertretene Ansicht auch mit der Systematik des Kapitels 7 „Leistungsabweichungen und ihre Folgen“ konform.

5.3.1 Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG

Nach der oben genannten Regelung tritt der Anspruchsverlust nur ein, wenn die „Entscheidungsfreiheit“ des AG eingeschränkt wird. Mit der Anmeldepflicht beabsichtigt die ÖNORM B 2110 nämlich, dem AG die Möglichkeit zu geben, seine Kostenplanung zu überdenken und den drohenden Mehrkosten entgegenzusteuern. Siehe dazu 4.1. Wird die Anmeldung unterlassen, so wird dem AG diese Möglichkeit genommen. Entscheidungsfreiheit bedeutet daher die „Möglichkeiten des kosten- und terminmäßigen Gegensteuerns durch den AG“.¹⁷⁸

Nach ABGB gibt die Anzeige der drohenden Mehrkosten dem AG zusätzlich die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten. Dieses Rücktrittsrecht wird in § 1170a Abs 2 ABGB geregelt:

§ 1170a. (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 Verträge zurücktreten. Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt,*

¹⁷⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 763 und *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/178.

¹⁷⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 857.

hat der Unternehmer dies dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert.

Laut *Karasek* umfasst die in der ÖNORM B 2110 angeführte Entscheidungsfreiheit kein Rücktrittsrecht im Sinne von § 1170a ABGB.¹⁷⁹ Tatsächlich wird die beträchtliche Kostenüberschreitung unter Pkt 5.8 „Rücktritt vom Vertrag“ nicht zu den Gründen gezählt, die einen Rücktritt vom Vertrag begründen.

Abgesehen von der Frage, ob der Rücktritt zur Entscheidungsfreiheit im Sinne der ÖNORM B 2110 gehört oder nicht, kann die Entscheidungsfreiheit auf der Entgeltseite daran erkannt werden, dass der AG andere Leistungsteile iSd § 1168 ABGB hätte entfallen lassen können, wenn ihm eine entsprechende Anzeige vorläge.¹⁸⁰ D.h., dass die Entscheidungsfreiheit nicht die betroffene Teilleistung, sondern auch andere Teilleistungen betreffen kann.¹⁸¹ Würde man die Entscheidung nur auf die betroffene Teilleistung reduzieren, könnte vom AN immer argumentiert werden, dass der AG ohne hin schon keine Wahlfreiheit gehabt hätte.

Abschließend ist hier noch zu erwähnen, dass der Anspruchsverlust bei Versäumnis der Anmeldung dem Grunde nach in jenen Fällen nicht eintritt, in denen die Anmeldung entbehrlich ist. Wann die Anmeldung dem Grunde nach entfallen kann, wurde unter 4.2.1 und 4.2.2 ausführlich erläutert. Denn es gilt der Grundsatz, dass niemand über Umstände zu informieren ist, die ihm ohnehin schon bekannt sind oder bekannt sein müssen.¹⁸² In diesen Fällen liegt auch keine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG.

5.3.2 Beweislast

Da die ÖNORM von der Einschränkung der Entscheidungsfreiheit spricht, stellt sich hier die Frage, wer die Beweislast trägt: Derjenige, der das Informationsdefizit zu verantworten hat – das wäre in diesem Fall der AN – oder doch derjenige, dem durch das Informationsdefizit die Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird, also der AG. Grundsätzlich gilt, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen

¹⁷⁹ *Karasek, ÖNORM B 2110*², RZ 1350f.

¹⁸⁰ *Karasek, ÖNORM B 2110*², RZ 1350.

¹⁸¹ gleicher Ansicht auch *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 858.

¹⁸² *Karasek, ÖNORM B 2110*², RZ 1348.

Tatsachen zu beweisen hat. Demnach trüge hier der AG die Beweislast und müsste belegen welche Entscheidung er bei rechtzeitiger Anmeldung getroffen hätte.¹⁸³

Kropik hält es demgegenüber für sinnvoll, die Beweislast auf den AN zu verschieben, da er sich dadurch trotz vertragswidrigen Verhaltens in den Rechtsfolgen besserstellen kann.¹⁸⁴ Das scheint auch sinnvoll, da es dem AG nie an subjektiven Beweggründen fehlen wird, wenn es darum geht, dem AN die Ansprüche zu verkürzen. Eine entsprechende Judikatur liegt bislang nicht vor.

Weiters darf der AG das Argument der „Einschränkung der Entscheidungsfreiheit“ nicht dazu missbrauchen, jegliche MKF bei nicht rechtzeitiger Anmeldung abzulehnen. Hier wäre ein ökonomischer Maßstab anzulegen und danach das „hypothetische Verhalten“ des AG zu eruieren, da der AG ansonsten aufgrund der immer argumentierbaren subjektiven Gründe völlige Freiheit genießen würde.¹⁸⁵

Daraus kann Objektivität zumindest bezüglich der Höhe der Forderung erreicht werden, indem man die „Objektivierung des Nachteils“ vornimmt. Diese Objektivierung wird dadurch möglich, indem die MKF um „zusätzliche Zinsbelastung“, die der AG während der Lebensdauer des Bauwerks hinnehmen muss, reduziert wird. Der Vergleich ist hier mit jener Ausführung zu führen, zu der sich der AG bei „konformem Verhalten“ entschieden hätte.¹⁸⁶ Zur Verdeutlichung führt *Wenusch* folgendes Beispiel an: Während des Aushubs der Baugrube stellt sich heraus, dass das Grundwasser höher liegt, als ursprünglich vom AG angenommen. Ausgeschrieben war aber ein undichtes Kellermauerwerk (z.B. aus Betonsteinen). Der AG kann dabei folgendermaßen vorgehen: Entweder lässt er dichte Kellerwände (z.B. durch eine weiße Wanne) herstellen oder er bestellt den vorgesehenen Keller ab. Durch den Entfall des Kellergeschoßes würde die FUK höher zu liegen kommen und ein Wasserandrang wäre auszuschließen. Fraglich ist, welchen Nachteil der AG erleidet, wenn der AN ohne den AG zu informieren, ein dichtes Kellermauerwerk herstellt und der AG sich bei Kenntnis über den Wasserandrang für zweite Variante, also für Wegfall des Kellergeschoßes entscheiden hätte.

¹⁸³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1350.

¹⁸⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 860.

¹⁸⁵ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/171.

¹⁸⁶ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/176.

Im konkreten Fall heißt es, dass für Objektivierung des Nachteils die beiden Varianten miteinander zu vergleichen sind. Die zusätzliche Zinsbelastung würde dem AG durch Errichtung des dichten Kellermauerwerks entstehen, da er sich bei Kenntnis über Wasserandrang, für Wegfall des Kellergeschoßes entschieden hätte. D.h., dass die Mehrkosten nicht in voller Höhe abzugelten sind, sondern entsprechend gekürzt werden müssen.

5.4 Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung (7.4.4)

7.4.4 Bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20% ist über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung) zurückzuführen ist. Dieses Verlangen ist dem Grunde nach ehestens nachweislich geltend zu machen.

Die Ermittlung des neuen Einheitspreises hat gemäß 7.4.2 zu erfolgen.

Die ÖNORM B 2110 sieht nicht nur bei qualitativen, sondern auch bei quantitativen Änderungen eine Anpassung des Einheitspreises vor. Diese Anpassung erfolgt jedoch nicht jedenfalls, sondern nur bei Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen. IdF 1.1.1985 fasste die Regelung auch Änderungen der Umstände der Leistungserbringung sowie Erschwernisse und Forcierungskosten unter der sogenannten 20%-Klausel zusammen. Die Anpassung war auch bei Überschreitung des Gesamtpreises (um 20%) oder des Preises für eine Leistungsgruppe möglich. Aufgrund der heftigen Kritik wurde Formulierung geändert. Die Regelung bezieht sich nun nicht mehr auf die Gesamt- oder Teilleistung, sondern auf einzelne Positionen.¹⁸⁷

5.4.1 Zweck der Regelung

Der Zweck der Regelung ist es, den Einheitspreis innerhalb einer „Bandbreite“ von $\pm 20\%$ als unveränderlich festzulegen. Somit bietet die Regelung für beide Vertragsparteien, also sowohl für den AG, als auch für den AN gewisse Sicherheit. Der AG, der bei einem Einheitspreisvertrag das Mengenrisiko trägt, ist bei

¹⁸⁷ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1357.

unerheblichen Mengenänderungen (<20%) nicht mit Mehrkostenforderungen des AN konfrontiert. Dem AN steht bei erheblichen Mengenänderungen ein Anspruch auf Anpassung des Einheitspreises zu.

Die Regelung darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, das im Zuge des ursprünglichen Vertrages vereinbarte Kosten/Vergütungsverhältnis zu korrigieren.¹⁸⁸ Daraus resultiert auch die Vorgabe, dass die Anpassung erst dann erfolgt, wenn die Preisänderung kalkulatorisch begründbar ist. Außerhalb der ÖNORM B 2110 sieht *Kropik* auch die Möglichkeit vor, bei außerordentlichen Mengenänderungen und außerordentlich hohen Einheitspreisen den Vertrag wegen Sittenwidrigkeit anzufechten.¹⁸⁹ Dazu bringt er ein Beispiel aus der deutschen Judikatur, nach dem sich die Vertragsparteien bei bloßer Mengenänderung gegen die Fortschreibung des Vertrages wehren dürfen, wenn der Einheitspreis – in diesem Fall war der Einheitspreis um mehr als das Achthundertfache überhöht – exorbitant überhöht ist. Die Vereinbarung wurde aufgrund des Vorliegens eines „auffälligen und wucherähnlichen Missverhältnisses zur Bauleistung“ für sittenwidrig und nichtig erklärt.¹⁹⁰

Was meines Erachtens auch nicht unberücksichtigt bleiben darf, ist die Auswirkung einer exorbitanten Mengenänderung auf die Leistungsfrist. So können Mengenmehrungen zu einer Leistungsverdichtung und Mengenminderungen zu einer Leistungsverdünnung führen, sodass neben der Änderung von Einheitspreisen auch eine Anpassung der Leistungsfrist notwendig sein kann.

