

MASTERARBEIT

AUSGEWÄHLTE BEREICHE DES BAUVERTRAGSRECHTS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ÖNORM B 2110

Mag. iur. Markus Allram, BSc

Vorgelegt am
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

Betreuer
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Graz am 17. März 2021

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen/Hilfsmittel nicht benutzt, und die den benutzten Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, am 17.03.2021

.....

(Unterschrift)

STATUTORY DECLARATION

I declare that I have authored this thesis independently, that I have not used other than the declared sources / resources, and that I have explicitly marked all material which has been quoted either literally or by content from the used sources.

Graz, 17.03.2021

date

.....

(signature)

Anmerkung

In der vorliegenden Masterarbeit wird auf eine Aufzählung beider Geschlechter oder die Verbindung beider Geschlechter in einem Wort zugunsten einer leichteren Lesbarkeit des Textes verzichtet. Es soll an dieser Stelle jedoch ausdrücklich festgehalten werden, dass allgemeine Personenbezeichnungen für beide Geschlechter gleichermaßen zu verstehen sind.

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die mir während meiner Diplomarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützte.

Graz, am 17.03.2021

(Unterschrift des Studierenden)

Kurzfassung

Der Werkvertrag ist die rechtliche Grundlage eines jeden Bauvorhabens. Deshalb ist es für sämtliche Akteure in der Baubranche besonders wichtig, sich ein Basiswissen in diesem Bereich anzueignen und sich mit den damit verbunden Rechten und Verpflichtungen auseinanderzusetzen. Diese Masterarbeit behandelt verschiedene Bereiche des Werkvertragsrechts und soll einen Einblick in die einschlägigen gesetzlichen und normativen Bestimmungen sowie deren höchstgerichtliche Auslegung bieten. Es ist ein besonderes Anliegen des Verfassers, die theoretischen Inhalte durch konstruierte praxisnahe Beispiele in verständlicher Weise zu vermitteln. Zu Beginn werden die Grundlagen des Werkvertrags behandelt und insbesondere dessen Schuldinhalt und Bestandteile sowie dessen Zustandekommen erläutert. Aufgrund der großen Bedeutung für die Praxis wird der ARGE ein eigenes Kapitel gewidmet, wobei die verschiedenen Arten von Arbeitsgemeinschaften und die damit verbundenen Risiken und Haftungsthemen beschrieben werden. Darüber hinaus wird auf die wesentlichen Verpflichtungen des Auftraggebers und des Auftragnehmers im Allgemeinen sowie auf die Risikosphären und Gefahrtragungsregeln sowohl nach dem ABGB als auch nach der ÖNORM B 2110:2013 im Speziellen eingegangen. Eigene Bereiche beschäftigen sich zudem mit Fragen zum Thema Bauzeit sowie damit, wie mit Baumängeln umzugehen ist und welche rechtlichen Möglichkeiten dem Auftraggeber diesbezüglich offenstehen.

Abstract

The work contract is the legal basis of every construction project. It is therefore particularly important for all players in the construction industry to acquire a basic knowledge of this area and to deal with the associated rights and obligations. This master thesis deals with various areas of the law on work contracts and is intended to provide an insight into the relevant statutory and normative conditions and their interpretation by the highest court. It is a special concern of the author to convey the theoretical contents in a comprehensible way by constructing practical examples. At the beginning, the basics of the work contract are discussed and in particular its content and components as well as its conclusion are explained. Due to its great practical relevance, a separate chapter is devoted to the ARGE, describing the different types of working groups and the risks and liability issues associated with them. In addition, the main obligations of the client and the contractor in general as well as the risk spheres and risk bearing rules under both the ABGB and ÖNORM B 2110:2013 in particular are discussed. Separate sections also deal with questions relating to construction time and how to deal with construction defects and what legal options are open to the client in this regard.

Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	1
1.1	Der Bau-„Werk“-Vertrag	1
1.1.1	Grundlagen des Werkvertragsrecht	1
1.1.2	Abgrenzung zu anderen Vertragsarten	4
1.2	Schuldinhalt des Werkvertrags – der „Werkerfolg“	7
1.2.1	Allgemein anerkannte Regeln der Technik	11
1.2.2	Stand der Technik	14
1.2.3	Stand von Wissenschaft und Technik	14
1.3	Die Parteien des (Bau-) Werkvertrags	15
1.3.1	Begriff des Unternehmers und des Verbrauchers nach dem KSchG	16
1.3.2	Vertretungsbefugnis	18
1.4	Bestandteile des Bauwerkvertrags	20
1.4.1	Vertragsunterlagen – Gültigkeit und Reihenfolge	20
1.4.2	Die Bedeutung der ÖNORMEN	21
1.4.3	Vorformulierte Vertragsbestandteile (AGB, AVB bzw BVB)	25
1.5	Vertragliche Gestaltungsfreiheit	27
1.6	Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit – Sittenwidrigkeit	28
1.6.1	Einbeziehungskontrolle	29
1.6.2	Geltungskontrolle von Vertragsbestimmungen	29
1.6.3	Inhaltskontrolle	30
1.7	Vertragsabschluss	31
1.7.1	Anfrage	31
1.7.2	Verhandlungen	32
1.7.3	Angebot	33
1.7.4	Vertragsabschluss	34
2	Die am Bau Beteiligten	44
2.1	Arbeitsgemeinschaften	46
2.1.1	Arten von Arbeitsgemeinschaften	48
2.1.2	Gesellschaftsrechtliche Zuordnung	49
2.1.3	Haftung der ARGE	50
2.1.4	ARGE-Mustervertrag der VIBÖ	51
2.2	Risikosphären und Gefahrtragung	52
2.2.1	Risiko der Leistungserbringung	52
2.2.2	Gefahrtragung beim Bauvertrag	53
2.2.3	Gefahrenzuordnung	53
2.2.4	Gefahrtragungsregeln im Werkvertragsrecht (§§ 1168, 1168a ABGB)	57
2.2.5	Gefahrtragungsregeln der ÖNORM B 2110	67
2.2.6	Zusammenfassende Gegenüberstellung der Gefahrtragungsregeln in der ÖNORM B 2110 und im ABGB	72
2.3	Vertragspflichten des Auftraggebers	72
2.3.1	Pflicht zur Zahlung des Entgelts	72
2.3.2	Mitwirkungspflichten	73
2.4	Vertragspflichten des Auftragnehmers	74
2.4.1	Prüf- und Warnpflicht	74
2.4.2	Weitere Mitwirkungspflichten	89
3	Vertragsarten und Vergütungsregelung	91
3.1	Begriff der Bauleistung	91

3.2	Vertragsarten	91
3.2.1	Einheitspreisvertrag	92
3.2.2	Pauschalpreisverträge	101
3.2.3	Regiepreisvertrag	106
4	Bauzeit	108
4.1	Bauzeitliche Begriffe	108
4.2	Verzug	109
4.2.1	Verzug nach ABGB	109
4.2.2	Regelung des Verzugs nach ÖNORM	114
4.3	Vertragsstrafen und Pönale	115
4.3.1	Vertragsstrafe nach ABGB	115
4.3.2	Pönale nach ÖNORM B 2110	116
4.4	Berechnung von Fristen	117
4.5	Stilliegezeiten	118
5	Baumängel und Gewährleistungsansprüche	119
5.1	Mangelhafte Bauleistung	119
5.2	Gewährleistung	121
5.2.1	Gewährleistungsbehelfe	123
5.2.2	Vorteilsausgleich und Sowiesokosten	130
5.2.3	Fristen	131
5.2.4	Gewährleistung nach ÖNORM B 2110	132
5.2.5	Einschränkungen und Ausschluss der Gewährleistung	134
5.2.6	Garantie	135
5.2.7	Konkurrenz zum Verzug	136
5.2.8	Schadenersatz statt Gewährleistung	136
	Literaturverzeichnis	138

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Wissensqualität (nach <i>Ellmer/Schremser</i>)	10
Abbildung 2: Beispiel für eine Position im Lang-LV	94
Abbildung 3: Beispiel für eine Position im Kurz-LV.....	94
Abbildung 4: Beispiel für eine Normalposition im LV	95
Abbildung 5: Beispiel für eine Wahlposition im LV	95

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS Nr 946/1811, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 148/2020
AG	Auftraggeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen
bspw	beispielsweise
BVB	Besondere Vertragsbedingungen
BVergG	Bundesvergabegesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
dgl	dergleichen
dh	das heißt
etc	et cetera
evtl	eventuell
gem	gemäß
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds	grundsätzlich
GU	Generalunternehmer
GÜ	Generalübernehmer
Hs	Halbsatz
idR	in der Regel
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iZm	im Zusammenhang mit
KG	Kommanditgesellschaft
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LV	Leistungsverzeichnis
MKF	Mehrkostenforderung
oa	oben angeführt
ÖBA	Örtliche Bauaufsicht
OG	Offene Gesellschaft
ÖNORM	eine von Austrian Standards International veröffentlichte nationale österreichische Norm
Pkt	Punkt
PL	Projektleitung
PM	Projektmanagement
PS	Projektsteuerung
Rsp	Rechtsprechung
SigG	Signaturgesetz

SiGe-Plan	Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan
sog	sogenannte/r
Stk	Stück
TU	Totalunternehmer
TÜ	Totalübernehmer
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil

1 Einführung

1.1 Der Bau-, „Werk“-Vertrag

Das Bauvertragsrecht oder Bauvertragswesen umfasst sämtliche gesetzlichen und vertraglichen Regelungen, welche bei der Abwicklung eines konkreten Bauprojekts zur Anwendung kommen können, sowie die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen. Dem Grundsatz der Privatautonomie folgend kommt ein Bauwerkvertrag nur durch Einigung zwischen Auftragnehmer (AN)¹ und Auftraggeber (AG)² in Bezug auf ein bestimmtes Bauvorhaben bzw Werk zustande. Diese Übereinkunft ist in der Praxis nicht nur von organisatorischen und wirtschaftlichen, sondern auch von künstlerischen und weiteren außerrechtlichen Überlegungen getragen.

Die Ausgestaltung eines Bauwerkvertrags setzt stets die Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen Rahmens voraus. Dies ist jedenfalls in Bereichen unumgänglich, wo die Rechtsordnung zwingende Vorschriften beithält und somit der Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner bewusst Grenzen setzt.³

Die nur spärlich gehaltenen Regelungen des Zivilrechts werden den Bedürfnissen der bauvertraglichen Realität allerdings nur bedingt gerecht, weshalb das Bauvertragswesen von einer Vielzahl an besonderen Regelungen gekennzeichnet ist, welche zum Teil normativer (ÖNORMEN), größtenteils jedoch (einzel-)vertraglicher Natur sind. Charakteristisch für das Bauvertragswesen ist außerdem eine starke Tendenz zur Standardisierung. Das Resultat sind vorformulierte, einheitliche Vertragsbedingungen, wie sie insb in der ÖNORM B 2110, der ÖNORM B 2118 oder auch der VOB/B in Deutschland respektive der SIA 118 in der Schweiz zu finden sind.

1.1.1 Grundlagen des Werkvertragsrecht

Im ABGB sind verschiedene Vertragstypen explizit geregelt. Zu nennen sind etwa der Kauf-, der Tausch-, der Dienst-, oder der Bestandvertrag (Mietvertrag, Pachtvertrag).⁴ Zu anderen Arten von Verträgen, insb solchen, die das Ergebnis eines dynamischen, sich verändernden Wirtschaftslebens sind, finden sich in der Zivilrechtsordnung hingegen überhaupt keine Regelungen. Dem ABGB fremd ist bspw der Leasingvertrag

¹ In weiterer Folge sind Auftragnehmer (AN) und Werkunternehmer als Synonym zu sehen.

² In weiterer Folge sind Auftraggeber (AG), Werkbesteller und Besteller als Synonym zu sehen.

³ Zu denken ist etwa an die besonderen Regelungen des KSchG, welche eine Benachteiligung des aus wirtschaftlicher Sicht schwächeren Konsumenten verhindern sollen.

⁴ §§ 1045 ff ABGB.

oder der Vertrag, mit dem das Recht zur Nutzung einer Internet-Domain (Domainnutzungsvertrag) eingeräumt wird. Als speziellen Vertragstypus kennt das österreichische Recht den Werkvertrag, welcher im ABGB in den Bestimmungen der §§ 1151 und 1165 ff geregelt ist. Der Bauvertrag stellt einen typischer Werkvertrag dar.⁵ Sämtliche Überlegungen zum Bauvertrag nehmen ihren Ausgang somit in den Grundsätzen und Vorschriften des ABGB-Werkvertragsrechts. Zusätzlich sind für die Rechtsbeziehungen zwischen AN und AG die allgemeinen Regelungen des Schuld- bzw Vertragsrechts zu beachten.

Per definitionem wird unter einem Bauvertrag ein Vertrag verstanden, durch den sich der Werkunternehmer (AN) gegenüber dem Werkbesteller (AG) zur Erbringung einer vereinbarten Leistung gegen Entgelt verpflichtet, wobei es nicht darauf ankommt, ob der AN die Leistung persönlich erbringt oder einen Dritten mit der Herstellung beauftragt.⁶

Der Werkunternehmer ist somit für die ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung verantwortlich. Das schließt nicht aus, dass dieser sich für die Erbringung der Leistung weiterer Gehilfen (Subunternehmer) bedient, allerdings ändert dies rechtlich gesehen an seiner Haftung gegenüber dem AG in Bezug auf die mängelfreie Errichtung des geschuldeten Werks nicht das geringste. Das hat für ihn zur Konsequenz, dass der Werkunternehmer für die Leistungen seiner Gehilfen in gleicher Weise haftet, als ob dieser die Leistung selbst erbracht hätte.⁷

Gegenstand des Werkvertrages können sowohl körperliche (zB die Errichtung eines Hauses) als auch geistige Leistungen (zB Durchführung von baustatischen Berechnungen, Erstellung von Ausführungsplänen) sein, wobei diesbezüglich in der Praxis eine klare Abgrenzung der Ziele von den Nicht-Zielen nicht immer einfach ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass Planungsleistungen nicht von vornherein allen Erwartungen und Ansprüchen der Werkbesteller gerecht werden, zumal sich diese in vielen Fällen selbst nicht über ihre Bedürfnisse und Wünsche hinreichend detailliert im Klaren sind. Da nach den Bestimmungen im ABGB stets ein gewisser Erfolg geschuldet wird, stellt sich die Frage, wann dieser Erfolg tatsächlich eintritt. Gerade bei rein planerischen Architektenleistungen sollte jedenfalls von Beginn an klar festgelegt sein, in welchem Umfang Planungsänderungen vom Vertrag umfasst sind, um nicht Gefahr zu laufen, einem Änderungs-marathon ausgesetzt zu sein, um überhaupt Anspruch auf Entgelt zu haben.

Im Endeffekt schuldet der AN stets den Erfolg. Deshalb spielt es für seine Haftung keine Rolle, dass er das Werk mit der gebotenen Sorgfalt ausge-

⁵ Karasek, ÖNORM B 2110² (2009) Rz 218.

⁶ §§ 1151 Abs 1 und 1165 ABGB.

⁷ § 1313a ABGB.

führt und sämtliche Regeln der Technik eingehalten hat, wenn der geschuldete Erfolg nicht eintreten sollte. Auf ein Verschulden des AN kommt es nämlich gar nicht an.

Der geschuldete Erfolg besteht in der rechtzeitigen und mängelfreien Herstellung des geschuldeten Werks. Der AG trägt somit das Risiko der Werkerrichtung. Die Tragung dieses Erfolgsrisikos bedeutet für den AN, dass er bei (teilweisem) Misslingen des Werkes den Entgeltanspruch (teilweise) verliert und für die Mangelhaftigkeit des Werkes einzustehen hat (Gewährleistung).

Der AN ist für die Erbringung der Leistung selbst verantwortlich, dh es existiert kein Weisungsrecht seitens des AG. Die Konsequenz daraus ist, dass der AN im Bereich des vertraglich vereinbarten Rahmens hinsichtlich des konkreten Termins der einzelnen Arbeitsschritte prinzipiell frei agieren kann. Davon kann freilich vertraglich abgewichen werden, was idR passiert, wenn mehrere Gewerke gleichzeitig tätig werden und somit gegenseitige Abhängigkeiten gegeben sind. Der AG hat zudem, vorbehaltlich diesbezüglicher vertraglicher Vereinbarungen, bei der Lieferantwahl sowie der Wahl der auf der Baustelle tätigen Arbeitskräfte keinerlei Mitspracherecht.

Da das ABGB kein Leistungsänderungsrecht des AG kennt, ist jeder Änderungswunsch seitens des AG, das vertraglich vereinbarte Werk betreffend, als (Teil-)Kündigung des ursprünglichen Vertrags zu werten mit allen damit verbundenen Konsequenzen. Gegebenenfalls entsteht mit Zustimmung des Werkunternehmers ein neuer Vertrag über die geänderte Leistung, was allerdings nicht bedeutet, dass damit etwaige Ansprüche aus dem ursprünglichen Vertrag entfallen. Somit hat der Werkunternehmer gem § 1168 ABGB Anspruch auf das volle Entgelt abzüglich der ersparten Aufwendungen bzw des (tatsächlichen oder absichtlich versäumten) Zuverdienstes, etwa durch Umverteilung der personellen Ressourcen. Das bedeutet für den Besteller, dass dem Werkunternehmer im Falle einer Leistungseinschränkung evtl über die tatsächlichen Kosten der verbleibenden Leistung hinausgehende Ansprüche zustehen. Wird der Leistungsumfang im Rahmen der Änderung allerdings ausgedehnt, liegt es auf der Hand, dass der neue bzw erweiterte Auftrag einen Zuverdienst darstellt, welcher klarerweise auf den Anspruch des Werkunternehmers gem § 1168 ABGB anzurechnen ist und der Anspruch im Zweifel gar gänzlich im neuen Auftrag untergeht.

Anders gestaltet es sich bei einem Vertrag, welchem explizit die ÖNORM B 2110 zugrunde gelegt wurde. Die ÖNORM B 2110 sieht nämlich im Gegensatz zum ABGB ein prinzipielles Leistungsänderungsrecht des AG vor mit allen daraus erwachsenden Konsequenzen in terminlicher und monetärer Hinsicht. Das bedeutet, dass der AG diesbezüglich nicht auf die Zustimmung des AN angewiesen ist.

Der Werkunternehmer geht, soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist, bis zur Übergabe des vollendeten Werks in Vorleistung. Ihm steht prinzipiell erst ab dem Zeitpunkt der Vollendung des Werks, sohin bei mängelfreier Übergabe, das volle Entgelt zu.⁸

1.1.2 Abgrenzung zu anderen Vertragsarten

Anhand seiner Charakteristika wird der Werkvertrag von anderen Vertragsarten abgegrenzt. Die Frage, ob in einem Fall ein Werkvertrag oder ein anderer Vertragstyp vorliegt, ist hinsichtlich der konkret anzuwendenden Rechtsnormen von erheblicher Bedeutung.

Am wesentlichsten ist wohl die Abgrenzung des Werkvertrags zum Dienstvertrag, zum Bestandsvertrag sowie zum Kaufvertrag, welche in der Praxis häufig Probleme bereitet.

Der **Dienstvertrag** ähnelt dem Werkvertrag auf gewisse Weise. Bei beiden ist das jeweilige Rechtsverhältnis auf die Erbringung einer Arbeitsleistung gegen Entgelt ausgerichtet. Dennoch gibt es einige Unterschiede. Ein Dienstvertrag liegt laut Legaldefinition vor, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet.⁹ Es stellt somit eine Person, einer anderen auf Zeit seine Arbeitskraft zur Verfügung, allerdings ohne einen bestimmten Erfolg zu garantieren. Der Dienstnehmer schuldet lediglich die Bereitstellung seiner Arbeitskraft. Sein Entgeltanspruch hängt folglich nicht von der Erzielung eines bestimmten Ergebnisses ab. Ob tatsächlich ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt, ist in der Praxis nicht immer ohne weiteres eindeutig festzustellen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass eine falsche Bezeichnung nicht schadet, was bedeutet, dass uU ein als Werkvertrag deklarierter Vertrag tatsächlich ein Dienstvertrag sein kann oder umgekehrt und rechtlich so zu behandeln ist. Die korrekte Einordnung ist unter anderem für die Sozialversicherungsträger von Bedeutung. Dabei kommt es auf gewisse Merkmale an, die in ihrer Gesamtheit schlussendlich zu bewerten sind und für die eine oder die andere Vertragsart sprechen. Unter anderem ist zu klären, ob der AG den Arbeitsort vorgibt, ob seine Arbeitsmittel verwendet werden und ob die Arbeitszeit vom AG explizit vorgegeben wird, was auf einen Dienstvertrag hindeutet. Das wesentlichste Merkmal eines Dienstvertrags ist die Weisungsgebundenheit und die damit einhergehende persönliche Abhängigkeit. Der Werkunternehmer arbeitet dagegen eigenverantwortlich und mit eigenen Betriebsmitteln. Er entscheidet auch grds selbst über Arbeitsabläufe, Arbeitsort und Arbeitszeit.

⁸ § 1170 ABGB.

⁹ § 1151 Abs 1 ABGB.

Der **Bestandvertrag** zielt auf die Überlassung einer Sache zum Gebrauch ab.¹⁰ Im Vordergrund steht somit die (vertragsgemäße) Gebrauchsmöglichkeit und nicht die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs als Ergebnis der Arbeitstätigkeit. Erhält bspw der AN den Auftrag, eine Baumaschine samt Bedienpersonal zur Vornahme bestimmter Arbeiten „zur Verfügung zu stellen“, kann es uU zweifelhaft sein, ob der Auftrag als Werkvertrag oder als Mietvertrag in Bezug auf die Maschine kombiniert mit der Überlassung einer Arbeitskraft anzusehen ist (sog „Dienstverschaffungsvertrag“). Es kommt bei der Zuordnung zur jeweiligen Vertragsart vor allem dem Inhalt der Vereinbarung sowie der Absicht der Vertragspartner große Bedeutung zu. Bei einem Mietverhältnis wird vorausgesetzt, dass ein Gegenstand für bestimmte Zeit gegen Entgelt zum Gebrauch überlassen wird und dieser in die tatsächliche Gewalt des Mieters gelangt. Das bedeutet, dass der Mieter temporär darüber verfügen kann. Dem gegenüber liegt ein Werkvertrag vor, wenn dieser Gegenstand vom Unternehmer selbst zur eigenverantwortlichen Herbeiführung des vom Besteller gewünschten Arbeitserfolges verwendet wird. Im Allgemeinen kommt es bei der Abgrenzung darauf an, ob das Ergebnis der Arbeitsleistung von demjenigen erzielt werden soll, dem Maschine und Personal überlassen worden sind, oder ob dieses derjenige Vertragsteil schuldet, der das Gerät und die Arbeitskraft bereitstellt.¹¹ Ein Werkvertragsverhältnis ist nur im letzteren Fall gegeben. Werden lediglich die Mittel zur Leistungserbringung zur Verfügung gestellt, ohne jedoch selbst bei der Verrichtung der Leistung direkt mitzuwirken, liegt kein Werkvertrag iSd ABGB vor.

Ein **Kaufvertrag** liegt per definitionem vor, wenn sich auf der einen Seite der Verkäufer dazu verpflichtet, eine Sache (körperliche Sache, Forderungen oder Rechte) dem Käufer zu übereignen (=Verschaffung des Eigentums) und faktisch zu übergeben und auf der anderen Seite der Käufer den vereinbarten Kaufpreis an den Verkäufer zu zahlen hat. Ist der Gegenstand des Vertrags die entgeltliche Lieferung einer Sache, ist sowohl ein Kauf- als auch ein Werkvertrag denkbar. Bei der Abgrenzung wird auf den Inhalt der Vereinbarung Wert gelegt. Es kommt prinzipiell stets auf den Schwerpunkt der Verpflichtung des Unternehmers an. Liegt dieser bei der Herstellung eines bestimmten Werks, welches gerade für die individuellen Bedürfnisse des Bestellers und somit entsprechend seinen Wünschen anzufertigen ist, ist von einem Werkvertrag auszugehen.¹² Steht hingegen die bloße Lieferung einer Sache im Vordergrund, liegt unabhängig davon, ob der AN das Material vorab be- oder verarbeitet hat, ein Kaufvertrag vor. Das ABGB hält diesbezüglich eine Regelung parat, welche

¹⁰ Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (2006) 216.

¹¹ OGH 2 Ob 51/76 SZ 49/48.

¹² OGH 2 Ob 522/93 EvBl 1993/178.

besagt, dass im Zweifel von einem Kaufvertrag auszugehen ist, wenn sowohl die Herstellung einer Sache als auch die Lieferung der dafür erforderlichen Stoffe von einem Vertragsteil gefordert wird.¹³

In den überwiegenden Fällen wird in der Baupraxis dennoch von einem Werkvertrag auszugehen sein, unabhängig davon, dass die zur Herstellung verwendeten Baumaterialien dem Bestand des AN entstammen, da dieser die Bauleistung idR nach den Ausführungsplänen des AG erbringt.

