

3. Die Ausführungsphase

Müller/Stempkowski

Im folgenden Kap 3. werden alle für die Abwicklung von Leistungsabweichungen relevanten Punkte in der Ausführungsphase behandelt. Im Folgenden wird ein Überblick über die relevanten Inhalte und Ergebnisse der einzelnen Kapitel gegeben.

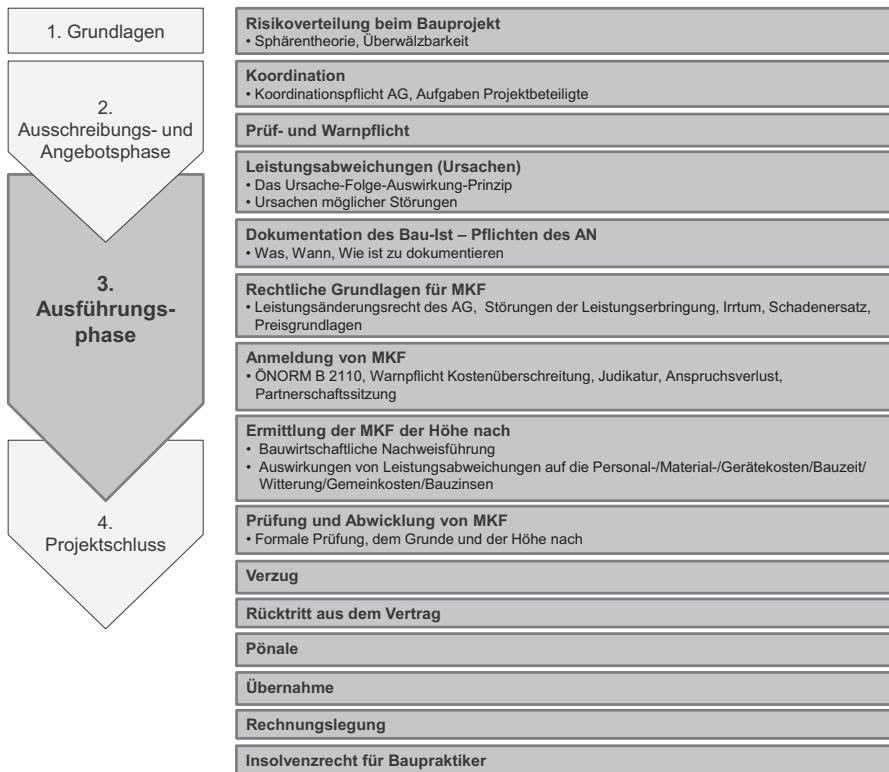


Abb 17: Überblick Inhalte Kap 3.

Die Risikoverteilung beim Bauprojekt

Eine wesentliche Fragestellung bei allen Abweichungen ist die Zuordnung der Ursachen zu den Risikosphären des AN bzw AG. Grundlage dafür ist die Risiko-

verteilung im Bauvertrag und die Zuordnung der Risiken zu den Sphären von AG und AN gemäß der ÖNORM B 2110.

In diesem Kapitel behandelt *Müller* zunächst den Risikobegriff beim Bauwerkvertrag, die Risikoverteilungsnormen und die Sphärentheorie gemäß §§ 1168 und 1168a ABGB. Weiters geht *Müller* auf das Kalkulationsrisiko, Spezialfragen wie die Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten durch die Bieter oder die Risiken aus einer vertraglichen Prüfpflicht ein.

Obwohl den Vertragsparteien bei der Regelung ihrer vertraglichen Beziehungen gesetzlich sehr weitgehende Freiheiten eingeräumt wurden, gibt es Grenzen der **Überwältzbarkeit von vertraglichen Risiken** durch die Sittenwidrigkeit und anderer Regelungen aus dem ABGB, die von *Weselik* behandelt und im Rahmen der aktuellen Judikatur dargestellt werden.

Müller gibt schließlich einen Überblick über die typischen Risiken beim Bauwerkvertrag und ihre Zuordnung zu den Sphären von AG und AN.

§ 1170b ABGB regelt das Recht des AN, bei Bauverträgen zur Absicherung des Zahlungsausfallsrisikos vom AG eine **Sicherstellung** zu fordern. Der Beitrag von *Hartlieb* gibt nicht nur einen Überblick über die Regelungen zur Sicherstellung, sondern bietet auch Praxistipps, worauf AG und AN bei Aufforderung zur Leistung bzw. Beibringung der Sicherstellung zu achten haben.

Koordination

Mangelhafte Koordination ist eine häufige Ursache für Leistungsstörungen und daher ein wichtiges Thema für die Claim-Prävention. Ein damit einhergehendes Problem ist die in der Praxis sehr kontroversielle Interpretation des Begriffs Koordination. Daher werden in diesem Beitrag von *Häusler/Stempkowski/Schweighofer* zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Koordinationspflicht des AG erläutert. In einem weiteren Schritt wird die Gesamtorganisationsstruktur dargestellt; die wichtigsten Aufgaben sowie die Rolle der jeweiligen Projektbeteiligten werden erläutert. Gesondert behandelt werden die Leistungen der Örtlichen Bauaufsicht, der Projektleitung und Projektsteuerung mit speziellem Fokus auf die Koordinationsaufgaben. Schließlich wird die Frage beantwortet, welche Pflichten die AN im Hinblick auf die Koordination ihrer Leistung mit jener von anderen ausführenden Unternehmen treffen.

Prüf- und Warnpflicht des AN

Die Regelungen zur Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers sind vorrangig Haftungsbestimmungen. Sie sollen vor allem die ordnungsgemäße Erbringung der geschuldeten Leistung sichern. Da die Prüf- und Warnpflicht inhaltlich aber auch eng mit den Regelungen der Risikotragung verbunden ist, muss diese im Zusammenhang mit MKF behandelt werden. Neben den rechtlichen Grundlagen

werden in diesem Beitrag von *Hussian* auch der Verbesserungsvorschlag und die Rechtsfolgen aus unterlassener oder verspäteter Prüfung und Warnung behandelt.

Leistungsabweichungen

Was sind Leistungsabweichungen und wie können die Auswirkungen daraus geltend gemacht werden? Ein zentrales Element der Nachweisführung ist insbesondere bei Störungen der Leistungserbringung das Ursache-Folge-Auswirkungs-Prinzip, das in diesem Beitrag von *Stempkowski* neu definiert und klar abgegrenzt wird.

Der erste Schritt ist die Analyse der Ursachen – die häufigsten in der Praxis auftretenden Ursachen wie zB fehlende Vorleistungen des AG oder fehlende Pläne werden erläutert und gegenseitige Abhängigkeiten von Ursachen dargestellt.

Im zweiten Schritt sind die aus den Ursachen ableitbaren Folgen wie zB Forcierung, Leistungsverdünnung oder Verschiebungen zu analysieren und darzustellen, anschließend erfolgt im letzten und dritten Schritt sowohl die Ermittlung der Auswirkungen auf die Kosten als auch die Ermittlung der Auswirkungen auf die Bauzeit.

Die gegenseitigen Abhängigkeiten von Ursachen werden ua von *Wiesner* anhand des Fallbeispiels „Gleichzeitiger Verzug im Tunnelbau“ aufgezeigt, wie mit Terminverzügen, die aus beiden Sphären kommen, umgegangen werden kann. Schließlich werden von *Simak* die Leistungsabweichungen im TGA-Bereich aufgrund von deren Komplexität und Besonderheiten gesondert behandelt.

Dokumentation des Bau-Ist

Die umfassende und vollständige Dokumentation von Ursachen und Folgen von Leistungsabweichungen ist eine wesentliche Grundlage für die Durchsetzung von MKF. Neben der Erläuterung des Begriffes Dokumentation wird in diesem Beitrag von *Müller/Sommerauer* auf den Zweck der Dokumentation eingegangen, die Pflichten des AN sowie Mitwirkungspflichten des AG dargestellt und durch Praxisbeispiele Unterstützung für die Praktiker angeboten. In einem in der zweiten Auflage neuen Kapitel stellt *Weber* den BAS – Bauarbeitsschüssel als wichtige Dokumentation der Ist-Stunden dar.

Rechtliche Grundlagen von Mehrkostenforderungen

In diesem Kapitel werden die rechtlichen Grundlagen dargestellt, die für die Erstellung einer MKF dem Grunde nach herangezogen werden können. *Hussian* behandelt neben einer Übersicht über die einzelnen Anspruchsgrundlagen das Leistungsänderungsrecht des AG und die rechtlichen Grundlagen zu Ansprüchen infolge einer Störung der Leistungserbringung. Weiters geht er auf Sonderprobleme der Forcierung und der Verwendung von Puffern ein.