Wie bereits oben erwähnt, ist die Regelung in ihrer Anwendung durch die gegebenen Anwendungsgrenzen sehr eingeschränkt. Diese Grenzen lassen sich wie folgt auflisten:

- ◆ Über- oder Unterschreitung um mehr als 20%
- ◆ Einheitspreisvertrag
- ◆ bloße Mengenänderung
- ◆ Anmeldung dem Grunde nach

Diese Grenzen werden in weiterer Folge im Detail erläutert.

¹⁸⁸ OGH 22.02.2000, 2 Ob 336/98w; OGH 27.04.2006 2 Ob 248/05t.

¹⁸⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 883.

¹⁹⁰ Bundesgerichtshof Urt. v. 18.12.2008, Az.: VII ZR 201/06.

5.4.2 Über- oder Unterschreitung um mehr als 20%

Als erste Anwendungsgrenze findet sich die Über- oder Unterschreitung der „Bandbreite“ von 20%. Innerhalb der 20%-Grenze handelt es sich um eine geringe quantitative Abweichung, die der AN auch dann hingenommen hätte, wenn diese ihm im Voraus bekannt wäre.¹⁹¹ Erst ab Über- oder Unterschreiten der 20%-Grenze handelt es sich um eine erhebliche Abweichung, bei deren Eintritt das Missverhältnis im Kosten-Vergütungsverhältnis korrigiert werden muss.¹⁹²

Die Abweichung bezieht sich auf die Vertragsmenge, die in diesem Fall mit 100%, die Ausgangsbasis darstellt. Maßgebend ist die prozentuelle Abweichung der Abrechnungsmenge von der Vertragsmenge. Daraus resultiert folgende Problematik:¹⁹³ Im Zuge der Fortschreibung des Vertrages können sich die Mengen aus Leistungsabweichungen mit den ausgeschriebenen Mengen vermischen. Da in der ÖNORM keine Regelung vorhanden ist, ergeben sich zwei mögliche Varianten aufgrund von Leistungsabweichungen:¹⁹⁴

Die erste Variante vergleicht die fortgeschriebene Menge, also Menge lt LV plus die angeordneten Mehrleistungen mit der Abrechnungsmenge. Erst wenn von dieser erhöhten Menge um mehr als 20% abgewichen wird, darf der EHP angepasst werden.

In der zweiten Variante wird eine klare Trennung zwischen der Menge lt LV und der Mehrleistung vorgesehen. Diese sind getrennt mit den Abrechnungsmengen zu vergleichen.

Um nachher nicht in Schwierigkeiten zu geraten, sollte dies auf jeden Fall vertraglich festgelegt werden. Wichtig ist hierbei auch die Bestimmung, dass der neue Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge zu vereinbaren ist. Der neue Einheitspreis ist also nicht nur für die 20% überschreitende Menge, sondern wie eben erwähnt, für die gesamte ausgeführte Menge gültig.

¹⁹¹ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/188.

¹⁹² *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 862.

¹⁹³ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 871.

¹⁹⁴ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 871.

5.4.3 Einheitspreisvertrag

Als systemimmanent bezeichnet *Kropik* die Unumgänglichkeit der Mengenabweichungen bei Einheitspreisverträgen.¹⁹⁵ Die 20%-Klausel belegt laut *Wenusch* die Tatsache, dass der Einheitspreisvertrag es eigentlich innehat, ein „faires Entgelt“ zu ermitteln.¹⁹⁶ Weiters bezieht er sich auf die Judikatur, die die erheblichen Mengenabweichungen bei Pauschalpreisvereinbarungen nicht als Verstoß gegen „Treu und Glauben“ – der eigentlich zur Vertragsauflösung geführt hätte – bewertet.¹⁹⁷ Das würde die Anwendungsmöglichkeit auf Pauschalpreisverträge ausschließen. Die ÖNORM selbst (Wortlaut) schränkt die Anwendung der Regelung auf den Einheitspreisvertrag ein. Sie bleibt auch dann anwendbar, wenn der EHP-Vertrag in Form eines verbindlichen Kostenvoranschlages oder eines unverbindlichen Kostenvoranschlages vorliegt, weil nur eine Mengenangabe, ein Einheitspreis und Abrechnung als Voraussetzungen vorliegen müssen.¹⁹⁸

Wenusch erweitert das Anwendungsgebiet der 20%-Klausel darüber hinaus auf „unechte“ Pauschalpreisverträge“, da das Vorliegen eines LVs so interpretiert werden kann, dass der Parteiwille nicht auf das Überwälzen von Mengen- oder Vollständigkeitsrisiko gerichtet ist.¹⁹⁹

5.4.4 Bloße Mengenänderung

Durch die Vorgabe der bloßen Mengenänderung wird der Anwendungsbereich der Regel sehr eingengt. Als bloße Mengenänderung wird die unzutreffende Mengenangabe ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung bezeichnet.²⁰⁰ Somit findet die 20%-Klausel jedenfalls überall dort keine Anwendung, wo ein Eingriff seitens des AG – aufgrund seines Leistungsänderungsrechts – vorliegt. Die Abgrenzung der bloßen Mengenänderung von anderen Mengenabweichungen (z.B. zufolge Leistungsabweichungen) stellt dabei eine große Herausforderung dar.²⁰¹

¹⁹⁵ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 862.

¹⁹⁶ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/183.

¹⁹⁷ OGH 19.12.200, 9 Ob 242/01f.

¹⁹⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 870.

¹⁹⁹ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 : Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/180.

²⁰⁰ *Kropik* bezeichnet die Mengenabweichung als zutreffenderer Ausdruck, da die vorliegende Regelung nicht die Folgen von Mengenänderungen, wegen Änderung des Bau-SOLL, sondern die sich „zufällig“ und unwillkürlich“ ergebende Mengenänderung behandelt .

²⁰¹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 862.

Da nicht nur die Leistungsänderung, sondern auch die Störung der Leistungserbringung zu den Leistungsabweichungen gehört, stellt sich die Frage, wann ein Anwendungsfall der 20%-Klausel liegt. Ein schlechter Baugrund, der in weiterer Folge dazu führt, dass das Fundament anders dimensioniert wird, stellt keinen Anwendungsfall der 20%-Klausel dar. Eine Ausnahme lässt sich hier finden, wenn der AG einer erwartbaren Leistungsstörung dadurch Vorsorge trägt, dass er Positionen dafür im LV vorsieht. Wenn die Leistungsstörung dann tatsächlich eintritt und die dafür vorgesehenen Mengen im LV überschritten werden, ist die 20%-Klausel anwendbar.

5.4.5 Anmeldung dem Grunde nach

Die ÖNORM sieht nicht nur bei qualitativen Abweichungen (Leistungsänderung, Leistungsstörungen), sondern auch bei quantitativen Änderungen (Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung) eine Anmeldepflicht vor. Die Anmeldung muss nachweislich, also beweisbar erfolgen.²⁰²

Ein Anspruchsverlust bei Versäumnis der Anmeldung von Mengenänderungen wird von den Autoren abgelehnt.²⁰³ An die Anforderung, die Anmeldung ehestens durchzuführen, soll „kein allzu strenger Maßstab“ angelegt werden. Als Grund dafür zeigt *Karasek* die Tatsache, dass die Mengenänderung sich meist „schleichend“ einstellt und der Zeitpunkt, wann diese „schleichende“ Mengenänderung den Vertragspartnern erkennbar sein sollte, meist strittig ist. Ausschlaggebend wird dies vor allem bei Mengenminderungen, da eine Unterschreitung der LV-Menge sich manchmal erst im Zuge der Schlussrechnung feststellen lässt.²⁰⁴

5.5 Nachteilsabgeltung nach allgemeiner Rechtslage (ABGB)

Auch wenn eine ausdrückliche Regelung dafür fehlt, ist der AG nach hA berechtigt, Teile der Leistung oder sogar die gesamte Leistung abzubestellen.²⁰⁵ Nach § 1168 Abs 1 ABGB steht dem AN im Falle einer Abbestellung oder des Unterbleibens des Werkes das vereinbarte Entgelt abzgl. seiner Ersparnisse zu, wenn er leistungsbereit war. Dazu die Regelung im ABGB:

²⁰² Zur Bedeutung des Begriffs „nachweislich“ siehe 4.2.

²⁰³ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1357 und *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 872.

²⁰⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1357.

²⁰⁵ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1364.

§ 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.*

Was die Ersparnisse des AN sind, wird wiederum von der Judikatur beschrieben. Als Ersparnis kommen z.B. das nicht verbrauchte Material und nicht aufgewendete Arbeitslöhne in Frage. Weiters hat der OGH entschieden, dass die Geschäftsgemeinkosten nach § 1168 ABGB auch nicht zu vergüten sind, weil diese in „keinem Zusammenhang“ zur Werkherstellung stehen.²⁰⁶ Nach *Karasek*²⁰⁷ muss Gleiches auch für den Wagniszuschlag gelten, weil aufgrund des Entfalls der Gesamtleistung kein Ausführungsrisiko mehr besteht.

Dieses OGH-Urteil wird von *Karasek* und *Kropik* heftig kritisiert, da es einerseits gegen den Zweck der Bestimmung gerichtet ist: § 1168 Abs 1 ABGB soll bezwecken, dass die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftes für den AN erhalten bleibt.²⁰⁸ Außerdem ist dieses Urteil laut *Kropik*²⁰⁹ betriebswirtschaftlich nicht begründbar, da es sich bei den Geschäftsgemeinkosten nicht um fiktive Kosten, sondern um tatsächliche Kosten handelt. Die Regelung der ÖNORM B 2110 trägt dem besser Rechnung (siehe unten).

Es ist aber fraglich, ob der Anspruch auf das Wagnis genauso argumentiert werden kann. Denn der Wagniszuschlag deckt neben dem allgemeinen Unternehmerwagnis auch die leistungsbezogenen Wagnisse.²¹⁰ Die leistungsbezogenen Wagnisse (Kalkulationswagnis, Ausführungswagnis) bleiben dem AN durch den Entfall der Leistung auf jeden Fall erspart. Das Unternehmerwagnis läuft jedoch weiter, auch wenn die Leistung entfallen ist. Daher müsste dieses meines Erachtens dem AN sehr wohl abgegolten werden.²¹¹

²⁰⁶ OGH 14.12.1960, 6 Ob 448,449/60 (EvBl 1961/97)

²⁰⁷ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1364.