Beispiel:

Der AN liefert Aluminiumfenster, welche nach Naturmaßen angefertigt wurden und schließlich zu montieren sind.¹⁴ Auch die Errichtung eines Fertigteilhauses kann auf der Grundlage eines Werkvertragsverhältnisses erfolgen.¹⁵

Ist die Leistungspflicht des AN durch die Vorgaben des AG hinreichend individualisiert, schadet es der Einordnung als Werkvertrag nicht, wenn der unmittelbare Einbau von einem anderen AN vorgenommen wird.¹⁶ Unter diesem Gesichtspunkt sind ebenso Verträge über Anlagen der technischen Ausrüstungen (Haustechnik, HKLS) Werkverträge, ungeachtet dessen, dass der Wert der Ausrüstung (des Materials) den Wert der Montageleistung mitunter bei weitem übersteigt.¹⁷

Werden vom Lieferanten allerdings bloß geringfügige Anpassungen vorgenommen, liegt der Fokus der vertraglichen Leistungspflicht auf der Lieferung und es ist somit kein Werkvertrag gegeben.¹⁸

Beispiel:

Kein Werkvertrag ist bei der bloßen Montage einer Blitzschutzanlage anzunehmen.¹⁹ Dasselbe gilt bei der ausschließlichen Lieferung des Bausatzes für ein Blockhaus.²⁰

¹³ § 1166 ABGB.

¹⁴ OGH 1 Ob 716/79 EvBl 1980/92 = SZ 52/178 = JBl 1981, 594 (Wilhelm).

¹⁵ OGH 1 Ob 617/83 RdW 1984, 41.

¹⁶ OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91.

¹⁷ OGH 1 Ob 547/92 EvBl 1992/155 = RdW 1992, 269.

¹⁸ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1867.

¹⁹ OGH 8 Ob 118/65 EvBl 1965/204 = SZ 38/69.

²⁰ OGH 15. 2. 2000, 10 Ob 350/99i.

1.2 Schuldinhalt des Werkvertrags – der „Werkerfolg“

§ 1151 Abs 1 ABGB beschreibt den Werkvertrag als Vertrag, mit dem sich jemand (der AN) gegen Entgelt zur Herstellung eines bestimmten Werks²¹ verpflichtet. Mit der Herstellungspflicht des AN korrespondiert die Pflicht des AG, das Werk zu übernehmen und zum Fälligkeitszeitpunkt das hierfür vereinbarte Entgelt zu entrichten.

Der Schuldinhalt eines Werkvertrags setzt sich aus den folgenden drei Komponenten zusammen:²²

- (die zu erbringende) Leistung
- Leistungszeit (innerhalb jener die Leistung zu erbringen ist)
- Erfüllungsort (an dem die Leistung zu erbringen ist)

Bezüglich der zu erbringenden **Leistung** ist bei jedem Werkvertrag zu beachten, dass die Leistungshandlung an sich noch nicht ausreicht. Der Werkunternehmer schuldet diesbezüglich den Erfolg, im konkreten Fall die Ausführung des Werks.²³ Unabhängig davon, dass im Gesetzestext auf eine konkrete Definition des Begriffs „Werk“ verzichtet wurde, liegt es auf der Hand, dass darunter nur das Ergebnis der vom Werkunternehmer zu verrichtenden Tätigkeit zu verstehen sein kann.²⁴ Bei Bauverträgen wäre das etwa das bedungene Bauwerk. Weicht das Werk vom vertraglich geschuldeten ab, können uU die Annahme verweigert werden sowie Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche drohen. Auf die Konsequenzen einer mangelhaften Leistungserbringung soll an dieser Stelle allerdings nicht näher eingegangen werden.

Die **Leistungszeit** bringt die Fälligkeit der zu erbringenden Leistung zum Ausdruck. Es geht folglich um den Zeitpunkt, zu dem das fertiggestellte Werk dem Werkbesteller übergeben werden soll. In Ermangelung einer diesbezüglichen Regelung im Vertrag kommen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung, wonach sich die Frist grundsätzlich nach der Natur der Sache richtet.²⁵ Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass zu diesem Zeitpunkt der vertraglich bedungene Werkerfolg geschuldet wird. Dies bedeutet, dass die Leistung sowohl mangelfrei als auch vollständig erbracht sein muss. Bei Schlechterfüllung liegt somit prinzipiell ein Verzug vor. Nach erfolgter Übernahme kann seitens des Werkbestellers allerdings unabhängig vom Vorliegen diverser Mängel kein Verzug mehr geltend gemacht werden. Vielmehr ist dieser angehalten, sich im Rahmen der ihm zustehenden Gewährleistungsbehelfe bzw Schadenersatzansprüche schadlos zu halten.

²¹ Dieses hat den Umständen und Vorstellungen des AG zu entsprechen; *Krejci in Rummel*, ABGB³ §§ 1165, 1166 Rz 4 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

²² *Hussian*, Bau-Soll und geschuldeter Werk-Erfolg, bauaktuell 2010, 102.

²³ § 1165 ABGB.

²⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB³ §§ 1165, 1166 Rz 9.

²⁵ § 1418 ABGB.

Der **Erfüllungsort** ist per definitionem jener Ort, an dem die Leistung vom Schuldner zu erbringen und vom Gläubiger anzunehmen ist.²⁶

Die im Bauwerkvertrag geschuldete Leistung ist die sog **Bauleistung**. Unter den Begriff der Bauleistung fallen all jene „*Tätigkeiten, die zur Fertigstellung eines Bauwerkes erforderlich sind.*“²⁷ Dazu zählen sowohl Tätigkeiten, welche mit der Herstellung, Instandsetzung, Änderung und Demontage oder Abbruch von einzelnen Bauteilen oder gar ganzer Bauwerke zusammenhängen, als auch sonstige Bauarbeiten jeder Art (zB Landschaftsbau, Haustechnik, erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage bzw Abbruch von Hilfsbauwerken).²⁸ In der ÖNORM B 2110 wird in Pkt 3.8 der **Leistungsumfang** (Bau-Soll) definiert. Dieser Bestimmung zufolge fallen darunter alle Leistungen des AN, die durch den Vertrag, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, fixiert werden.²⁹ Davon zu unterscheiden ist das **Leistungsziel**, das an sich nicht die einzelnen Leistungen des AN beschreibt, sondern vielmehr den vom AG angestrebte Erfolg der Leistungen des AN, welcher sich aus dem Vertrag objektiv ableiten lässt.³⁰

Im Idealfall decken sich das Leistungsziel und der Leistungsumfang. Es ist allerdings auch möglich, dass die Erwartung des AG im Hinblick auf den Werkerfolg vom tatsächlich beauftragten Leistungsumfang divergiert. In diesem Fall ist für den AN in erster Linie der Leistungsumfang maßgebend, wobei uU zusätzliche Leistungen zu erbringen sein können.³¹

Beispiel:

Im Zuge der Bauausführung wird offensichtlich, dass die Tragfähigkeit des Untergrundes nicht ausreichend gegeben ist und weitere Maßnahmen erforderlich sind. Genauso kann auch eine Unzulänglichkeit in der vom AG veranlassten statischen Berechnung für die Dimensionierung der tragenden Wände dazu führen, dass diese entweder dicker auszuführen oder weitere Säulen zu errichten sind. In diesen Fällen kann sich der AN nicht von seiner Verpflichtung zur Leistungserbringung befreien, allerdings ist ihm der Mehraufwand zu vergüten.

Es ist somit besonders wichtig, das Bau-Soll hinreichend genau vertraglich zu fixieren. Grundlage hierfür sind sämtliche Vertragsunterlagen, Dokumente und Erklärungen. Zur Ermittlung der geschuldeten Bauleistung sind somit die beigestellten Pläne und das LV ebenso heranzuziehen wie

²⁶ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 39.

²⁷ Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft (2010) 52.

²⁸ Pkt 3.1 ÖNORM B 2110:2013.

²⁹ Pkt 3.8 ÖNORM B 2110.

³⁰ Pkt 3.9 ÖNORM B 2110.

³¹ Dies gilt vor allem dann, wenn der festgelegte Leistungsumfang nicht dafür geeignet ist, das Leistungsziel zu erreichen, weil etwa fehlerhafte Anweisungen seitens des AG erteilt wurden. In diesem Fall kommt der Prüf- und Wampflicht große Bedeutung zu. Vgl auch Pkt 7.5.1 ÖNORM B 2110.

allfällige zusätzliche schriftliche oder mündliche Beschreibungen des Werks (zB Skizzen, Präsentationen und Besprechungsprotokolle), sofern diese ausdrücklich Vertragsbestandteil geworden sind.

Hinsichtlich des Bau-Solls wird ein Mindestmaß an Bestimmtheit vorausgesetzt. Geht aus dem Vertrag überhaupt keine Beschreibung des Werks hervor oder ist die Werkbeschreibung nicht hinreichend detailliert (zB „ein Haus“) und kann der Leistungsgegenstand auch nicht aus anderen Umständen hergeleitet werden, fehlt der erforderliche Mindestinhalt. Ein Bauvertrag kommt somit, trotz Unterzeichnung von beiden Seiten, von vornherein nicht gültig zustande.³²

Das vertraglich vereinbarte Bau-Soll ist von entscheidender Bedeutung, wenn es um die Klärung der Frage geht, ob es ausreichend ist, wenn das Bauwerk die „gewöhnlichen“ Eigenschaften aufweist oder ob noch weiteren Anforderungen zu erfüllen sind. Geht der Leistungsumfang nicht klar aus dem Vertragstext hervor, ist dieser im Wege der Auslegung zu eruieren.³³ Bringt die Auslegung der Vertragsgrundlagen kein Ergebnis, ist das Bauwerk nach der Rsp so auszuführen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.³⁴

Zusätzlich ist die Frage zu klären, ob der AN „bloß“ die Erbringung einer Summe von Einzelleistungen gem LV schuldet oder ob er ein funktionstüchtiges Bauwerk herzustellen hat bzw ein Werk, das die vom AG gewünschten Eigenschaften aufweist.³⁵ Die Frage zielt folglich auf den Umfang der Leistungserfüllungspflicht des AN ab. Der Beurteilung dieser Frage kommt zudem in monetärer Hinsicht besondere Brisanz zu.³⁶ Im Zweifel ist davon auszugehen, dass zumindest ein „funktionstüchtiges Werk“ herzustellen ist.³⁷ Das bedeutet, das Werk muss unter den verkehrsüblichen Verhältnissen benutzbar sein und den gewöhnlichen Anforderungen standhalten.³⁸ Als Orientierung können dazu die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachgebietes herangezogen werden.³⁹

Der vom AN zu bewirkende Werkerfolg ist Anknüpfungspunkt verschiedener bauvertraglicher Probleme. Bspw hat der AN nur dann Anspruch auf Zahlung des Werklohns, wenn er die Bauleistung vertragsgemäß ausführt. Weicht die Leistungsausführung qualitativ oder quantitativ vom vertraglichen Bau-Soll ab, hat der AN zu verbessern, wofür er grundsätzlich selbst einzustehen hat.

³² § 869 ABGB.

³³ §§ 914 f ABGB.

³⁴ OGH 5 Ob 656/82 JBI 1984, 204.

³⁵ *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar Band 5³ (2006) § 1165 Rz 35.

³⁶ Werden etwa bei einem Pauschalpreisvertrag zusätzliche Leistungen in das Bau-Soll hineininterpretiert, kann der AN über den vertraglichen Werklohnanspruch hinaus keine Mehrkosten geltend machen. Andernfalls ist der Mehraufwand vom AG zu tragen.

³⁷ *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1165 Rz 27.

³⁸ OGH 5 Ob 510/83 WBI 1989, 307 (*Wilhelm*).

³⁹ OGH 1 Ob 535/90 SZ 63/53 = *ecolex* 1990, 345 = JBI 1990, 653.

Der AN hat Bauleistungen grds nach festgelegten technischen Regeln mit einem bestimmten Qualitätsstandard herzustellen. Die Wissensqualität der technischen Standards wird im Allgemeinen durch drei Stufen beschrieben:

- die anerkannten Regeln der Technik,
- den Stand der Technik und
- den Stand der Wissenschaft.

Abbildung 1 gibt einen Überblick über die Wissensqualität der drei Stufen sowie deren Zusammenwirken. Es ist zu sehen, dass die Wissensqualität stetig zunimmt und durch die Weiterentwicklung der technischen Normen Wissen verbreitet werden kann. Der Stand der Wissenschaft als höchste Ausprägung der Wissensstufe, wird im Laufe der Zeit zum Stand der Technik, der durch praktischen Anwendung zu allgemein anerkannten Regeln der Technik (niedrigste Ausprägung der Wissensstufe) übergeht.

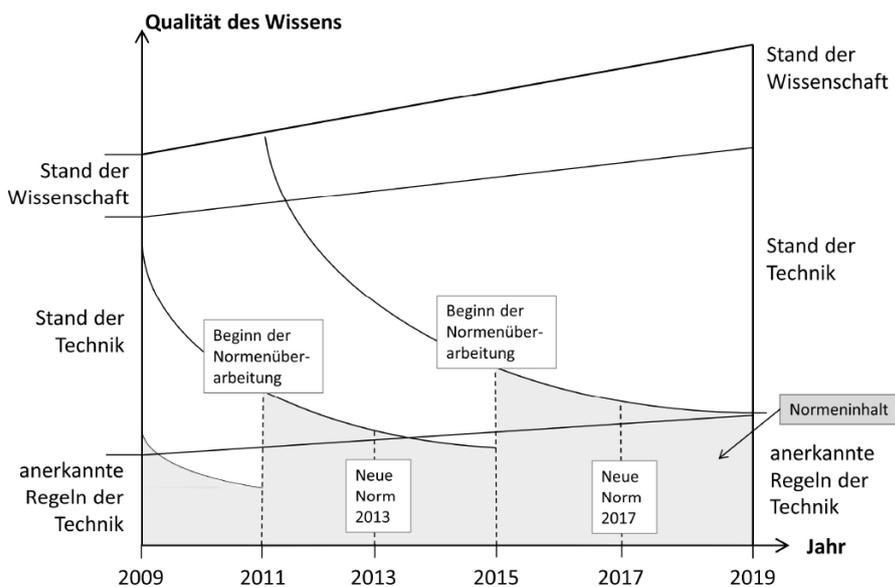


Abbildung 1: Wissensqualität (nach Ellmer/Schremser⁴⁰)

⁴⁰ Ellmer/Schremser, Der „Stand der Technik“ als Kostentreiber?, ZVB 6/2018; 278 (281 f).

1.2.1 Allgemein anerkannte Regeln der Technik

Allgemein anerkannte Regeln der Technik können folgendermaßen definiert werden:

„Technische Regeln, die in der Wissenschaft als theoretisch richtig geprüft und anerkannt worden sind und sich in der Praxis bereits über einen längeren Zeitraum bewährt haben, und zwar dadurch, dass sie von der überwiegenden Mehrheit der betreffenden Fachleute mit Erfolg angewandt worden sind. Diese technischen Regeln bzw. Technologien zeichnen sich dadurch aus, dass sie sowohl in der Wissenschaft als auch von der Praxis als zeitgemäß anerkannt werden. Die technischen Normen repräsentieren notwendigerweise, aber nicht ausschließlich allgemein anerkannte Regeln der Technik.“⁴¹

Bei den „Allgemein anerkannten Regeln der Technik“ handelt es sich um technische Regeln bzw Technologien, welche der überwiegenden Mehrheit der einschlägig bewanderten Fachleute bekannt sind bzw von dieser angewandt werden. Dadurch, dass sie sich in der Praxis bewährt und allgemein durchgesetzt haben, sind diese zum Gedankengut der einschlägigen Fachleute geworden. In weiterer Folge werden diese von Fachausschüssen, wie bspw den Normungsinstituten und Sachverständigengremien in die technischen Regelwerke und schließlich durch Verweise in Rechts- und Verwaltungsvorschriften aufgenommen.

Technische Normen (zB ÖNORMEN) können an sich nicht mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik identifiziert werden. Sie können diese wiedergeben, aber auch hinter ihnen zurückbleiben, weil die Bearbeitung und Veröffentlichung einer neuen Norm nicht im gleichen Tempo abläuft wie die technische Entwicklung.⁴² Ein weiterer Grund, warum eine Norm nicht gleich den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, liegt darin, dass diese nur alle drei bis fünf Jahre auf ihre Aktualität überprüft werden. Die einschlägigen technischen ÖNORMEN haben allerdings die Vermutung für sich, die allgemein anerkannten Regeln der Technik wiederzugeben. Beachtet also der AN bei der Ausführung seines Werkes die einschlägigen technischen ÖNORMEN, liegt die Vermutung nahe, dass er die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat. Es obliegt somit dem AG, zu beweisen, dass die Leistung dennoch den allgemein anerkannten Regeln der Technik widerspricht. Technische ÖNORMEN stellen im Regelfall eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den AN dar und dieser ist somit verpflichtet, die dort für den Regelfall vorgesehenen Maßnahmen einzuhalten.⁴³

Über die allgemein anerkannten Regeln der Technik weiß im Vergleich zum „Stand der Wissenschaft und Technik“ und dem „Stand der Technik“ ein wesentlich größerer Kreis von Personen Bescheid. Diesbezüglich ist

⁴¹ Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch 130.

⁴² OGH 22. 6. 2010, 10 Ob 24/09s.

⁴³ OGH 5 Ob 515/90 eclex 1990, 543.

vor allem das Schlüsselpersonal zu nennen (zB Baumeister, Ziviltechniker und Bauleiter).

Die allgemein anerkannten Regeln der Technik geben ein bestimmtes oder bestimmbares Fachwissen wieder, mit dessen Hilfe ein Werk, eine Arbeit, ein Auftrag bzw eine Leistung möglichst reibungslos mangel- und störungsfrei durchgeführt werden kann. Sie geben Auskunft, ob und wie etwas gemacht werden kann bzw sollte. Es handelt sich bei der Beantwortung der Frage nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik um keine Rechtsfrage, sondern um eine ausschließliche Tatsachenfeststellung. Deshalb sind zur Feststellung, ob es sich um eine allgemein anerkannte Regel der Technik handelt, ein oder mehrere technisch versierte Sachverständige beizuziehen.⁴⁴

Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sind als Verkehrssitten⁴⁵ und Gebräuche im Geschäftsverkehr⁴⁶ zu beurteilen.⁴⁷ Wurde die Art und Weise der Werkerstellung im Bau- und im sonstigen Werkvertrag nicht ausdrücklich anders festgelegt, so hat der AN das Werk dessen Art entsprechend so zu erstellen, wie es die Übung des redlichen Verkehrs erfordert und für ein solches Bauwerk ortsüblich und angemessen ist.⁴⁸ Dabei sind auch die jeweils allgemein anerkannten Regeln der Technik des für die konkrete Werkerstellung erforderlichen Fachbereichs anzuwenden.

Wurde im Bauvertrag die ÖNORM B 2110 und somit alle ÖNORMEN technischen Inhalts vereinbart, so bedingt dies ohnehin die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Aber auch ohne vertraglicher Vereinbarung der ÖNORM B 2110 bzw ohne ausdrücklich entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik als Verkehrssitte bzw Übung des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs einzuhalten.⁴⁹ Im Gegensatz zu den rechtlichen ÖNORMEN müssen die technischen nicht vereinbart werden, weil der AN jedenfalls verpflichtet ist, die Leistung nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu erbringen, die üblicherweise in den technischen ÖNORMEN abgebildet sind.⁵⁰

⁴⁴ OGH 1Ob 564/95 SZ 68/105.

⁴⁵ § 863 ABGB.

⁴⁶ § 346 UGB.

⁴⁷ OGH 1Ob 564/95 SZ 68/105.

⁴⁸ *F.Bydlinski*, Vertragsrechtliche Grundlagen des Industrieanlagenbaus, in *Aicher/Korinek*, Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industrieanlagenbaus (1991) 67 (76 f).

⁴⁹ § 922 ABGB.

⁵⁰ OGH 4 Ob 539/94 ecolex 1994, 675.

1.2.1.1 Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik während der Bauausführung

Welcher Zeitpunkt für die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik maßgebend ist, wird in der Literatur nicht einheitlich diskutiert:

Nach *Jagenburg*⁵¹ soll der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebend sein. Ergeben sich danach Änderungen der Regeln der Technik, so hat der AN eine Hinweispflicht gegenüber dem AG.

Karasek vertritt die Ansicht, dass der Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes maßgebend sei. Für die Beurteilung, was geschuldet wird, könne seiner Ansicht nach nur der Beginn der Bindungsfrist maßgebend sein. Veränderungen, die danach eintreten, können nicht zu einer Änderung der vertraglichen Vereinbarung führen. Der AN sei jedoch dazu verpflichtet, den AG auf Änderungen hinzuweisen. Eine Unterlassung dieser Hinweispflicht würde den AN schadenersatzpflichtig machen.⁵²

Im Endeffekt kommt es bei der Beantwortung dieser Frage auf die höchstgerichtliche Rsp an. Der OGH hat in einem Fall ursprünglich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses⁵³ abgestellt und in einem späteren Fall den Zeitpunkt der Herstellung des Werkes⁵⁴ als maßgebend angesehen und somit seine Rechtsmeinung revidiert.

Schlussendlich ist festzuhalten, dass freilich lediglich die zum Zeitpunkt der Angebotslegung allgemein anerkannten Regeln der Technik Vertragsbestandteil werden, wobei im Endeffekt wohl die Ausführung der einzelnen Leistungen stets an den aktuellen anerkannten Regeln der Technik zu messen ist.⁵⁵

Kommt es während der Bauausführung zu Änderungen der anerkannten Regeln der Technik, so ist es die Pflicht des AN, den AG bzgl dieser anstehenden bzw bereits eingetretenen Änderungen zu warnen, dem AG geeignete Vorschläge zur weiteren Vorgehensweise zu machen und ihn über die damit verbundenen kostenmäßigen Auswirkungen zu informieren. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der AN nicht berechtigt ist, von sich aus und somit ohne das Einverständnis des AG Änderungen vorzunehmen.⁵⁶ Weigert sich der AG die auf Grund der Änderung der anerkannten Regeln der Technik notwendigen Leistungsänderungen durchzuführen, trägt dieser die Preisgefahr. Er muss somit nach der Leistungserbringung jedenfalls das vereinbarte Entgelt leisten, wobei ihm Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit der Mangelhaftigkeit, welche aus

⁵¹ *Jagenburg*, Der für die anerkannten Regeln der Technik maßgebliche Zeitpunkt, in FS Korbion (1986) 179 (185).

⁵² *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1132.

⁵³ OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543.

⁵⁴ OGH 7 Ob 515/91 JBI 1992, 114 (*Karollus*).

⁵⁵ Dieses Auseinanderfallen der allgemein anerkannten Regeln der Technik wird wohl eine Seltenheit und nur bei langwierigen Bauprojekten möglich sein, zumal sich diese lediglich über einen längeren Zeitraum entwickeln bzw ändern können.

⁵⁶ *Schlosser/Hartl/Schösser*, Die allgemein anerkannten Regeln der Technik und ihr Einfluss auf das (Bau-) Werkvertragsrecht, ÖJZ 2009, 58 (62).

der Änderung der anerkannten Regeln der Technik herrührt, verwehrt bleiben. Besteht durch Nichtumstellung auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik Gefahr für absolut geschützte Güter Dritter (Leben, Gesundheit, Eigentum), so darf der AN die Arbeiten allerdings nicht fortsetzen.⁵⁷

1.2.1.2 Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Regeln der Technik

Hat der AN bei der Werkerstellung die Regeln der Technik nicht eingehalten, ist bei strenger Auslegung das Werk bzw der betroffener Teil dessen nicht ordnungsgemäß errichtet worden und der AG kann im Zweifel die Übernahme verweigern. Dagegen ist die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik allein noch kein Indiz für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages, zumal im Endeffekt ferner der zugesagte Erfolg einzutreten hat. Die Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik hat allerdings keine gewährleistungsrechtlichen Folgen, wenn das Werk alle vereinbarten und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (insb die Gebrauchstauglichkeit) aufweist. Etwaige schadenersatzrechtliche Ansprüche bleiben davon hingegen unberührt.⁵⁸

1.2.2 Stand der Technik

In der europäischen Norm EN 45020 – Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten – wird im Punkt Begriffsdefinitionen der „Stand der Technik“ folgendermaßen beschrieben:

*Stand der Technik: entwickeltes Stadium der technischen Möglichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt, soweit Produkte, Prozesse und Dienstleistungen betroffen sind, basierend auf entsprechenden gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung.*⁵⁹

Die neu entwickelten Verfahren und Technologien werden im Gegensatz zum „Stand von Wissenschaft und Technik“ bereits in der Praxis angewendet, wobei diesbezüglich festzuhalten ist, dass sich diese noch nicht generell durchgesetzt haben. Der Stand der Technik unterscheidet sich somit von den allgemein anerkannten Regeln der Technik dadurch, dass die generelle Anwendung noch nicht vorliegt, sondern lediglich ein begrenzter Kreis an Fachleuten darauf zurückgreift.