Mit **Irrtum** wird in der Praxis vor allem in Zusammenhang mit der Kalkulation gerne argumentiert; welche Arten von Irrtümern es gibt, unter welchen Voraussetzungen ein Irrtum geltend gemacht werden und ob die Irrtumsanfechtung vertraglich ausgeschlossen werden kann, wird in dem Beitrag von *Tomek* behandelt.

Weiters werden von *Häusler* die praktischen Anwendungsfälle von **Schadenersatz** auf Basis des Schadenersatzrechts sowie die Leistungserbringung ohne Auftrag behandelt. Dabei wird sowohl auf die Geschäftsführung ohne Auftrag als auch die außerhalb des Leistungsumfanges nach der ÖNORM erbrachten Leistungen eingegangen. Die schadenersatzrechtlichen Besonderheiten der Bauschadensregelung in der ÖNORM B 2110 werden im Anschluss von *Lumetsberger* ausgeführt. *Müller* und *Huber-Starlinger* erläutern in ihrem Beitrag die Begriffe Preisgrundlagen und Preiskomponenten sowie deren Bedeutung bei der Nachtragskalkulation. Die **Anspruchsgrundlagen** von MKF und deren Auswirkungen auf die Beweislast und die Berechnung des Anspruchs stellt *Müller* in ihrem Beitrag dar.

Anmeldung von MKF

Die rechtzeitige Anmeldung von MKF ist eine formale Voraussetzung für die Geltendmachung von Forderungen. Dabei sind je nach Vertrag die Regelungen der ÖNORM B 2110, die strengeren Regelungen der ÖNORM B 2118 oder bei Kostenvoranschlägen auch die Regelungen des § 1170a ABGB zu berücksichtigen. Neben einer umfassenden Darstellung der Anmeldepflichten wird in diesem Kapitel von *Müller* auch auf die heikle Frage des Anspruchsverlustes eingegangen.

Ermittlung der MKF der Höhe nach

In diesem umfassenden bauwirtschaftlichen Kernkapitel werden den Praktikern und Bauwirtschaftsspezialisten von AN und AG wertvolle Empfehlungen für die korrekte Ermittlung von Ansprüchen gegeben. Vorab wird dabei von *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* ein Überblick über die unterschiedlichen **Arten der bauwirtschaftlichen Nachweisführung** gegeben: die Globalbetrachtung, der Detailnachweis und repräsentative Einzelnachweise, wobei deren Vorteile und Nutzen sowie Grenzen aufgezeigt werden.

Im nächsten Schritt werden die aus den Ursachen von Leistungsabweichungen ableitbaren **Folgen von Leistungsabweichungen** dargestellt und analysiert. Folgen können ein geänderter bzw gestörter Bauablauf oder Unterbrechungen, Leistungsverdichtung oder -verdünnung sein, um hier nur einige zu nennen. Neben der Darstellung der Folgen werden dann im nächsten Schritt in mehreren Beiträgen mögliche **Auswirkungen** auf die Personal-, Material- und Gerätekosten auf-

gezeigt. Soweit möglich und sinnvoll werden Modelle zur Ermittlung der Kosten und Bandbreiten für Plausibilitätsüberprüfungen dargestellt.

Bei den **Auswirkungen auf die Personalkosten** werden uA folgende Schwerpunktthemen genauer ausgeführt: Der von *Stempkowski* dargestellte **Produktivitätsverlust** baut auf den von *Hofstadler* spezifizierten Einflussfaktoren auf und umfasst ua Einarbeitungseffekte, zu kurze Dispositionszeit, nicht optimale Partiestärke oder auch gegenseitige Behinderung. Unter der **Auswirkung von Witterung** werden von *Kriebaum/Stempkowski* vor allem außergewöhnliche Witterungsverhältnisse behandelt und unter **Erschwernissen** werden von *Stempkowski/Wallner-Kleindienst* gestörter Bauablauf, gestörter Planungsablauf und gestörter Produktionsablauf behandelt. Weiters werden von *Poier/H. Fischer* die Ermittlung von Mehrkosten aufgrund verlängerter oder verschobener **Arbeitszeit** beschrieben sowie ein neues Modell von *Stempkowski/Poier* zur Ermittlung des **Produktivitätsverlustes aufgrund längerer Arbeitszeit** behandelt. Neben der Behandlung von **Mehrkosten durch Preisgleitung** aufgrund von Leistungsverchiebungen bei Festpreisverträgen geht *Goger* in einem in der zweiten Auflage neuen Beitrag der Frage nach, ob die **Stunden-Sollte-Ist-Vergleiche** als Methode zur Bewertung von Produktivitätsverlusten herangezogen werden können und welchen Wert sie dabei haben.

Zu den **Auswirkungen auf die Material- und Gerätekosten** wird von *Hofstadler* ein Überblick über mögliche Folgen wie zB Mehrverbrauch bei Material oder Leistungsverluste bei Geräten gegeben. Im Rahmen eines umfassenden Fallbeispiels wird die Ermittlung der Mehrkosten von Material- und Gerätekosten präsentiert.

Als neues in der zweiten Auflage stark erweitertes Kapitel werden von *Reckerzüg/Stempkowski* die **Gemeinkosten**, insbesondere die zeitgebundenen Baustellengemeinkosten, die unterschiedlichen Möglichkeiten von Umlagen, die Zentralregie und die Fertigungsregie dargestellt und Empfehlungen für die korrekte Vorgangsweise bei Unterdeckung von Geschäftsgemeinkosten gegeben.

In einem in der zweiten Auflage weiteren neuen Beitrag von *Fabich/Stempkowski* wird das Thema **Bauzinsen**, deren Herleitung und Anwendung detailliert beleuchtet.

Prüfung und Abwicklung von MKF

MKF sind nicht nur eine Herausforderung für den AN bei der Erstellung, sondern auch für den AG im Rahmen der Prüfung und korrekten, zeitnahen Abwicklung. Daher werden von *Stempkowski/Schweighofer* in diesem Kapitel als Hilfestellung für den AG die Schritte der Prüfung von MKFs durch den AG bzw seine Vertreter dargestellt. Diese umfassen im ersten Schritt die formale Prüfung, die Prüfung dem Grunde nach und im dritten Schritt die Prüfung der Höhe nach.

Für die einzelnen Schritte wurden Fragen formuliert, die auch als Checkliste und Leitfaden für eine umfassende Prüfung dienen können.

Verzug/Rücktritt aus Vertrag/Pönale

Verzüge im Bauablauf kommen in der Praxis häufig vor und führen nicht selten zu Problemen im Bauablauf. Auch das Thema Vertragsrücktritt und der Umgang mit Pönalen sind kritische Themen, die oft zu Streitigkeiten führen.

Daher werden in diesen Kapiteln von *Müller* einerseits jeweils die rechtlichen Grundlagen und Rechtsfolgen dargestellt, und andererseits auch heikle Themen wie Leistungseinstellung und deren Folgen oder Grenzen von Pönalvereinbarungen diskutiert.

Die Übernahme

Bei der Übernahme wird die vertragsgemäße Erfüllung anerkannt, dies geht in der Praxis selten reibungsfrei vonstatten. Neben einer Definition der Übernahme und einer Darstellung der wesentlichsten Unterschiede zwischen ABGB und ÖNORM B 2110 werden von *Treitler* die Arten der Übernahme, die Rechtsfolgen der Übernahme, die Konsequenzen von Mängeln behandelt. *Simak* geht auf Spezialfragen des Probebetriebs bei Leistungen der TGA ein.

Rechnungslegung

Im Kapitel Rechnungslegung werden von *Treitler* die Möglichkeiten der Rechnungslegung von Abschlussrechnungen bis zum Zahlungsplan sowie Themen wie Fälligkeit und Verjährung von Rechnungen, Deckungsrücklass und Verzugszinsen diskutiert. Abschließend werden von *Poier* die Besonderheiten der **Schlussrechnung** dargestellt.

Insolvenzrecht für Baupraktiker

Im abschließenden Kapitel erläutert *Gass* die Rechte und Pflichten bei einem drohenden Insolvenzverfahren. Dabei geht er insbesondere auch auf die Möglichkeiten zur Absicherung von Ansprüchen in der Insolvenz des Vertragspartners ein.