²⁰⁸ OGH 05.06.1991, 1 Ob 642/90.

²⁰⁹ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 889.

²¹⁰ *Sommerauer* in Handbuch Claim-Management, 2. Aufl. 2015, 2.3.2.3.16.

²¹¹ So auch *Kropik* in Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 890, Beispiel 7-89.

In einem späteren Urteil hat der OGH dem Unternehmer als Folge des Unterbleibens der Ausführung des Werks entgangene Zentralregie zugesprochen.²¹² In diesem Fall bestand aber ein schadenersatzrechtlicher Anspruch und der Unternehmer konnte plausibel machen, dass er bei der gegebenen Auslastung seines Betriebs mit seinen vorhandenen Personal- und Gerätekapazitäten relativ problemlos den entgangenen Auftrag hätte abwickeln können.²¹³

5.6 Nachteilsabgeltung nach ÖNORM B 2110 (7.4.5)

Die Bestimmung zur Nachteilsabgeltung in der ÖNORM B 2110 baut in ihrem Wesen auf § 1168 Abs 1 ABGB auf.²¹⁴ Eine Änderung ergibt sich jedoch durch die Einführung der 5%-Grenze.

Unbestritten ist die Anwendbarkeit der Regelung auf EHP-Verträge. Unter bestimmten Voraussetzungen kann sie auch auf Regiepreisverträge und Pauschalpreisverträge angewendet werden. Die Voraussetzung für Regiepreisverträge ist, dass die voraussichtlich anfallende Menge bei Vertragsabschluss schon vorliegt und mitvereinbart wird.²¹⁵ Die Anwendung auf Pauschalpreisverträge wird dadurch begründet, dass der Entfall von Leistungen nicht immer ausdrücklich angeordnet wird, sondern sich auch schleichend einstellen kann. Aufgrund der nicht ausdrücklich vorliegenden Anordnung kann der AN den Anmeldepflichten iS von Pkt 7.3 und 7.4 nicht nachkommen. Sofern sich daraus eine geänderte (verminderte) Abrechnungsmenge ergibt, wäre Pkt 7.4.5 „Nachteilsabgeltung“ hier die geeignete Rechtsgrundlage für Nachforderungen.²¹⁶

5.6.1 Unterschreitung der Auftragssumme um 5%

7.4.5 erster Absatz: *Erwächst dem AN, bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten.*

[...]

²¹² OGH 25.03.1987, 1 Ob 687, 688/86.

²¹³ Wolfgang Oberndorfer, Entgangene Deckungsbeiträge zur Zentralregie, ZVB 2012/102.

²¹⁴ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1364.

²¹⁵ Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1362.

²¹⁶ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 886.

Die ÖNORM B 2110 sieht bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% die Abgeltung des daraus resultierenden Nachteils vor. Eine Unterschreitung um 5% kann gemäß ÖNORM durch Minderung oder Entfall von Teilen der Leistung bedingt sein. Minderung einer Leistung liegt vor, wenn die Abrechnungsmenge bei gleichbleibender Leistung geringer ausfällt, als die ausgeschriebene Menge. Entfall eines Teiles der Leistung liegt vor, wenn der AG aufgrund seines Leistungsänderungsrechts Teile der Leistung entfallen lässt. Im Gegensatz zum ABGB behandelt die ÖNORM B 2110 nur den Entfall von Teilen einer Leistung und nicht den Entfall der Gesamtleistung. Auch in anderen Abschnitten findet sich keine Regelung für den Entfall der Gesamtleistung, sodass sich die Rechtsfolgen für diesen Fall nach dem ABGB richten.²¹⁷

Zu klären ist auch, welche Basis für die Berechnung der 5%-Schwelle heranzuziehen ist. In Frage kämen die „ursprüngliche Auftragssumme“ und die „fortgeschriebene Auftragssumme“. Da sich die ÖNORM unter Pkt 6.5.3.1 „Vertragsstrafe“ und unter Pkt 12.4 „Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer“ des Begriffs „ursprüngliche Auftragssumme“ bedient, in der vorliegenden Bestimmung aber nur den Begriff „Auftragssumme“ verwendet, ist hier davon auszugehen, dass damit die „fortgeschriebene Auftragssumme“ gemeint ist.²¹⁸ Diese errechnet sich durch Erweiterung der ursprünglichen Auftragssumme um allfällige Zusatzaufträge, MKFs usw. Auch Regieleistungen, die im Vertrag bereits beauftragt wurden, sind mitzuberücksichtigen, sofern es sich nicht um bloß symbolische Mengen handelt. Einzurechnen ist auch der angeordnete Leistungsentfall, soweit dieser mit MKFs abgedeckt ist.²¹⁹

Neben der fortgeschriebenen Auftragssumme ist für die Berechnung der 5%-Schwelle noch die Abrechnungssumme zu ermitteln. Auch hier sind die Zusatzleistungen und Regieleistungen mitzuberücksichtigen. Die Preisgleitung ist von der Abrechnungssumme in Abzug zu bringen, da diese nicht die Nachteile ersetzt, die durch Minderung oder Entfall von Teilen der Leistung entstehen.²²⁰ Durch die Vorgabe, dass nur jener Nachteil zu abgelten ist, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, wird dem Vorteil, der z.B.

²¹⁷ Karasek, *ÖNORM B 2110*², RZ 1363.

²¹⁸ Karasek, *ÖNORM B 2110*², RZ 1366 und Kropik, *Bauvertrags- und Nachtragsmanagement*, S. 886.

²¹⁹ Karasek, *ÖNORM B 2110*², RZ 1368.

²²⁰ Kropik, *Bauvertrags- und Nachtragsmanagement*, S. 887.

durch Einheitspreisanpassung nach der 20%-Klausel einhergeht, Rechnung getragen.²²¹

Ist die Differenz der fortgeschriebenen Auftragssumme zur Abrechnungssumme größer als 5% der fortgeschriebenen Auftragssumme, so ist die Anspruchsvoraussetzung zur Nachteilsabgeltung nach ÖNORM B 2110 erfüllt.

- **Abgrenzung zur 20%-Klausel**

Die Differenz zwischen fortgeschriebener Auftragssumme und Abrechnungssumme stellt beim Einheitspreisvertrag die bloße Mengenänderung und den bloßen Leistungsentfall dar.²²² Daher ist eine Schnittstelle zur unter 5.4 erläuterten 20%-Klausel, die bei bloßen Mengenänderungen auch als Anspruchsgrundlage dient, vorhanden. Der AN kann seinen Anspruch auf die 5%-Klausel oder auf die 20%-Klausel begründen, wobei letztes vorgeht. Eine Mehrfachforderung aus der gleichen Mengenänderung ist daher nicht möglich.²²³ Eine parallele Anwendung ist denkbar, da sich die 20%-Klausel nur am Mengengerüst einzelner Position orientiert während die 5%-Klausel das gesamte Werk berücksichtigt. Zu beachten ist dabei, dass der durch die 20%-Klausel angepasste EHP bei der Berechnung der 5%-Klausel nicht berücksichtigt werden darf, da nur jener Nachteil abzugelten ist, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist.

Die Unterschiede zur 20% Klausel können wie folgt zusammengefasst werden:

- ◆ Im Vergleich zur 20%-Klausel, wo die Auftragsmenge einer Position mit der Abrechnungsmenge dieser Position verglichen wird, bezieht sich die 5%-Klausel auf das Gesamtwerk.
- ◆ Die 5%-Klausel wirkt nur zugunsten des AN, da der sich durch eine Überschreitung der 5%-Grenze ergebende Vorteil nicht zurückzuerstatten ist. Bei der 20%-Klausel handelt es sich um eine reziproke Regelung, d.h. die Regelung kann sowohl den AG als auch den AN begünstigen.
- ◆ Im Gegensatz zur 20%-Klausel, die eine nachweisliche Anmeldung dem Grunde nach voraussetzt, kann die Forderung aus der 5%-Klausel erst mit der Schlussrechnung vorgelegt werden.²²⁴

²²¹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 888.

²²² Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 887.

²²³ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 888.

²²⁴ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 887.

Abschließend ist hier zu erwähnen, dass ebenso wie die 20%-Klausel auch die 5%-Klausel nicht dazu missbraucht werden darf, um das vereinbarte Kosten/Vergütungsverhältnis zu korrigieren.²²⁵ Denn ein AG, der dessen bewusst ist, dass die Nachteilsabgeltung iS von Pkt 7.4.5 erst nach Überschreitung der 5%-Schwelle in Frage kommt, könnte dem AN gute Preise reduzieren, indem er Leistungen weglässt. Es soll der mehrmals erwähnte Grundsatz gelten: Ein guter Preis bleibt ein guter Preis und ein schlechter Preis bleibt ein schlechter Preis.

5.6.2 Nachteile aus verlorenen Geschäftsgemeinkostenbeiträgen

Der Begriff „Nachteil“ wird in der ÖNORM B 2110 nicht näher erläutert. Die Nachteilsabgeltung erfolgt laut *Karasek* daher wie nach dem Gesetz vorgesehen. Ihm zufolge steht dem AN auch nach der ÖNORM der um die Ersparnisse verminderte Werklohn gemäß § 1168 Abs 1 ABGB zu.²²⁶ Hierbei wird das volle Entgelt um allfällige Ersparnisse reduziert. Das bedeutet, dass bei § 1168 Abs 1 ABGB die Berechnung von oben nach unten (Top-down) erfolgt. *Kropik* schließt sich der Meinung von *Karasek* nicht an, er ist der Meinung, dass die ÖNORM B 2110 eine Berechnung von unten nach oben (Bottom-up) vorsieht, da der entstandene Nachteil, für den überdies der AN beweispflichtig ist, abzugelten ist.²²⁷ Beide Berechnungsvarianten sollten aber im Endeffekt zum selben Ergebnis führen.

Dem AN können folgende Nachteile entstehen:²²⁸

- ◆ Unterdeckung der zeitgebundenen Kosten von Personal und Gerät bei gleichbleibender Bauzeit.
- ◆ Unterdeckung der umgelegten Baustellengemeinkosten, bei gleichbleibender Bauzeit.
- ◆ Unterdeckung der Geschäftsgemeinkosten.