1.2.3 Stand von Wissenschaft und Technik

Der „Stand von Wissenschaft und Technik“ ist nach Entwicklung neuer Verfahren oder Technologien lediglich wenigen Wissenschaftlern bekannt. Demzufolge ist bei diesen auch der Wissensstand sehr hoch und

⁵⁷ Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505.

⁵⁸ Rebhahn in Schwimann ABGB V³ § 1165 Rz 32.

⁵⁹ DIN EN 45020:2007 – Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten.

die Verbreitung dieses Wissens nur auf einen kleinen Kreis von Personen, die an dieser Entwicklung gearbeitet haben, beschränkt.⁶⁰ Der Stand der Wissenschaft und Technik bildet somit einen technischen Entwicklungsstand ab, der sich erst in der Praxis bewähren und Verbreitung finden muss. Zum Stand der Wissenschaft zählen die jeweiligen neuesten Erkenntnisse der Wissenschaft.⁶¹

1.3 Die Parteien des (Bau-) Werkvertrags

Nach dem Wortlaut des ABGB sind die Parteien des Werkvertrags der Besteller auf der einen und der Unternehmer auf der anderen Seite.⁶² Unter dem (Werk-)Besteller wird derjenige verstanden, der das Werk in Auftrag gibt. Der (Werk-) Unternehmer ist demgegenüber derjenige Vertragspartei, der sich vertraglich zur Herstellung eines bestimmten Werks verpflichtet. In der bauvertraglichen Praxis haben sich die Parteibezeichnungen Auftraggeber bzw AG (als Werkbesteller) und Auftragnehmer bzw AN (als Werkunternehmer) etabliert.

An einem Bauvorhaben sind üblicherweise mehrere Bauunternehmen beteiligt, die idR unabhängig voneinander mit dem Bauherrn eine vertragliche Beziehung eingehen.

Beispiel:

Der Architekt wird zur Erstellung von Plänen vom Bauherrn direkt beauftragt. Genauso steht der AG bei einer Einzelvergabe etwa in direkter Vertragsbeziehung mit dem ausführenden Gewerken.

Darüber hinaus können weitere Unternehmer als sog „Subunternehmer“ auftreten, die nicht in direkter vertraglicher Beziehung mit dem Bauherrn stehen, sondern etwa im Auftrag des GU tätig werden. Je größer das Bauvorhaben, desto unübersichtlicher wird das „vertragliche Geflecht“ der auf der Baustelle tätigen Unternehmen. Dennoch lassen sich sämtliche vertragliche Konstrukte auf einzelne Werkverträge herunterbrechen.

Beispiel:

Der Bauherr (AG) steht in einem direktem Vertragsverhältnis zum Generalunternehmer (AN). Der GU tritt seinerseits in der Rolle des AG gegenüber seinem Subunternehmer (AN) auf. Im Endeffekt ist jedes Rechtsverhältnis als solches hinsichtlich der wechselseitigen Rechte und Verpflichtungen getrennt zu bewerten.

⁶⁰ Hofstadler, Schularbeiten (2008) 216.

⁶¹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1125.

⁶² § 1165 und 1168 Abs 1 ABGB.

Auf der AN-Seite steht stets ein Unternehmen⁶³, entweder in Form eines Einzelunternehmens oder einer Personen⁶⁴- bzw. Kapitalgesellschaft⁶⁵. Dem gegenüber kann die Rolle des AG sowohl von einem Unternehmer (natürliche oder juristische Person) als auch von einem Verbraucher iSd KSchG (natürliche Person) besetzt werden. Hinsichtlich der Grenzen der Vertragsgestaltung spielt es eine entscheidende Rolle, ob ein Unternehmer oder ein Verbraucher als AG auftreten.

1.3.1 Begriff des Unternehmers und des Verbrauchers nach dem KSchG

Eine Vielzahl zivilrechtlicher Vorschriften⁶⁶ differenziert nach der gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Stellung der an einem Geschäftsvorgang Beteiligten und unterscheidet zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Diese Unterscheidung ist wichtig für die rechtliche Beurteilung des konkreten Rechtsverhältnisses. Die in der Regel wirtschaftlich schwächeren Verbraucher genießen einen besonderen Schutz, welcher im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) geregelt ist.

Das KSchG ist ein privatrechtliches Sondergesetz, dessen Ziel es ist, dem im Rechtsverkehr typischerweise unterlegenen Verbraucher Schutz zu gewähren.⁶⁷ Folglich wird die vertragliche Gestaltungsfreiheit durch die Bestimmungen des KSchG in manchen Belangen zugunsten des Konsumenten eingeschränkt.⁶⁸ Diesem Schutzgedanken trägt auch die ÖNORM B 2110 Rechnung, indem in unterschiedlichen Zusammenhängen Sonderregeln für Vertragsbeziehungen zu Verbrauchern vorgesehen sind. In Pkt 5.3 der ÖNORM B 2110 ist geregelt, dass bei Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts die den einzelnen Abschnitten der Norm zugeordneten und mit „HINWEIS KSCHG“ gekennzeichneten Bestimmungen maßgeblich sind.

Zum Zweck der Abgrenzung seines Geltungsbereichs und somit zur Bestimmung dessen, was ein Verbrauchergeschäft ist, stellt das KSchG auf die am Abschluss bzw an der Abwicklung des Rechtsverhältnisses Beteiligten ab. Gemäß § 1 Abs 1 KSchG liegt ein Verbrauchergeschäft vor, wenn das Geschäft für einen Vertragspartner zum Betrieb seines Unternehmens gehört, während dies auf den anderen nicht zutrifft. Kein Verbrauchergeschäft liegt also vor, wenn etwa zwei Nichtunternehmer eine vertragliche Beziehung eingehen. Auch auf Verträge zwischen zwei Unternehmern sind die Sonderbestimmungen des KSchG nicht anzuwenden,

⁶³ Dies ergibt sich bereits aus der Beschaffenheit des Werkvertrags, der eine Selbständigkeit seitens des Werkunternehmers voraussetzt.

⁶⁴ Bspw eine Offene Gesellschaft (OG) oder Kommanditgesellschaft (KG).

⁶⁵ Bspw eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder Aktiengesellschaft (AG).

⁶⁶ Diesbezüglich sind etwa die Bestimmungen des KSchG und des UGB zu nennen.

⁶⁷ *Koziol/Welser*, Grundriss II¹³, 401.

⁶⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 1 (Stand 1.1.2002, rdb.at)

wenn das Rechtsverhältnis von beiden zur Verwirklichung betrieblicher Zielsetzungen eingegangen wird.

Aufgrund der großen Bedeutung des KSchG in der ÖNORM B 2110 wird im Folgenden der Unternehmerbegriff nach diesem Sondergesetz erläutert. Nach dem KSchG wird lediglich auf die Tätigkeit abgestellt. Unternehmer ist folglich, wer im Rahmen seines Unternehmensbetriebs tätig wird.⁶⁹ Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeiten, wobei keine Gewinnerzielungsabsicht verlangt wird.⁷⁰ Für die Annahme eines Unternehmens oder eines Unternehmensbetriebs wird in der Praxis auf verschiedene Momente abgestellt.⁷¹ Auf eine Mindestbetriebsgröße oder ein bestimmtes Mindestkapital kommt es jedenfalls nicht an.⁷² Vielmehr setzt eine unternehmerische Tätigkeit iSd KSchG neben dem Element der Selbständigkeit eine gewisse Regelmäßigkeit voraus. Zusätzlich wird eine wirtschaftliche Betätigung verlangt, welche schon mit der Erbringung „werthafter“ Leistungen gegeben sein soll.⁷³ Dazu zählt in jedem Fall die Herstellung eines Bauwerks. Für die Zuordnung zum unternehmerischen Betrieb reicht im Wesentlichen ein erkennbarer Zusammenhang mit diesem.⁷⁴ Im Geltungsbereich des KSchG gilt das von einem Unternehmer abgeschlossene Geschäft im Zweifel als zum Betrieb des Unternehmens gehörig.⁷⁵ Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind kraft gesetzlicher Anordnung stets Unternehmer.⁷⁶ Da das KSchG keine eigenen Kriterien für den Verbraucherbegriff aufstellt, zeigt sich die Verbrauchereigenschaft lediglich im Fehlen der Unternehmerqualifikation. Wer nicht als Unternehmer auftritt, ist daher prima facie als Verbraucher anzusehen.⁷⁷ Dieser Umstand ist von demjenigen, der den Schutz des KSchG in Anspruch nimmt, also vom vermeintlichen Verbraucher zu behaupten und zu beweisen.⁷⁸ Bei der Abgrenzung ist auf den konkreten Zweck des Bauwerks abzustellen.

Beispiel:

Beauftragt ein Anwalt (Unternehmer iSd KSchG) einen Bauunternehmer für die Errichtung einer Garage, ist es von entscheidender Bedeutung, in welcher Rolle der Bauherr auftritt. Beabsichtigt er, eine Parkmöglichkeit für sein privates Wohnhaus errichten zu lassen, tritt er in diesem konkreten

⁶⁹ Siehe § 1 Abs 1 Z 1 KSchG; siehe auch deckungsgleich § 1 Abs 1 UGB: Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.

⁷⁰ Siehe § 1 Abs 2 KSchG.

⁷¹ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 19 ff.

⁷² OGH 7 Ob 515/82 SZ 55/157.

⁷³ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 17.

⁷⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 22.

⁷⁵ RIS-Justiz RS0065326.

⁷⁶ Die Definition des Unternehmers nach KSchG bildet lediglich einen Teil des Unternehmerbegriffs nach UGB ab. Darüber hinaus kennt das UGB den „Unternehmer kraft Rechtsform“ (§ 2 UGB) und den „Unternehmer kraft Eintragung“ (§ 2 UGB).

⁷⁷ OGH 3 Ob 578/90 SZ 63/134 = JBI 1991, 253 = *ecolex* 1990, 678 = RdW 1991, 109.

⁷⁸ RIS-Justiz 0065220.

Geschäft zweifelsohne als Verbraucher auf und somit sind die Regelungen des KSchG zu beachten. Soll die Garage allerdings beruflichen Zwecken dienen, etwa als Parkmöglichkeit für Kunden seiner Kanzlei, liegt ein Unternehmergeschäft vor, da beide Vertragsteile im Rahmen ihres Unternehmensbetriebs tätig werden.

Zusammenfassend kann die Vertragsbeziehung zwischen Bauherr und Bauunternehmen entweder ein reines Unternehmergeschäft sein, (sog „business-to-business“-Geschäft oder auch „B2B“), wenn sowohl der AN als auch der AG den Vertrag im Rahmen ihres Unternehmens schließen, oder ein Verbrauchergeschäft (sog „business-to-consumer“-Geschäft oder „B2C“), wenn ein Verbraucher/Konsument in der Rolle des Bauherrn auftritt.

1.3.2 Vertretungsbefugnis

Da in der Praxis bei größeren Bauvorhaben überwiegend juristische Personen sowohl auf Seiten des AN als auch seitens des AG auftreten, stellt sich im Hinblick auf eine fristgerechte Bauabwicklung die Frage, wer für die Vertragsparteien intern entscheidungsbefugt ist und etwa rechtsverbindlich Planfreigaben oder Bauzeitpläne unterzeichnen darf. Darüber hinaus kann auch eine unternehmensexterne Person zur Vertretung berufen werden.

In vielen Fällen ist der AG nicht zur permanenten Anwesenheit vor Ort bereit, sondern ist vielmehr gewillt, gewisse Aufgaben, etwa im Hinblick auf seine Koordinationsverpflichtungen, zu delegieren. Die Vertretung des Bauherrn wird häufig durch den beauftragten Planer oder die Örtliche Bauaufsicht (ÖBA) wahrgenommen. In diesem Zusammenhang bleibt zu klären, in welchem Ausmaß verbindliche Entscheidungen im Namen des AG getroffen werden dürfen.

Die Vertretungsbefugnis bezeichnet die Macht, eine andere Person, sei es eine natürliche oder juristische, rechtlich wirksam vertreten zu können. Im juristischen Sinne wird diesbezüglich von einer „Vollmacht“ gesprochen.⁷⁹ Bei der Vollmacht wird zwischen dem Innenverhältnis, welches das rechtliche „Dürfen“ beschreibt, und dem Außenverhältnis, welches das rechtliche „Können“ zum Ausdruck bringt, unterschieden. Im Idealfall decken sich diese Verhältnisse, allerdings ist es auch denkbar, dass sich diese voneinander unterscheiden. Der Vertreter kann folglich im Innenverhältnis einer stärkeren Beschränkung unterliegen als im Außenverhältnis, was uU eine Haftung des Vertreters bei einer Überschreitung der Vorgaben im Innenverhältnis mit sich bringt. Die Rechte und Verpflichtungen im Innenverhältnis richten sich nach dem konkreten Auftrag zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter. Das Außenverhältnis wird hingegen von

⁷⁹ Siehe §§ 1002 ff ABGB.

der Vollmachtserteilung bestimmt, womit auch eine gewisse Außenwirkung einhergeht. Der bestellte Vertreter kann im Rahmen der Vollmacht sowohl im Namen des Vertretenen Rechte ausüben als auch Verpflichtungen eingehen.

Beispiel:

Der Geschäftsführer eines öffentlichen AG kann im Namen des AG tätig werden und sowohl dessen Rechte ausüben als auch Verpflichtungen eingehen. Genauso kann auch die ÖBA in einem beschränkten Rahmen Bauherrnaufgaben, wie etwa die Koordinationspflicht, wahrnehmen.

Die Vollmacht kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Bei der ausdrücklichen Vollmacht erklärt der Vollmachtgeber, wem er in welchem Umfang eine Vollmacht erteilt.

In allen anderen Fällen muss sich der Vertretene das Verhalten seines Vertreters anrechnen lassen, wenn er das Verhalten gekannt und geduldet hat. In diesem Fall handelt es sich um eine sog **Duldungs- oder Anscheinsvollmacht**. Die diesbezügliche Voraussetzung ist, dass der Vertretene selbst den Anschein erweckt, dass eine Vollmacht vorliegt bzw das Verhalten des scheinbaren Vertreters duldet und diesem nicht widerspricht.

Beispiel:

Die ÖBA prüft die Teilrechnungen des AN und nimmt gegebenenfalls Korrekturen vor. Sofern der AG dieses Vorgehen offensichtlich duldet oder gar den Anschein erweckt, durch die ÖBA diesbezüglich vertreten zu werden, hat er sich das Verhalten der ÖBA zurechnen zu lassen. Gleiches gilt für MKF im Zusammenhang mit von der ÖBA in Auftrag gegebenen Leistungen.

Handelt der vermeintliche Vertreter hingegen ohne Vollmacht, liegt ein sog „Vollmachtsexzess“ vor, der eine schwebende Unwirksamkeit der getätigten Handlung bewirkt. Das bedeutet, dass die Handlung prinzipiell mit keinerlei Rechtsverbindlichkeit für den scheinbar Vertretenen einhergeht, sofern er diese nicht im Nachhinein genehmigt. Gegenüber dem AN, der im Vertrauen auf die Vollmacht einen Schaden erlitten hat, haftet der falsche Vertreter als sog „falsus procurator“. Der AG trägt dagegen keine Haftung, wenn er von den Handlungen des vermeintlichen Vertreters nichts hätte wissen müssen. Eine Haftung scheidet gänzlich aus, wenn dem vermeintlich getäuschten Unternehmer die Vollmachtüberschreitung bekannt sein musste.

1.4 Bestandteile des Bauwerkvertrags

Bauwerkverträge bestehen in den seltensten Fällen nur aus einem einzigen Vertragsdokument, sondern sind idR ein Konvolut aus den verschiedensten Unterlagen (zB Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis, rechtliche Vertragsbestimmungen, technische Vertragsbestimmungen, Pläne, Vereinbarungen, Bescheide, Gutachten, AGB). Die Leistungsbeschreibung und die technischen Vertragsbestimmungen definieren einerseits den Leistungsgegenstand Bauleistung in technisch-funktioneller Hinsicht, die rechtlichen Vertragsbestimmungen regeln hingegen die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen die Bauleistung zu erbringen ist. Die gesamten im Zuge des Vertragsabschlusses in die Verhandlungen einbezogenen Unterlagen (sofern die Vertragsparteien diese explizit als Vertragsgegenstand behandeln) machen schließlich den Vertrag aus.

1.4.1 Vertragsunterlagen – Gültigkeit und Reihenfolge

In Bauverträgen ist es auf Grund der Vielzahl von verschiedenen Bestandteilen dringend zu empfehlen, eine Hierarchie festzulegen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass sich der Inhalt der einzelnen Vertragsbestandteile in einzelnen Punkten widerspricht. Ein Widerspruch liegt vor, wenn die einzelnen Vertragsbestandteile insofern nicht miteinander zu vereinbaren sind, als diese dieselbe Angelegenheit unterschiedlich behandeln.

Beispiel:

Es kann vertraglich prinzipiell die ÖNORM B 2110 vereinbart sein, wobei einzelnen Regelungen in den AGB abgeändert werden. In diesem Fall entscheidet die Reihenfolge der Vertragsbestandteile, welche Regelung anzuwenden ist.

Der übergeordneten Bestimmung ist stets den Vorzug zu geben. Die nachrangigen Regelungen kommen lediglich subsidiär zur Anwendung, wenn keine höherrangigen spezielleren Regelungen vorhanden sind, welche dieselbe Sache regeln.

Beispiel:

Die Reihenfolge könnte etwa derart aufgestellt werden:

1. Werkvertrag mitsamt den darin enthaltenen Abmachungen
2. Projektpläne
3. Leistungsverzeichnis
4. Polierpläne
5. Die ÖNORMEN in ihrer jeweiligen neuesten Fassung
6. Die gesetzlichen Bestimmungen des ABGB

In der ÖNORM B 2110 ist in Pkt 5.1.3 eine solche Reihenfolge festgelegt, welche bei Widersprüchen im Vertrag anzuwenden ist, sofern vertraglich keine andere Reihung vorgesehen ist. Dieser Bestimmung zufolge gelten die Vertragsbestandteile in folgender Reihenfolge:⁸⁰

1. die schriftliche Vereinbarung (zB Angebotsannahme, Auftragschreiben, Bestellschein, Auftragsbestätigung, Schluss- und Gegenschlussbrief), durch die der Vertrag zu Stande gekommen ist;
2. die Beschreibung der Leistung oder das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis;
3. Pläne, Zeichnungen, Muster;
4. Baubeschreibung, technischer Bericht und dgl;
5. besondere Bestimmungen für den Einzelfall; allenfalls Hinweise auf Abweichungen von ÖNORMEN;
6. allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN;
7. Normen technischen Inhalts;
8. die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;
9. die vorliegende ÖNORM sowie die ÖNORMEN A 2063 und B 2111;
10. Richtlinien technischen Inhalts.

Diese Bestimmung folgt der Regel, dass im Falle von Widersprüchen oder Unklarheiten besondere Bestimmungen vor allgemeinen Bestimmungen gelten. Vertraglich kann selbstverständlich von dieser Reihenfolge abgewichen werden.

1.4.2 Die Bedeutung der ÖNORMEN

Da das ABGB lediglich allgemeine Bestimmungen in Bezug auf den Werkvertrag bereithält und nicht auf die Besonderheiten der Bauverträge näher eingeht, ist es sinnvoll, sich vorgefertigten Vertragsschablonen („Musterbauvertrag“) oder im speziellen der ÖNORM B 2110 zu bedienen, welche die Rechte und Pflichten der Vertragspartner konkretisieren.

Demnach ist eine Unterscheidung in Bauverträge nach dem ABGB und sog „ÖNORM-Bauverträgen“ vorzunehmen.

Die Regelungen des **Bauvertrages nach ABGB** bauen unmittelbar auf den einschlägigen werkvertraglichen Vorschriften des ABGB auf, werden

⁸⁰ Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2110.

allerdings zumeist individuell vertraglich weiter konkretisiert. Selbstverständlich kann im Zuge dessen von den dispositiven Bestimmungen abgewichen werden. Gibt es Lücken im Vertrag, sind diese durch die subsidiäre Anwendung der Regelungen des ABGB weitestgehend zu schließen.

Beispiel:

Wird der Umgang mit höherer Gewalt nicht explizit vertraglich geregelt, fällt diese in die Sphäre des AN, da dieser die Erbringung des Werks schuldet.

Der **ÖNORM-Bauvertrag** basiert auf der ÖNORM B 2110. Diese ÖNORM stellt als Ganzes eine Art Vertragsschablone dar, welche die Verhandlungen hinsichtlich der bei Bauwerkverträgen immer wiederkehrenden Themen durch die Verwendung vorab definierter, beiden Vertragspartner bekannter standardisierter Vertragsbedingungen erleichtert. Auf die ÖNORM B 2110 gestützte Verträge sind in der Praxis weit verbreitet.

Dies gilt vor allem auch für öffentliche AG, die auf Grund des BVergG 2018⁸¹ zur Anwendung der ÖNORM B2110 angehalten werden. In § 110 Abs 2 BVergG 2018 wird etwa explizit darauf hingewiesen, dass bei Vorhandensein von entsprechenden Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, auf diese Bedacht zu nehmen ist. Nach Rsp des VwGH ist eine Abweichung von standardisierten Leistungsbeschreibungen durchaus zulässig, allerdings sind diese seitens des AG sachlich zu rechtfertigen und zu begründen. Diesbezüglich ist eine formale Begründung, dass etwa die vorgesehenen Regeln nach Ansicht des AG vorteilhafter sind, bereits ausreichend. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens von Leitlinien bildet das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit.⁸²

Nach der prinzipiellen Unterscheidung hinsichtlich der Basis eines Werkvertrages in ABGB-Vertrag und ÖNORM-Vertrag soll aufgrund ihrer Bedeutung in weiterer Folge näher auf die ÖNORMEN eingegangen werden.

Jene Normen, die das Zustandekommen und die Abwicklung von Bauvorhaben regeln, werden als Verdingungsnormen bezeichnet. Sie können weiters unterschieden werden in Verfahrensnormen (zB ÖNORM B 2061) und Vertragsnormen (zB ÖNORM B 2110). Verfahrensnormen regeln Tätigkeiten vor dem Zustandekommen eines Vertrages (etwa die Preisbildung), wohingegen Vertragsnormen vornormierte Vertragsinhalte wiedergeben und somit in Teilen oder zur Gänze in den Bauvertrag aufgenommen werden können, wodurch sie vertragsrechtliche Wirksamkeit erlangen. Diese Normen stellen ein aufeinander abgestimmtes und in sich ge-

⁸¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BvergG 2018), BGBl I 65/2018 idF II 91/2019.

⁸² VwGH 2008/04/0077.

schlossenes Regelwerk dar, welches sich mit den rechtlich und bauwirtschaftlichen Aspekten der Ausschreibung und der Abwicklung von Bauleistungen befasst. Grundsätzlich sind Standardleistungsbeschreibungen und ÖNORMEN aufeinander abgestimmt.

Die wichtigsten bauwirtschaftsrelevanten Verdingungsnormen sind:

- ÖNORM B 2110 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, Werkvertragsnorm)
- ÖNORM B 2118 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten, Werkvertragsnorm)
- ÖNORMEN der Serie B 22xx und H22xx (Werkvertragsnormen)
- ÖNORM B 2111 (Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen, Werkvertragsnorm)
- ÖNORM B 2061 (Preisermittlung für Bauleistungen, Verfahrensnorm)
- ÖNORM A 2050 (Vergabe von Aufträgen über Leistungen Ausschreibung, Angebot und Zuschlag, Verfahrensnorm)
- ÖNORM A 2063 (Austausch von Leistungsbeschreibungs-, Elementkatalogs-, Ausschreibungs-, Angebots-, Auftrags- und Abrechnungsdaten in elektronischer Form, Verfahrensnorm)
- ÖNORM A 2060 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen, Werkvertragsnorm)

Die ÖNORM B 2110 stellt die maßgebliche Grundlage für die rechtlichen Vertragsbestimmungen in der Bauwirtschaft dar und wird vom österreichischen Normungsinstitut herausgegeben. Die Art ihres Zustandekommens (Ausarbeitung im Fachnormenausschuss Verdingungswesen unter der Mitarbeit von Vertretern von AN und AG und der Wissenschaft) trägt dazu bei, dass ein breiter Konsens wiedergegeben wird. Aus diesem Grund werden in der Judikatur des OGH häufig Bestimmungen der ÖNORMEN als Maßstab bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit von Vertragsbestimmungen herangezogen.

Die ÖNORM B 2110 stellt kein allgemein gültiges Gesetz dar. Genauso wenig kann sie als Gewohnheitsrecht oder Handelsbrauch angesehen werden. Vielmehr steht es den Vertragspartnern frei, einzelne oder sämtliche Bestimmungen der ÖNORM B 2110 zum Vertragsgegenstand zu machen. Somit erlangt sie Geltung kraft ausdrücklicher Vereinbarung der Vertragspartner. Nur in diesem Fall ist sie in dem jeweiligen Vertragsver-

hältnis zu beachten. Nach der Rsp des OGH sind ÖNORMEN objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut und somit unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß § 914 ABGB auszulegen.⁸³

In der Praxis wird häufig die ÖNORM B 2110 als Vertragsmuster vereinbart und gleichzeitig werden diverse Änderungen vorgenommen.