3.1. Die Risikoverteilung beim Bauprojekt

Müller

3.1.1. Die Risikoverteilung beim Bauwerkvertrag – Sphärentheorie

3.1.1.1. Der Risikobegriff beim Bauwerkvertrag

Risiko wird als Überbegriff für negative Abweichungen (Gefahren) und positive Abweichungen (Chancen) verwendet. Gemäß aktueller Definition der ONR 49000 ist Risiko die

„Auswirkung von Unsicherheiten auf Ziele und umfasst folgende Gesichtspunkte:

- die Auswirkungen können positive oder negative Abweichungen vom Erwarteten sein,
- die Unsicherheit bzw Ungewissheit wird mit Wahrscheinlichkeiten geschätzt bzw ermittelt,
- die Ziele betreffen strategische, operationelle oder finanzielle Bereiche, die Sicherheit von Menschen, Sachen und der Umwelt genauso wie andere Ziele und treten auf unterschiedlichen Ebenen auf, wie zB Organisation, Systeme, Projekte, Prozesse,
- Risiko ist eine Frage von potenziellen Ereignissen oder von Entwicklungen.“⁵⁵⁶

Im Bauvertragswesen stellt das Risiko die Unsicherheiten im Bereich des Leistungsumfanges und der Umstände der Leistungserbringung dar. Der Auftraggeber ist im Rahmen der Vertragserstellung gefordert, die Risiken klar abzugrenzen und in Form von Risikoszenarien zu beschreiben und zu entscheiden, welche Risiken sinnvollerweise auf den Auftragnehmer übertragen werden sollen. Der Auftragnehmer hat für die übertragenen Risiken im Rahmen der Kalkulation einen entsprechenden Wagniszuschlag als Risikovorsorge zu kalkulieren.⁵⁵⁷

Das grundlegende Risiko beim Werkvertrag ist die Gefahr, dass das Werk zufällig untergeht oder die Herstellung des Werks unterbleibt (die Preisgefahr im engeren Sinn) oder erschwert wird. Wird die Ausführung des Werks vereitelt oder erschwert, so kommt es darauf an, aus welcher Sphäre der Grund (§ 1168 ABGB, Sphärentheorie) dafür resultiert: Stammen die Umstände, die zum Unterbleiben der Werkerstellung führen, aus der Sphäre des AG, so behält der AN den Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, muss sich aber anrechnen lassen, was er sich erspart. Konkret heißt das, es ist eine Differenzrechnung anzustellen, bei der alle Kosten, die mangels Ausführung nicht anfallen, vom vereinbarten Entgelt abzuziehen sind. Die Restgröße stellt den Entgeltanspruch des AN dar. Erschweren Umstände aus der Sphäre des AG die Werkausführung, so hat der AN grundsätzlich Anspruch auf Aufstockung des Werklohns.⁵⁵⁸

Die Definition der Risikosphären ist daher für die Bewertung eines konkreten Bauvertrages von entscheidender Bedeutung. Die ÖNORM B 2110 enthält seit Vorliegen der Fassung aus 2009 konkrete Regelungen zu den Sphären von AG und AN.

3.1.1.2. Risikoverteilungsnormen §§ 1168, 1168a ABGB – Sphärentheorie

Die zentralen gesetzlichen Normen zur Risikoverteilung finden sich in den §§ 1168, 1168a ABGB. § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gibt dem AN einen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn das Werk aus Umständen, die aus der Sphäre

556 Austrian Standards: ONR 49000 Risikomanagement für Organisation und Systeme – Begriffe und Grundlagen – Umsetzung von ISO 31000 in die Praxis, 2010.

557 Vgl *Stempkowski*, Risikomanagement Bau.

558 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 264.

des AG kommen, unterbleibt. § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB regelt den Anspruch auf Aufstockung des Entgelts bei Erschwerung der Werkerstellung aufgrund von Umständen aus der Auftraggebersphäre. § 1168a Satz 3 ABGB gibt dem AN schließlich auch einen Entgeltanspruch, wenn das Werk misslingt, weil der AG eine unrichtige Anweisung erteilt oder einen untauglichen Stoff beigestellt und eine entsprechende Warnung des AN dazu missachtet hat.

Die Frage nach der Gefahrtragung wird im Werkvertragsrecht des ABGB nach der Sphärentheorie beantwortet: Ein Risiko trägt derjenige (AG oder AN), aus dessen Sphäre es entspringt.⁵⁵⁹ Bei jeder Störung in der Ausführung des Werks ist daher zunächst danach zu fragen, in wessen Sphäre die Ursache der Störung liegt.

Die ÖNORM B 2110 greift ebenfalls die Sphärentheorie auf. In Pkt 3.13. wird der Begriff der Sphäre als „vertraglich oder gesetzlich bestimmter Risikobereich des jeweiligen Vertragspartners“ definiert. Unter Pkt 7.2 werden die Auftraggeber- und die Auftragnehmersphäre näher definiert. Pkt 3.7.2 definiert die Störung der Leistungserbringung als Leistungsabweichung, die nicht aus der Sphäre des AN stammt und die keine Leistungsabweichung ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Sinn der Sphärentheorie auf Basis der §§ 1168, 1168a ABGB letztlich darin liegt, einen Vertragspartner nicht mit Risiken zu belasten, die er selbst nicht steuern kann, für die er daher auch nicht einzustehen hat. Allerdings gelten dabei folgende Regelungen:

- Wird die Erstellung des Werkes aus Umständen aus der Bestellersphäre vereitelt, hat der AN zwar den Entgeltanspruch, muss sich davon aber abziehen lassen, was er sich erspart.
- Bei Verzögerungen und Erschwernissen wird nur der angemessene und notwendige Mehraufwand vergütet.
- Unterlässt der AG seine Mitwirkung, so ist ihm eine Nachfrist zu setzen, ehe der AN – ohne Verlust seines Entgeltanspruchs – vom Vertrag zurücktreten kann.
- Der AN muss warnen, wenn Gründe aus der Sphäre des AG vorliegen, die zu einem Misslingen des Werkes führen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen der Prüf- und Warnpflicht vorliegen.
- Dasselbe gilt für die Abwehr von Gewährleistungsansprüchen des AG in diesem Fall.⁵⁶⁰

Praxistipp:

Jeder Vertrag muss in Hinblick auf die vertraglichen Risikosphären analysiert werden. Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, in welchen Punkten der Vertrag von der gesetzlichen Normallage oder der Sphärenregelung der ÖNORM B 2110 abweicht. Es empfiehlt sich die Verwendung standardisierter Checklisten.

559 Vgl zB *Oberndorfer*, Claim Management² 73 f; *Krejci*, Baugrundrisiko 53 ff; *Krejci in Rummel*³ § 1168a ABGB Rz 4; *M. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*² § 1168 ABGB Rz 1 ff.

560 *Krejci*, Baugrundrisiko 91.

3.1.1.3. Die Sphäre des AG

Zur Sphäre des AG, für die er schon auf Basis der gesetzlichen Gefahrtragungsregeln einzustehen hat, gehören alle Handlungen und Leistungen, die der AG dem AN schuldet, wie beispielsweise eine ordnungsgemäße Planung oder die Koordination der Leistungen, die Beistellung des vom AG zur Verfügung gestellten Stoffes (Pläne, Baugrund, Ausschreibungsunterlagen, Projektmanagement) sowie die Anweisungen des AG.⁵⁶¹ Bedient sich der AG eines Erfüllungsgehilfen (Generalplaner, Architekt, planender Baumeister etc), so hat er für dessen Verschulden wie für eigenes Fehlverhalten einzustehen (§ 1313a ABGB, siehe dazu auch Kap 3.6.5.8. Haftung für fremdes Verhalten).

Die **ÖNORM B 2110** konkretisiert die Risikosphäre des AG in Pkt 7.2.1 und weist dort folgende Risiken dem AG zu:

- Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (zB Ausschreibungs- und Ausführungsunterlagen), Stoffe (zB Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (zB Leistungsänderungen);
- die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur ordentlichen Leistungsbeschreibung gem Pkt 4.2.1.3 der ÖNORM B 2110;
- Ereignisse, die die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen dass sich die Annahmen des objektiv unmöglich machen;
- Ereignisse, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.

3.1.1.3.1. Beistellung der Ausschreibungs- und Ausführungsunterlagen

Es ist die Pflicht des AG, die für die Erstellung des Werkes erforderlichen Unterlagen sorgfältig zu erstellen und dem AN zu übergeben. Zu diesen Unterlagen gehören nicht nur Pläne, sondern alle technischen Ausarbeitungen, die für die Herstellung des Werkes erforderlich und notwendig sind, etwa Bodengutachten, Führungspläne bei haustechnischen Gewerken, Statik, Massenauszüge, Lärmgutachten etc.