Von den oben genannten Nachteilen wird in der ÖNORM B 2110 die Abgeltung nur Geschäftsgemeinkosten vorgesehen:

7.4.5 zweiter Absatz: *Dieser Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenden Leistungen abgegolten werden.*

²²⁵ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/214.

²²⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110², RZ 1372.

²²⁷ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 892.

²²⁸ *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 888.

Mit der ausdrücklichen Möglichkeit, dass die Geschäftsgemeinkosten an den entfallenden Leistungen genauso abzugelten sind, wird der Judikatur, die die Vergütung der Geschäftsgemeinkosten verneinte, weil diese in „keinem Zusammenhang“ (siehe dazu 5.5) zur Werkherstellung stehen, eine Absage erteilt.

5.6.3 Projektbezogene Vorleistungen

[...]

7.4.5 dritter Absatz: Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten.

Die ÖNORM B 2110 sieht unabhängig von der 5%-Grenze die Abgeltung der projektbezogenen Vorleistungen vor, die für Erbringung der entfallenen Leistungen bestimmt waren, wenn diese anderweitig nicht zu verwerten sind. Eine anderweitige Verwendung können z.B. die gewöhnlichen Baumaterialien finden, nicht aber z.B. Sonderanfertigungen aus Glas oder Edelstahl. Weitere anfallende Kosten aus der anderweitigen Verwertung sind dem AN ebenfalls zu ersetzen.²²⁹

Fraglich ist auch, welcher Maßstab an die anderweitige Verwertung zu legen ist. Eine Verwertung im Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag oder dem betreffenden Bauvorhaben ist dem AN auf jeden Fall zumutbar. Eine anderweitige Verwertung außerhalb des bestehenden Vertrages oder Bauvorhabens stellt eine Einzelfallentscheidung dar und hängt von der Größe des Betriebes des AN sowie nach den Marktchancen und Einsatzmöglichkeiten der Vorleistung ab.

6 Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen (7.5) – Geschäftsführung ohne Auftrag

6.1 GoA – Geschäftsführung ohne Auftrag (ABGB)

Nach *Koziol/Welser* ist die Geschäftsführung ohne Auftrag die eigenmächtige Besorgung der Angelegenheiten eines anderen in der Absicht, dessen Interessen zu

²²⁹ *Wenusch*, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/222.

fördern. Dabei schadet es nicht, auch Eigeninteressen zu verfolgen.²³⁰ Nach § 1035 ABGB darf sich niemand ohne einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag in das Geschäft des anderen „mengen“. Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen der

- ◆ Geschäftsführung im Notfall
- ◆ nützlichen Geschäftsführung
- ◆ Geschäftsführung gegen den Willen des anderen.

6.1.1 Geschäftsführung im Notfall

Die Geschäftsführung im Notfall wird in § 1036 ABGB geregelt. Die Regelung dazu lautet folgendermaßen:

§ 1036.

Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 403).

Diesem zufolge dürfen in Notsituationen ohne die Zustimmung des Werkbestellers (AG) einholen zu müssen, notwendige und zweckmäßige Maßnahmen gesetzt werden. Dabei muss der Werkbesteller den gemachten Aufwand ersetzen, auch wenn dieser erfolglos geblieben ist.

6.1.2 Nützliche Geschäftsführung

In den Fällen, in denen es sich nicht um eine Notfallsituation handelt, sieht der Gesetzgeber die Vergütung des gemachten Aufwandes nur dann vor, wenn die Geschäftsführung zum „klaren, überwiegenden Vorteil“ des anderen vor. Das ABGB regelt die Geschäftsführung zum Nutzen des anderen folgendermaßen:

§ 1037. *Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben. Hat der Geschäftsführer zwar diese Vorschrift unterlassen, aber das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klarem, überwiegenden Vortheile geführt; so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzt werden.*

²³⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band II¹³, S. 392

Für die Abgeltung des Anspruches muss hier also jedenfalls – entgegen der Geschäftsführung im Notfall – der Eintritt des Erfolges gesichert sein. Dieser Erfolg muss außerdem dem „subjektiven Willen“ des Werkbestellers (AG) entsprechen.²³¹

Die ÖNORM B 2110 schließt Ansprüche nach § 1037 ABGB aus, außer die Leistungen werden vom AG anerkannt und vergütet.²³² (siehe 6.2)

6.1.3 Geschäftsführung gegen den Willen des anderen

Für alle Geschäftsführungen, die gegen den Willen des Geschäftsherrn getätigt werden, muss der Werkbesteller (AG) den gemachten Aufwand nicht ersetzen. Er kann vielmehr den Ersatz des Schadens oder auch die Beseitigung auf Kosten des Geschäftsführers verlangen. Die entsprechenden Regelungen finden sich in §§ 1038 und 1040 ABGB:

§ 1038. *Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar; oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatze verbunden; er kann vielmehr verlangen, daß der Geschäftsführer auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste.*

[...]

§ 1040. *Wenn jemand gegen den gültig erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäftes anmaßet, oder den rechtmäßigen Bevollmächtigten durch eine solche Einmischung an der Besorgung des Geschäftes verhindert; so verantwortet er nicht nur den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten Aufwand; in so fern er nicht in Natur zurückgenommen werden kann.*

²³¹ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/257.

²³² Karasek, ÖNORM B 2110², RZ 1377.

6.2 Außerhalb des Leistungsumfanges erbrachte Leistungen (7.5)

6.2.1 Leistungen, die durch Störung der Leistungserbringung erforderlich werden

Die ÖNORM B 2110 sieht für Leistungen, die durch Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, außer es besteht Gefahr im Verzug, die Zustimmung des AG vor. Dabei verfolgt die ÖNORM den Zweck, dass der AG nicht erst mit der Forderung des AN konfrontiert werden soll, wenn die Leistungen bereits erbracht sind.²³³ Die genaue Regelung in der ÖNORM lautet folgendermaßen:

7.5.1 Leistungen, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind und durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, dürfen nach Erkennbarkeit, ausgenommen bei Gefahr im Verzug, ohne schriftliche Zustimmung des AG nicht aus- und fortgeführt werden.

Davon ausgenommen gilt, dass der AN nach Erkennen einer Störung der Leistungserbringung jedenfalls die mit dem AG einvernehmlich vor Ort als technisch erforderlich bestimmte Leistung zu erbringen hat.

Der AG hat seine Entscheidung rechtzeitig bekannt zu geben. Trifft der AG keine Entscheidung, haftet er für die Folgen seiner Unterlassung.

Der AN hat bei Wegfall der Störung der Leistungserbringung die Ausführung der Leistung ohne besondere Aufforderung unverzüglich wieder aufzunehmen.

[...]

- **Ausnahmefall: Gefahr im Verzug**

Gemäß ÖNORM B 2110 ist die schriftliche Zustimmung entbehrlich, wenn Gefahr im Verzug vorliegt. Zu klären wäre hier jedoch, von welcher Gefahr die ÖNORM spricht: Unstrittig ist, dass die Gefahr für Leib und Leben hier inbegriffen ist. Selbiges gilt auch für jene Leistungen, deren Unterlassung eine strafbare Handlung darstellt. Bei anderen Schäden ist der Zweck der Bestimmung abzuwägen: Ist der Schaden

²³³ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/231.

„unwiederbringlich“ oder übersteigt er die Kosten der zusätzlichen Einzelleistungen um ein Vielfaches, so kann die Zustimmung des AG entbehrlich sein.²³⁴

- **Schriftliche Zustimmung**

Die ÖNORM B 2110 spricht von schriftlicher Zustimmung des AG. Nach hA darf von der Schriftlichkeit jederzeit abgegangen werden. Einen Ausnahmefall nennt die ÖNORM selbst: Gemäß Abs 2 ist eine schriftliche Zustimmung des AG nicht erforderlich, wenn mit dem AG eine Einigung über die technisch erforderliche Leistung getroffen wurde. Das kann eine mündliche oder konkludente Zustimmung sein.

- **Entscheidungspflicht des AG**

Neben der Verpflichtung, die nachvollziehbaren Ergebnisse der Prüfung der MKF (siehe 4.6.3) ehestens bekanntzugeben, trifft den AG nun die Pflicht, seine Entscheidung hinsichtlich der Beauftragung der zusätzlichen Leistung rechtzeitig bekanntzugeben. Auch wenn die beiden Bestimmungen sich im Ausdruck ähneln, liegt ein wesentlicher Unterschied im zeitlichen Erfordernis. Nach Pkt 7.5.1 muss der AG seine Entscheidung nur rechtzeitig bekanntgeben. Die ÖNORM legt nicht weiter fest, wann eine bekanntgegebene Entscheidung als rechtzeitig gilt. Die Bestimmung kann in ihrer Wirkung benachteiligend auf den AG wirken, wenn der AG dazu verpflichtet wird, „aufs Geradewohl“ zu entscheiden.²³⁵ D.h. dass der AG aus dem Erfordernis der Rechtzeitigkeit nicht zu überstürzten Entscheidungen gezwungen werden kann. Wann eine Entscheidung rechtzeitig ist, wird sich vor allem aus den monetären Auswirkungen der verzögerten Entscheidung bestimmen lassen.

Unklar ist auch, welche Folgen die Unterlassung der Entscheidungspflicht hat. Hierzu existiert eine Regelung im ABGB. Nach § 1168 Abs 2 ABGB, darf der AN bei fehlender Mitwirkungspflicht des AG eine Frist zur Nachholung setzen und bei Verstreichen dieser den Vertrag für ungültig erklären.

§ 1168. (2) Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zu Nachholung eine

²³⁴ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/232-234.

²³⁵ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/238.

angemessenen Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.

Die Auflösung des Vertrages ist meines Erachtens keine angemessene Antwort auf die Unterlassung der Entscheidungspflicht. Auch die Verweigerung der Leistung wäre aufgrund der Schadensminderungsobliegenheit problematisch. In Notsituation muss der AN die Leistung ausführen. Diese Leistungen wären vom AG jedenfalls abzugelten. Liegt keine Notsituation vor, hat der AN nach § 906 Abs 2 u.a. auch das Recht, die Wahl anstelle des AG zu treffen. Davon hat er den AG zu verständigen und ihn zur Vornahme einer anderen Wahl zu auffordern. Wenn der AG noch immer keine Entscheidung trifft, ist die Wahl des AN maßgebend und ihm gehört der Ersatz der Aufwendungen.