Beispiel:

Vertraglich kann etwa die Mengenänderungsklausel⁸⁴ (Mengenänderung ohne Leistungsabweichung), welche auch als „20%-Klausel“ bekannt ist, gänzlich ausgeschlossen werden. Im Ergebnis kann in diesem Fall selbst bei erheblicher Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angesetzten Vordersätze kein neuer Einheitspreis gebildet werden.

Es ist dringend anzuraten, derartige Änderungen deutlich zu kennzeichnen, und zwar unter Bezugnahme auf die jeweilige Bestimmung in der ÖNORM B 2110.

Beispiel:

Eine Preisänderung wegen Änderung der Mengen ist ausgeschlossen. Damit entfällt Pkt 7.4.4 der ÖNORM B 2110 ersatzlos.

Die ÖNORM B 2110 konkretisiert zum Teil die Bestimmungen des ABGB, hält allerdings auch Regelungen parat, die sich grundlegend von jenen des ABGB unterscheiden. Die ÖNORM B 2110 weicht daher in gewissen Bereichen zugunsten und in anderen zu Lasten des AG bzw des AN von den Bestimmungen des ABGB ab.

Beispiel:

Das ABGB sieht keine Möglichkeit der Leistungsänderung vor. Eine Leistungserweiterung ist lediglich im Rahmen eines weiteren Vertrages möglich und eine Leistungseinschränkung würde Konsequenzen gemäß § 1168 ABGB nach sich ziehen (voller Entgeltanspruch des AN abzüglich der ersparten Aufwendungen). Dem gegenüber gesteht die ÖNORM B 2110 dem AG in Pkt 7 sehr wohl ein Leistungsänderungsrecht ein. Unvorhergesehene und unabwendbare Ereignisse (höhere Gewalt) fallen gemäß Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 in die Sphäre des AG. Dem gegenüber ordnet das ABGB derartige Ereignisse der neutralen Sphäre zu, deren Folgen allerdings vom AN zu tragen sind.

⁸³ OGH 10 Ob 17/18z bau aktuell 2018/10 = ZVB 2018/104 (Berl) = bbl 2018/211 = ecolex 2019/4.

⁸⁴ Pkt 7.4.4 ÖNORM B 2110.

Wird die ÖNORM B 2110 vereinbart, so gelten prinzipiell ebenso⁸⁵

- alle in Betracht kommenden technischen ÖNORMEN,
- die ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten für einzelne Sachgebiete (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) und
- die ÖNORMEN A 2063 und B 2111.

Bei Verbrauchergeschäften müssen diese Normen hingegen ausdrücklich vereinbart werden. Werden ÖNORMEN Vertragsbestandteil, ist es sinnvoll, die jeweilige Fassung anzuführen. In Ermangelung eines Ausgabedatums gilt jene Fassung, welche zum Zeitpunkt des Beginnes der Angebotsfrist Gültigkeit hatte bzw das Datum des Angebots, sofern keine Angebotsfrist angegeben ist.⁸⁶

1.4.3 Vorformulierte Vertragsbestandteile (AGB, AVB bzw BVB)

Dem Konvolut an Vertragsunterlagen liegen in vielen Fällen allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bzw allgemeine oder besondere Vertragsbedingungen (AVB, BVB) eines, gegebenenfalls auch beider Vertragspartner bei. Unabhängig von der konkreten Bezeichnung handelt es sich dabei um vertragliche Regelungen, die von einem Teil vorweg abgefasst worden sind und die nach den Vorstellungen ihres Verwenders Bestandteil des Bauvertrags werden sollen. Sie werden gerade nicht zum Gegenstand der individuellen Vertragsgespräche gemacht, sondern dem Vertragsabschluss mehr oder weniger einseitig zugrunde gelegt (deshalb vorformulierte Vertragsbedingungen oder vorformulierte Vertragsbestandteile). Ihre praktische Bedeutung ist einerseits im Bestreben des Verwenders zu sehen, für eine Vielzahl von Aufträgen „Vertragsmuster“ bei der Hand zu haben.⁸⁷

Einmal ausgearbeitet, ermöglichen es solche „Muster“, ohne größeren Zeitaufwand und ohne für die Erstellung zusätzliche Ressourcen aufwenden zu müssen, Vertragsbeziehungen einzugehen, die sich in dem gewohnten rechtlichen Rahmen bewegen. Es sprechen somit vor allem Gründe der Wirtschaftlichkeit und Betriebsorganisation für die Verwendung von AGB/AVB. Aus Sicht des Verwenders erhöht sich mit ihrem Einsatz naturgemäß die rechtliche Planungssicherheit.

Selbstverständlich wird durch die Verwendung vorformulierter Vertragsbestandteile in der Praxis überwiegend der Zweck verfolgt, die eigene Rechtsposition im Verhältnis zu jener des Vertragspartners günstiger auszugestalten. Inhaltlich weichen AGB/AVB bzw BVB daher meist erheblich

⁸⁵ Pkt 5.1.1 ÖNORM B 2110.

⁸⁶ Pkt 5.1.2 ÖNORM B 2110.

⁸⁷ Zum Hintergrund der Verwendung vorformulierter Vertragsbestandteile etwa *Leitner in Knyrim/Leitner/Perner/Riss, Aktuelles AGB-Recht (2008)* 6 f.

von den dispositiven Bestimmungen des ABGB oder den Regeln der ÖNORM B 2110 ab und verschieben das Gewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zugunsten des Verwenders.

Diese Vorgehensweise ist aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit prinzipiell legitim. Allerdings versucht die Rechtsordnung dem damit einhergehenden faktischen Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern und der Gefahr der Übervorteilung der „unterlegenen“ Vertragspartei zu begegnen. Für Bestimmungen in AGB/AVB bzw BVB oder vorformulierten Vertragsbestandteilen gelten vielfach strengere Maßstäbe, die sich sowohl auf die Geltung als auch auf den Inhalt der Regelungen beziehen.

Die Vorschriften des Zivilrechts stellen im Zusammenhang mit der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) strenge Regeln auf (insb §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB).

In Österreich fehlt eine gesetzliche Definition der Begriffe „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblätter“. Nach der Rsp sind unter Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur dann nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.⁸⁸ Die gleiche Definition lässt sich auch auf Vertragsformblätter umlegen. Es kommt darauf an, dass eine mehrmalige Verwendung beabsichtigt ist und von einer Seite in den Vertrag eingebracht wird und nicht von beiden Vertragsparteien gleichermaßen. AGB müssen nicht kleingedruckt sein und können auch aus einzelnen Begriffen wie etwa „Gerichtsstand“ bestehen. Auf die konkrete Bezeichnung kommt es nicht an (zB „Informationsblatt“, „allgemeine Hinweise“).

Nicht dem Begriff der AGB zuzuzählen ist der vom AN erstellte schriftliche Bauvertrag, wenn sich AG und AN auf den künftigen Abschluss des Vertrags mündlich einigen und der AN in weiterer Folge die Ausarbeitung der Unterlagen übernimmt. AGB-Charakter haben aber solche Regelwerke, die vonseiten des AG oder des AN Vertragsabschlüssen „standardmäßig“ beigelegt werden. Im Zusammenhang mit der (öffentlichen oder privaten) Vergabe von Bauaufträgen gilt dies für die vielfach anzutreffenden „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ des Vergebenden ebenso wie für die „Besonderen Vertragsbedingungen im Einzelfall“. Immer muss jedoch das Augenmerk auf das Zustandekommen der Regelungen gelegt werden. Sind diese individuell ausverhandelt worden, liegen keine vorformulierten

⁸⁸ OGH 7 Ob 89/08a Zak 2008/470 = EvBl 2008/149 = Mair, Zak 2008/597 = ecolex 2008/258 = JBI 2008,789 = RdW 2008/538 = AnwBl 2009,9 = SZ 2008/54 = HS 39.290 = Zak 2012/169 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

Klauseln vor, mag eine Bestimmung auch in einem ansonsten standardisierten Dokument enthalten sein.

Die in der Praxis verbreiteten allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) oder besonderen Vertragsbedingungen (BVB) der AN sind den AGB rechtlich gleichgestellt, sofern sie als Vertragsbestandteile für eine Vielzahl von Bauverträgen gedacht sind. Auch der Begriff der „Vertragsformblätter“ fällt in diese Kategorie. Somit sind etwa auf für den Massenverkehr hergestellte Vertragsmuster⁸⁹, die je nach Einzelfall nur mehr um bestimmte Daten ergänzt oder geändert werden müssen, die gesetzlichen Regeln betreffend AGB anzuwenden. Bei Verbrauchergeschäften iSd KSchG gelten zudem strengere Regelungen.

Eine gleichartige Überprüfung ist auch im vorvertraglichen Stadium geboten, denn in vielen Fällen bleibt den Bietern nichts anderes übrig, als die vom Vergebenden vorgegebenen Bedingungen zu akzeptieren, wollen sie nicht von vornherein aus dem Verfahren ausscheiden. Nach Ansicht des OGH wohnt Vergabeverfahren, im Rahmen derer den Bietern durch die Verwendung vorformulierter Ausschreibungsbedingungen der spätere Vertragsinhalt weitestgehend vorgegeben wird, jene typische Ungleichgewichtslage inne, wie sie bei Vertragsschluss unter Einbeziehung von AGB anzutreffen ist.⁹⁰ Dies hat zur Konsequenz, dass die rechtlichen Bestandteile der Ausschreibung von Bauleistungen praktisch immer der Geltungskontrolle des § 864a ABGB, sowie der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.

1.5 Vertragliche Gestaltungsfreiheit

Die Zivilrechtsordnung baut auf dem Grundsatz der Privatautonomie (Selbstbestimmung) auf.⁹¹ Danach kann jeder seine rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen frei gestalten. Soweit sich aus dem Gesetz oder anerkannten Prinzipien der Rechtsordnung nichts anderes ergibt, kann somit ein jeder Verträge schließen.⁹²

- mit wem er will (Abschlussfreiheit),
- sie in der von ihm gewählten Form abfassen (Formfreiheit)
- und ihnen den seinen Vorstellungen entsprechenden Inhalt geben (Inhaltsfreiheit).

⁸⁹ Vgl etwa OGH 5 Ob 49/93 ecoclex 1993, 735 = WoBl 1993, 225 = MietSlg 45.049 = Jus-Extra OGH-Z 1390 = Zak 2012/169 (Kolmasch, Judikaturübersicht): maschinell abgefasster Mietvertrag, in den an entsprechend freigelassenen Stellen handschriftlich die fehlenden Informationen eingefügt werden konnten.

⁹⁰ OGH 1 Ob 144/04i RdW 2004,723 = ZVB 2005,4 = ÖJZ-LSK 2005/17 = ÖJZ-LSK 2005/18 = ÖJZ-LSK 2005/19 = RPA 2005,107 = ÖJZ-LSK 2005/20 = ÖJZ-LSK 2005/21 = RZ 2005,44 EÜ1, 2, 3 = bbl 2005,35 = Jus-Extra OGH-Z 3871 = EvBl 2005/57 = RZ 2005,123 EÜ43 = ZVB 2005,270 (Brauneis/Neuwerth) = JBl 2006,103 (Leitner) = SZ 2004/123 = ZVB 2006/67 (Hagen/Essletzichler) = ZVB 2010/47 (Gölles) = Zak 2012/373 (Kolmasch, Judikaturübersicht).

⁹¹ Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³(2006) 94 ff.

⁹² Rummel in Rummel, ABGB³ § 859 Rz 16 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

1.6 Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit – Sittenwidrigkeit

Die privatrechtlichen Bestimmungen des Werkvertragsrechts zählen zum dispositiven Recht. Somit steht es den Vertragsparteien offen, abweichende Regelungen zu treffen.

In der Praxis ist es keine Seltenheit, dass die ÖNORM B 2110 und zusätzlich weitere AGB Vertragsbestandteil werden, welche die dispositiven Werkvertragsbestimmungen des ABGB zu Lasten des AN abändern.

Die Verwendung eigener Vertragsbestimmungen ist grundsätzlich und im speziellen für den privaten AG zulässig. Zur Bindung des öffentlichen AG iSd BVergG 2018 siehe die Normenbindung gemäß § 110 Abs 2 BVergG 2018.

Trotz der im privatrechtlichen Bereich geltenden Vertragsfreiheit gibt es dennoch Grenzen, was die einseitig „aufgedrängten“ Vertragsbestimmungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bzw Vertragsformblätter) betrifft. UU kann es geboten sein, die AGB des Unternehmers oder auch nur einzelnen Klauseln der AGB nach Vertragsabschluss nicht anzuwenden.

Um die Gültigkeit von AGB und Vertragsformblättern zu untersuchen, ist eine dreigliedrige Prüfung vorzunehmen:

- Einbeziehungskontrolle
- Geltungskontrolle
- Inhaltskontrolle

Bei Verbrauchergeschäften sind überdies die § 6 Abs 1 und 2 KSchG sowie das Transparenzgebot gem § 6 Abs 3 KSchG zu beachten.

§ 6 Abs 3 KSchG:

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist.

Unklar ist eine Formulierung etwa dann, wenn Fachbegriffe und Abkürzungen verwendet werden, die der Durchschnittsverbraucher nicht kennt.⁹³ Genauso können auch ein unübersichtlicher Aufbau sowie eine mangelhafte Gliederung dazu beitragen, den Inhalt zu verschleiern und somit zur Unwirksamkeit der AGB führen.

Undeutliche Äußerungen gehen stets zulasten desjenigen, der sich derselben bedient hat.⁹⁴

⁹³ RIS-Justiz RS0126158.

⁹⁴ Siehe § 915 ABGB.

1.6.1 Einbeziehungskontrolle

Zuallererst ist zu prüfen, ob die AGB überhaupt Vertragsinhalt wurden. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die AGB sowohl ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) als auch schlüssig (stillschweigend) vereinbart werden können. Für eine schlüssige Vereinbarung wird allerdings vorausgesetzt, dass dem Kunden deutlich erkennbar war, dass das Unternehmen lediglich unter Einbeziehung der AGB zum Vertragsabschluss bereit ist und der Kunde die Möglichkeit hatte, in die AGB einzusehen.⁹⁵

Die AGB müssen folglich zumindest für den Kunden zugänglich sein. Von essenzieller Bedeutung ist die Möglichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme. Es genügt nicht, dass die AGB auf der Rückseite eines Angebots abgedruckt sind, ohne dass im Angebot selbst ein Hinweis auf diese AGB enthalten ist bzw in der mündlichen Verhandlung darauf verwiesen wird, da der Kunde nicht damit rechnen muss.⁹⁶ Genauso wenig können AGB zur Anwendung kommen, welche erst auf dem Lieferschein oder der Rechnung abgedruckt sind.⁹⁷

1.6.2 Geltungskontrolle von Vertragsbestimmungen

Wurden AGB wirksam Vertragsinhalt, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, ob einzelne ungewöhnliche oder nachteilige Klauseln enthalten sind. Die Geltungskontrolle der AGB-Klauseln ist in § 864a ABGB geregelt.

§ 864a ABGB:

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Eine Bestimmung ungewöhnlichen Inhaltes liegt dann vor, wenn die Regelung entweder üblicherweise nicht in AGB getroffen wird oder zwar üblich ist, allerdings nicht an der konkreten Stelle. Mit anderen Worten, überraschende bzw versteckte Klauseln werden nicht Vertragsinhalt.

Bei der Beurteilung gegenständlicher Tatbestandsmerkmale kommt es letztlich nicht ausschließlich auf den Inhalt der Vertragsklausel an – dieser wird im Rahmen des § 879 ABGB geprüft. Vielmehr gibt die Positionierung im Vertragsgefüge den Ausschlag, ob eine Klausel iSd § 864a ABGB ungewöhnlichen Inhaltes ist oder nicht.

⁹⁵ RIS-Justiz RS0014506.

⁹⁶ OGH 9. 10. 1980, 7 Ob 592/80.

⁹⁷ OGH 2 Ob 606/84 RdW 1985, 244 = ZVR 1985/86.

Beispiel:

§ 864a ABGB kommt etwa dann zur Anwendung, wenn in den besonderen technischen Vertragsbestimmungen, spezifische rechtliche Regelungen (zB über Schadenersatzforderungen oder Abänderungen im Gewährleistungsrecht) verankert sind und dort zu Lasten des AN abgeändert werden, obwohl im Bauvertrag rechtliche Aspekte in einem eigenen Teil (allgemeine Vertragsgrundlagen) behandelt werden.

Erfüllen Vertragsklauseln die Bestimmungen des § 864a ABGB, werden sie nicht Vertragsbestandteil. Sie gelten somit als nicht vereinbart, mit der Konsequenz, dass eine Anfechtung bzw Anpassung nicht notwendig ist.

1.6.3 Inhaltskontrolle

Wurden AGB gültig vereinbart, ist in weiterer Folge der Inhalt der Bestimmungen zu überprüfen. Die Inhaltskontrolle ist in § 879 Abs 3 ABGB geregelt.

§ 879 Abs 3 ABGB

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

§ 879 (3) ABGB umfasst vertragliche Nebenbestimmungen. Vertragsbestimmungen, die der unmittelbaren Festlegung der Hauptleistungspflichten dienen, sind der Inhaltskontrolle des § 879 (3) entzogen. Für die Kontrolle der Hauptleistungspflichten sieht das ABGB andere Rechtsinstitute wie etwa Wucher, Leasio enormis (Verkürzung über die Hälfte) und Irrtum vor.

Beispiel:

Die Regelung des Werklohns kann nicht im Zuge der AGB-Prüfung angefochten werden, selbst wenn die Höhe des Entgelts überzogen und somit für den Besteller gröblich benachteiligend ist.

Dabei ist zu beachten, dass Hauptleistungen sehr eng zu verstehen sind. Der Ausschluss der Inhaltskontrolle beschränkt sich somit auf den engsten Kern der Leistungszusage. Bestimmungen, welche die Hauptleistung nur ausgestalten, modifizieren oder einschränken, unterliegen als Nebenbestimmungen sehr wohl der Inhaltskontrolle des § 879 (3) ABGB.

§ 879 (3) ABGB schützt den in der Regel schwächeren Vertragsteil gegen einen Missbrauch der Privatautonomie bzw Dispositionsfreiheit im Privatrecht, indem er „gröblich benachteiligende“ Klauseln in AGB mit Nichtigkeit bedroht. Als Maßstab kann etwa das dispositive Recht sowie der Klauselkatalog gem § 6 KSchG herangezogen werden. Eine gröbliche Benachteiligung kann demnach vorliegen, wenn ohne sachliche Rechtfertigung vom dispositiven Recht abgewichen wird, jedenfalls aber dann, wenn die

dem Vertragspartner zugewiesene Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des Verwenders steht.⁹⁸ Diesbezüglich ist das Vertragsgefüge als Ganzes zu betrachten. UU steht einer nachteiligen Klausel eine Vielzahl von für den Vertragspartner günstigen Bedingungen gegenüber, welche den Nachteil mehr als ausgleichen. Jedenfalls bedarf die Feststellung einer „gröblichen Benachteiligung“ einer Einzelfallbetrachtung mit juristischem sowie technischem Fachwissen.

Werden die AGB oder einzelne Klauseln aufgrund der AGB-Kontrolle (Einbeziehungskontrolle, Geltungskontrolle, Inhaltskontrolle) für unzulässig erachtet, hat dies die Nichtigkeit dieser Klauseln zur Folge, was bedeutet, dass dies zur Gänze unberücksichtigt bleiben müssen. Entsteht eine Vertragslücke, ist diese lediglich bei sonstiger Undurchführbarkeit des Vertrags zum Nachteil des Verbrauches durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.⁹⁹ In allen anderen Fällen entfällt die Klausel ersatzlos, wobei der restliche Vertrag aufrecht bleibt (Salvatorische Klausel).

1.7 Vertragsabschluss

Im Rahmen dieses Kapitels werden die wesentliche Vorgänge bis zum Abschluss des Bauvertrages in formeller Hinsicht behandelt. Im Zuge dessen wird auch näher auf die Formerfordernisse eingegangen.

1.7.1 Anfrage

Die Anfrage zum Abschluss eines Bauwerkvertrags, mit anderen Worten die Ausschreibung, wird vom Besteller formuliert. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die technischen Spezifikationen (LV), sowie möglicherweise Unterlagen zu kaufmännischen (Rechnungsabwicklung, Zahlungsziel) und rechtlichen (AGB des Bestellers, ...) Bestimmungen. Das Leistungsverzeichnis bildet den Leistungsumfang ab, welcher im Angebot des Bieters zu berücksichtigen ist. Mit der Anfrage des Bestellers geht noch keine Bindungswirkung einher. Im rechtlichen Sinn wird von einer „*invitatio ad offerendum*“ gesprochen, also eine Einladung des AG an einen oder mehrere Bieter, ein Angebot zu legen. Das bedeutet, dass der Bieter, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, keine Ansprüche im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Anfrage und der Legung des Angebots gegen den Besteller geltend machen kann. Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gilt, dass die Kosten für die Erstellung des Angebotes grundsätzlich nicht vergütet werden.¹⁰⁰ Werden hingegen besonderer Ausarbeitungen verlangt, steht den Bietern hierfür eine angemessene

⁹⁸ OGH 1 Ob 581/83 SZ 56/62.

⁹⁹ OGH 9 Ob 85/17s Zak 2018/361 = VbR 2018/75 = ÖBA 2018/2494 (Faber) = RdW 2018/417 (Vonklich/Knoll) = ÖJZ 2018/128 (Faber) = EvBl 2018/146 = ecolex 2019/86 (Schoditsch) = ÖJZ 2019/73 (Angyan/Pehm) = JBl 2019,623 (Told) = GPR 2019,215 (Faber, Rechtsprechungsübersicht) = ÖJZ 2020/95 (Spitzer).

¹⁰⁰ Siehe § 130 Abs 1 BVerG 2018.

Vergütung zu.¹⁰¹ Die Kalkulation und alle hierzu erforderlichen Vorarbeiten, das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses und die Erstellung von Alternativ- oder Abänderungsangeboten sind allerdings nicht als besondere Ausarbeitungen anzusehen. Bei Widerruf des Vergabeverfahrens vor Ablauf der Angebotsfrist kann ebenfalls eine entsprechende Vergütung geboten sein. Wird ein Vergabeverfahren dagegen nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen, sind hinsichtlich einer etwaigen Vergütung lediglich jene Bieter zu berücksichtigen, die ein Angebot gelegt haben, das der Ausschreibung entspricht.¹⁰²

Bei Verbrauchern gilt gem § 5 KSCHG, dass für die Erstellung eines Angebotes (= Kostenvoranschlag im Sinne des § 1170a ABGB) durch den Unternehmer nur dann ein Entgelt vom Verbraucher zu zahlen ist, wenn der Verbraucher vorher auf diese Zahlungspflicht ausdrücklich hingewiesen wurde.

1.7.2 Verhandlungen

Außerhalb des Geltungsbereichs des BVergG 2018 lassen sich zwei verschiedene Zeitpunkte für Verhandlungen unterscheiden:

- 1.) Verhandlungen vor Legung des Angebotes
- 2.) Verhandlungen nach Angebotslegung

ad 1.) Verhandlungen vor Legung des Angebotes

Ergeben sich bei der Angebotsbearbeitung offene Fragen in technischer Hinsicht, kann das Herantreten an die ausschreibende Stelle bereits vor Legung des Angebots erforderlich sein. Genauso ist eine Aufklärung seitens des Bestellers geboten, wenn dieser den Leistungsumfang während der Angebotsfrist abändert. Ziel dieser Verhandlungen ist nicht der Vertragsabschluss, sondern vielmehr die technische Klärung für die Angebotslegung. Aus rechtlicher Hinsicht sind diese vorvertraglichen Verhandlungen ohne Belang, da zu diesen Zeitpunkt noch keine rechtsverbindlichen Erklärungen abgegeben werden. Allerdings werden in solchen Gesprächen häufig wesentliche Punkte wie etwa Leistungsumfang und Leistungsziel konkretisiert bzw geändert, die in dieser Detaillierungstiefe möglicherweise weder im Angebot noch in den Vertragsunterlagen zu finden sind. Daher sollte der Inhalt dieser Verhandlungen gut und nachvollziehbar dokumentiert sein. Es ist gängige Praxis, dass das Verhandlungsprotokoll ausdrücklich als Vertragsbestandteil im eigentlichen Werkvertrag bezeichnet wird.

¹⁰¹ Siehe § 130 Abs 2 BVergG 2018.

¹⁰² Siehe § 130 Abs 3 BVergG 2018.

ad 2.) Vertragsverhandlungen nach Angebotslegung

Die Situation von Verhandlungen nach einer Angebotslegung ist grundsätzlich von der Motivation beider Vertragspartner geprägt, zu einem Vertragsabschluss zu kommen. Seitens des Bieters liegt bereits ein verbindliches Angebot vor. Zu diesem Zeitpunkt werden letzte Details etwa hinsichtlich der Vergütung geklärt. Die Verhandlungspartner können sich etwa darauf einigen, auf Basis des ausgepreisten Leistungsverzeichnisses eine Pauschalvergütung festzusetzen und somit einen sog „unechten Pauschalpreisvertrag“ zu schließen.