Der AG hat für die Richtigkeit der von ihm übergebenen Unterlagen einzustehen.⁵⁶² Mängel dieser Unterlagen fallen in die Sphäre des AG.⁵⁶³ Der AN ist aber zur Überprüfung der übergebenen Ausführungsunterlagen im Rahmen der vertraglichen Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB verpflichtet; dies ergibt sich auch aus Pkt 7.2.2 zweiter Absatz der ÖNORM B 2110.

3.1.1.3.2. Ordentliche Beschreibung der Leistung

Bei der Gestaltung des Vertrages hat der der AG, sofern er ein öffentlicher AG ist, zunächst die Grenzen des Vergaberechts zu beachten, insbesondere im Hinblick

561 *Krejci*, *ecolex* 1993, 80; *Oberndorfer*, *Claim Management*² 74.

562 OGH 1 Ob 769/83 = SZ 57/18; 1 Ob 42/86 = wbl 1987, 219.

563 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1159.

auf die Kalkulierbarkeit der Leistung ohne Erbringung umfangreicher Vorleistungen sowie das Verbot der Überwälzung unkalkulierbarer Risiken (§ 79 Abs 3 BVergG 2006). Den AG trifft daher die Pflicht, die Leistung vollständig zu beschreiben und die Umstände der Leistungserbringung umfassend darzustellen (§ 96 BVergG 2006).

Auch aus dem Zivilrecht ergeben sich Anforderungen an die Gestaltung der Ausschreibung. Das Rechtsverhältnis zwischen AG und Bieter ist stets zivilrechtlicher Natur und unterliegt auch den Prinzipien des vorvertraglichen Schuldverhältnisses (unabhängig vom tatsächlichen Vertragsabschluss). Aufgrund der daraus resultierenden Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten ist der AG zur sorgfältigen Erstellung der Ausschreibung verpflichtet.⁵⁶⁴ Für sittenwidrige, unvollständige, mehrdeutige, falsche oder widersprüchliche Ausschreibungsbedingungen hat der AG daher einzustehen, da die Verpflichtung zur ordentlichen Leistungsbeschreibung bei ihm liegt.⁵⁶⁵

Die ÖNORM B 2110 regelt in Pkt 4.2.1.1, dass die Leistungen in ihrer Beschreibung und ihrem Ausmaß vom AG vollständig zu erfassen sind. Weiters hat der AG gem Pkt 4.2.1.3 in der Ausschreibung alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind, sowie besondere Erschwernisse oder Erleichterungen, zB 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 aufgrund von behördlichen Bescheiden (zB baurechtliche, wasserrechtliche, naturschutzrechtliche Bescheide) ergeben.

Auch das dem AG auf Basis der ÖNORM B 2110 zustehende Leistungsänderungsrecht ändert nichts an der Pflicht des AG, die Leistung vollständig und umfassend zu beschreiben: Es gibt dem AG zwar die Möglichkeit, die Leistung innerhalb der Grenzen der Zumutbarkeit zu ändern und damit eine unvollständige oder fehlerhafte Leistungsbeschreibung zu sanieren. Mit der Ausübung des Leistungsänderungsrechts muss der AN innerhalb gewisser Grenzen (Zumutbarkeit, Leistungsziel) auch rechnen. Eine Leistungsänderung, die eine grundlegende Änderung des ursprünglichen Entwurfes darstellt und daher einer Neuplanung nahekommt, ist aber dem AN nicht zumutbar.⁵⁶⁶

Dementsprechend weist Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 das Risiko der nicht ordnungsgemäßen Ausschreibung in die Sphäre des AG.

564 Vgl OGH 1 Ob 539/88 = SZ 61/90 = wbl 1988, 342 mwN.

565 S dazu im Detail Kap 2.2.2. Vorvertragliche Pflichten des AG.

566 Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1243.

3.1.1.3.3. Koordinationspflicht

Den AG trifft sowohl nach dem ABGB als auch nach den einschlägigen ÖNORMEN die Nebenpflicht aus dem Werkvertrag, die einzelnen Leistungen der bei der Werkherstellung tätigen Unternehmer zeitlich und den Erfordernissen des technischen Ineinandergreifens der Werkleistungen entsprechend zu koordinieren.^{567, 568} Diese Koordinationspflicht dient der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung. Dabei müssen die einzeln aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt.⁵⁶⁹ Schäden, die auf die mangelnde Koordination zurückzuführen sind, entspringen daher der Sphäre des Werkbestellers.⁵⁷⁰ Im Rahmen dieser Koordinationspflicht ist der AG berechtigt und verpflichtet, die Ausführung zu überwachen und Weisungen zu erteilen. Nur er ist in der Lage, das Risiko verspäteter oder mangelhafter Vorleistungen weitgehend zu vermeiden. Koordinationsverpflichtung heißt demnach nichts anderes, als dass der AG seinen Verpflichtungen professionell und entsprechend den allgemein anerkannten Standards nachzukommen hat. Der AG muss die Rahmenbedingungen schaffen, die dem AN eine Ausführung seiner Leistungen auf Basis der Vorgaben des Vertrages (und seiner eigenen Kalkulation) erlaubt. Dem Werkunternehmer gebührt daher gemäß § 1168 Abs 2 ABGB zusätzlich zum Werklohn eine angemessene Entschädigung, wenn die Verzögerung der Ausführung des Gewerkes durch Koordinationsmängel verursacht wurde.

Auch Pkt 6.2.5.1 der ÖNORM B 2110 sieht ausdrücklich vor, dass der AG mehrere AN koordinieren muss. Der Projektablauf ist so zu gestalten, dass den einzelnen Werkunternehmern innerhalb der ihnen vorgegebenen Fristen ein kontinuierliches Arbeiten ermöglicht wird. Der AG hat insbesondere auch dafür zu sorgen, dass die einzelnen Verträge mit den Professionisten so abgeschlossen werden, dass keine Schnittstellenprobleme entstehen. Er ist für die Vollständigkeit der Gesamtleistung verantwortlich. Dementsprechend trägt der AG in seiner Sphäre auch das Risiko der Vorunternehmerleistungen.⁵⁷¹ In diesem Sinn schuldet der AG insbesondere auch die Einrichtung eines ordentlichen Projektmanagementsystems mit allen seinen Komponenten. Der AG kommt seiner Koordinationspflicht insbesondere dadurch nach, dass er für eine geeignete Projektorganisation nach den Grundsätzen des Projektmanagements sorgt.⁵⁷²

Die Koordinationspflicht ist folglich eine Kernpflicht eines jeden AG. Es folgt schon aus dem im Bauwesen typischen Zusammenwirken von Bauherrn und

567 OGH 1 Ob 769/83; *Krejci in Rummel*³ § 1168 ABGB Rz 11; *Rebhahn in Schwimann*³ § 1165 ABGB Rz 69.

568 S zur Koordinationspflicht des AG eingehend Kap 3.2. Koordination.

569 RIS-Justiz RS0111710, zuletzt OGH 7 Ob 211/09v.

570 *Krejci in Rummel*³ § 1168 ABGB Rz 11.

571 Vgl auch *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1161.

572 Vgl *Oberndorfer/Pfanner in Oberndorfer*, Organisation und Kostencontrolling 70 ff.

bauausführenden Unternehmen die Pflicht des Bauherrn, die Werkunternehmer zu koordinieren.⁵⁷³ Die vertragliche Verpflichtung zur Koordination der am Bau Beteiligten kann daher nur in einem gewissen Ausmaß auf den AN überwälzt werden. Eine pauschale Überwälzung der Koordinierungspflicht scheitert bereits daran, dass der einzelne AN gegenüber den anderen AN regelmäßig keine rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung von Anordnungen hat, da zwischen den einzelnen AN kein Vertragsverhältnis besteht. Im Rahmen der eigenen Koordinationspflicht schuldet der AN lediglich das Bemühen, sich mit den anderen AN auch über den technischen Schulterschluss hinaus zu koordinieren; dies betrifft insbesondere die Koordination der Termin- und Montagepläne.