- **Wiederaufnahme der Leistung nach Wegfall der Störung**

Der von Karasek immer wieder kritisierte Umstand „systematisch an der falschen Stelle befindend²³⁶“ trifft beim vierten Absatz zu. Die Mitteilungspflicht nach Wegfall der Störung wird in der ÖNORM B 2110 unter Pkt 7.3.2 der ÖNORM B 2110 (siehe 4.3.2). behandelt. Richtig wäre die Zuordnung dieser Bestimmung auch dorthin.

Der AN wird aufgefordert, die Leistung nach Wegfall der Störung unverzüglich wieder aufzunehmen, wobei der AG gemäß seiner Mitteilungspflicht den AN über den Wegfall der Störung in Kenntnis setzen muss, wenn die Störung der Leistungserbringung seiner Sphäre zuzuordnen ist.²³⁷ Wenn der AN die Aufnahme der Leistung verweigert, kann der AG unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.²³⁸

6.2.2 Eigenmächtige Abweichung vom Vertrag

[...]

7.5.2 *Alle Leistungen, die der AN ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt hat, werden nur dann vergütet, wenn der AG sie nachträglich anerkennt.*

²³⁶ Karasek, ÖNORM B 2110², z.B. unter RZ 1377.

²³⁷ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 896.

²³⁸ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/243.

Ist dies nicht der Fall, sind diese Leistungen vom AN auf Verlangen des AG innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, widrigenfalls dies auf Kosten des AN geschehen kann.

[...]

Die ÖNORM B 2110 sieht für Leistungen, die ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt sind, keine Vergütung vor. Die ÖNORM bringt den subjektiven Willen des AG ins Spiel. Die Leistungen sind nämlich dann zu vergüten, wenn der AG diese nachträglich anerkennt. Unter dem Ausdruck „anerkannt“ ist die Vorgabe „dem subjektiven Willen entsprechend“ zu verstehen. Das entspricht der nützlichen Geschäftsführung nach dem ABGB. Unter eigenmächtig vom Vertrag abweichenden Leistungen sind jedenfalls Mehrleistungen, die ihrer Art nach vertraglich nicht geschuldet sind, zu verstehen. Das Überschreiten der Mengen muss nicht notwendigerweise eine eigenmächtige Mehrleistung bedeuten.²³⁹

Was die Rechtsfolgen bei vertragswidrig erbrachten Leistungen betrifft, entspricht die ÖNORM B 2110 dem ABGB. Der AG darf nämlich unter Setzung einer angemessenen Frist die Beseitigung verlangen. Folgt der AN dem Verlangen des AG nicht, so kann der AG eine Beseitigung auf Kosten des AN veranlassen.

6.2.3 Mitteilungspflicht des AN und Vergütungspflicht des AG

[...]

7.5.3 *Waren Leistungen zur Erreichung des Leistungsziels oder aus Gründen der Schadensminderung notwendig und konnte die Zustimmung des AG wegen Gefahr im Verzug nicht rechtzeitig eingeholt werden, ist dem AG hiervon ehestens Mitteilung zu machen.*

Der AG hat solche Leistungen anzuerkennen und zu vergüten.

Die ÖNORM stellt zwei Bedingungen, bei deren Erfüllung der AG die Leistungen anzuerkennen und zu vergüten hat: Es muss sich einerseits um eine Leistung handeln, die zur Erreichung des Leistungsziels oder aus Gründen der Schadensminimierung notwendig ist. Weiters darf die Möglichkeit, die Zustimmung des AG einzuholen wegen Gefahr im Verzug nicht vorhanden sein.

²³⁹ Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/250 und 251.

Der AG hat die Leistungen anzuerkennen, wenn es sich um technisch notwendige (zum Begriff der Notwendigkeit siehe 2.4.1) Leistungen handelt.²⁴⁰ Denkbar wäre auch eine Vergütung, wenn es sich um eine rechtlich notwendige Leistung handelt. Mit der wirtschaftlichen Notwendigkeit - wenn etwa durch die Zusatzleistung die Vermarktungschancen des Objekts erhöht werden - wäre meines Erachtens schwer zu argumentieren, da die ÖNORM B 2110 die nützliche Geschäftsführung (siehe 6.1.2) nicht kennt. Aus Gründen der Schadensminimierung kann die Leistung notwendig sein, wenn der Schaden die Kosten der Leistung um ein Vielfaches übersteigt.

Weiters sieht die ÖNORM eine Mitteilungspflicht des AN über die erbrachten Leistungen vor. Die Frage, ob Unterlassen der Mitteilung zu einem Anspruchsverlust führt, ist aus meiner Sicht zu verneinen, da die ÖNORM für unterlassene Mitteilungspflichten – nicht zu verwechseln mit der Anmeldepflicht – keine besonderen Sanktionen vorsieht. Siehe dazu 4.5.

Ein Anerkenntnis des AG liegt auch dann vor, wenn dieser die Leistungen nutzt und keine Beseitigung verlangt.²⁴¹ Abschließend ist noch zu erwähnen, dass das fehlende Anerkenntnis durch den AG die Forderung nicht beeinflusst, da diese nicht durch das Anerkenntnis des AG entsteht.²⁴² Der AN hat jedenfalls Anspruch auf ein angemessenes Entgelt.

7 Vorschläge zur Vertragsgestaltung

In Bezug auf die Regelungen zu Leistungsabweichungen in Kapitel 7 der ÖNORM B 2110 ergibt sich aus der Analyse der Kommentare, dass außer diesen projektspezifischen Festlegungen, an einigen Stellen vertragliche Klarstellungen zur Norm erforderlich sind, da die Formulierungen der ÖNORM offenbar unterschiedlich aufgefasst werden können.

Die folgenden Vorschläge zur Formulierung im Vertrag stellen dabei die Sichtweise eines Ingenieurs dar und weichen daher zum (ebenso wie die Norm selbst) von der

²⁴⁰ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 897.

²⁴¹ Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S. 898.

²⁴² Wenusch, ÖNORM B 2110: Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, RZ 7/250 und 265.

juristischen Fachterminologie ab. Außer Streit steht dabei, dass sicherlich auch andere Wege zur Konkretisierung der offenen Punkte möglich sind.

Im Folgenden werden die Ergänzungen zur ÖNORM „**fett**“ und die Streichungen anhand einer „~~durchgestrichenen Linie~~“ dargestellt.

7.1 Allgemeines

Der dritte Absatz verpflichtet die Vertragspartner, Maßnahmen zur Vermeidung von Leistungsstörungen bzw. zur Abwehr von Folgen einer Leistungsstörung zu treffen, wenn daraus keine Mehrkosten entstehen. Es ist an dieser Stelle nicht klar ersichtlich, was die ÖNORM unter Mehrkosten verstanden haben will. *Kropik* zufolge ist darunter der zusätzliche Aufwand – den der AN auf jeden Fall zu verrechnen versuchen wird – zu verstehen. Dieser Ausdruck könnte auch in den Vertrag aufgenommen werden. Dem AN entsteht kein zusätzlicher Aufwand, wenn er unter geänderter Disposition weiterarbeiten muss oder wenn Reserven im Terminplan gestrichen werden.

Sicherlich von Vorteil ist es, dem AG im Rahmen seines Leistungsänderungsrechts noch das ausdrückliche Recht einzuräumen, Teile von Leistung oder auch die Gesamtleistung entfallen zu lassen, sofern dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig ist. Die Vorgabe von „technischen und wirtschaftlichen“ Gründen ist deshalb notwendig, da nach dem Grundsatz „Pacta sunt servanda“ die Verträge nur in Ausnahmefällen aufgelöst werden sollten. Vergleiche dazu 2.4.1.

Der Abschnitt 7.1 „Allgemeines“ könnte nach Berücksichtigung der oben genannten Punkte folgendermaßen umformuliert werden:

7.1 Allgemeines

*Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. **Weiters darf der AG, Teile von Leistung oder Gesamtleistung entfallen lassen, sofern dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig ist.***

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

*Droht eine Störung der Leistungserbringung (z.B. Behinderung) oder ist eine solche eingetreten, hat jeder Vertragspartner alles Zumutbare aufzuwenden, um eine solche zu vermeiden oder deren Folgen so weit als möglich abzuwehren, **sofern ihm daraus kein zusätzlicher Aufwand entsteht. Dem AN entsteht kein zusätzlicher Aufwand, wenn er unter geänderter Disposition weiterarbeiten muss oder wenn er zur Kürzung großzügig geplanter Fristen (Terminreserven) aufgefordert wird.***

Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z.B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen.

7.2 Zuordnung zu Sphäre der Vertragspartner

7.2.1 Zuordnung zu Sphäre des AG

Der zweite Absatz, der die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 der ÖNORM B 2110 der Sphäre des AG zuordnet, wurde, wie unter 3.3.1 bereits angeführt, kritisch betrachtet, da die Grenze zwischen einem freiwillig erteilten Ratschlag und einer aus gesetzlichem oder normativem Zwang erteilten Information nicht deutlich erkennbar ist. Der wiederum im zweiten Absatz vorhandene Verweis auf die Prüf- und Warnpflicht des AN weist auf die sehr eingeschränkte vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht des AN hin. Üblich ist der Hinweis auf die vorvertraglichen Pflichten des AN nicht in den Vertragsbestimmungen, sondern in der Ausschreibung. Empfehlenswert ist daher eine möglichst genaue Definition der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht in der Ausschreibung.

Auch wenn der Anwendungsbereich der unter drittem Absatz der ÖNORM angeführten objektiven Unmöglichkeit sich sehr gering zu erweisen mag, wird dieser Absatz unter Bedachtnahme der Anwendungsmöglichkeit auf die Projekte mit kurzfristiger Bauzeit belassen. Siehe dazu das von *Kropik* angeführte Beispiel unter 3.3.2. Diese Ansicht von *Kropik* wird auch von der ÖNORM B 2118 bekräftigt, da auch diese eine Anwendung der objektiven Unmöglichkeit auf Projekte mit kurzfristiger Bauzeit vorsieht. Daher empfiehlt es sich, die Formulierung der ÖNORM B2118 in den Vertrag aufzunehmen.