In diesem Stadium sind mündliche Erklärungen in rechtlicher Hinsicht verbindlich und entfalten die gleiche rechtliche Wirkung wie eine schriftliche Erklärung. Das bedeutet, dass eine Einigung in einer Verhandlung in Bezug auf wesentliche Punkte bereits für beide Verhandlungspartner eine Bindungswirkung nach sich zieht. Wird der Abschluss des Vertrages noch von zu klärenden Fragen abhängig gemacht, sind diese Bedingungen schriftlich zu dokumentieren. Zu Beweis Zwecken sollte im Anschluss an sämtliche Verhandlungen jeweils ein umfassendes Protokoll erstellt und von beiden Verhandlungspartner unterschrieben werden.

1.7.3 Angebot

Ein Angebot ist der bindende Vorschlag bzw die Willenserklärung des Angebotslegers, einen Vertrag bestimmten Inhalts abschließen zu wollen.¹⁰³ Das Angebot wird auch als Anbot, Offert oder Antrag bezeichnet. Der Angebotsleger ist prinzipiell im Umfang seiner Erklärung für einen gewissen Zeitraum dem Empfänger gegenüber gebunden.

Es steht ihm auch frei, zu erklären, dass er sich nicht binden will.

Beispiel:

Unser Angebot ist unverbindlich / Unser Angebot ist freibleibend.

Das abgegebene Angebot ist in diesem Fall für den Angebotsempfänger eher als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes seinerseits zu werten, wobei damit für den Angebotsleger im Gegensatz zur sog „invitatio ad offerendum“ eine Reaktionspflicht einhergeht.

Beispiel:

Legt der Angebotsempfänger ein Angebot und reagiert der Angebotsleger nicht auf dieses, ist sein Schweigen als konkludente Annahme zu werten. Somit kommt der Vertrag gültig zustande. Bei einer invitatio ad offerendum kommt dagegen bei Stillschweigen kein Vertrag zustande, da eine gültige Annahmeerklärung fehlt.

¹⁰³ Siehe § 861 ABGB.

Das Angebot bindet in allen anderen Fällen den Angebotsleger für die Dauer der Gültigkeit. Die Bindungsdauer kann explizit im Angebot enthalten sein.

Beispiel:

Das Angebot steht bis zum 30.04. dieses Jahres.

In Ermangelung einer konkreten Angabe im Angebot sind die gesetzlichen Regelungen zu beachten. § 862 ABGB regelt diesbezüglich, dass über mündlich gemachte Angebote sogleich zu entscheiden ist (faktisch keine Bindungswirkung), schriftliche Angebote dagegen so lange verbindlich sind, wie unter Berücksichtigung der Art der Übersendung (Post, Fax, E-Mail) sowie einer angemessenen Bedenkzeit mit einer Annahme gerechnet werden darf (doppelter Postweg + Bedenkzeit).

Vor dem Zugang beim Empfänger kann ein Angebot jederzeit widerrufen werden.¹⁰⁴ Wenn das Angebot allerdings bereits zugegangen ist, kann der Angebotsleger es nicht einseitig abändern oder sich von diesem lösen. Sollte der Besteller das Angebot vor Fristablauf ablehnen, so erlischt die Bindungswirkung augenblicklich. Nimmt der Besteller das Angebot rechtzeitig an, so führt dies unmittelbar zum Vertragsschluss. Dies gilt allerdings nur, wenn es inhaltlich unverändert akzeptiert wird. Die Rücksendung eines geänderter Angebots stellt hingegen ein Gegenangebot dar. Es liegt im Ermessen des Empfängers, das Gegenangebot in dieser Form anzunehmen oder nach weiteren Abänderungen ein erneutes Gegenangebot zu legen. Die Positionen des Angebotserstellers und des Empfängers wechseln so lange bis Konsens über den Vertragsinhalt besteht.

1.7.4 Vertragsabschluss

Jeder Vertragsabschluss setzt das Vorliegen eines gültigen Angebots, sowie dessen rechtzeitige Annahme durch den Besteller voraus. Darüber hinaus müssen Angebot und Annahme alle wesentlichen Inhalte des von den Parteien ins Auge gefassten Vertragstyps aufweisen.

Beispiel:

Ein Einheitspreisvertrag setzt konkrete Einheitspreise für sämtliche Positionen voraus.

Ein Vertrag kommt dann wirksam zustande, wenn sich Angebot und Annahme ohne Widersprüche decken, andernfalls liegt Dissens vor, mit der Konsequenz, dass gar keine Rechtswirkungen entstehen. Dissens ist im Zweifel schon dann gegeben, wenn über einzelne Punkte, die zum Gegenstand der Vertragsverhandlungen gemacht wurden, Uneinigkeit herrscht.

¹⁰⁴ OGH 1 Ob 149/54 SZ 27/110.

Beispiel:

Retourniert der AN das von ihm ausgepreiste LV und erklärt er sich mit den AGB des AG einverstanden (Angebot) so wird mit der Auftragserteilung durch den AG der Bauvertrag perfekt. Dissens läge vor, wenn der AN einzelne Vertragsbedingungen ablehnen würde und der AG in seiner Bestätigung den Auftrag dennoch „zu den geltenden AGB“ erteilen würde. Folglich kommt es zu keinem Vertragsabschluss, wenn sich der AN mit einzelnen Bestimmungen in den AGB nicht einverstanden erklärt.

Eine Ausnahme davon bildet die stillschweigende Zustimmung.

Beispiel:

Der AG verweist vor Vertragsabschluss auf seine AGB, macht sie somit explizit zum Bestandteil des Vertrages und händigt dem AN den seinerseits unterzeichneten Werkvertrag (oder häufig auch als „Auftragsschreiben“ betitelt) aus. Dieser widerspricht daraufhin den genannten Bedingungen nicht ausdrücklich, sondern beginnt fristgerecht mit der Ausführung, ohne den Auftrag gegengezeichnet zu haben. Diese Handlung ist als konkludente (schlüssige) Zustimmung zum Vertrag und den darin genannten Bedingungen zu werten.

Gegebenenfalls kann ein Irrtum über den Inhalt des Vertrages oder einzelner Bestimmungen vorliegen, welcher prinzipiell zur Anfechtung berechtigt. Ein Irrtum über den Inhalt bestimmter Positionen im LV ändert allerdings am Abschluss des Vertrages nichts. Die Praxis zeigt, dass eine Irrtumsanfechtung bei Werkverträgen lediglich eine sehr untergeordnete Rolle spielt.

Sind sich die Vertragspartner über das tatsächlich Gewollte einig, spielt es hinsichtlich der Gültigkeit des Vertrages keine Rolle, ob sie es im Vertrag richtig bezeichnet haben. Im juristischen Sprachgebrauch wird diesbezüglich von „falsa demonstratio non nocet“ gesprochen (lateinisch für „eine falsche Bezeichnung schadet nicht“).

Beispiel:

Die Vertragsparteien betitelten den von ihnen geschlossenen Bauvertrag unrichtigerweise als „Pauschalpreisvertrag“. Dem Vertragsabschluss lag jedoch ein Kostenvoranschlag mit ausgewiesenen Einheitspreisen zugrunde und aus dem Vertrag lässt sich erkennen, dass die Parteien eine Abrechnung nach tatsächlichen Mengen beabsichtigt haben. Die falsche Bezeichnung „Pauschalpreisvertrag“ ändert nichts am gültigen Zustandekommen des Vertrages und an der Abrechnung nach Aufmaß.

1.7.4.1 Exkurs: Formvorschriften

Gesetzliche oder vertragliche Formerfordernisse können ganz unterschiedliche Zwecke verfolgen.¹⁰⁵ Unabhängig von den Formvorschriften im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages bezweckt die konkret vorgesehene Form in vielen Fällen eine gewisse Rechtssicherheit in Bezug auf die zu setzenden Rechtshandlungen. Einerseits wird dem Vertragspartner etwa die Übernahme von diversen Risiken erst richtig bewusst, wenn dieser eine schriftliche Erklärung abzugeben hat und andererseits stellt dieses Vorgehen die Beweisbarkeit rechtserheblicher Vorgänge sicher.

Beispiel:

Warnt der Fliesenleger den AG in schriftlicher Form, dass der Estrich zum Zeitpunkt der geplanten Verlegearbeiten noch zu feucht ist, liegt es in der Entscheidungsfreiheit des AG, die Arbeiten zu verschieben und somit Mehrkosten aufgrund des Zeitverlustes durch die Umdisponierung zu verursachen oder den konkreten Auftrag zu erteilen, dass die geplanten Arbeiten dennoch durchzuführen sind, mit der Übernahme der damit zusammenhängenden Risiken. Diese Anweisung hat schriftlich zu erfolgen. Sollte sich der AG für zweite Möglichkeit entscheiden und kommt es aufgrund der vom AN gemeldeten zu hohen Feuchtigkeit zu Schäden, hat der AN dafür keine Gewähr zu leisten, zumal er der Prüf- und Warnpflicht nachgekommen ist.

Ist der Bauvertrag unter Einbeziehung der ÖNORM B 2110 abgeschlossen worden, haben AG und AN in vielen Fällen die von der Norm vorgesehenen Schriftformgebote zu beachten.¹⁰⁶ Schriftlichkeit ist etwa vorgesehen für die Mitteilung von Bedenken (Warnung) des AN gegen die vorgesehene Art der Bauausführung sowie für die gesamte Baudokumentation.¹⁰⁷ Schriftlich hat auch die Zustimmung des AG zur Erbringung von nicht im Leistungsumfang enthaltenen Ausführungsarbeiten zu erfolgen.¹⁰⁸ Weicht die Zahlung des AG vom Rechnungsbetrag ab, hat dieser dem AN die Gründe für die Differenz ebenso schriftlich bekannt zu geben.¹⁰⁹ Genauso sind Änderungen des Vertrages in Schriftform festzuhalten.¹¹⁰ Hinsichtlich der Schriftlichkeitserfordernisse zu Beweis Zwecken, etwa bei der Prüf- und Warnpflicht, ist eine eigenhändige Unterschrift nicht erforderlich, sondern es kommt vielmehr auf die Form der Übermittlung

¹⁰⁵ Rummel in Rummel, ABGB³ § 886 Rz 8.

¹⁰⁶ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 420.

¹⁰⁷ Pkt 6.2.4.1 und 6.2.7 ÖNORM B 2110.

¹⁰⁸ Pkt 7.5.1 ÖNORM B 2110.

¹⁰⁹ Pkt 8.4.2 ÖNORM B 2110.

¹¹⁰ Pkt 5.7 ÖNORM B 2110.

des Inhalts an. Soll einer Erklärung eine rechtsgestaltende Wirkung zukommen, ist eine Unterzeichnung des Erklärenden dagegen unumgänglich.

Beispiel:

Macht der AG nach Vertragsabschluss von seinem Leistungsänderungsrecht nach der ÖNORM B 2110 Gebrauch, hat die Vertragsänderung jedenfalls schriftlich zu erfolgen. Darüber hinaus bringt dieses Schreiben eine Willenserklärung zum Ausdruck, was eine eigenhändige Unterschrift des Erklärenden erfordert.

In beiden Fällen muss die Identifikation des Vertragspartners zweifelsfrei möglich sein. Aus dem Verweis in Pkt 3 der ÖNORM B 2110 auf die Bestimmungen des BVergG 2018 ergibt sich insoweit eine Klarstellung, als auch in elektronischer Form übermittelte Urkunden der von der ÖNORM B 2110 geforderten Schriftlichkeit genügen.¹¹¹

Mit Schwierigkeiten zu rechnen ist etwa dann, wenn von den Vertragsparteien für bestimmte Rechtshandlungen die Einhaltung einer besonderen Form vorgesehen wurde, tatsächlich jedoch Abreden getroffen werden, die dem vertraglich auferlegten Formerfordernis nicht entsprechen. In Bauverträgen findet sich nicht selten die Regelung, wonach Änderungen oder Ergänzungen des Vertragswerks der Schriftform bedürfen.

Aufgrund der Vertragsfreiheit (Grundsatz der Privatautonomie) ist es allerdings jederzeit möglich, von einem ursprünglich vereinbarten Formerfordernis einvernehmlich abzuweichen.¹¹²

Beispiel:

Ist im Bauvertrag festgelegt, dass Vereinbarungen über die Ausführung zusätzlicher Leistungen der Schriftform bedürfen, können AG und AN dennoch mündlich eine Einigung über Zusatzaufträge treffen. Der Vereinbarung stünde auch nichts entgegen, wenn ein Abgehen von der Schriftlichkeit zuvor vertraglich explizit ausgeschlossen worden wäre.

In Bezug auf bauvertragliche Formgebote folgt, dass ein Formverstoß jedenfalls dann folgenlos bleibt und auf die Gültigkeit der Handlung keinen Einfluss hat, wenn die Förmlichkeit bloß auf die Information des Vertragspartners abzielt oder zum Zweck der Beweiserleichterung vereinbart worden ist, und der betreffende Vertragspartner seinen Verpflichtungen auf anderem Wege tatsächlich nachkommt. Ist der AN etwa zur schriftlichen Warnung des AG angehalten, verletzt er nicht deshalb die ihm auferlegte Warnpflicht, weil er die Warnung gegenüber dem AG mündlich erklärt.¹¹³

¹¹¹ Siehe § 2 Z 31 BVergG 2018.

¹¹² *Kozio/Welser*, Grundriss I¹³, 191; vgl auch OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28; 8 Ob 661/90 WoBl 1991/42.

¹¹³ *I. Welsler*, In Österreich wie in der Schweiz: Mängel von Baustoff und Baugrund – „Jolly Jocker“ jedes Bauprozesses, ZfRV 2006/31, 203 (207); *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 645.

Es wäre geradezu unverhältnismäßig, würde an die schlichte Nichteinhaltung der Schriftform die strengen Rechtsfolgen einer Warnpflichtverletzung geknüpft werden, obwohl der AG vom AN ohnedies über die Risiken der geplanten Ausführung in Kenntnis gesetzt worden ist. Zudem wird es schon am Willen der Vertragsparteien fehlen, der Schriftform rechtserhebliche (konstitutive) Wirkung beizumessen. Dies ändert selbstverständlich nichts an der dem AN obliegenden Beweislast hinsichtlich der Erfüllung der Warnpflicht. Eine schriftliche Warnung ist deshalb stets zu empfehlen.

1.7.4.2 Wirksamkeit der Erklärung

Rechtsgeschäfte – und damit Verträge – sind im Allgemeinen an keine besondere Form gebunden.¹¹⁴ Sie können in jeder denkbaren Form abgeschlossen werden, allen voran schriftlich, per Telefax oder elektronisch (E-Mail), wobei auch mündliche Verträge wirksam sind (allgemeine Formfreiheit).¹¹⁵ In bestimmten Fällen sind von Gesetzes wegen besondere Formerfordernisse vorgesehen (zB notariatsaktpflichtige Rechtshandlungen).¹¹⁶ Ebenso haben die Parteien eines Vertragsverhältnisses die Möglichkeit, die Anforderungen an die Form von Erklärungen oder sonstigen Handlungen (zB Mitteilungen oder Dokumentationen) vertraglich festzulegen.¹¹⁷

Im Bereich des Bauvertragsrechts existieren keine besonderen gesetzlichen Formvorschriften.¹¹⁸ Entsprechend der Grundregel des § 883 ABGB können Bauaufträge in jeder erdenklichen Form abgeschlossen werden, somit neben der Schriftform auch mündlich, gegebenenfalls sogar schlüssig. Bloßem Schweigen wird prinzipiell kein Erklärungswert beigemessen.¹¹⁹ Stillschweigendes Verhalten kann aus rechtlich Sicht allerdings von Relevanz sein, wenn aus den Begleitumständen eindeutig hervorgeht, dass eine vertragliche Bindung gewollt ist. § 863 ABGB stellt an diese Art der Zustimmung strenge Anforderungen:

(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

(2) In bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

¹¹⁴ Rummel in Rummel, ABGB³ § 883 Rz 1.

¹¹⁵ Siehe § 883 ABGB.

¹¹⁶ Koziol/Welser, Grundriss I¹³, 185 ff.

¹¹⁷ Siehe § 884 ABGB.

¹¹⁸ OGH 7 Ob 265/00x bbl 2001/85.

¹¹⁹ OGH 1 Ob 673/79 SZ 52/120.

Als derartige Verhaltensweisen wird zu werten sein, wenn der AN ein schriftliches Zusatzangebot legt und der AG diesem zwar nicht ausdrücklich zustimmt, aber die Ausführung der Leistung widerspruchslos entgegennimmt.¹²⁰ Über die zusätzliche Leistung kommt in diesem Fall schlüssig ein Vertrag zustande, mit der Folge, dass der AG für die erbrachte Bauleistung (in Ermangelung einer Vergütungsregelung im Vertrag) ein angemessenes Entgelt nach § 1152 ABGB schuldet.

Wird ein Auftrag mündlich erteilt, ist aus Gründen der Dokumentation und Beweisbarkeit zu empfehlen, das Vereinbarte schriftlich festzuhalten und vom Vertragspartner unterfertigen zu lassen.

Es ist gängige Praxis, dass nach Klärung der wesentlichen Vertragspunkte fristgerecht mit der Ausführung begonnen wird. Der eigentliche Werkvertrag in schriftlicher Ausführung wird allerdings häufig erst Monate später unterzeichnet.

Beispiel:

Die Einlegearbeiten des Elektrikers, welche bereits in der Rohbauphase zu erfolgen haben, werden in vielen Fällen ohne schriftliche Auftragserteilung ausgeführt. Der Werkvertrag wird nach mehreren Verhandlungsrunden zur Klärung der Vertragsbedingungen der restlichen Bauleistung erst vor oder während der Ausführung in der Ausbauphase des Bauprojekts unterfertigt.

Weicht der Inhalt von der mündlichen Vereinbarung ab, stellt sich die Frage, ob für die Rechtsbeziehung der Parteien das mündlich festgelegte oder das im Bestätigungsschreiben Angeführte maßgeblich ist. Im Regelfall wird das Bestätigungsschreiben lediglich eine Beweisurkunde darstellen, die über den Abschluss und den Inhalt des Vertrages Auskunft gibt. Allenfalls könnte sich daraus auch eine Abänderung des mündlichen Vertrages ergeben, wenn das abweichende Schreiben vom anderen Vertragsteil vorbehaltlos zur Kenntnis genommen wird.

Sind die Parteien eines Vertragsverhältnisses übereingekommen, über das in Aussicht gestellte Geschäft eine Vertragsurkunde zu errichten (Formvorbehalt), wird gem § 884 ABGB vermutet, dass vor Errichtung der Urkunde keine vertragliche Bindung gegeben sein soll. Im Zweifel ist somit jeder vertragliche Formvorbehalt als Gültigkeitsvoraussetzung zu werten.¹²¹ Behalten sich AG und AN im Rahmen von Gesprächen die Abfassung eines schriftlichen Vertragsdokuments vor, kommt folglich vor Erstellung und Unterfertigung der Urkunde kein Bauvertrag zustande, auch wenn über die wesentlichen Punkte des Auftrags mündlich eine Einigung vorliegt. Das Gesetz stellt diesbezüglich lediglich eine Vermutung auf, so dass durchaus auch Gegenteiliges der Fall sein kann. Das Erfordernis des

¹²⁰ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 228; Rummel in Rummel, ABGB³ §861 ABGB Rz 4.

¹²¹ Rummel in Rummel, ABGB³ § 884 Rz 1.

späteren schriftlichen Vertragsschlusses findet sich häufig in Ausschreibungsunterlagen.

Vertragliche Rechte und Pflichten werden bereits begründet, wenn AG und AN zwar noch nicht den endgültigen Vertragstext, aber ein vorläufiges schriftliches Konzept (eine sog Punktation) erstellt und unterfertigt haben, welches die Hauptpunkte des Bauauftrags enthält.¹²² Je nach Inhalt der Punktation ergeben sich die Rechte und Pflichten unmittelbar aus dem vorläufigen Vertragsdokument. Die später errichtete Urkunde ersetzt in diesem Fall den bloß vorläufigen Text.

Als wichtigstes Formerfordernis ist, wohl nicht nur im Baugeschehen, die einfache Schriftform/Schriftlichkeit anzutreffen.¹²³ Das Gesetz versteht darunter die Zeichnung eines bestimmten Vertrags- bzw Erklärungstextes¹²⁴ mit der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden.¹²⁵ Die Zeichnung mittels Unterschrift hat in einer Weise zu erfolgen, welche die Identifikation des Erklärenden gewährleistet, sodass eine Unterschrift nur mit dem Vor- oder Familiennamen oder mit einem Firmenkürzel ausreichend sein kann.¹²⁶ Auf die Leserlichkeit der Unterschrift kommt es nicht an. Eigenhändig ist die Unterschrift, wenn sie handschriftlich geleistet wird. Ob diesem Erfordernis Genüge getan ist, wenn die Kopie einer Originalurkunde vorgelegt wird oder eine solche mittels Telefax oder auf andere Weise (zB als pdf-Dokument im Anhang einer E-Mail) übersandt wird, ist nach hA¹²⁷ anhand des Zwecks des jeweiligen Formgebots zu beurteilen. Die Erfüllung der Form wird in den meisten Fällen zu bejahen sein. Zu beachten ist, dass die Unterschrift idR nur den räumlich oberhalb der Signatur stehenden Teil des Textes deckt.¹²⁸ Bei mehrseitigen Dokumenten gilt folglich, dass die Signatur am Ende der letzten Seite zu setzen ist.

Der Schriftlichkeit im Sinn des § 886 ABGB gleichgestellt ist seit Inkrafttreten des SigG¹²⁹ die „qualifizierte elektronische Signatur.“¹³⁰ Sofern dies im Geschäftsverkehr üblich ist, kann anstelle einer eigenhändigen Unterschrift ebenso mit einer „Nachbildung“ des Firmen- oder Namenszugs (Firmenstempel, Firmenzeichnung) formgültig unterfertigt werden.¹³¹ Soll ein Vertrag nach dem Gesetz oder nach dem Willen der Parteien schriftlich abgeschlossen werden, bedarf es zum formgültigen Vertragsabschluss

¹²² Siehe § 885 ABGB.

¹²³ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³, 185 ff.

¹²⁴ OGH 7 Ob 571/95 RdW 1996, 203.

¹²⁵ Siehe § 886 ABGB.

¹²⁶ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar Band 4³ (2005) § 886 Rz 9.

¹²⁷ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³, 186; *Rummel*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 525/93, JBl 1994, 121 (121).

¹²⁸ OGH 2 Ob 538/78 SZ 51/85.

¹²⁹ Bundesgesetz über elektronische Signaturen (Signaturgesetz - SigG), BGBl I 50/2016 idF I 27/2019.

¹³⁰ Siehe § 4 Abs 2 SigG; siehe zur Definition der qualifizierten elektronischen Signatur auch § 2 Z 3a SigG: eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruht und von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt wird.

¹³¹ Siehe § 886 Satz 3 ABGB.

entweder der Zeichnung aller Beteiligten auf einer Urkunde oder es sind jeweils unterfertigte Angebots- und Annahmeerklärungen auszutauschen.¹³²

Der Begriff der firmenmäßigen Unterfertigung ist von der rechtsverbindlichen Unterschrift zu unterscheiden. Firmenmäßig unterfertigt ist dann, wenn die gem Firmenbuch erforderliche Anzahl von Unterschriften der zeichnungsberechtigten Personen vorliegt. Eine firmenmäßige Unterschrift ist immer eine rechtsverbindliche Unterschrift. Allerdings kann auch eine nicht firmenmäßige Zeichnung rechtsverbindlich sein, und zwar dann, wenn etwa eine entsprechende Vollmacht vorliegt.

Die Anforderungen an das Schriftformerfordernis nach der ÖNORM B 2110 werden sich wohl mit jenen des ABGB decken, sofern es den Abschluss oder eine nachträgliche Änderung des Vertrages betrifft. Die Erfüllung des Formgebots verlangt demnach die eigenhändige Unterschrift oder die firmenmäßige Unterfertigung des Textes.

Folge der Missachtung von Formvorschriften ist prinzipiell die Nichtigkeit bzw Unwirksamkeit der betreffenden (Rechts-)Handlung.¹³³ Das bedeutet, dass der Vertrag von vornherein nicht zustande kommt. Dieser Grundsatz unterliegt in der Praxis bedeutenden Einschränkungen, weshalb eine differenzierte Beurteilung angebracht ist. In der Baupraxis ist daher ein Abgehen vom Schriftformgebot möglich, jedoch obliegt dem Erklärenden der Beweis, dass die entsprechende Rechtshandlung auch tatsächlich stattgefunden hat.