3.1.1.3.4. Beistellung von Stoff und Vorleistungen

Die Tauglichkeit der beigestellten Stoffe (Baugrund, Altbaubestand, Vorleistungen anderer Unternehmen, beigestellte Materialien, Vorarbeiten des AG etc.⁵⁷⁴) fällt ebenfalls in die Risikosphäre des AG. Dies ergibt sich schon aus § 1168 ABGB, aber auch aus Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110. Der AG hat daher dafür zu sorgen, dass der Baugrund einen tauglichen Stoff zur Durchführung der vom AN geschuldeten Leistungen darstellt.⁵⁷⁵ Der AN darf auf die Richtigkeit der Angaben des AG zu den beigestellten Stoffen prinzipiell vertrauen. Eine Warnpflicht besteht nur dann, wenn dem AN auf Grund des ihm als Angehörigen seiner Branche zukommenden Wissens ohne Beiziehung sonstiger Sachverständiger Umstände auffallen, die für ein Misslingen des Werkes sprechen.⁵⁷⁶

Daraus lässt sich ableiten, dass der AG die Vorleistungen bereitstellen muss, die der AN benötigt, um überhaupt mit seiner Leistung beginnen zu können. Aus diesem Grund hat der AG zum Beispiel alle für die Ausführung der Leistung erforderlichen Unterlagen dem AN rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Aber nicht nur die Tatsache, dass Ausführungsunterlagen rechtzeitig geliefert werden müssen, sondern auch die Qualität der Unterlagen ist von Bedeutung. Geschuldet ist beispielsweise nicht nur ein Führungsplan, sondern ein Führungsplan in üblicher Qualität. Der AG wird seiner Mitwirkungspflicht nur dann gerecht, wenn die Qualität der Pläne dem Stand der Technik entspricht.

Zu den vom AG bereitzustellenden Vorleistungen zählen auch die vom AG an andere AN erteilten Aufträge, die für die Durchführung nachfolgender Leistungen notwendige Voraussetzungen darstellen: Ein Elektriker kann keine Kabel in einer Wand verlegen, wenn der Baumeister noch nicht die Wand hergestellt hat. Hier bestehen auch Überschneidungen zur Koordinationspflicht (siehe oben).

573 OGH 4 Ob 561/91 = *ecolex* 1992, 16.

574 Vgl OGH 8 Ob 55/63 = SZ 36/41; 6 Ob 307/64 = SZ 37/163; 8 Ob 579/90 = SZ 63/20 = JBl 1990, 656 (*Dullinger*); 7 Ob 239/96p = *ecolex* 1998, 26 = RdW 1997, 717.

575 *Krejci*, Baugrundrisiko 13.

576 OGH 1 Ob 653/86 = wbl 1987, 119; vgl auch *Krejci*, Baugrundrisiko 29 ff.

3.1.1.3.5. Ereignisse, die die Leistung objektiv unmöglich machen (nur beim ÖNORM-Vertrag – Pkt 7.2.1)

Der AG trägt das Risiko der objektiven Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Diese liegt vor, wenn Umstände die vertragsgemäße Leistungserbringung vollständig unmöglich machen. Diese Ereignisse fallen nach der ÖNORM B 2110 in die Sphäre des AG. Nach dem ABGB sind sie als Teil der neutralen Sphäre nicht dem AG zugewiesen (siehe dazu unten). Allerdings gilt dies nur, wenn den AN kein Verschulden an der Unmöglichkeit trifft. Andernfalls liegt kein Fall der objektiven Unmöglichkeit vor.⁵⁷⁷ Die Regelung gilt daher primär für den Fall der zufälligen Unmöglichkeit.

3.1.1.3.6. Unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse (nur beim ÖNORM-Vertrag – Pkt 7.2.1)

Die ÖNORM B 2110 weist das Risiko für unvorhersehbare Ereignisse, die der AN nicht in zumutbarer Weise abwenden kann, in die Sphäre des AG. Nach den Regelungen des ABGB fällt dieses Risiko in die sogenannte neutrale Sphäre (siehe unten). Unvorhersehbar ist ein Ereignis, mit dem die Vertragsparteien bei typischem Bauablauf nicht zu rechnen brauchen (ein Erdbeben⁵⁷⁸, Krieg, ein Erdbeben, außergewöhnliche Witterungsverhältnisse, Streik, sonstige Elementarereignisse etc). Aus den Regelungen zu den Witterungsverhältnissen kann auch abgeleitet werden, dass vorhersehbar im Sinn der ÖNORM B 2110 nur ein Ereignis ist, mit dessen Eintreten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muss.⁵⁷⁹

Die Frage der Zumutbarkeit wird in der ÖNORM B 2110 nicht weiter thematisiert. Zur Beurteilung, ob ein Ereignis in zumutbarer Weise vom AN abwendbar ist, ist daher auf andere, vergleichbare Regelungen wie beispielsweise die Gefahrtragungsregeln oder das Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG) zurückzugreifen, das den Begriff des unabwendbaren Ereignisses kennt. Vor diesem Hintergrund ist es dem AN zumutbar, die äußerst möglichen Maßnahmen zu treffen, um ein unvorhersehbares Ereignis abzuwenden. Letztlich kann dies immer nur im Einzelfall auf Basis eines beweglichen Systems in Abhängigkeit von der subjektiven Lage des AN, der Kosten der zu treffenden Maßnahmen, der Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines Ereignisses sowie seiner Folgen beurteilt werden.⁵⁸⁰

3.1.1.4. Die neutrale Sphäre

Unter neutraler Sphäre sind Umstände zu verstehen, die außerhalb des Einfluss- und Wirkungsbereichs der Vertragspartner liegen. Das ABGB weist diese der Ri-

577 So auch *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1265.

578 OGH 2 Ob 343/28 = SZ 10/137.

579 *Wenusch*, ÖNORM B 2110² Pkt 7.2 Rz 80.

580 *Wenusch*, ÖNORM B 2110² Pkt 7.2 Rz 89; *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1186 mwN.

sikosphäre des AN zu.⁵⁸¹ Auch das Risiko für den Eintritt von höherer Gewalt liegt in der neutralen Sphäre.⁵⁸² Die ÖNORM B 2110 weist die neutrale Sphäre im Wesentlichen dem AG zu, der das Risiko unvorhersehbarer, unabwendbarer Ereignisse sowie der Ereignisse, die die Leistung objektiv unmöglich machen, gem Pkt 7.2.1 zu tragen hat.

3.1.1.5. Die Sphäre des AN

Zur Sphäre des AN gehören nach herrschender Meinung:

- Risiken, die den technischen Ablauf des Betriebs betreffen;
- Risiken, die die Zufuhr von Rohstoffen betreffen;
- Risiken aus der Arbeitskräftebeschaffung;
- Ganz allgemein: Gestehungskosten für Arbeit, Material und Fremdleistungen;
- Versagen von Baumaschinen und Baugeräten;
- Risiken der Einholung von Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen, die zur Ausführung der Leistung notwendig sind;
- das Kalkulationsrisiko;
- Risiken aus dem Nichterkennen offensichtlicher Mängel in den Beistellungen und Anweisungen des AG;
- Risiken aus einer vertraglichen Verpflichtung zur Prüfung von Ausführungsunterlagen.⁵⁸³

Die **ÖNORM B 2110** konkretisiert die Risikosphäre des AN in Pkt 7.2.2.:

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, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder
2. zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (zB garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben.

3.1.1.5.1. Das Kalkulationsrisiko⁵⁸⁴

Die ÖNORM B 2110 weist in Pkt 7.2.2 das Kalkulationsrisiko explizit in die Risikosphäre des AN („*Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen*“). Unter dem Kalkulationsrisiko versteht man die Risiken, die sich daraus ergeben, dass sich die Annahmen des AN über die Leistungsansätze als falsch herausstellen. Der AN hat

581 OGH 1 Ob 576/76; 6 Ob 551/82.

582 Zum Begriff der höheren Gewalt s zB OGH 1 Ob 576/76; 6 Ob 551/82.

583 Vgl auch *Oberndorfer*, Claim Management² 74.

584 Vgl auch *Müller*, bau aktuell 2010, 204 ff.

daher für die Richtigkeit seiner aus dem Vertrag abgeleiteten Kalkulationsannahmen einzustehen. Zum Kalkulationsrisiko zählt auch die falsche Einschätzung von objektiven Umständen, die in das Bau-Soll einfließen.⁵⁸⁵ Für die Richtigkeit der vertraglichen Vorgaben haftet hingegen der AG, den die Pflicht zur umfassenden Leistungsbeschreibung trifft.