Zu den unvorhersehbaren Ereignissen nennt die ÖNORM B 2110 zwar die außergewöhnlichen Witterungsverhältnisse und die Naturereignisse, aber die

unvorhersehbaren Ereignisse umfassen noch mehr. So nennt die ÖNORM B 2118 z.B. Streik, Aussperrung, Krieg, Terroranschläge, Erdbeben oder außergewöhnlichen Elementarereignisse (wie z.B. Hochwasser und Überflutungen) zu den unvorhersehbaren Ereignissen. Weiters zählt diese den Sturm sowie die Lawinengefahr und den Lawinenabgang zu unvorhersehbaren Ereignissen. Solche Aufzählungen verbergen das Risiko, dass es bei Eintritt eines nicht aufgezählten Ereignisses zu Meinungsverschiedenheiten bzgl. der Risikotragung kommen kann. Daher wäre es meines Erachtens sinnvoll, jene unvorhersehbaren Ereignisse der Sphäre des AG zuzuordnen, die einen Nahebezug zur Leistung – insbesondere zum Ort der Bauleistung – haben. Somit wäre eine Aufzählung der konkreten Ereignisse entbehrlich.

Die ÖNORM B 2110 überlässt die Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen dem individuellen Vertrag. Das geht aus dem Wortlaut der ÖNORM vor: *„Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit ... festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart.“* Es ist daher eine vertragliche Ergänzung der Regelung erforderlich, vor allem weil die Regelung in dieser Form, nur auf Einzelereignisse anwendbar ist. Siehe dazu [3.3.4](#). Es sollte daher unbedingt eine individuelle Regelung für periodenbezogene Ereignisse in den Vertrag aufgenommen werden.

Für die periodenbezogenen Ereignisse kann die Abgrenzung zwischen normalen und außergewöhnlichen Ereignissen nicht anhand des (10-jährlichen) Ereignisses erfolgen, da hier ein längerer Beobachtungszeitraum erforderlich ist. Die Abgrenzung kann z.B. analog zur ÖNORM B 2118 anhand der Ausfalltage erfolgen. Wichtig ist dabei die Festlegung eines Betrachtungszeitraumes und der Kriterien für den Ausfall.

Unabhängig davon, ob ein Einzelereignis oder periodenbezogenes Ereignis vorliegt, ist die Festlegung einer Wetterbeobachtungsstelle, deren Messwerte als Datenbasis dienen soll, von Vorteil.

Für andere Naturereignisse, wie z.B. Sturm und Lawinenabgang, Rutschungen sind, wenn mit ihrem Eintreten zu rechnen ist, ebenfalls vertragliche Regelungen zu treffen.

Nach Berücksichtigung der oben genannten Punkte kann der Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 vertraglich folgendermaßen abgeändert werden:

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z.B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z.B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z.B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt.

Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn

- 1) Leistungen dergestalt mit Ausführungsfristen verbunden sind, dass dem AN keine Dispositionsmöglichkeiten offenstehen und die vertragsgemäße Ausführung dieser Leistungen durch Witterungseinflüsse objektiv unmöglich gemacht wird.**
- 2) diese Ereignisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbare Weise abwendbar sind. Dabei muss ein Nahebezug zur Leistung – insbesondere zum Ort der Leistungserbringung – gegeben sein.**

Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse auf der Baustelle:

- a) Einzelereignis: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn bei einem kurzfristigen Niederschlagsereignis die 15-minütige oder 48-stündige Niederschlagsspende über dem 10-jährlichen Ereignis der nächstgelegenen Wetterbeobachtungsstelle der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (ZAMG) gelegen ist.**
- b) Periodenbezogen: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn die Anzahl der Ausfallzeiten in der betroffenen Periode größer ist als jene Anzahl, die im Durchschnitt nur einmal alle zehn Jahre eintritt.**

Ohne besondere Vereinbarung gilt hierfür die Regelung gemäß Schlechtwetterkriterien der ZAMG bezogen auf die nächstgelegene Wetterbeobachtungsstelle.

Als Betrachtungszeitraum sind beginnend ab dem Kalendermonat des Vertragsabschlusses jeweils 3 Monate (innerhalb einer Jahreszeit liegend) zu Grunde zu legen.

7.2.2 Zuordnung zur Sphäre des AN

Der Pkt 7.2.2 Abs 2 ordnet die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß Pkt 4.2.1.4 der Sphäre des AN zu. Gemäß dieser ist der AN zur Besichtigung des Ortes, an dem die Leistung erbracht werden soll, verpflichtet. Da aus der Regelung nicht hervorgeht, welcher Sorgfaltsmaßstab dabei den AN trifft, ist es zur Vermeidung von Streitigkeiten sinnvoll, diese Regelung nicht in den Vertrag aufzunehmen. Eine andere Möglichkeit wäre es hier genaue Punkte, wie z.B. Lagerungsmöglichkeiten, Zufahrtswege, Wasser- und Abwasseranschlüsse festzulegen, auf die der AN besonderes Augenmerk legen soll, sodass aus diesbezüglichen Kalkulationsirrtümern keine Mehrkosten geltend gemacht werden können.

Weiters ordnet der Pkt 7.2.2 Abs 3 Z 1 anhand einer Generalklausel, alle Ereignisse, die unter 7.2.1 nicht beschrieben sind, der Sphäre des AN zu. Es ist zweckmäßig, diese Generalklausel zu belassen, da eine genauere Beschreibung oder Aufzählung, wie bereits weiter oben erwähnt, zu Meinungsverschiedenheiten führen kann. Anstatt der Generalklausel können diese Ereignisse ohne ins Detail zu gehen, wie unten im Formulierungsvorschlag angeführt wird, beschrieben werden.

Nach Berücksichtigung der oben genannten Vorschläge könnte die Regelung hinsichtlich der Risikosphäre des AN vertraglich folgendermaßen geändert werden:

7.2.2 Zuordnung zur Sphäre des AN

Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet.

~~Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 geht zu Lasten des AN.~~

Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) alle Ereignisse, die den Betrieb und die Geschäftstätigkeit des AN oder seiner Erfüllungsgehilfen betreffen.**

2) *zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z.B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben.*

7.3 Mitteilungspflichten

7.3.1 Mitteilungspflicht bei Leistungsänderungen

Der Pkt 7.3.1 der ÖNORM B 2110 verpflichtet den AN bei Leistungsänderungen zur Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts, wenn der Anspruch nicht offensichtlich ist. Die Offensichtlichkeitsklausel schwächt die Anmeldepflicht in ihrer Wirkung und birgt die Gefahr der Meinungsverschiedenheiten, da keine allgemeingültigen Kriterien zur Beurteilung der Offensichtlichkeit formuliert werden können. So braucht bei Offensichtlichkeit des Anspruchs auf Mehrentgelt, nicht auch eine Offensichtlichkeit des Anspruchs auf Fristanpassung gegeben sein. Siehe dazu 4.2. Den Vertragsparteien ist daher zu empfehlen, die Offensichtlichkeitsklausel nicht zu vereinbaren.

7.3.2 Mitteilungspflicht bei Leistungsstörungen

Unter Pkt 7.3.2 sind mehrere Mitteilungspflichten (sowohl „echte“ Mitteilungspflichten, als auch Verständigungspflichten) beschrieben. Unter diesem Pkt wird u.a. eine Anmeldepflicht geregelt, die die Vertragspartner dazu verpflichtet, den Anspruch dem Grunde nach ehestens anzumelden. Die Rechtsfolgen bei Versäumnis der Anmeldung werden jedoch erst später unter Pkt 7.4.3 genannt. Zur besseren Übersicht wird empfohlen, den unter Pkt 7.4.3 der ÖNORM beschriebenen Anspruchsverlust vorzuziehen.

Unter Pkt 7.5, der die Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt, schreibt die ÖNORM B 2110 vor, dass der AN bei Wegfall der Störung die Leistungen ohne besondere Aufforderung aufnehmen muss. Da die Mitteilungspflichten dazu unter Pkt 7.3 geregelt werden, wäre auch für diesen Fall eine Zuordnung unter diesem Punkt zutreffender. Siehe dazu 6.2.1.

Weiters verwendet die ÖNORM für diese Anmeldepflicht den relativen Zeitausdruck „ehestens“.²⁴³ Den Vertragsparteien ist zu empfehlen, eine konkrete Zeitspanne zu vereinbaren, innerhalb derer die Anmeldung erfolgen muss. So werden die

²⁴³ Zur Bedeutung des Begriffs „ehestens“ siehe 4.3.1.

Vertragspartner in allgemeinen Vertragsbestimmungen der ÖBB aufgefordert, den Anspruch dem Grunde nach ehestens, spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab dem Beginn der Leistungsausführung, anzumelden.²⁴⁴

7.3.3 Vorlage der Forderungen der Höhe nach

Pkt 7.3.3 der ÖNORM B 2110 verpflichtet die Vertragspartner dazu, die Forderungen der Höhe nach ehestens vorzulegen. Unter 4.5 wurde bereits dargelegt, dass damit die Unterlagen, die den angemeldeten Anspruch belegen sollen, gemeint sind.

Da die ÖNORM auch hier den Zeitausdruck „ehestens“ verwendet, ist vertraglich eine Zeitspanne festzulegen, innerhalb derer die MKF vorgelegt werden soll. Hier ist der Zeitraum entsprechend lang zu wählen, da sowohl die Erstellung, als auch die Prüfung der MKF einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Siehe dazu 4.6.3. Meiner Ansicht nach ist bei der Erstellung und der Prüfung der MKF von gleichlangen Fristen auszugehen. Wie es auch die AGBs der ÖBB vorsehen, kann die Möglichkeit vorgesehen werden, die Frist auf Verlangen eines Vertragspartners entsprechend verlängert zu verlängern, da sowohl für Erstellung, als auch für Prüfung z.B. externe Gutachten notwendig sein können. Damit wird auch abgedeckt, dass einfache MKF rasch erstellt und geprüft werden können, für komplexere steht die Möglichkeit der Verlängerung offen.