1.7.4.3 Zugang der Erklärung

Rechtsgeschäftliche Erklärungen müssen rechtzeitig (innerhalb der Annahmefrist) dem Empfänger zugehen, um Wirksamkeit zu entfalten.¹³⁴ Zugegangen ist eine Erklärung nach hA, wenn der Empfänger von deren Inhalt Kenntnis erlangt hat oder die Erklärung so in dessen „Machtbereich“ gelangt, dass nach den Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹³⁵ Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es insoweit nicht an. Übersendet der AG eine Auftragsbestätigung/ein Bestellschreiben daher auf dem Postweg, ist dieses mit unmittelbarer Zustellung respektive mit dem Einwurf in den Firmenpostkasten zugegangen, soweit Letzteres nicht zu einer Zeit erfolgt, zu der mit der Kenntnisnahme nicht mehr gerechnet werden darf (etwa außerhalb der Geschäftszeiten).¹³⁶

¹³² *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 886 Rz 2.

¹³³ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 883 Rz 7.

¹³⁴ Siehe § 862a ABGB.

¹³⁵ OGH 8 Ob 254/94 EvBl 1995/43; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 862a Rz 3 mwN.

¹³⁶ OGH 9 ObA 55/95 SZ 68/85 = JBI 1996, 128; *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³, 112.

Bei Einlangen zu „unüblichen“ Zeiten ist der Zugang der Postsendung zum jeweils nächstfolgenden Zeitpunkt anzunehmen, zu welchem davon ausgegangen werden kann, dass der Empfänger vom Inhalt Kenntnis erlangen wird (zB Beginn des nächsten Werktags). Eine eingeschriebene Briefsendung gilt – bei Abwesenheit des Empfängers – nicht schon mit Hinterlassung des Benachrichtigungszettels, sondern mit dem ersten Tag als zugegangen, an dem diese zur Abholung bereitliegt.¹³⁷ Ein Auftrag kann ohne Weiteres an befugte Vertreter des AN (zB Mitarbeiter, Geschäftsführer oder Prokurist) mit Zugangswirkung erteilt oder zugestellt werden.¹³⁸

Schickt der AG ein Telefax, gilt der vollständige Signaleingang beim Empfänger (AN) als Zeitpunkt des Zugangs, sofern die Übertragung während der Geschäftszeiten erfolgt.¹³⁹ Außerhalb der Geschäftszeiten gilt der nächstfolgende Geschäftstag als Zugangszeitpunkt. Bei vertraglichem Schriftformgebot liegt das Risiko der Übertragung des Telefaxes nach hL und Rsp im Gefahrenbereich des Versenders.¹⁴⁰ Jedoch fällt eine erwiesene Störung des Empfangsgerätes in den Risikobereich des Empfängers.¹⁴¹

Auch ein per E-Mail übersandter Auftrag geht mit Eingang der Nachricht in die Mailbox des Empfängers zu, weil sie ab diesem Zeitpunkt abgerufen und ausgedruckt werden kann.¹⁴² Langt die elektronische Nachricht außerhalb der Geschäftszeiten ein, gilt wiederum dasselbe wie bei Nachrichtenübermittlung via Telefax – Zeitpunkt des Zugangs ist der Beginn des nächsten Geschäftstags. Das Risiko, dass eine Erklärung nicht zugeht oder deren Informationsgehalt verfälscht wird, trägt der Erklärende.¹⁴³ Folglich fällt es dem AG zur Last, wenn das Auftragschreiben verspätet zugestellt wird bzw verloren geht oder der Inhalt der E-Mail infolge eines Übertragungsfehlers gelöscht wird. Störungen aus dem Bereich des Empfängers fallen dagegen in dessen Risikobereich.

Beispiel:

Wird das Auftragschreiben von einem Mitarbeiter des AN versehentlich gelöscht, gilt dieses Schreiben dennoch als zugegangen.

Den Beweis für den Zugang hat derjenige zu erbringen, der sich darauf beruft.¹⁴⁴ Nach nunmehriger Judikatur reicht bei Sendung eines eingeschriebenen Briefs nicht mehr schon der Nachweis der Aufgabe¹⁴⁵ (als

¹³⁷ OGH 9 ObA 144/02w ecolex 2002/356, 902.

¹³⁸ Sogenannte „Empfangsboten“, *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 862a Rz 5; zur Entgegennahme durch einen Angestellten OGH 5 Ob 285/61 SZ 34/118.

¹³⁹ *Borns*, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995, 131 (132); zur Kenntnisnahme durch den Empfänger vgl. *Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, ecolex 1990,208 (209).

¹⁴⁰ *Born*, RdW 1995, 131

¹⁴¹ *Rummel* in *Rummel* ABGB³ § 862a Rz3, OGH 6 Ob 118/07g RdW 2008/65

¹⁴² *Zankl*, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344.

¹⁴³ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 862a Rz 3.

¹⁴⁴ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 862a Rz 7.

¹⁴⁵ So noch OGH 7 Ob 675/89 WBI 1990, 26 = RdW 1990, 79 = ecolex 1990, 154 = AnwBl 1990, 389.

„prima facie Beweis“=Anscheinsbeweis), stattdessen soll der Erklärende voll beweispflichtig sein und hat im Verfahren den Beweis des Zugangs, etwa durch Vorlage eines Rückscheins, zu führen.¹⁴⁶ Aus ähnlichen Erwägungen entschied der OGH, dass bei Versendung mittels E-Mail die Sendebestätigung keinen Nachweis für den Zugang der elektronisch übermittelten Erklärung liefert.¹⁴⁷

¹⁴⁶ OGH 7 Ob 24/09v Zak 2009/334 = ecolex 2009/215 (*Friedl*) = EvBl-LS 2009/102 = JBI 2009,579 = VersR 2010,507 = ZFR 2010/41 (*Gruber*) = VR 2010,28/829 = RdW 2009/587 = ecolex 2010,330 (*Ertl*, Rechtsprechungsübersicht) = SZ 2009/42 = HS 40.070 = HS 40.218.

¹⁴⁷ OGH 2 Ob 108/07g SZ 2007/190 = Zak 2008/151 (*Schmidbauer*) = Zak 2008/161 = jusIT 2008/26 (*Staudegger*) = Jus-Extra OGH-Z 4467 = JBI 2008,324 = EvBl 2008/70 = MR 2008,176 (*Hornsteiner*) = ecolex 2008/71 = ecolex 2008,625 (*Häusler*, Rechtsprechungsübersicht) = RdW 2008/297 = RZ 2008,234 EÜ292, 293 = HS 38.289 = HS 38.631 = SZ 2007/190.

2 Die am Bau Beteiligten

Die an einem Bauvorhaben unmittelbar oder mittelbar Beteiligten sind von Projekt zu Projekt unterschiedlich. Die grundlegenden Personen eines Bauwerkvertrags sind der Bauherr als AG und der Bauunternehmer als AN. Darüber hinaus partizipieren idR auch andere Personen an einem Bauprojekt. Im Folgenden werden die am Bau Beteiligten aufgezählt und näher beschrieben:

- **Auftraggeber (AG), Bauherr:** Der Auftraggeber ist der „Besteller“ einer Bauleistung und steht idR in direkter Vertragsbeziehung zu den Planern, Konsulenten und bauausführenden Unternehmen. Er steht sozusagen an der Spitze der am Bau Beteiligten und gibt die Richtung vor.
- **Nutzer:** Als Nutzer wird derjenige verstanden, der schließlich das fertiggestellte Bauprojekt (Gebäude, Straße, Tunnel, ...) nutzt. Zu nennen sind etwa der spätere Betreiber des errichteten Bauwerks sowie der Mieter eines Gebäudes. Er kann mit der Person des Auftraggebers zusammenfallen, steht ansonsten allerdings während den Bauarbeiten in keinem Vertragsverhältnis zu den Planern und ausführenden Unternehmen (bspw bei Bauträgerprojekten).
- **Auftragnehmer (AN):** Auftragnehmer ist jedes bauausführende Unternehmen, das in direktem Vertragsverhältnis zum Bauherrn bzw GU/GÜ steht und die vertraglich bedungene Bauleistung zu erbringen hat.
- **Generalunternehmer (GU), Generalübernehmer (GÜ):** Darunter wird das bauausführende Unternehmen verstanden, welches sämtliche zur Herstellung des Bauprojekts notwendigen Bauleistung selbst ausführt bzw nur geringe Teile der Bauleistung an Subunternehmer weitergibt (GU) oder sämtliche Bauleistungen durch Subunternehmer ausführen lässt (GÜ), wobei der GU/GÜ dem AG als alleiniger Vertragspartner für die Bauleistung haftet.
- **Totalunternehmer (TU), Totalübernehmer (TÜ):** Darunter versteht man das bauausführende Unternehmen, welches neben den ausführenden Tätigkeiten (GU/GÜ) auch diverse Planungsleistungen und uU auch die Finanzierung übernimmt und diese selbst ausführt (TU) bzw durch Subunternehmen ausführen lässt (TÜ).
- **Nachunternehmer, Subunternehmer:** Subunternehmer sind bauausführende Unternehmen, welche für den eigentlich beauftragten AN bzw GU/GÜ, TU/TÜ tätig werden, ohne selbst in einer direkten Vertragsbeziehung zum Bauherrn zu stehen. Sollte ein Subunternehmer selbst wiederum seinen Auftrag an einen weiteren Subunternehmer vergeben, wird dieser als Sub-Subunternehmer bezeichnet.

- **Planer, Designer, Konsulent:** Diese Beteiligten zählen zu den Baudienstleistern, die mit der architektonischen, technischen oder ingenieurkonsulenten Planung des Bauvorhabens beauftragt sind.
- **Generalplaner:** Der Generalplaner führt die komplette Planungsleistung für ein Bauprojekt aus bzw beauftragt Sub-Planer mit der Planerstellung. Er ist sozusagen als ein Generalunternehmer oder -übernehmer der Planungsleistung zu sehen.
- **Projektmanagement (PM), Projektleitung (PL), Projektsteuerung (PS):** Diese sind als vertretende bzw unterstützende Organe des Bauherrn tätig, indem sie Leitungsfunktionen (PL), Koordinationsaufgaben (PS), sowie die darüberhinausgehenden Managementaufgaben des Bauherrn (PM) ausführen. Im Vordergrund stehen dabei Führungs-, Planungs- und Koordinationsaufgaben mit dem Ziel der zeit-, kosten- und termingerechten Fertigstellung eines Bauwerkes.
- **Örtliche Bauaufsicht (ÖBA):** Die ÖBA ist ein mit Koordinierungs- und Überwachungsaufgaben betrautes Bau- oder Ziviltechnikerunternehmen, welches die Interessen des Bauherrn auf der Baustelle vertritt.
- **Baustellenkoordinator:** Darunter versteht man die mit dem Sicherheits- und Gesundheitsschutz auf der Baustelle beauftragte Person in der Ausführungsphase. Dieser ist vom Bauherrn verpflichtend spätestens bei Auftragsvergabe zu bestellen, wenn auf einer Baustelle gleichzeitig oder aufeinanderfolgend Arbeitnehmer mehrerer Arbeitgeber tätig werden.¹⁴⁸ Zu seinen Hauptaufgaben zählen unter anderem die Erstellung und regelmäßige Adaptierung des SiGe-Plans.
- **Planungskoordinator:** Der Planungskoordinator ist die mit dem Sicherheits- und Gesundheitsschutz auf der Baustelle beauftragte Person in der Vorbereitungsphase. Die Bestellung des Planungskoordinators hat zu Beginn der Planungsarbeiten zu erfolgen, wenn auf einer Baustelle gleichzeitig oder aufeinanderfolgend Arbeitnehmer mehrerer Arbeitgeber tätig werden.¹⁴⁹
- **Verwaltungsbehörden:** Zu den Bundes-, Landes- und Gemeindebehörden, die für die Genehmigung eines Bauvorhabens zuständig sind, zählen etwa die Baubehörde, Naturschutzbehörde und Straßenbaubehörde.
- **Finanzier bzw Politik:** Finanzier bzw Bund, Länder und Gemeinden entscheiden über die Finanzierung von Bauvorhaben und

¹⁴⁸ Siehe § 3 Abs 1 und 4 BauKG.

¹⁴⁹ Siehe § 3 Abs 1 und 4 BauKG.

nehmen somit möglicherweise Einfluss auf Bauvorhaben. Diesbezüglich zu beachten sind auch zentrale Einrichtungen der Verwaltung, welche über die Gebarung öffentlicher Mittel wachen (Rechnungshof).

- **Gutachter, Sachverständige, sonstige Dienstleister:** Dazu zählen etwa beratende Ingenieure, Rechtsanwälte und Notare, die als Sachverständige aufgrund ihrer Expertise für Sonderfragen hinzugezogen werden können und ggf in einem Gerichtsprozess Relevanz haben.
- **Anrainer:** Anrainer sind direkt von den Baumaßnahmen betroffene Personen, welche Parteistellung bei Bau- und Genehmigungsverfahren haben und so Einfluss auf das Bauprojekt nehmen können.
- **Öffentlichkeit:** Darunter versteht man alle natürlichen und juristischen Personen, die über das Bauvorhaben informiert sind, aber keine Parteistellung bei Bau- und Genehmigungsverfahren haben und somit auch keinen direkten Einfluss auf das Bauprojekt nehmen können, insb auch Medien, die die aktuelle Stimmungslage zu einem Bauvorhaben wiedergeben.

2.1 Arbeitsgemeinschaften

Die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) wird nach dem BVergG 2018 definiert als ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem AG gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung verpflichten.¹⁵⁰

Bau-Arbeitsgemeinschaften sind folglich nach außen auftretende Zusammenschlüsse rechtlich selbständiger Unternehmen, wobei es keine Rolle spielt, ob sie aus gleichen (horizontale Arbeitsgemeinschaft) oder verschiedenen (vertikale Arbeitsgemeinschaft) Fachrichtungen stammen.¹⁵¹

Das wesentlichste Merkmal einer ARGE ist die Zusammenlegung der Ressourcen (Einbringung von Leistung, Beistellung von Personal und Geräten) mehrerer Unternehmen im Zuge der Durchführung eines konkreten Projekts. Somit liegt sowohl eine sachliche als auch eine zeitliche Begrenzung vor. Die ARGE wird deshalb oft als ein „Unternehmen auf Zeit“ bezeichnet. Erfolgt der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zum Zweck der Übermittlung eines gemeinsamen Angebots, spricht man von

¹⁵⁰ Siehe § 2 Z 4 BVergG.2018.

¹⁵¹ *Straubel/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I (2010) 5:7

einer sog „Bietergemeinschaft“.¹⁵² Diese verpflichtet sich im Falle des Zuschlages, eine ARGE zur Umsetzung des Projekts zu gründen.

Vor allem aus unternehmerischer Sicht ist die Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit einer Reihe von Vorteilen verbunden, welche im Folgenden nur auszugsweise erwähnt werden. Der projektbezogene Zusammenschluss mit anderen Unternehmen verbessert ua die Markteintrittschance, vor allem dann, wenn die Bieter Referenzprojekte vorzuweisen haben. Es genügt nämlich, wenn ein beteiligtes Unternehmen die entsprechende Erfahrung und Referenzen vorweisen kann. Die Vorteilhaftigkeit dieser temporären Zusammenschlüsse wird vor allem bei Bauaufträgen größeren Umfangs, wie etwa bei Tunnelbauprojekten, augenscheinlich, da die Kapazitäten eines einzelnen Auftragnehmers idR nicht ausreichen, um das Projekt zu bewältigen. Zudem erfolgt seitens der einzelnen ARGE-Partner eine Risikoteilung, die wiederum genauso dem AG eine größere Sicherheit vor möglichen Insolvenzen der AN bietet, welche das Bauvorhaben gefährden könnten. Eine weitere Motivation hinter einem Zusammenschluss kann das große (Innovations-)Potenzial des gebündelten Know-hows der verschiedenen Fachunternehmer sein, denn somit können alle Beteiligten von den Stärken des jeweils anderen profitieren. Genauso kann die organisatorische Abwicklung durch die Erfahrungen und den Input mehrerer Partner optimiert werden, was Kosteneinsparungen mit sich bringen kann. Aus wirtschaftlicher und finanzieller Sicht wird durch den temporären Zusammenschluss einerseits die Vorfinanzierung erleichtert, da idR ein größeres Kapital zur Verfügung steht und andererseits können die einzelnen ARGE-Partner von den Einkaufskonditionen der anderen Partner profitieren.

Dem stehen aus Unternehmenssicht nur wenige Nachteile gegenüber. Bspw haften die ARGE-Partner für die Erreichung des Projektziels solidarisch, was bedeutet, dass sie nicht nur für die eigene Leistungserbringung die Haftung tragen, sondern auch für fremdes Handeln.¹⁵³ Außerdem kann mit den wechselseitigen Kooperationsverpflichtungen auch ein höherer administrativer Aufwand einhergehen.

¹⁵² Siehe § 2 Z 12 BVergG 2018.

¹⁵³ Siehe § 1199 ABGB.

2.1.1 Arten von Arbeitsgemeinschaften

Es wird in der Praxis zwischen mehreren Formen von Arbeitsgemeinschaften unterschieden:

- „Klassische ARGE“
- „stille ARGE“
- „Los-ARGE“
- „Fortgesetzte ARGE“

Bei der „**Klassischen ARGE**“ bilden die Partner, die einen Bauauftrag gemeinsam durchführen eine Außengesellschaft, dh die ARGE tritt als solche nach außen sichtbar auf. Im Außenverhältnis haften alle ARGE-Partner gegenüber dem AG solidarisch.

Bei einer „**stillen ARGE**“ (auch „Beteiligungs- oder Interessensgemeinschaft“ genannt) tritt nur ein ARGE-Partner gegenüber dem Bauherrn als Vertragspartner in Erscheinung. Nach außen hin besteht somit keine ARGE, sondern es liegt eine reine Innengesellschaft vor. Dennoch wirken auch die nach außen nicht in Erscheinung tretenden Gesellschafter am gemeinsamen Bauprojekt mit und sind dafür zumindest im Innenverhältnis voll verantwortlich. Die Durchführung des Auftrages erfolgt auf Rechnung der Innengesellschaft. Die Tatsache, dass nur ein Partner nach außen hin in Erscheinung tritt, hat bezüglich der Haftung zur Konsequenz, dass lediglich der Vertragspartner des AG diesem gegenüber haftet, nicht aber der/die stille/n ARGE-Partner. Somit besteht auch keine Solidarhaftung.

Die „**Los-ARGE**“ ist zwar formal eine Außengesellschaft, da der Auftrag gemeinsam von den Partnern übernommen wird, im Innenverhältnis wird jedoch den einzelnen Gesellschaftern die Arbeit zur selbständigen Ausführung in bestimmten „Losen“ bzw „Abschnitten“ zugeteilt. Dazu werden idR Subunternehmerverträge im Innenverhältnis geschlossen. Dies ist vor allem im Straßen- und Tunnelbau üblich. IdR wird schon im Zuge der Ausschreibung eine genaue Leistungsbeschreibung für die einzelnen Subunternehmer ausgearbeitet. Da es sich um eine Außengesellschaft handelt, besteht eine Solidarhaftung bezüglich der Erfüllung des Gesamtauftrages unabhängig von den Subunternehmerverhältnissen.¹⁵⁴ Die Zuteilung der Baulose hat nämlich lediglich im Innenverhältnis Bestand. Das bedeutet, dass trotz der Tatsache, dass jeder Gesellschafter nur einen Teil des Gesamtauftrags erbringt, jeder Gesellschafter gegenüber dem AG nicht nur für seinen Teil bzw sein Los haftet, sondern für die ordnungsgemäße Erfüllung der gesamten Bauleistung.

Bei der „**Fortgesetzten ARGE**“ wird eine ARGE in unverändertem Beteiligungsverhältnis über den Bauauftrag hinausgehend auf eine unbestimmte Zahl weiterer Bauaufträge und auf unbestimmte Zeit fortgesetzt.

¹⁵⁴ Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; IndRME 1981/200, 5 f.

Diese Form kommt vor allem dann vor, wenn es in der Vergangenheit bereits eine erfolgreiche Zusammenarbeit gegeben hat.

2.1.2 Gesellschaftsrechtliche Zuordnung

Die ARGE ist im rechtlichen Sinn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR), deren Rechtsgrundlage in § 1175 ff ABGB zu finden ist. Unternehmen, die an einer GesbR beteiligt sind, bleiben rechtlich selbstständig. Die GesbR kann nicht ins Firmenbuch eingetragen werden, sie hat keine Rechtspersönlichkeit und kann folglich auch keine Unternehmereigenschaften besitzen.¹⁵⁵ Anders als bei den Kapitalgesellschaften ist bei der ARGE niemals die Gesellschaft selbst Trägerin von Rechten und Pflichten, sondern es sind vielmehr die Gesellschafter selbst, die die entsprechenden Rechte ausüben und sich verpflichten. Somit vertreten sie die Gesellschaft nach außen.

Gesellschafter einer GesbR können sowohl natürliche als auch juristische Personen sowie eine OG bzw KG sein. Mangels selbständiger Verpflichtungsfähigkeit kann die GesbR nie Gesellschafterin einer anderen GesbR sein. Die ARGE entsteht mit dem Abschluss des ARGE-Vertrages. Die ARGE als GesbR ist weder prozess- noch parteifähig, daher kann sie als solche vor Gericht weder klagen noch geklagt werden. Die Gesellschafter einer GesbR müssen demnach persönlich (alle zusammen oder einzeln) klagen bzw geklagt werden. Auch der Eintritt der einzelnen Gesellschafter in den Prozess des klageführenden oder beklagten Gesellschafter ist möglich. In Ermangelung der Rechtspersönlichkeit kann eine ARGE niemals als Eigentümerin oder sonstige Vermögensträgerin auftreten. Folglich kann sie nicht als Liegenschaftseigentümerin im Grundbuch eingetragen werden, sondern nur die Gesellschafter als Miteigentümer.¹⁵⁶ Die ARGE kann auch kein eigenes Vermögen besitzen. Das bedeutet, dass das von den ARGE-Partnern für ein konkretes Projekt eingesetzte Vermögen ein „Sondervermögen“ darstellt, das im quotenmäßigen Miteigentum aller Gesellschafter steht.¹⁵⁷

In der Praxis werden zur Bildung einer ARGE oft Musterverträge herangezogen, welche die dispositiven gesetzlichen Bestimmungen bzgl der GesbR entscheidend abändern. So wird einer ARGE im Arbeits-, Sozial und Steuerrecht in manchen Belangen sogar eine eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt. Die ARGE kann Arbeitnehmer einstellen, obwohl grundsätzlich wegen der nicht vorhandenen Rechtspersönlichkeit immer nur die einzelnen Gesellschafter gemeinsam Arbeitgeber sein können. Im

¹⁵⁵ Siehe § 1175 Abs 2 ABGB.

¹⁵⁶ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 57.

¹⁵⁷ *Grillberger in Rummel*, ABGB³ §1183 Rz4 (Stand 1.1.2002, rdb.at); siehe auch § 1180 Abs 1 ABGB.

Steuerrecht bspw gilt die ARGE als Unternehmenseinheit und ist als solche Abgabenschuldnerin hinsichtlich der Umsatzsteuer.¹⁵⁸

Die Auflösung der GesbR führt nicht zur Liquidation und somit zu einem komplizierten Abwicklungsverfahren, sondern es erfolgt nur eine Verteilung des Vermögens bzw eine Berichtigung der Verbindlichkeiten der Gesellschafter. Die GesbR kann auch nicht in Konkurs gehen, insolvent werden können nur die ARGE-Gesellschafter selbst.¹⁵⁹

Sollte einer der Gesellschafter ausgeschlossen werden, ist Einstimmigkeit der übrigen Gesellschafter erforderlich, jedoch kann das Einstimmigkeitserfordernis gesellschaftsvertraglich abgeändert werden. Motive eines solchen Ausschlusses können ua sein (die ggf im ARGE-Vertrag noch weiter ausgeführt sein können): Konkurs der Gesellschaft, Begehen einer strafbaren Handlung bzw Nichterfüllung wesentlicher Vertragsbestimmungen.

Ein ARGE-Mitglied, welches ausscheidet, ist vermögensrechtlich „abzuschichten“. Mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Ausscheidens entsteht der Auseinandersetzungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters einer GesbR. Die Anteilsbewertung für den ausscheidenden Gesellschafter kann durch den Gesellschaftsvertrag vielfältig geregelt werden. Je nachdem, ob eher die Interessen des Gesellschafters oder die Interessen der Gesellschaft im Vordergrund stehen, reicht die Bewertung für die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters von der Abfindung zu Buchwerten, über die Auszahlung des Verkehrswertes des Gesellschaftsanteils bis zur Abfindung nach dem betrieblichen Einheitswert.

2.1.3 Haftung der ARGE

Mangels eigener Rechtspersönlichkeit trifft die Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten die einzelnen Gesellschafter der ARGE und nicht die Gesellschaft an sich.

Die Gesellschafter einer GesbR haften prinzipiell Dritten gegenüber mit dem gesamten „Sondervermögen“ und außerdem – entsprechend ihrer Miteigentumsanteile – quotenmäßig mit dem Privatvermögen. Anders verhält es sich bei Arbeitsgemeinschaften, da die ARGE-Partner in der Praxis Unternehmer sind, womit sie automatisch den „schärferen“ unternehmensrechtlichen Bestimmungen unterliegen. Als Unternehmer, die sich gemeinsam zu etwas verpflichtet haben, haften sie solidarisch.¹⁶⁰ Auch wenn im Innenverhältnis der ARGE-Partner eine bloß anteilige Haftung vereinbart ist, so berührt dies die Solidarhaftung für alle von der ARGE eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten nicht.¹⁶¹

¹⁵⁸ Grillenberger in Rummel, ABGB³ §1175 Rz 31.