Aufgabe des Kalkulanten ist es, sich auf Basis der Ausschreibung, insbesondere des vorgegebenen Bau-Soll zu überlegen, welche Aufwandswerte je ausgeschriebener Teilleistung aufzuwenden sind. Dabei hat er auf Erfahrungswerte, oft auch aus unternehmenseigenen Datenbanken, zurückzugreifen und diese an die konkreten Umstände der Leistungserbringung – wie sie sich aus der zu kalkulierenden Ausschreibung ableiten lassen – anzupassen. Den Leistungsinhalt und die Umstände der Leistungserbringung hat er durch Auslegung der Ausschreibung zu ermitteln, wobei er darauf vertrauen kann, dass diese die zu erbringende Leistung selbst und die Umstände der Leistungserbringung abschließend und vollständig vorgibt. Der AG hat die Leistung sowohl hinsichtlich des Leistungsinhalts als auch der Leistungsumstände klar und eindeutig zu beschreiben.⁵⁸⁶

Letztendlich hat der Kalkulant das Bau-Soll, also den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang, der sich aus dem Vertrag mit allen seinen Bestandteilen und den daraus abzuleitenden objektiven Umständen der Leistungserbringung ergibt, zu bewerten und zu kalkulieren. Nur das Bau-Soll ist mit dem Angebotspreis abgegolten. Jede Abweichung vom Bau-Soll stellt eine Leistungsabweichung dar, die grundsätzlich zu einer Änderung des Preises (Mehr- oder Minderkostenforderung) führt.⁵⁸⁷ Es ist daher der Leistungsumfang nach objektiven Kriterien zu ermitteln, wobei die Sicht des sorgfältigen Kalkulanten (als Erklärungsempfänger im Sinne der Lehre vom Empfängerhorizont) für die Auslegung maßgeblich ist. Diese Auslegung führt letztlich zur monetären Bewertung als Ergebnis der Umsetzung in Aufwandswerte, Leistungswerte und Mengenansätze. Darin besteht das eigentliche Kalkulationsrisiko, das immer in der Sphäre des Bieters und späteren AN liegt.⁵⁸⁸ Diese Übersetzung ist die Kernaufgabe des Kalkulanten, die erheblicher Erfahrung und Kalkulationskenntnisse bedarf. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die Beurteilung der Ausschreibung und des daraus abzuleitenden Leistungsumfangs immer eine Ex-ante-Betrachtung darstellt, die im Zeitpunkt der Anbotslegung erfolgt. Bei nachträglicher Überprüfung der Kalkulation ist zu berücksichtigen, dass Umstände, die zum Zeitpunkt der Ausführung evident werden, zum Zeitpunkt der Kalkulation nicht immer erkennbar waren.⁵⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist es von erheblicher Bedeutung,

585 *Kropik*, ÖNORM B 2110² 257.

586 *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen⁵ Rz 156.

587 So auch Abschnitt 7 der ÖNORM B 2110.

588 So auch Pkt 7.2.2 der ÖNORM B 2110.

589 *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen⁵ Rz 156.

die getroffenen Kalkulationsannahmen zu dokumentieren (K-Blätter) und allenfalls dem AG auch offenzulegen.⁵⁹⁰

3.1.1.5.2. Dispositionen des AN sowie seiner Subunternehmer und Lieferanten

Alle Dispositionen und Entscheidungen, die der AN im Zuge der Werkerstellung trifft, fallen in seine Risikosphäre; daneben liegen aber auch alle Dispositionen seiner Subunternehmer und Lieferanten in seiner Sphäre. Konkret sind damit etwa Risiken, die den technischen Ablauf des Betriebs betreffen, Risiken, die die Zufuhr von Rohstoffen betreffen, Risiken aus der Arbeitskräftebeschaffung, Risiken der Einholung von Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen, die zur Ausführung der Leistung notwendig sind, erfasst.

Umstände, die mit den Lieferanten und Herstellern sowie den Subunternehmern zu tun haben und zu Leistungsabweichungen im Sinne der ÖNORM B 2110 führen, berechtigen den AN nicht zur Geltendmachung von Mehrkosten oder Anpassung der Leistungsfrist. Auch im Sinne der Sphärentheorie des § 1168 ABGB sind dies keine Umstände, die zu einer Anpassung des Entgelts berechtigen. Für seine Subunternehmer hat der AN darüber hinaus schadenersatzrechtlich im Rahmen der Erfüllungsgehilfenhaftung einzustehen (§ 1313a ABGB). Für Lieferanten und Hersteller hingegen hat der AN in der Regel nur gewährleistungsrechtlich einzustehen. Das Verschulden von Lieferanten und Herstellern ist dem AN daher nicht zuzurechnen; daran ändert auch die Zurechnung der Lieferanten und Hersteller in die Auftragnehmersphäre nichts.⁵⁹¹

3.1.1.5.3. Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten

Klargestellt wird in Pkt 7.2.2 der ÖNORM B 2110 weiters, dass die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten gem Pkt 4.2.1.4 zu Lasten des AN geht. Unklar ist, in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu der Verpflichtung des AG steht, die Leistung umfassend zu beschreiben. Meines Erachtens kann daraus keine Einschränkung der Verpflichtung des AG abgeleitet werden. Dennoch weist die ÖNORM B 2110 Umstände, die bei Besichtigung der Baustelle erkennbar sind, in die Sphäre des AN. Die Nichtberücksichtigung eines erkennbaren Umstands in der Ausschreibung und im Rahmen der Kalkulation stellt folglich sowohl einen Verstoß des AG gegen seine Verpflichtung zur umfassenden Leistungsbeschreibung als auch einen Verstoß des AN gegen die Pflicht zur Würdigung der im Rahmen einer Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten erkennbaren Umstands in der Kalkulation dar.

590 S dazu auch Kap 3.6.4.3. zur Irrtumsanfechtung.

591 S dazu auch Kap 3.6.5.8. Haftung für fremdes Verhalten.

3.1.1.5.4. Alternativangebote

Weiters ordnet die ÖNORM B 2110 dem AN alle Risiken zu, die sich aus Alternativ- oder Abänderungsarbeiten ergeben. Dies ist angesichts des Umstands, dass das Alternativangebot vom AN ausgearbeitet wird, auch angemessen. In die Sphäre des AN fallen nur zusätzliche Risiken, die sich aus den Alternativangeboten ergeben, nicht aber die mit der Ausschreibung grundlegend verbundenen Risiken. Eine entsprechende Abgrenzung ist daher von großer Bedeutung und sollte bei Erstellung der Alternativangebote auch vorgenommen werden.

3.1.1.5.5. Risiken aus einer vertraglichen Prüfpflicht

Grundsätzlich trifft den AN die gesetzliche Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB. Diese darf aber nicht überspannt werden und findet ihre Grenze in der beim AN konkret zu erwartenden Fachkenntnis und der Erkennbarkeit des Mangels von Ausführungsunterlagen oder Vorarbeiten des AG für den AN. Auch vertragliche Klauseln, wonach den AN die Pflicht zur Überprüfung der Ausführungsunterlagen trifft, können nicht zu einer darüber hinausgehenden Risikoübernahme führen.⁵⁹² Diese Erklärungen können insbesondere keine Haftungsverstärkung zu Lasten des AN mit sich bringen oder zu einer Übertragung der Haftung des AG für unvollständige oder unrichtige Ausschreibungsunterlagen führen. Sie schließen auch nicht die Möglichkeit der Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums oder Sittenwidrigkeit durch den AN aus. In Deutschland werden derartige vom AN bei Anbotslegung abzugebende Erklärungen von den Gerichten überhaupt als sittenwidrig qualifiziert, weil sie zu einer unbilligen Beweislastumkehr führen würden. Eine pauschale Übertragung der Haftung für die vom AG erstellte Ausschreibung auf den AN wird aber auch im österreichischen Recht wegen der Übertragung unkalkulierbarer Risiken sittenwidrig und damit relativ nichtig iSd § 879 ABGB sein.⁵⁹³

Der OGH geht davon aus, dass auch die Abgabe einer umfassenden Erklärung des AN, die dem Vertrag zugrunde liegenden Unterlagen ordnungsgemäß geprüft zu haben, nicht automatisch zu einer Übertragung der Haftung für eine falsche, fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung auf den AN führt. In dem der Entscheidung konkret zugrunde liegenden Fall gab der AN allerdings nur eine Massengarantie ab.⁵⁹⁴

Angemerkt sei auch, dass eine vorvertragliche Prüfpflicht des AN – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt gegeben ist, im Sinn einer kalkulationsbezogenen Plausibilitätsprüfung der zur Kalkulation heranzuziehenden Unterlagen, auf deren Richtigkeit der AN vertrauen darf.⁵⁹⁵

592 *Krejci*, Baugrundrisiko 31; *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1175; OGH 8 Ob 504/81 = Handbuch der Bauwirtschaft V75; 1 Ob 42/86 = wbl 1987, 219.