Da die ÖNORM B 2110 keine Rechtsfolgen dafür nennt, sollte vertraglich auch geregelt werden, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der AG das nachvollziehbare Ergebnis nicht ehestens bekanntgibt. Eine Akzeptanz des AG liegt auch dann nicht vor, wenn der AN die MKF in die Abschlagsrechnung aufnimmt und der AG diese unbeeinsprucht vergütet, da er in der Schlussrechnung noch immer eine Korrektur der Ansätze vornehmen kann. Siehe dazu 4.6.3. Dem AN stehen auf jeden Fall, die durch den Entscheidungsverzug des AG entstandenen Verzugszinsen zu. Siehe dazu 5.2.2.

Nach Berücksichtigung der oben genannten Punkte könnte der Pkt 7.3 der ÖNORM vertraglich folgendermaßen abgeändert werden:

²⁴⁴ Allgemeine Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für Bauaufträge – AGB B in der Ausgabe 01.2014, S. 2, Pkt 2.11.2.6.

7.3 Mitteilungspflichten

7.3.1 Ordnet der AG eine Leistungsänderung an, ist der Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgeltes vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden, **auch wenn der Anspruch offensichtlich ist.**

7.3.2 Erkennt ein Vertragspartner, dass eine Störung der Leistungserbringung (z.B. Behinderung) droht, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen sowie die bei zumutbarer Sorgfalt erkennbaren Auswirkungen auf den Leistungsumfang darzustellen. Sobald ein Vertragspartner erkennt, dass die Störung der Leistungserbringung weggefallen ist, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen. **Der AN hat bei Wegfall der Störung der Leistungserbringung die Ausführung der Leistung ohne besondere Aufforderung unverzüglich wieder aufzunehmen.** Von der Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung hat der AN den AG ehestens zu verständigen. Liegt eine Störung der Leistungserbringung vor, ist ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgeltes dem Grunde nach ehestens, **spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab dem Beginn der Leistungsausführung** nachweislich anzumelden.

7.3.3 **Unterlagen zu** Forderungen auf Grund von Leistungsabweichungen sind in prüffähiger Form der Höhe nach ehestens, **spätestens jedoch binnen eines Monats nach Anmeldung dem Grunde nach**, nachweislich zur Prüfung vorzulegen.

Fehlende Unterlagen sind im Zuge dieser Prüfung ehestens anzufordern und vorzulegen.

Das nachvollziehbare Ergebnis der Prüfung ist dem Vertragspartner ehestens, **spätestens jedoch binnen eines Monats, nach Vorlage der MKF**, bekannt zu geben. **Erfolgt die Bekanntgabe der Ergebnisse nicht innerhalb der vorgesehenen Frist, kann der AN die durch den Verzug des AG anfallenden Verzugszinsen geltend machen.**

Die einmonatige Frist ist zur Erstellung bzw. Prüfung der MKF auf Verlangen eines Vertragspartners einmal angemessen zu erstrecken, wenn dafür sachliche Begründungen vorliegen. Die Rechtsfolgen iS von Pkt 7.4.1 (Anspruchsverlust) treten nach Überschreitung der einvernehmlich verlängerten Frist ein.

7.4 Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts

7.4.1 Voraussetzungen

Unter 4.4 wurde bereits erwähnt, dass der Wortlaut der Regelung im Pkt 7.4.1 der ÖNORM auf einen Anspruchsverlust hindeutet. Der Anspruchsverlust wird jedoch unter 7.4.3 „Anspruchsverlust“ geregelt. Gemäß diesem tritt der Anspruchsverlust nur in dem Umfang ein, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt. Es ist daher empfehlenswert den Anspruchsverlust im Vertrag vorzuziehen.

Unter 4.7 wurde bereits angeführt, dass die mangelnde Kenntnis über Höhe der Forderung die Entscheidungsfreiheit des AG ebenfalls beeinflussen kann. Das muss daher einen Anspruchsverlust i.S von Pkt 7.4.3 bedeuten.

Die Minderung des Anspruchsverlusts i.S von Pkt 7.4.3 ist auch aufgrund der Tatsache gerechtfertigt, dass der Anspruch nicht erst durch die rechtzeitig erfolgte Anmeldung entsteht und daher durch Unterlassung derselben nicht gänzlich entfallen kann.

Nach Berücksichtigung dieser umfangreichen Änderungen, könnten die Voraussetzungen im Vertrag folgendermaßen formuliert werden:

7.4.1 Voraussetzungen

Bei Leistungsabweichungen besteht ein Anspruch des AN auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts, wenn nachstehende Voraussetzungen erfüllt sind:

*1) Der AN hat **den Anspruch auf Vertragsanpassung innerhalb der oben genannten Fristen** angemeldet.*

*2) Der AN hat **innerhalb der oben genannten Frist** eine MKF (Zusatzangebot) in prüffähiger Form vorgelegt. Dabei ist zu beachten:*

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.

Sind die Voraussetzungen gemäß (1) und (2) nicht erfüllt, tritt der Anspruchsverlust in dem Umfang ein, in dem die Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt.

Die gleiche Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt sinngemäß, wenn der AG Forderungen aus einer Leistungsabweichung stellt.

7.4.2 Ermittlung

Der Abschnitt 7.4.2 der ÖNORM B 2110 behandelt die Ermittlung der Bauzeitverlängerung und des Mehrentgelts im Falle einer Leistungsabweichung.

Die ÖNORM spricht im ersten Absatz davon, dass die Leistungsfrist entsprechend zu verlängern ist. Wie diese entsprechende Anpassung erfolgen soll, wird nicht beschrieben. Hilfestellung bringt die von der Judikatur genannte Lösung: Die Leistungsfrist ist unter Heranziehung der dem Vertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität zu erstrecken.²⁴⁵

Im zweiten Absatz beschreibt die ÖNORM, wie bei der Ermittlung der neuen Preise vorzugehen ist. Wie unter 5.2.2 bereits angeführt, kann sich die Ermittlung von Preisgrundlagen bei nicht offenliegender Kalkulation als schwierig erweisen. Damit sich dieser Umstand nicht zugunsten des AN auswirkt, muss dem AG Einsicht in die Kalkulationsgrundlagen des AN gewährt werden. WSTW 9314²⁴⁶ trägt dem Rechnung und räumt dem AG das Recht zur Einsicht in die Kalkulationsgrundlagen ein. Um im Nachhinein nicht in Streitigkeiten zu geraten, ist vertraglich festzulegen, wann die K-Blätter offenzulegen sind, und ob sie zur Vertragsgrundlage werden. Siehe dazu 5.2.2.

Da die MKF nicht nur Eigenleistungen des AN, sondern auch SU-Leistungen betreffen kann, sollten dem AG auch die Preisgrundlagen des SU-Vertrages offenzulegen sein. Da das vereinbarte Entgelt zwischen AG und AN nicht gleich sein muss, wie das Entgelt zwischen AN und SU, darf der Vergabegewinn, aber auch ein

²⁴⁵ OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

²⁴⁶ Allgemeine Vertragsbestimmungen der Wiener Stadtwerke WSTW 9314 in der Ausgabe 29.2.2016, S. 29.

eventueller Vergabeverlust des AN nicht erhöht bzw. gemindert werden. Siehe dazu **5.2.2.**

Was die Preisbasis des Vertrages betrifft, ist die entsprechende Regelung in der ÖNORM B 2110 deutlich und braucht keine vertragliche Regelung: Alle der MKF zugrundeliegenden Preise (vor allem Materialpreise) sind auf Preisbasis des Vertrages zurück zu valorisieren. Daher braucht es hier keine besondere Regelung im Vertrag.

Unter **5.2.2** wurde bereits erläutert, dass die MKF in jenen Fällen, in denen nicht auf die Preisgrundlagen der Urkalkulation aufgebaut werden kann, einen Angebotscharakter hat. Dabei ist der Begriff „Angebotscharakter“ nicht so zu interpretieren, dass die MKF als ein annahmebedürftiges Angebot an den AG zu verstehen ist. Der AN hat Anspruch auf Vertragsanpassung, offen ist nur, welches Entgelt dem AN zusteht. Es steht dem AN auf jeden Fall das angemessene Entgelt zu. Das angemessene Entgelt kann dabei iS von §1152 ABGB oder unter Heranziehung des Preisniveaus der Urkalkulation (lt. *Kropik*) ermittelt werden.

Nach Berücksichtigung der oben genannten Punkte, könnte die Ermittlung der neuen Bauzeit und der neuen Preise vertraglich folgendermaßen geregelt werden:

7.4.2 Ermittlung

*Ist mit einer Leistungsabweichung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Ausführung verbunden, ist die **neue Leistungsfrist unter Heranziehung der dem Vertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität zu ermitteln**, wobei auch die Folgen (z.B. Ausfall-Folgezeiten) und jahreszeitliche Umstände zu berücksichtigen sind.*

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

Zu diesem Zweck ist der AG berechtigt, in die Kalkulationsgrundlagen des AN, Einsicht zu nehmen. Verweigert der AN dies, so wird eine angemessene Anpassung unter Heranziehung des Preisniveaus der Urkalkulation stattfinden. Weiters sind bei Mehrkostenforderungen, die

Subunternehmerleistungen betreffen, die Preisgrundlagen des Subunternehmervertrages offenzulegen. Bei der Ermittlung der neuen Preise darf das Leistungs-/Vergütungsverhältnis zwischen AN und SU nicht geändert werden.

Die Formblätter gemäß ÖNORM B 2061 sind mit dem Angebot abzugeben, stellen jedoch keine Vertragsgrundlage dar. Anders einzelne Elemente der Kalkulation, die im Zuge eines Aufklärungsgesprächs einvernehmlich vereinbart wurden.

7.4.3 Anspruchsverlust

Pkt 7.4.3 der ÖNORM B 2110 behandelt die Rechtsfolgen bei Unterlassung der Anmeldepflichten. Diesem zufolge tritt ein Anspruchsverlust ein, wenn der Anspruch auf Bauzeitverlängerung und Mehrentgelt nicht angezeigt wird. Der Anspruchsverlust tritt auch dann ein, wenn die MKF nicht oder nicht ehestens vorgelegt wird. Siehe dazu 4.3.

Um die Meinungsverschiedenheiten auszuräumen, ist es meines Erachtens zweckmäßig, die Rechtsfolgen mit Anspruchsvoraussetzungen (Pkt 7.4.1) unter einem Pkt zu regeln.