¹⁵⁹ Trenker, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014/3, 111.

¹⁶⁰ Siehe § 348 UGB.

¹⁶¹ OGH 4 Ob 306/99z RdW 2000/238 = bbl 2000/79.

Beispiel:

Besteht eine ARGE aus zwei Unternehmen und vereinbaren diese untereinander eine jeweilige Haftungsübernahme in Höhe von 50%, ist diese Vereinbarung im Außenverhältnis gegenstandslos. Dritten steht es nämlich aufgrund der Solidarhaftung der ARGE-Partner frei, bei wem er seine Ansprüche geltend macht. Die interne Regelung ist allerdings sehr wohl zu beachten, wenn es um mögliche Regressansprüche nach Inanspruchnahme eines der beiden Unternehmen geht.

Auch wenn ein Gesellschafter aus der ARGE ausscheidet, sich das Beteiligungsverhältnis ändert oder die Gesellschaft aufgelöst wird, bleiben Haftungsansprüche bestehen. Wenn ein neuer Gesellschafter in die ARGE eintritt, dann haftet er nach herrschender Lehre für die Altschulden nicht persönlich. Sein „neuer“ Beitrag kommt aber auch den Altgläubigern zugute.¹⁶²

2.1.4 ARGE-Mustervertrag der VIBÖ

Die dispositiven Bestimmungen im ABGB bzgl der GesbR (§§ 1175 ff ABGB) halten allgemeine Regelungen parat, die allerdings für die Baupraxis nur wenig zufriedenstellend sind, zumal auf die Besonderheiten eines Bauprojekts nicht eingegangen wird. Aus diesem Grund wurde von der VIBÖ¹⁶³ speziell für die Errichtung einer ARGE ein VIBÖ-Mustervertrag erstellt und laufend weiterentwickelt.

Der VIBÖ-Mustervertrag besteht einerseits aus einer Mustergeschäftsordnung und andererseits aus dem ARGE-Mustervertrag. Anstelle der gesetzlich für GesbR vorgesehenen Gesamtgeschäftsführung sieht der VIBÖ-Mustervertrag eine dreigliedrige Organstruktur (Firmenrat, technische und kaufmännische Geschäftsführung, Bauleitung) vor und regelt deren Aufbau, Zusammensetzung und Funktion.

Der Firmenrat ist das oberste Organ der ARGE und setzt sich aus den Bevollmächtigten der einzelnen ARGE-Partner zusammen. Er ist als eine „willensbildende Gesellschafterversammlung“¹⁶⁴ anzusehen, die grundlegende Beschlüsse der ARGE fasst (Änderungen des ARGE-Vertrages, Fragen der technischen oder kaufmännischen Geschäftsführung, die der Zustimmung des Firmenrates bedürfen, etc).

Die technische und kaufmännische Geschäftsführung ist das operative Organ der ARGE. Dies betrifft sowohl die interne Willensbildung - abgesehen von Entscheidungen, die dem Firmenrat zustehen - als auch die

¹⁶² *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I,5:24.

¹⁶³ Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs.

¹⁶⁴ *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I,5:36.

Vertretungsbefugnis der ARGE nach außen. Zu den wesentlichen Aufgabenbereichen der technischen Geschäftsführung zählen die ordnungsgemäße technische Durchführung des Bauvorhabens inkl der notwendigen Überwachung sowie der Abschluss von Subunternehmerverträgen und Verhandlungen mit dem AG über wesentliche Fragen der Bauführung. Die Aufgaben der kaufmännischen Geschäftsführung beinhalten vor allem Fragen iZm Rechnungswesen, Finanzierung, Steuern, Abgaben, etc (kaufmännische Arbeiten der ARGE).

Die zentralen Aufgaben der Bauleitung können in der Durchführung und Überwachung des Bauauftrages, die in enger Zusammenarbeit mit der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung stattfindet, gesehen werden. Ihr obliegt auch die Erstellung sämtlicher Rechnungen an die Partnerfirmen, an den Bauherrn und an Dritte.

2.2 Risikosphären und Gefahrtragung

Unter Gefahrtragung wird im Allgemeinen die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos verstanden, welches mit der Leistungserbringung einhergeht. Dabei kommt es in erster Linie auf die konkreten Bestimmungen im Vertrag an und, sofern keine Vereinbarung diesbezüglich getroffen wurde, subsidiär auf die einschlägigen gesetzlichen und normativen Regelungen.

2.2.1 Risiko der Leistungserbringung

Der AN schuldet im Rahmen des Werkvertrags stets die mängelfreie Ausführung der Bauleistung. Er schuldet somit den vertraglich vereinbarten Werkerfolg und hat im Zuge der Leistungserbringung alles zu unternehmen, um diesen Erfolg auch herbeizuführen (Erfolgshaftung des AN). Damit geht auch die Verpflichtung für den AN einher, sämtliche Aufwendungen zu tätigen, die für die Erbringung der Bauleistung erforderlich sind, unabhängig davon, ob sich diese der Höhe nach mit der internen Urkalkulation decken. Das schließt etwa die Kosten der Verbesserung des mangelhaften oder gar jene einer Neuherstellung des zerstörten Werkes mit ein. Unter diesem Gesichtspunkt stellt die Leistungserbringung an sich das wirtschaftliche Risiko des AN bei jedem Werkvertrag dar.

Gefahrtragungsregeln, etwa jene des ABGB oder solche des jeweiligen Bauvertrags, konkretisieren das Risiko der Werkherstellung. Ihre Anwendung bewirkt, dass der AN gegebenenfalls von seiner Erfolgsverbindlichkeit befreit wird.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Aicher, Die Rechtsfolgen von Bauablaufstörungen nach dem ABGB, in Heck /Lechner/Hofstadler, Tagungsband 2011: Bauablaufstörungen, 210 (211 ff).

2.2.2 Gefahrtragung beim Bauvertrag

Kommt es im Zuge der Leistungserbringung zu Behinderungen, Erschweren, Beschädigungen bzw Zerstörung des Leistungsgegenstands oder sonstiger Sachen, stellt sich die Frage, wer dafür monetär aufzukommen hat. Dabei kommt vor allem der Gestaltung des Werkvertrags große Bedeutung zu, zumal uU Gefahrtragungspflichten und somit Risiken auf den AN übertragen werden können, die ansonsten den AG treffen würden. Den Vertragsparteien steht es prinzipiell frei, über den Vertragsinhalt zu bestimmen und somit kann auch vom dispositiven Recht des ABGB abgewichen werden. Die Gestaltungsfreiheit stößt allerdings in ihre Grenzen, wenn es um die Sittenwidrigkeit geht.

Beispiel:

Werden vertraglich sämtliche Risiken sowohl aus der Sphäre des AG (bspw Baugrundrisiko) als auch aus der neutralen Sphäre (höhere Gewalt) dem AN übertragen, wird wohl ein gravierendes Ungleichgewicht und somit Sittenwidrigkeit vorliegen.

In Ermangelung vertraglicher Regelungen diesbezüglich muss auf Bestimmungen im ABGB oder, sofern die ÖNORM B 2110 explizit Vertragsbestandteil geworden ist, auf die entsprechenden normativen Regelungen zurückgegriffen werden.

2.2.3 Gefahrenzuordnung

Die Gefahrenzuordnung – und damit die konkrete Verteilung des wirtschaftlichen Risikos – hängt von verschiedenen Faktoren ab.

2.2.3.1 Störungsursache

In erster Linie kommt es auf die Störungsursache an und es ist zu prüfen, wer diese im Konkreten zu vertreten hat. Dabei kommt es einerseits auf die vertraglich übernommenen Pflichten an und andererseits auf die Sphärenzuordnung des aufgetretenen Ereignisses. Nach der Sphärentheorie hat jede Vertragspartei stets jene Umstände zu vertreten, welche in die eigene Sphäre fallen.

Beispiel:

Fehlende Vorleistungen anderer Gewerke fallen prinzipiell in die Sphäre des AG. Dies hat zur Konsequenz, dass der AN sowohl einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung als auch auf monetäre Abgeltung der damit zusammenhängenden Mehrkosten hat, sofern diese Ansprüche rechtzeitig angemeldet wurden.

2.2.3.2 Faktischer Einflussbereich

Genauso kann der faktische Einflussbereich ausschlaggebend sein, dem die Leistung (gerade) ausgesetzt ist. Diesbezüglich ist für die Tragung des Risikos der Zeitpunkt der Übernahme, Übergabe bzw Abnahme maßgeblich. IdR lässt sich dieser Zeitpunkt eindeutig bestimmen. Sollte ein Teil des Bauwerks allerdings bereits vor der Fertigstellung des Bauvorhabens und ohne förmliche Übernahme vom Betreiber genutzt werden, ist wohl von einer konkludenten Übernahme auszugehen, wobei die Feststellung des konkreten Zeitpunktes der Übernahme in der Praxis größere Schwierigkeiten bereiten kann. Die Klärung dieses Umstands ist von wesentlicher Bedeutung, wenn es etwa um die Fragen geht, wer die Kosten der Nutzung zu tragen bzw wer für etwaige Schäden am Bauwerk aufzukommen hat.

2.2.3.3 Vorwerfbares Verhalten (Verschulden)

Ihrer Konzeption nach kommt es bei den Regelungen zur Gefahrentragung prinzipiell nicht auf ein vorwerfbares Verhalten (Verschulden) eines Vertragspartners an. Im Vordergrund stehen vielmehr objektive Gesichtspunkte. Eine subjektive Betrachtung ist aber sehr wohl angebracht, wenn es etwa zu einer Beschädigung eines Teils des Bauwerks im Zuge von Arbeiten eines anderen Gewerks kommt. In diesem Fall spielt ein Verschulden (Vorsatz, Fahrlässigkeit) für die Gefahrentragung, im Konkreten für die Sphärenzuordnung, eine entscheidende Rolle.

Beispiel:

Ein Elektriker führt Schremmarbeiten an einer Betonwand durch, um in weiterer Folge Kabel verlegen zu können. Die damit verbundene Beschädigung der Wand ist nicht vom Gewerk Rohbau und genauso wenig vom AG zu vertreten, sondern vielmehr vom Elektriker, der den Schaden verursacht hat.

Zudem kann die Verletzung der Prüf- und Warnpflicht dazu führen, dass ein an sich vom AG zu vertretender Umstand schließlich allein vom AN zu vertreten ist. UU kann ein Mitverschulden des AG vorliegen, das eine Gefahrenteilung bewirkt.

Beispiel:

Eine fehlerhafte Anweisung des AG führt zu einer mangelhaften Ausführung des Werks. Hätte der AN den AG rechtzeitig über die Untauglichkeit seiner Anweisung in Kenntnis gesetzt, hätte dieser in weiterer Folge darauf reagieren können und uU wäre der konkrete Mangel gar nicht aufgetreten.

2.2.3.4 Zufall

Dem Begriff des Zufalls kommt im Zusammenhang mit der Gefahrentragung große Bedeutung zu, zumal sich die Frage stellt, von welchem Vertragsteil dieser zu vertreten ist. Als Zufall sind all jene Umstände anzusehen, die von keiner Vertragspartei herbeigeführt wurden und die von ihnen objektiv nicht beherrscht werden können. Derartige Ereignisse sind somit sowohl für den AG als auch für den AN zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unvorhersehbar und können von diesen nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden.¹⁶⁶ Darunter werden etwa „äußere“ Umstände oder Ereignisse verstanden, wie bspw außergewöhnliche Witterungsergebnisse, Hochwasser, Erdbeben etc sowie das Verhalten Dritter, die am Vertragsgeschehen nicht beteiligt sind (zB Demonstranten, die die Zufahrtsstraße blockieren).

Grundsätzlich gilt, dass der „bloße Zufall“ von niemandem zu vertreten ist.¹⁶⁷ Allerdings wird dieses Ergebnis in der Praxis nicht zufriedenstellend sein, zumal idR Mehraufwendungen erforderlich werden und somit Kosten entstehen, die jedenfalls von jemandem zu tragen sind. Aufgrund dessen wird die Gefahrentragung in vielen Fällen bereits im Vertrag explizit geregelt. Andernfalls hält sowohl die ÖNORM B 2110 als auch das ABGB entsprechende Regelungen parat, die allerdings zu divergierenden Ergebnissen führen. Während die ÖNORM B 2110 die höhere Gewalt prinzipiell der Sphäre des AG zuschreibt, fallen zufällige Ereignisse nach dem ABGB in die Sphäre des AN, da dieser die ordnungsgemäße Leistungserbringung schuldet, unabhängig davon, welche zusätzlichen Aufwendungen damit verbunden sind.¹⁶⁸

2.2.3.5 Die Leistungsgefahr

Die Leistungsgefahr ist ein Begriff aus dem Schuldrecht und bezeichnet die Folgen des Untergangs der Leistung in Bezug auf die Leistung. Es geht somit um die Frage, wer die Gefahr des zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstandes trägt. Der diesbezüglich relevante Zeitraum ist jener zwischen Vertragsabschluss und vollständiger Erfüllung, denn bei der Übergabe geht das Risiko des zufälligen Untergangs ohnehin auf den Besteller über.

Aus Sicht des AN ist die Leistungsgefahr das Risiko, die vertraglich geschuldete Leistung weiterhin erbringen zu müssen oder Ersatz zu leisten, wohingegen sie aus Sicht des AG die Gefahr darstellt, den Anspruch auf die bedungene Leistung zu verlieren.

¹⁶⁶ Vgl die Definition in Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110.

¹⁶⁷ *Koziol/Welser*, Grundriss II¹³, 49 ff.

¹⁶⁸ Vgl Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110 sowie § 1151 Abs 1 ABGB.

Grundsätzlich trägt der AN die Leistungsgefahr, da er zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist. Das bedeutet, dass bei einer Beschädigung oder Zerstörung, welche der neutralen Sphäre zuzuordnen ist, der AN dennoch den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen hat. Die Lage ist dagegen anders zu bewerten, wenn sich die bedungene Leistung auf eine nicht austauschbare Speziessache bezieht. In diesem Fall hat der Besteller die Leistungsgefahr zu tragen.

Beispiel:

Der AN wird mit der Sanierung einer denkmalgeschützten Fassade beauftragt. Kurz vor Fertigstellung der Arbeiten werden große Teile des betreffenden Hauses durch ein Erdbeben zerstört. In diesem Fall ist es dem AN gar nicht möglich, seine vertraglich geschuldete Leistung erneut zu erbringen, da die nötige Substanz dafür fehlt. Dies hat zur Konsequenz, dass sich die Leistungsgefahr beim AG verwirklicht und der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit ist. Er muss somit dem AG nicht mehr leisten.

2.2.3.6 Die Preisgefahr

Die Preisgefahr steht der Leistungsgefahr gegenüber und wird auch Gegenleistungs- oder Vergütungsgefahr genannt. Sie bezeichnet die Folgen des Untergangs der Leistung in Bezug auf die Gegenleistung. Folglich geht es um die Frage, wer bei einem Untergang des Leistungsgegenstandes die monetären Folgen zu tragen hat. IdR können Bauleistungen erneut erbracht werden, weshalb sich im Bauvertragsrecht fast ausschließlich die Frage nach der Preisgefahr stellt.¹⁶⁹

Grundsätzlich trägt der AN die Preisgefahr, was bedeutet, dass dieser seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn die Leistung untergeht.

Beispiel:

Ist es dem AN aufgrund der vorliegenden Umstände zu einem Zeitpunkt gänzlich unmöglich, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, wird er von der Leistungspflicht befreit. Damit geht idR auch der Verlust des Anspruchs auf das vereinbarte Entgelt einher, denn ohne Leistung schuldet der AG prinzipiell auch keine Gegenleistung. Dass dem AN bereits Aufwendungen entstanden sind, spielt keine Rolle.

Die Preisgefahr geht allerdings in bestimmten Fällen vom AN auf den AG über. Dies führt zum Ergebnis, dass der Gläubiger die beauftragte Leistung vertragsgemäß zu bezahlen hat, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Mit anderen Worten, der Schuldner hat Anspruch auf Entgelt, obwohl er von seiner Leistungsfrist befreit ist. Der Besteller trägt etwa die Preisgefahr, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, in Annahmeverzug gerät, die Sache bereits übernommen hat oder er das

¹⁶⁹ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1816.

Risiko aufgrund vertraglicher Regelungen trägt (zB Risikoübergang bei Übergabe an den vom Besteller gewählten Transporteur).

Beispiel:

Das fertiggestellte Werk (Speziessache) wird kurz vor der Übergabe durch ein Unwetter komplett zerstört. Die Preisgefahr liegt bis zur Übernahme durch den AG beim AN, mit dem Ergebnis, dass sein Anspruch auf das vereinbarte Entgelt entfällt (Annahme: Es wurden keine vertraglichen Regelungen bezüglich des Umgangs mit höherer Gewalt getroffen und die ÖNORM B 2110 wurde nicht Vertragsbestandteil). Wäre im Vorfeld ein Übernahmetermin anberaumt worden und hätte sich der AG unberechtigterweise geweigert, das Werk zu übernehmen, sieht das Ergebnis anders aus. In diesem Fall würde nämlich ein Annahmeverzug vorliegen, der dazu führt, dass der AG die Preisgefahr trägt. Somit hätte er das vereinbarte Entgelt zu leisten.

2.2.4 Gefahrtragungsregeln im Werkvertragsrecht (§§ 1168, 1168a ABGB)

Im Werkvertragsrecht des ABGB existieren spezielle Gefahrtragungsregeln.¹⁷⁰ Zum einen regelt dieses Gesetz in ihrem § 1168 die Gefahr der Werkausführung. Die Bestimmungen des ABGB beziehen sich zum anderen auf das Risiko, dass die Leistung während der Herstellung in ihrer Substanz beeinträchtigt – zerstört oder beschädigt – wird. Die Gefahr für das „hergestellte“ Werk wird in § 1168a ABGB geregelt.

Die Vorschriften des ABGB sind dispositiv.¹⁷¹ AG und AN können somit im Bauvertrag eine abweichende Risikoverteilung vornehmen oder darin die nur rudimentären gesetzlichen Grundlagen konkretisieren. Dem gegenüber sind in der ÖNORM B 2110 konkretere Regelungen enthalten (insb Pkt 7 sowie Pkt 12.1).

Ist die Gefahrtragung im Bauvertrag nicht explizit geregelt und wurde auch die ÖNORM B 2110 nicht vereinbart, sind die Bestimmungen des ABGB maßgeblich.

2.2.4.1 Gefahr der Ausführung (§ 1168 ABGB)

Der AN verpflichtet sich mit Vertragsabschluss zur mängelfreien Herstellung des Bauwerks und hat sämtliche Aufwendungen zu tätigen, die hierbei anfallen. Grundsätzlich trifft ihn also die Gefahr und das wirtschaftliche Risiko der Ausführung.

¹⁷⁰ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 264; Aicher in Heck/Lechner/Hofstadler, Bauablaufstörungen, 210 (212 f).

¹⁷¹ ZB OGH 4 Ob 46/01w SZ 74/107 = JBI 2001, 786.

Der AN behält allerdings seinen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn die Ausführung ganz oder zum Teil unterbleibt und dies auf Umstände zurückzuführen ist, die auf Seite des AG gelegen sind.¹⁷² Dabei ist ganz wesentlich, dass sich der AN stets leistungsbereit zu zeigen hat.

Beispiel:

Wird eine Teilleistung abbestellt, hat dies zur Konsequenz, dass der Entgeltanspruch des AN prinzipiell bestehen bleibt.

Treten bei der Durchführung Behinderungen (Verzögerungen, Erschwer-nisse) auf, steht dem AN neben einem Anspruch auf Bauzeitverlängerung auch ein Anspruch auf Vergütung der damit zusammenhängenden Mehrkosten zu.¹⁷³ Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist wiederum, dass die Ursache der Störung dem AG zuzurechnen ist. Zudem räumt § 1168 Abs 2 ABGB dem AN ein Rücktrittsrecht ein, sofern eine für die Werkerstellung erforderliche Mitwirkung des AG unterbleibt.

Ob ein Anspruch auf Seite des AN besteht, ist anhand der Sphärentheorie zu ermitteln. Demnach wird zwischen der Sphäre des AN (zB Geräte, Bau-stoffe, Lieferanten des AN), der Sphäre des AG (zB Baugrund, Pläne, Vor-leistungen) und der neutralen Sphäre (Höhere Gewalt, Naturereignisse) unterschieden. Die Zuordnung der Umstände richtet sich somit einerseits nach den übernommenen vertraglichen Pflichten und andererseits nach dem faktischen Einflussbereich, welchem das störende Ereignis zuzu-rechnen ist.

Unterbleiben der Ausführung (§ 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB)

Mit dem Unterbleiben und mit der Behinderung der Ausführung werden von § 1168 Abs 1 ABGB die bedeutendsten Fälle von Bauablaufstörungen erfasst. In den überwiegenden Fällen wird vertraglich nicht von den ge-setzlichen Regelungen abgewichen. Auch die ÖNORM B 2110 baut auf der gesetzlichen Risikoverteilung auf.¹⁷⁴ Die ÖNORM B 2110 konkretisiert die allgemein gehaltenen Gesetzesbestimmungen und passt sie den Be-dürfnissen der Baupraxis an.

Die Leistungsausführung unterbleibt, wenn das Werk nicht nur vorüberge-hend, sondern endgültig nicht hergestellt wird oder hergestellt werden kann.¹⁷⁵ Praktisch werden darunter Situationen verstanden, in denen Lei-stungen entfallen oder das Werk als solches abbestellt wird.¹⁷⁶

¹⁷² Siehe § 1168 Abs 1 S 1 ABGB.

¹⁷³ Siehe § 1168 Abs 1 S 2 ABGB.

¹⁷⁴ Vgl etwa die Sphärenzuordnung in Pkt 7.2 ÖNORM B 2110.

¹⁷⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 5; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 15 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁷⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 480.

Beispiel:

§ 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB ist anzuwenden, wenn der AG nach Auftragserteilung von der Ausführung Abstand nimmt, weil er etwa der Meinung ist, er werde von der Behörde keine Bewilligung erlangen.¹⁷⁷ Ein Umstand aufseiten des AG ist zudem die wegen der geplanten Vermarktung einer Liegenschaft verfügte (endgültige) Baueinstellung.¹⁷⁸ Es ist ein dem AG zuzurechnender Umstand, wenn er die vereinbarte Anzahlung in Höhe von 10% der Auftragssumme nicht leistet und selbst nach mehrmaliger Aufforderung keine Sicherheiten (Akkreditiv bzw Bankgarantie) stellt.¹⁷⁹

Aus § 1168 Abs 1 ABGB wird im Übrigen das Recht des AG abgeleitet, die Bauleistung abzubestellen.¹⁸⁰

Der AN behält den Anspruch auf den Werklohn, sofern er leistungsbereit ist. Die Leistungsbereitschaft muss nicht eigens erklärt werden, es genügt, wenn der AN tatsächlich gewillt und in der Lage ist,¹⁸¹ das Werk auszuführen.¹⁸² An dieser Stelle ist festzuhalten, dass der Anspruch nach § 1168 ABGB kein Schadenersatzanspruch, sondern vielmehr ein Entgeltanspruch ist.¹⁸³ Vom Werklohn muss er sich allerdings abziehen lassen, was er sich durch den Entfall der Leistungen oder die Stornierung erspart, was er durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat („eingeschränkter Entgeltanspruch“).¹⁸⁴ Berechnungsgrundlage ist der vereinbarte Werklohn.¹⁸⁵

Die Ermittlung des eingeschränkten Entgeltanspruchs kann uU große Schwierigkeiten bereiten.¹⁸⁶ Auszugehen ist davon, dass der AN durch den Entfall der Leistung keinen Nachteil erleiden, genauso wenig auf Kosten des AG einen Vorteil ziehen soll.¹⁸⁷ Die Anrechnung findet unabhängig von der Vergütungsregelung statt, also sowohl beim Einheits- als auch beim Pauschalpreisvertrag.¹⁸⁸ Nachdem der Anspruch auf die Zahlung des Werklohns, und nicht auf den Ersatz der Aufwendungen gerichtet ist, fällt eine nicht kostendeckende Kalkulation ebenso ins Gewicht wie die Verrechnung von – im Verhältnis zum Herstellungsaufwand – überhöhten

¹⁷⁷ OGH 8 Ob 246/74 EvBl 1975/206 = SZ 47/149.

¹⁷⁸ OGH 15. 3. 2005, 1 Ob 50/05t.

¹⁷⁹ OGH 27. 2. 1985, 1 Ob 506/85.

¹⁸⁰ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 478.

¹⁸¹ Ob die Leistungsbereitschaft tatsächlich bestanden hat bzw besteht, lässt sich anhand der Umstände des Bauvorhabens beurteilen: Verfügt der AN nicht über die erforderlichen Kapazitäten, um den Auftrag auszuführen (etwa wegen Vollaustlastung des Betriebs), ist die Leistungsbereitschaft zu verneinen, obwohl der AN vielleicht das Gegenteil behauptet; *Kletecka* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 1168 Rz 18.