593 *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht³ 131.

594 OGH 9 Ob 41/04a = SZ 2004/160.

595 *Müller*, Vorvertragliche Pflichten, FS ÖGEBAU 261; s auch Kap 2.2.3 Vorvertragliche Pflichten des AN.

3.1.1.6. Generalklausel

Letztendlich enthält Pkt 7.2.2 der ÖNORM B 2110 eine Generalklausel zu Lasten der AN; der Sphäre des AN werden alle Ereignisse zugeordnet, die nicht aufgrund der Zuordnung gem Pkt 7.2.1 in die Sphäre des AG fallen. Demnach ist die AG-Sphäre beim ÖNORM-Vertrag abschließend definiert, die AN-Sphäre hingegen offen im Sinne der Generalklausel.

Praxistipp:

Die Sphärentheorie gemäß §§ 1168, 1168a ABGB und die ÖNORM B 2110 gehen von typischen Risikosphären der Vertragspartner aus. Das ABGB kennt auch eine sogenannte neutrale Sphäre, die den AN trifft; die ÖNORM B 2110 weist diese neutrale Sphäre überwiegend dem AG zu. Im Vertrag kann von der gesetzlichen Normallage und der Risikoverteilung laut ÖNORM B 2110 abgegangen werden; daher ist der Vertrag zu prüfen:

- Ist die Geltung der ÖNORM B 2110 grundsätzlich vereinbart?
- Wird die ÖNORM B 2110 modifiziert?
- Enthält der Vertrag Klauseln, die Risiken einem der Vertragspartner explizit zuordnen?
- Wenn ja, in welchem Ausmaß wurde die Normallage abgeändert?

3.1.2. Die Überwälzbarkeit von Risiken

Weselik

3.1.2.1. Allgemeines

Den Vertragsparteien sind bei der Regelung ihrer vertraglichen Beziehungen gesetzlich sehr weitgehende Freiheiten eingeräumt. Die freie Gestaltungsmöglichkeit der Vertragsparteien wird in der Praxis jedoch dadurch beeinträchtigt, dass sich wirtschaftlich nahezu nie wirklich gleichberechtigte Partner gegenüber stehen, sondern ein Vertragspartner im Regelfall dominiert. Ein wesentliches gesetzliches Korrektiv zum Schutz wirtschaftlich unterlegener Vertragsparteien bildet jedoch § 879 ABGB. Nach der Generalklausel dieser gesetzlichen Bestimmung ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, nichtig. Ergänzend dazu normiert diese Bestimmung, dass eine in Allgemeinen Vertragsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB).

Neben den beiden vorgenannten rechtlichen Instrumentarien der vertraglichen Inhaltskontrolle regelt § 864a ABGB bereits auf der Ebene der Geltungskontrolle, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, überhaupt nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und

er mit ihnen nach den Umständen, vor allem aber nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Nach der letztgenannten Gesetzesbestimmung wird der Vertragsinhalt daher überhaupt nicht geprüft. Entscheidend ist alleine, ob die Vertragsbestimmung nachteilig und ungewöhnlich ist und die andere Vertragspartei mit ihr nicht zu rechnen brauchte. Die Geltungskontrolle des § 864a ABGB geht dabei in der Reihenfolge der rechtlichen Prüfung der Inhaltskontrolle jedenfalls vor.

Praxistipp:

In der Regel sind Bauverträge als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren und unterliegen daher einer verschärften Sittenwidrigkeitskontrolle.

3.1.2.2. Geltungskontrolle

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die von einem Vertragspartner verwendet werden, werden überhaupt nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit diesen auch nicht zu rechnen brauchte. Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern werden zur Verwendung bei zahlreichen Verträgen vorformulierte Vertragsklauseln verstanden, welche eine Partei der anderen vorgibt. Dies trifft beispielsweise auch auf ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten zu. Die Ungewöhnlichkeit der Vertragsbestimmung ist einerseits aus ihrem Inhalt, aber auch aus ihrer Einordnung in das Vertragsgefüge und dabei insbesondere auch danach zu beurteilen, ob mit der Vertragsbestimmung nach dem äußeren Erscheinungsbild der Vertragsurkunde zu rechnen war.

Praxistipp:

Achtung bei rechtlichen Vertragsklauseln in Leistungsbeschreibungen, Vorbemerkungen zu Leistungsgruppen oder in Positionstexten von Leistungsverzeichnissen.

Es wird daher im Ergebnis der allgemeine Grundsatz, dass der unterschriebene Vertragstext auch zum Vertragsinhalt wird, zum Schutz vor Überrumpelung oder Übertölpelung eingeschränkt.⁵⁹⁶ Ob eine Vertragsbestimmung ungewöhnlich ist, beurteilt sich sowohl nach tatsächlicher als auch nach redlicher Verkehrsübung.⁵⁹⁷ Allein der Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, reicht allerdings noch nicht aus, sie aus der Sicht eines Vertragspartners als im redlichen Geschäftsverkehr üblich anzusehen.⁵⁹⁸

596 Apathy/Riedler in *Schwimann*³ § 864a ABGB Rz 5; OGH 7 Ob 12/90 = ÖBA 1991, 376 (*Jabornegg*).

597 OGH 9 Ob 40/06g.

598 OGH 8 Ob 93/08 mwN.

In der Judikatur wurden beispielsweise die Begründung, die wesentliche Umgestaltung oder Erweiterung von vertraglichen Hauptleistungspflichten⁵⁹⁹ ebenso wie die Verkürzung der Verjährungsfrist für Werklohnforderungen auf sechs Monate⁶⁰⁰ als objektiv ungewöhnlich eingestuft, während beispielsweise die Vereinbarung einer Stornogebühr bei vertraglichen Rücktrittsrechten⁶⁰¹, der Haftungsausschluss für leicht fahrlässiges Verhalten⁶⁰², sowie eine vereinbarte Mängelrügeverpflichtung als Gewährleistungsvoraussetzung⁶⁰³ objektiv als jeweils nicht ungewöhnlich bewertet wurden.

3.1.2.3. Inhaltskontrolle

Übersteht eine Vertragsbestimmung die gesetzliche Geltungskontrolle, unterliegt sie nachfolgend noch der Inhaltskontrolle des § 879 ABGB. Nach dieser Bestimmung ist eine vertragliche Regelung, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, nichtig, wobei diese Bestimmung auch auf einzelvertragliche Regelungen anzuwenden ist. Gegen die guten Sitten verstößt eine Bestimmung dann, wenn sie, ohne ausdrücklich gegen ein Gesetz zu verstoßen, dennoch ungeschriebenes Recht – insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze – verletzt. Dies ist jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände anhand der von der Rechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen.⁶⁰⁴ Nach der Rsp verstößt eine vertragliche Bestimmung etwa dann gegen die guten Sitten, wenn sie dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft als Gemeinschaft aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.⁶⁰⁵

Sittenwidrigkeit sieht die Judikatur beispielsweise bei einer groben Benachteiligung des wirtschaftlich Schwächeren. Dies trifft beispielsweise auch auf die Vereinbarung übermäßiger, existenzgefährdender Vertragsstrafen zu.⁶⁰⁶ Aber auch bei einer weitgehenden einseitigen Abweichung vom dispositiven Recht⁶⁰⁷ wird Sittenwidrigkeit von der Judikatur dann angenommen, wenn zwischen den verfolgten eigenen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht und daher von einem rechtsmissbräuchlichen Handeln auszugehen ist.⁶⁰⁸

In diesem Sinne nimmt etwa die Judikatur bei vereinbartem vollständigem Gewährleistungsausschluss bei neuen Waren sowie auch bei einem gänzlichen Haf-

599 OGH 7 Ob 41/01g = SZ 74/46.

600 OGH 1 Ob 92/04t.

601 OGH 8 Ob 591/90 = EvBl 1992/109.

602 OGH 7 Ob 519/94 = SZ 68/106.

603 OGH 1 Ob 145/99a.

604 *Apathy/Riedler in Schwimann*³ § 879 ABGB Rz 8.