7.4.3 Anspruchsverlust → siehe 7.4.1

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

7.4.4 Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung

Die ÖNORM sieht in Pkt 7.4.4 vor, dass bei Über- bzw. Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge um mehr als 20% ein neuer Einheitspreis zu bilden ist. In den Kommentaren zur Norm wird die Meinung vertreten, dass die Regelung in der Form, wie sie vorliegt, sehr selten zur Anwendung kommen kann, da die Mengenänderungen aus Leistungsabweichungen hier nicht den Regelungsinhalt darstellen und die Anpassung des Einheitspreises kalkulatorisch zu begründen ist.

Unter 5.4.1 wurde bereits angeführt, dass die erheblichen Mengenabweichungen auch einen Einfluss auf die Bauzeit haben können. Es sollte daher vertraglich vereinbart werden, wann ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist besteht. Die

Anpassung der Leistungsfrist kann wiederum unter Heranziehung von der dem Vertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität ermittelt werden.

Der Pkt 7.4.3 könnte vertraglich folgendermaßen abgeändert werden:

7.4.4 Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung

Bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20% ist über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung) zurückzuführen ist. Dieses Verlangen ist dem Grunde nach ehestens nachweislich geltend zu machen.

Wird die im Vertrag angegebene Menge wesentlich über- bzw. unterschritten und ist eine Auswirkung auf die Bauzeit kausal begründet, entsteht unabhängig von der 20%-Klausel ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist, der ehestens anzumelden ist.

Die Ermittlung des neuen Einheitspreises und der neuen Leistungsfrist hat gemäß 7.4.2 zu erfolgen.

7.4.5 Nachteilsabgeltung

Die ÖNORM sieht anhand der sogenannten 5%-Klausel die Abgeltung des jenes Nachteils vor, der durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung entsteht. Da die ÖNORM nicht näher beschreibt, welche Nachteile dem AN entstehen, ist es zweckmäßig, im Vertrag zu definieren, was unter Nachteil verstanden werden soll. Der Auftragnehmer ist in wirtschaftlicher Hinsicht so zu stellen, wie er stünde, wenn der Auftrag tatsächlich ausgeführt worden wäre. Der AN darf aus einem fiktiven Nachteil keine Vorteile ziehen. Es darf also nur jener Nachteil abgegolten werden, der dem AN nachweislich entsteht.

Die ÖNORM B 2110 deckt den Fall der Mengenminderung und den Fall des Entfalls von Teilen der Leistung, nicht aber den Fall der Abbestellung des Gesamtwerks ab. Nachdem unter **7.1** dem AG das ausdrückliche Recht zur Abbestellung des Gesamtwerks eingeräumt wurde, muss aufgrund des funktionellen Synallagmas von

Leistung und Gegenleistung dem AN auch das Recht zur Abgeltung des aus der Abbestellung erwachsenen Nachteils gewährt werden.

Unter 5.6.1 wurde bereits erwähnt, dass die ÖNORM mit der Auftragssumme die fortgeschriebene Auftragssumme meint. Um hier gegensätzliche Interpretationen zu vermeiden, ist es sinnvoll, dies auch so in den Vertrag aufzunehmen.

Daher folgender Formulierungsvorschlag:

7.4.5 Nachteilsabgeltung

*Erwächst dem AN, bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5%, durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten. **Es ist auch jener Nachteil abzugelten, der dem AN im Falle einer Abbestellung des Gesamtwerks entsteht.***

*Der Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des **vom AN nachweislich im Angebot** kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden.*

Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die anderweitig nicht zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5%-Grenze) abzugelten.

7.5 Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen

Pkt 7.5.1 schreibt im dritten Absatz vor, dass der AG seine Entscheidung bzgl. der Ausführung von Leistungen, die durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich wurden, rechtzeitig bekannt zu geben hat. Was dabei als rechtzeitig anzusehen ist, legt die ÖNORM nicht fest. Unter 6.2.1 wurde bereits erläutert, dass der AG nicht dazu gezwungen werden kann, sich impulsiv, spontan zu entscheiden. Daher sollte im Vertrag anstelle des relativen Zeitausdrucks ein genauer Zeitpunkt festgelegt werden, bis zu dem der AG seine Entscheidung bekanntgeben muss.

Weiters regelt der Pkt 7.5.1 im dritten Absatz, dass der AN nach Wegfall der Störung seine Leistung unaufgefordert wieder aufnehmen muss. Wie bereits erwähnt, ist es sinnvoll, diese Bestimmung unter Pkt 7.3 zuzuordnen, da die Mitteilungspflicht bei Wegfall der Störung ebenfalls dort behandelt wird.

Der Formulierungsvorschlag lautet folgendermaßen:

7.5 Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen

7.5.1 Leistungen, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind und durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, dürfen nach Erkennbarkeit, ausgenommen bei Gefahr im Verzug, ohne schriftliche Zustimmung des AG nicht aus- oder fortgeführt werden.

Davon ausgenommen gilt, dass der AN nach Erkennen einer Störung der Leistungserbringung jedenfalls die mit dem AG einvernehmlich vor Ort als technisch erforderlich bestimmte Leistung zu erbringen hat.

Der AG hat seine Entscheidung **ehestens, jedenfalls vor dem Zeitpunkt, an dem der AN die Leistung auszuführen beabsichtigt**, bekannt zu geben. **Kann der AG die Frist nicht einhalten, so muss er dies dem AN unverzüglich mitteilen.** Trifft der AG keine Entscheidung **oder nur verspätet** haftet er für die Folgen seiner Unterlassung.

~~Der AN hat bei Wegfall der Störung der Leistungserbringung die Ausführung der Leistung ohne besondere Aufforderung unverzüglich wieder aufzunehmen. → Siehe 7.3.2.~~

7.5.2 Alle Leistungen, die der AN ohne Auftrag oder nur unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt hat, werden nur dann vergütet, wenn der AG sie nachträglich anerkennt.

Ist dies nicht der Fall, sind diese Leistungen vom AN auf Verlangen des AG innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, widrigenfalls dies auf Kosten des AN geschehen kann.

7.5.3 Waren Leistungen zur Erreichung des Leistungszieles oder aus Gründen der Schadensminimierung notwendig und konnte die Zustimmung des AG wegen Gefahr im Verzug nicht rechtzeitig eingeholt werden, ist dem AG hiervon ehestens Mitteilung zu machen.

Der AG hat solche Leistungen anzuerkennen und zu vergüten.

8 Verzeichnisse

8.1 Literaturverzeichnis

Heiermann, Wolfgang / Riedl, Richard / Rusam, Martin: HANDKOMMENTAR ZUR VOB, 13. Auflage, Springer Verlag, München, 2013.

Hussian, Wolfgang: BAU-SOLL UND GESCHULDETER WERKERFOLG, in: bau aktuell, 03/2010.

Hussian, Wolfgang: DIE MEHRKOSTENFORDERUNG NACH DER ÖNORM B 2110 – ENTWURF 2008, in: ecolex, 7/2008.

Karasek, Georg: KOMMENTAR ZUR ÖNORM B 2110, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2009.

Karasek, Georg: SKRIPTUM ZUR VORLESUNG AN DER UNIVERSITÄT WIEN, Wien, 2011.

Koziol, Helmut / Welser Rudolf: BÜRGERLICHES RECHT BAND II, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2006.

Krejci, Heinz: BAUVERTRAG: WER TRÄGT DAS BAUGRUNDRISIKO, Orac-Verlag, 1995.

Kropik, Andreas: BAUVERTRAGS- UND NACHTRAGSMANAGEMENT, Eigenverlag, Wien, 2014.

Kropik, Andreas: BAU-SOLL VERSUS KALKULATIONSANNAHMEN, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Rainer Wanninger, Braunschweig IBB, Braunschweig, 2010.

Kropik, Andreas: DIE BEDEUTUNG VON K-BLÄTTERN, in: ZVB, 05/2014.

Kurbos, Rainer: BAURECHT IN DER PRAXIS, Verlag Linde, 2014.

Müller, Katharina / Stempkowski Rainer: CLAIM-MANAGEMENT, 2. Auflage, Linde Verlag, 2015.

Oberndorfer, Wolfgang: ENTGANGENE DECKUNGSBEITRÄGE ZUR ZENTALREGIE, in: ZVB, 09/2012.

Plettenbacher, Wolf / Stopfer, Martin / Nowotny, Katharina: HANDBUCH ANTI-CLAIM-MANAGEMENT, 1. Auflage, Linde Verlag, 2014.

Schneider, Eckart / Spiegl, Markus: AUSSERGEWÖHNLICHE WITTERUNGSVERHÄLTNISSE, in: bau aktuell 01/2010.

Wenusch, Hermann: PRAXISKOMMENTAR ZUM BAUWERKVERTRAGSRECHT, 2. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2011.

Wilhelm, Georg: BESCHÄDIGUNG DES BAUWERKS VOR ÜBERNAHME, in: ecolex, 9/2000.

8.2 Urteilsverzeichnis

BGH vom 18.12.2008, **VII ZR 201/06**.

OGH vom 14.12.1960, **6 Ob 448,449/60**.

OGH vom 08.05.1979, **2 Ob 514/79**.

OGH vom 6.11.1981, **1 Ob 569/81**.

OGH vom 25.03.1987, **1 Ob 687, 688/86**.

OGH vom 30.11.1988, **1 Ob 705/88**.

OGH vom 05.06.1991, **1 Ob 642/90**.

OGH vom 09.12.1997, **5 Ob 75/97h**.

OGH vom 21.10.1998, **9 Ob 201/98v**.

OGH vom 23.02.1999, **1 Ob 58/98f**.

OGH vom 22.02.2000, **2 Ob 336/98w**.

OGH vom 19.12.2001, **9 Ob 242/01f**.

OGH vom 10.12.2002, **10 Ob 326/02t**.

OGH vom 27.04.2006, **2 Ob 248/05t**.

OGH vom 21.10.2008, **5 Ob 211/08b**.

OGH vom 25.05.2011, **8 Ob 118/10a**.

OGH vom 26.05.2011, **5 Ob 219/10g**.

OGH vom 14.12.2011, **3 Ob 126/11t**.