605 OGH 1 Ob 30/67; 6 Ob 322/65 = SZ 38/217.

606 OGH 7 Ob 535/85 = JBl 1985, 547.

607 OGH 6 Ob 622/79 = MietSlg 31.259.

608 OGH 5 Ob 685/80 = SZ 53/128; 5 Ob 630/89 = SZ 62/169.

tungsausschluss oder einer übermäßigen Haftungsbegrenzung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, insbesondere bei krasser Sorglosigkeit, Sittenwidrigkeit an.⁶⁰⁹

3.1.2.4. Gröbliche Benachteiligung

Die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB sieht weiters vor, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Dieser Kontrolle unterliegen aber nur Nebenpflichten. Rsp und Lehre verstehen allerdings den Begriff der Hauptleistungspflichten sehr eng und beschränken diese auf die individuelle Umschreibung beiderseitiger Leistungen. Das Entgelt betreffende Bestimmungen gelten bereits als Nebenvereinbarungen und sind daher vom Prüfungsmaßstab des § 879 Abs 3 ABGB umfasst.⁶¹⁰ Bei der Prüfung ist einerseits auf die sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung der zu prüfenden Vertragsbestimmung vom dispositiven Recht abzustellen, andererseits ist aber auch das Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“ des Vertragspartners zu prüfen.⁶¹¹

Im Sinne der vorgenannten Gesetzesbestimmung wurde von der Judikatur beispielsweise eine Vertragsklausel als gröblich benachteiligend und daher sittenwidrig angesehen, wonach alle auf der Baustelle jeweils tätig gewesenenen AN für entstandene Schäden unbegrenzt und ohne Möglichkeit eines Freibeweises haften sollen, sofern die Schäden nicht einem bestimmten Schädiger zugerechnet werden können,⁶¹² ebenso der Ausschluss des Vertragsrücktrittsrechtes (Wandlungsrechtes) bei unbehebbareren oder trotz Verbesserungsversuchen nicht behobenen Mängeln.⁶¹³

Als nicht benachteiligend im Sinne der vorgenannten Gesetzesbestimmungen hat die Judikatur beispielsweise einen vereinbarten Haftungsausschluss für Mangel- folgeschäden⁶¹⁴, einen Haftungsausschluss für leicht fahrlässig verursachte Vermögensschäden⁶¹⁵ oder die Überwälzung kalkulierbarer Baugrundrisiken angesehen.⁶¹⁶

In der davor angesprochenen Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof zwar grundsätzlich ausgesprochen, dass Sittenwidrigkeit gegeben wäre, wenn Allge-

609 OGH 6 Ob 320/98x = JBl 1986, 172.

610 *Krejci in Rummel*³ § 879 ABGB Rz 238.

611 *Apathy/Riedler in Schwimann*³ § 879 ABGB Rz 30.

612 OGH 6 Ob 320/98x = SZ 72/38.

613 OGH 1 Ob 277/98m = RdW 1999, 196; OGH 1 Ob 106/13i auch für die Rechtslage nach dem GewRÄG (Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz).

614 OGH 5 Ob 541/85 = JBl 1986, 373.

615 OGH 3 Ob 2004/96v = SZ 69/127.

616 OGH 7 Ob 2382/96m.

meine Geschäftsbedingungen des AG ein unkalkulierbares und nach oben hin unbegrenztes Baugrundrisiko auf den AN abwälzen. Vereinbart war im konkreten Fall, dass Fehlkalkulationen welcher Art immer zu Lasten des AN gehen sollten. Im vorliegenden Fall hat der Oberste Gerichtshof Sittenwidrigkeit jedoch deshalb verneint, weil die Aushubmenge des Baugrundes von vornherein vorhersehbar war. Diese Begründung war allerdings weder überzeugend noch praxisnah, da es vornehmlich nicht auf die Vorhersehbarkeit der gesamten Aushubmenge, sondern auf das Ausmaß der Kontaminierung und die sich daraus ergebende Einstufung in die entsprechende Deponieklasse mit höchst unterschiedlichen Entsorgungskosten ankam.

3.1.2.5. Unkalkulierbare Risiken

Die Prüfung der Voraussetzungen des § 879 Abs 3 ABGB hat jeweils die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wird allerdings eine Vertragsbestimmung vom Gericht als nichtig festgestellt, so bleibt in der Regel dennoch ein zulässiger restlicher Inhalt des Vertrages bestehen. Er wird im Rahmen der Vertragsauslegung daher geltungserhaltend reduziert.⁶¹⁷ In der Entscheidung vom 12.8.2004 zu GZ 1 Ob 144/04i = RdW 2004/589 hat der Oberste Gerichtshof zwar eine Vertragsklausel, wonach Nachforderungen jeglicher Art nach Legung der Schlussrechnung ausgeschlossen sein sollten, wegen Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 ABGB als unwirksam erachtet. Dennoch blieb aber die nachgereicht vereinbarte Schlussrechnungsvorbehaltsbestimmung der ÖNORM B 2110 (damals Pkt 5.29.2.), die einen Schlussrechnungsvorbehalt binnen drei Monaten nach Erhalt der Zahlung ermöglichte, vertraglich wirksam.

Aus bauvertragsrechtlicher und wirtschaftlicher Sicht von besonderer Bedeutung sind jene Fälle, in denen einem Vertragspartner jeweils **unkalkulierbare Risiken** überwältigt werden sollen. Im Bereich des Vergaberechtes verbietet dazu § 79 Abs 3 BVergG 2006 öffentlichen AG ausdrücklich, unkalkulierbare Risiken auf Bieter zu überwälzen. Sollen unkalkulierbare und betraglich nicht begrenzte Risiken auf den AN überwälzt werden und dadurch im Ergebnis zwischen der geschuldeten Leistung des AN und dem hierfür bezahlten Entgelt ein auffallendes Missverhältnis entstehen, stellt die vertragliche Risikoübernahme eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar.⁶¹⁸ Es wäre jedenfalls zu begrüßen, wenn der Oberste Gerichtshof bei diesen sehr praxisrelevanten Fallkonstellationen unter den vorgenannten Voraussetzungen auch im Rechtsbereich außerhalb des Bundesvergaberechtes Sittenwidrigkeit bejahen würde. Ist die ÖNORM B 2110 vereinbart, sieht im Übrigen auch deren Pkt 4.2.5 ausdrücklich vor, dass der AG, der mit der Ausschreibung Risiken oder besondere Auflagen

617 OGH 1 Ob 144/04i = RdW 2004/589.

618 OGH 1 Ob 2409/96p = ecolex 1998, 204.

auf den AN zu übertragen beabsichtigt, diese klar ersichtlich zu machen und kalkulierbar darzustellen hat.

Vertragliche Risikoübertragungen vom AG an den AN können insbesondere dann sittenwidrig sein, wenn sie für den AN unvorhersehbar oder unkalkulierbar sind, ferner, wenn für die Risikoübertragung keine angemessene Abgeltung vorgesehen wird. Auch sind als Prüfungsmaßstäbe billiges Ermessen sowie die sachliche Rechtfertigung für die vertragliche Risikoüberwälzung auf den AN zu prüfen. Ebenso ist darauf Bedacht zu nehmen, ob dem AG allenfalls ein Verschulden am dem AN in Folge der vertraglichen Risikoübertragung entstehenden Nachteil zur Last fällt oder allgemein Unverhältnismäßigkeit der Risikoübertragung angenommen werden kann.⁶¹⁹

Praxistipp:

Es empfiehlt sich zu überprüfen, ob eine kritische Klausel ausreichend spezifiziert und abgegrenzt ist und ob sie bauwirtschaftlich kalkulierbar ist.

3.1.2.6. Die Grenzen der vertraglichen Abweichung von der gesetzlichen Bestimmung des § 1168 ABGB

Unterbleibt die Ausführung der Werkleistung, so gebührt dem Werkunternehmer dennoch das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und aus Umständen, die auf der Seite des AG (Bestellers) liegen, an der Leistungserbringung gehindert wurde. Der Werkunternehmer muss sich allerdings anrechnen lassen, was er in Folge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben verabsäumt hat. Wurde der Werkunternehmer infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung (§ 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB).

Die ÖNORM B 2110 regelt für den Fall einer Störung der Leistungserbringung (Behinderung), wie beispielsweise bei Vorliegen abweichender Baugrundverhältnisse oder bei erforderlichen Vorleistungen oder Ereignissen, die der Sphäre des AG zugeordnet werden, die näheren Voraussetzungen, unter denen dem AN ein Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgeltes zusteht.

Darüber hinaus enthält Pkt 7.4.5. der ÖNORM B 2110 eine Sonderregelung für die Nachteilsabgeltung für den Fall, dass dem AN bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 % durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil erwächst, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist. Diesfalls hat der AG diesen Nachteil abzugelten. Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind hingegen unabhängig von der 5-%-Grenze jedenfalls abzugelten (Pkt 7.4.5. letzter Satz der ÖNORM B 2110).

619 Vgl Krejci, wbl 1999, 385 ff.