¹⁸² *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1168 Rz 6; *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1168 Rz 20; vgl OGH 2 Ob 668/84, EvBl 1985/79.

¹⁸³ RIS-Justiz RS0021875.

¹⁸⁴ Siehe § 1168 Abs 1 Satz 1 Hs 2 ABGB.

¹⁸⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1168 Rz 13.

¹⁸⁶ OGH 1 Ob 642/90 SZ 64/71; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1168 Rz 15 ff.

¹⁸⁷ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 495;

¹⁸⁸ OGH 9 Ob 279/99s bbl 2000/81 = RdW 2000/302.

Preisen.¹⁸⁹ Hat der AN die gesamte Bauleistung oder Teile davon vollständig ausgeführt, erhält er freilich das gesamte (Teil-)Entgelt.¹⁹⁰

Als ersparte Aufwendungen in Abzug zu bringen sind zB die (Selbst-)Kosten für nicht verbrauchtes Material und nicht angefallene Arbeitsstunden, sowie das kalkulierte Entgelt für nicht ausgeführte Subunternehmerleistungen. Die Eigenleistung des AN, Fixkosten und Geschäftsgemeinkosten (Zentralregion) stellen keine Ersparnisse dar, die den Anspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB mindern würden.¹⁹¹

Durch „anderweitige Verwendung“ erworben hat der AN etwa den Gewinn aus Aufträgen, welche er nur deshalb annehmen konnte, weil die Ausführung unterblieben ist. Führt er einen Ersatzauftrag aus, hat er für diesen übliche Preise in Rechnung zu stellen. Andernfalls ist das Entgelt um die Differenz zwischen dem verrechneten und dem erzielbaren Werklohn zu kürzen.¹⁹² Der Entgeltanspruch erfährt eine Minderung, wenn der AN Ersatzaufträge bewusst nicht annimmt, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen wäre.¹⁹³ Gleiches gilt, wenn er erst gar nicht versucht, andere Aufträge zu lukrieren.

Wirtschaftlich soll dem AN im Rahmen des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB der entgangene kalkulatorische Gewinn zufließen.¹⁹⁴ Dass ihm nicht der gesamte, sondern nur der eingeschränkte Anspruch zusteht (unter Abzug des ersparten Aufwands sowie dessen, was er durch Ersatzaufträge erworben hat oder hätte erwerben können), ist vom AG zu behaupten und zu beweisen.¹⁹⁵ Gemäß § 27a KSchG hat der AN einem Verbraucher aber die Gründe mitzuteilen, weshalb keine Kürzung vorzunehmen war. Erteilt er diese Auskunft nicht, hat er im Prozess den Beweis für die Berechtigung zum vollen Entgelt zu erbringen.¹⁹⁶

Das – gegebenenfalls eingeschränkte – Entgelt wird entsprechend den vertraglichen Regelungen fällig. Das gilt insoweit, als die Fälligkeit im Vertrag unabhängig von der Fertigstellung geregelt ist.¹⁹⁷ Ansonsten muss differenziert werden: Unterbleibt die Ausführung, weil der AG an der Herstellung nicht (rechtzeitig) mitwirkt, wird der Anspruch zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Leistung bei gehöriger Mitwirkung ausgeführt worden

¹⁸⁹ OGH 8 Ob 121/17b bau aktuell 2018/9 = Zak 2018/482 = ecolex 2018/466 = EvBl 2019/26 = ZRB 2019,31 (*Wenusch*).

¹⁹⁰ OGH 1 Ob 716/79 SZ 52/178 = JBI 1981, 594 (*Wilhelm*).

¹⁹¹ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 496; *Kletecka* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 26 ff.

¹⁹² *Kletecka* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 33.

¹⁹³ Siehe § 1168 Abs 1 ABGB.

¹⁹⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 495.

¹⁹⁵ OGH 8 Ob 625/88 ecolex 1990, 212.

¹⁹⁶ OGH 1 Ob 268/03y ecolex 2004,528 = RdW 2004,465 = JBI 2004,643 = Jus-Extra OGH-Z 3779 = SZ 2004/20 = Zak 2013/158, 87 (*Reischauer*).

¹⁹⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 22; *Dullinger*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 509/89, JBI 1989; *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1168 Rz 37.

wäre.¹⁹⁸ In allen anderen Fällen ist entscheidend, wann mit der Herstellung endgültig nicht mehr gerechnet werden kann, das Unterbleiben also endgültig feststeht.¹⁹⁹

Behinderung der Ausführung („Verkürzung durch Zeitverlust“), § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB

Gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB kann der AN eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn bei der Ausführung ein „Zeitverlust“ eintritt und er dadurch einen Nachteil erleidet (er „verkürzt wird“). Die Vorschrift bietet eine wichtige gesetzliche Grundlage für MKF aufgrund von Behinderungen.²⁰⁰

Die Bestimmung ist sehr allgemein gehalten. Das ABGB macht insb keine Vorgaben, wie die MKF (der Entschädigungsanspruch) geltend zu machen ist und welche Ansätze für die Berechnung zu wählen sind. Anerkannt ist, dass § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB sowohl bei Ablaufstörungen zur Anwendung kommt, die zur Bauzeitverlängerung führen (Behinderung) als auch bei solchen, die den AN zur Forcierung zwingen (sonstige Erschwernisse).²⁰¹ Unumstritten ist, dass es sich um einen Erfüllungs- und nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt.²⁰² Die ÖNORM B 2110 geht insoweit mit dem Gesetz konform, als sie unter „Störung der Leistungserbringung“ sämtliche Formen von Bauablaufstörungen einheitlich regelt.²⁰³

Unterbleiben der Mitwirkung des AG (§ 1168 Abs 2 ABGB)

Ist die Mitwirkung des AG zur Herstellung des Werks erforderlich und wird sie von ihm nicht entsprechend vorgenommen, kann der AN gem § 1168 Abs 2 ABGB vom Vertrag zurücktreten. Als speziellen Fall der Störung des Bauablaufs kennt das Gesetz damit die Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den AG. Die Mitwirkung des AG wird in vielen Belangen geboten sein. Soweit sie die Projektvorbereitung etwa im Sinn von Planung, Einreichung und Bewilligung, Abklärung der Grundverhältnisse, Räumung von Zufahrtswegen etc betrifft, ist es üblich, dass die Voraussetzungen vom AG geschaffen werden.

Um Streitigkeiten zu vermeiden, sollten die Beiträge von AG und AN im Vertrag genau festgelegt werden.²⁰⁴ So kann vorgesehen sein, dass die

¹⁹⁸ OGH 1 Ob 716/79 EvBI 1980/92 = SZ 52/178 = JBI 1981, 594 (*Wilhelm*).

¹⁹⁹ OGH 2 Ob 509/89 JBI 1989, 650 (*Dullinger*).

²⁰⁰ *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1017 ff.

²⁰¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1168 Rz 24 f.

²⁰² OGH 5 Ob 558/93 *ecolex* 1994, 814.

²⁰³ Pkt 3.7.2 ÖNORM B 2110.

²⁰⁴ Mit zahlreichen Beispielen *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 1168 Rz 33a.

Bauleistung erst während der Ausführung „spezifiziert“ wird.²⁰⁵ Selbst ohne ausdrückliche Regelung ist der AG zur Mitwirkung angehalten. Sie ist eine Nebenpflicht aus dem Bauvertrag. Art und Umfang der Mitwirkung hängen von den Umständen des Bauvorhabens ab und sind im Wege der Vertragsauslegung zu bestimmen.

Für den Rücktritt ist erforderlich, dass der AN dem AG eine angemessene Frist setzt, innerhalb der die Vertragshandlung (zB Planlieferung) nachgeholt werden kann.²⁰⁶ Die Nachfristsetzung allein ist nicht ausreichend. Mit ihr muss die Erklärung verbunden sein, dass der Bauvertrag nach Verstreichen der Frist aufgehoben ist. Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich an der Mitwirkungshandlung. Jedenfalls muss dem AG eine „faire Chance“ gegeben werden, seiner Verpflichtung nachzukommen.

Ob der AN nach § 1168 Abs 2 ABGB zurücktritt oder am Bauvertrag festhält, liegt in seinem Ermessen. Ihm kommt insoweit ein Wahlrecht zu.²⁰⁷ Aus Sicht des AN kann die Einschätzung der Vertragslage schwierig ausfallen. Steht die Mitwirkung aus, ist für ihn unter Umständen nicht abschätzbar, ob und wann der AG seinen Verpflichtungen nachkommen wird. Solange der Vertrag nicht aufgehoben ist, ändert sich aber nichts an der Leistungspflicht des AN. Er gerät selbst in Verzug, wenn er die Bauleistung nicht (gehörig) ausführt.²⁰⁸ Andererseits soll das Rücktrittsrecht nach § 1168 Abs 2 ABGB (analog) zustehen, falls für den AN sonst ein unzumutbarer Schwebezustand entsteht – also ohne Verletzung einer Mitwirkungspflicht durch den AG.²⁰⁹ Auch ein schwerwiegender Verlust des Vertrauens in die Person des AG berechtigt nach hA²¹⁰ zum Rücktritt.

Als Folge des Rücktritts kommt es zur Aufhebung des Vertrags.²¹¹ Der AN ist nicht mehr verpflichtet, die Bauleistung auszuführen. Wirksam ist die Aufhebung mit Ende der Nachfrist. Eine Rückabwicklung unterbleibt (im Gegensatz zur Vertragsauflösung nach § 918 ABGB).²¹² Allenfalls ist nicht verbrauchtes Baumaterial zurückzugeben. Auch bei Vertragsrücktritt steht dem AN der eingeschränkte Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB zu, und sofern er einen Mehraufwand zu tragen hat, kann er eine MKF stellen (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB).²¹³

Dem AN stehen uU wohl ebenso Schadenersatzansprüche zu. Die Mitwirkungsverpflichtung des AG muss hierfür allerdings als Vertragspflicht und

²⁰⁵ OGH 1 Ob 716/79 EvBl 1980/92 = SZ 52/178 = JBl 1981,594 (*Wilhelm*).

²⁰⁶ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 36.

²⁰⁷ OGH 6 Ob 610/88 NRsp 1988/325.

²⁰⁸ OGH 9 Ob 279/99s bbl 2000/81 = eocolex 2000, 645 (*Wilhelm*) = RdW 2000/302; *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 433.

²⁰⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 34.

²¹⁰ OGH 1 Ob 252/98k RdW 1999,335 = JBl 1999,526 = bbl 1999,122 = HS 29.386 = HS 29.449.

²¹¹ Zu den Rechtsfolgen des Rücktritts vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 37.

²¹² Dem Wesen nach handelt es sich bei § 1168 Abs 2 ABGB eher um eine Kündigung als um einen „echten“ Rücktritt, vgl *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1168 Rz 50.

²¹³ *Kletecka* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 52.

nicht bloß als „Obliegenheit“²¹⁴ ausgestaltet sein. Entscheidend ist die konkrete Regelung im Vertrag.

2.2.4.2 Gefahrtragung für das „hergestellte Werk“ (§ 1168a ABGB)

Während in § 1168 ABGB das Risiko der Leistungsausführung geregelt ist, wird die Gefahr für das „hergestellte Werk“ mit § 1168a ABGB verteilt. Aus der Vorschrift ergibt sich, wer die Nachteile zu tragen hat, falls die Leistung bei der Herstellung in ihrer Substanz beeinträchtigt wird. Ein besonderes Problem stellen Beiträge des AG dar. Den Risiken, welche mit der Mitwirkung des AG einhergehen, begegnet das Gesetz in § 1168a Satz 3 ABGB. Dort ist die Prüf- und Warnpflicht des AN grundlegend festgelegt. Wie schon § 1168, bewirkt auch § 1168a ABGB eine Verteilung des wirtschaftlichen Risikos.

Zufällige Zerstörung oder Beschädigung der Bauleistung (§ 1168a Satz 1 ABGB)

Geht das Werk durch einen „bloßen Zufall“ zugrunde und ist es vom AG noch nicht übernommen worden, hat der AN gem § 1168a Satz 1 ABGB keinen Anspruch auf das Entgelt. Gegenstand der Vorschrift ist somit die Preisgefahr.²¹⁵ Diese trägt grundsätzlich der AN.

Daher erhält der AN keinen Ersatz der Kosten, falls die Bauleistung durch ein zufälliges Ereignis in Mitleidenschaft gezogen wird.

Beispiele:

Eine zufällige Beschädigung liegt vor, wenn während der Bauphase eines Flusskraftwerks ein Hochwasser auftritt und erhebliche Schäden etwa am Krafthaus oder an der technischen Ausrüstung verursacht. Zufällig beschädigt wird etwa auch die Elektroinstallation, wenn beim Probetrieb ein Kabelbrand entsteht, dessen Ursache eine defekte Sicherung ist. „Zufall“ ist es ebenso, wenn ein LKW in die in Ausführung befindliche Fassade „rast“, oder Teile des Rohbaus einstürzen, weil bei der Baugrubensicherung für das angrenzende Bauvorhaben falsche Berechnungen angestellt wurden.

Mit der Abnahme bzw Übernahme vollzieht sich der Gefahrenübergang. Dann ist es der AG, der die Preisgefahr trägt. Falls er die Bauleistung nicht

²¹⁴ Eine Obliegenheit bezeichnet im Schuldverhältnis Pflichten minderen Grades, die vom Gläubiger nicht eingeklagt werden können und bei deren Verletzung sich der Schuldner auch nicht schadensersatzpflichtig macht. Der Schuldner muss allerdings im Falle der Verletzung der ihm zur Last fallenden Obliegenheiten die aus dieser Verletzung entstehenden Nachteile dergestalt hinnehmen, dass er bestehende eigene Rechte verliert, bzw nicht mehr geltend machen kann oder dass er Rechte, die er bei Wahrnehmung der Obliegenheit erwerben würde, nicht erhält. Anders als eine vertragliche Pflicht kann die Erfüllung einer Obliegenheit grundsätzlich nicht verlangt oder eingeklagt werden, jedoch kann die Nichterfüllung einer Obliegenheit nach den Grundsätzen des Mitverschuldens anspruchsmindernde Konsequenzen haben. <https://www.rechtesay.at/wiki/obligenheit/> (5.3.2021).

²¹⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1168a Rz 1.

zum vereinbarten Zeitpunkt übernimmt (er folglich in Annahmeverzug gerät), geht dieses Risiko bereits vor der Übernahme auf ihn über.

„Zugrunde gegangen“ ist das Werk, wenn es vollständig zerstört (vernichtet) wird, unabhängig davon, ob die Ausführung bereits abgeschlossen ist oder nicht.²¹⁶ Auch wenn Teile des Werks zufällig zerstört werden oder die Bauleistung beschädigt wird, richtet sich die Gefahrtragung nach § 1168a Satz 1 ABGB.²¹⁷ Im Fall der teilweisen Zerstörung behält der AN seinen Entgeltanspruch, und zwar in dem Umfang, in dem die Leistung unversehrt geblieben ist. Das setzt voraus, dass der AG nicht nur am gesamten Bauwerk ein wirtschaftliches Interesse hat, sondern auch an der Fertigstellung von Teilleistungen. Das Interesse des AG ist aus dem Vertrag abzuleiten.

Beispiel:

Bei einem Kraftwerksbau hat es der AN übernommen, das Einlaufbauwerk zu errichten sowie die Druckrohrleitung – samt Herstellung der Rohrleitungsbettung – zu verlegen. Hat das Hochwasserereignis die fertiggestellten Leitungsstrecken zerstört, steht dem AN dennoch die (anteilige) Vergütung für das Einlaufbauwerk zu. Nach dem Vertrag wird man dem Einlauf auch ohne Leitung einen wirtschaftlichen Wert zumessen können. Anders ist es zu sehen, wenn der AN als GU tätig wurde. Beim GU-Vertrag ist das wirtschaftliche Interesse des AG (regelmäßig) auf die Ausführung der Gesamtleistung gerichtet.

§ 1168a Satz 1 ABGB muss in Zusammenhang mit den übrigen Gefahrtragungsregeln des ABGB gesehen werden, insb mit § 1168 Abs 1 ABGB. Außerdem wirft die Regelung einige Abgrenzungsfragen auf. Kann das Werk oder können die Leistungen nach wie vor hergestellt werden, bleibt der AN zur Ausführung verpflichtet. Ihn trifft dann nicht die Preis-, sondern die Leistungsgefahr. Die Möglichkeit bzw Unmöglichkeit der neuerlichen Herstellung hängt von der geschuldeten Leistung ab.²¹⁸ Diese kann für den AN faktisch unmöglich sein oder ihr kann die Vertragslage entgegenstehen.

Beispiel:

Wenn etwa die im LV angeordneten Kunststoff-Fensterrahmen zwischenzeitlich nicht mehr produziert werden, ist die Erbringung der geschuldeten Leistung unmöglich. Sind an sich geeignete Rahmen nur mehr aus Aluminium verfügbar, ist der AN nicht ohne Weiteres zum Einbau der Metallrahmen verpflichtet. Dazu bedürfte es einer Vertragsänderung. Auch unter

²¹⁶ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1168a Rz 8.

²¹⁷ *Rebhahn/Kietabl in Schwimann*, ABGB V³ § 1168a Rz 1 bzw. Rz 6; *Kletecka in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 3.

²¹⁸ Zum Problem der Leistungsgefahr beim Werkvertrag *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1168a Rz 38 f; *Karasek*, ÖNORM B 2110² Rz 1816.

diesen Gegebenheiten ist bezogen auf den konkreten Bauvertrag keine Neuherstellung möglich.

Die Bauleistung ist mangelhaft, wenn sie im Zuge der Herstellung beschädigt wird und die Schäden am Gewerk bis zur Übernahme nicht behoben werden. Baumängel lösen die speziellen Rechtsfolgen der Nichterfüllung und der Gewährleistung aus. Der Grund für die Mangelhaftigkeit – ob diese vom AN verschuldet worden ist oder auf ein zufälliges Ereignis zurückgeht – spielt keine Rolle.²¹⁹

Entweder wird der AG die Übernahme des schadhaften Gewerks verweigern, mit der Folge, dass der AN in Verzug gerät, oder er übernimmt die Bauleistung mitsamt den Mängeln. Tut er dies, kann er uU die Zahlung des Entgelts verweigern und Sanierung verlangen oder sich anderer Gewährleistungsbehelfe bedienen.

Gefahr für den Baustoff (§ 1168a Satz 2 ABGB)

§ 1168a Satz 2 ABGB weist die Gefahr für den Stoff zu.²²⁰ Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk hergestellt wird.²²¹ Darunter fallen Baumaterialien genauso wie Vorarbeiten anderer AN oder des AG.

Das Risiko des Stoffverlusts trägt gem § 1168a Satz 2 ABGB derjenige, der ihn beigestellt hat. Verlust bezieht sich auf die (gänzliche) Zerstörung ebenso wie auf die Beschädigung oder die „Verschlechterung“ von Material oder Leistungen. Diese Regelung kommt allerdings nur dann zur Anwendung, wenn ein zufälliger Verlust vorliegt.²²² Die Ursache für die Zerstörung/Beschädigung darf also weder der Sphäre eines Vertragspartners zuzuordnen sein, noch darf ein Verschulden vorliegen.

Beispiel:

Zufällig zerstört werden die Glasplatten, die bei der Lieferung zu Bruch gehen, weil sie vom Transporteur nicht entsprechend gesichert wurden. Ist der Fliesenkleber, den der AG besorgt hat, unbrauchbar, weil ihn der AN nicht richtig gelagert hat und die Papiersäcke deshalb feucht geworden sind, hat sich der Baustoff nicht zufällig verschlechtert.

Beigestellt hat das Material stets derjenige Vertragspartner, der dieses tatsächlich besorgt. Ob das Material vom AG bestellt wurde oder aus dem Lagerbestand des AN stammt, ist insoweit nicht erheblich. In Bezug auf Leistungen kommt es darauf an, wer die Vorleistung in Auftrag gegeben hat. Die Beiträge werden genauso von demjenigen beigestellt, der hierzu

²¹⁹ Sollte allerdings die Ursache der (zufälligen) Beschädigung vom AG zu vertreten sein, liegt kein „bloßer Zufall“ iSd § 1168a ABGB vor.

²²⁰ Kletecka in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 8 ff.

²²¹ RIS-Justiz RS0022227 [T1].

²²² Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB V³ § 1168a Rz 2 sowie Rz 4.

vertraglich verpflichtet ist.²²³ Dies gilt selbst dann, wenn die Aufträge (formal) über den AG abgewickelt werden.

Mit den monetären Folgen des Verlustes eines Stoffes wird der jeweilige Vertragspartner belastet, der das diesbezügliche Risiko trägt, somit derjenige, der diesen beigestellt hat. Er hat das Material neuerlich zu beschaffen bzw für die nochmalige Durchführung der Vorarbeiten zu sorgen. Wird der beigestellte Stoff im Zuge der Werkerbringung vom AN verarbeitet und geht das gesamte Werk noch vor der Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, hat dies zur Konsequenz, dass dem AN in diesem Fall kein Entgelt zusteht, er dem AG aber auch keinen Ersatz für seine nunmehr zerstörten Beiträge schuldet. Das liegt daran, dass § 1168a Satz 1 ABGB ausschließlich die Preisgefahr für das vom AN erbrachte Werk regelt, nicht jedoch für beigestellte Stoffe.²²⁴

Beispiel:

Der Bodenleger wird beauftragt, in den Wohnräumen einen vom AG beigestellten Bodenbelag aus Teakholz zu verlegen. Nach Fertigstellung der Arbeit, allerdings noch vor der Übernahme, kommt es zu einem Wasserrohrbruch und der gesamte Fußboden steht für mehrere Stunden unter Wasser, wodurch das Holz stark beschädigt wird. Eine Sanierung ist nur durch Neuverlegung möglich. Dies hat zur Konsequenz, dass der AN für seine Leistung kein Entgelt fordern kann, da er seinen Auftrag – ordnungsgemäße Herstellung des Fußbodens- offensichtlich nicht erfüllt hat. Für das zerstörte Material hat allerdings der AG aufzukommen.

Eine Ausnahme kann sich ergeben, wenn die Bauzeit nicht eingehalten wird. Beim subjektiven (verschuldeten) Verzug hat nämlich der AN uneingeschränkt für den Stoffverlust einzustehen, selbst wenn ein zufälliges Ereignis eintritt und der Stoff des AG dadurch beeinträchtigt wird.²²⁵

Gefahrtragung bei Mitwirkung des AG (Prüf- und Warnpflicht des AN, § 1168a Satz 3 ABGB)

Das ABGB sieht es als besonderes Risiko an, wenn der AG an der Ausführung mitwirkt, indem er den Stoff bereitstellt oder Anweisungen erteilt. Diesbezüglich macht das Gesetz Ausnahmen von der Erfolgshaftung des AN.

Misslingt die Ausführung, weil der Stoff, zB das Baumaterial, offenbar untauglich ist oder Anweisungen, etwa Pläne oder Koordinierungsmaßnahmen, offenbar unrichtig sind, haftet der AN gem § 1168a Satz 3 ABGB,

²²³ Kletecka in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 11.

²²⁴ Kletecka in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 9.

²²⁵ Analoge Anwendung des § 965 ABGB, Krejci in Rummel, ABGB³ § 1168a Rz 6a.

wenn er den AG nicht warnt (Prüf- und Warnpflicht des AN). Die Verantwortlichkeit des AN besteht nach hA²²⁶ nur bei schuldhafter Verletzung der Prüf- und Warnpflicht. Für die eigenen Beiträge hat der AG grundsätzlich selbst einzustehen.

Das gesetzliche Konzept überzeugt: Es belässt die Mitwirkung des AG in seiner Verantwortung, dennoch wird der AN nicht völlig von der Erfolgsverbindlichkeit befreit.²²⁷ Denn er ist zur Prüfung der Beiträge und gegebenenfalls zur Warnung angehalten. Dass der AN die negativen Folgen nur bei schuldhafter Pflichtverletzung zu tragen hat, ist als Korrektiv zu sehen.²²⁸ Die uneingeschränkte Prüfung ist – vor allem bei großen und komplexen Bauvorhaben – praktisch kaum möglich. Würde man diese verlangen, wäre ein gesteigerter Aufwand an Zeit und Kosten die Folge. Das zivilrechtliche Verschulden gestattet eine flexible Beurteilung, bezogen auf das Bauvorhaben und die Bauleistung. Auf diese Weise lassen sich sachgerechte Lösungen finden.

Warnt der AN rechtzeitig und hinreichend vor den untauglichen Beiträgen, behält er seinen Entgeltanspruch, selbst wenn die Bauleistung nicht ausgeführt werden kann oder diese mangelhaft ist. Die Preisgefahr liegt diesbezüglich beim AG. Unterbleibt die Warnung, sind damit im Wesentlichen zwei Rechtsfolgen verbunden. Erstens hat der AN für sämtliche Schäden, die als Folge der Pflichtverletzung entstehen, Ersatz zu leisten. Zweitens verliert er seinen Anspruch auf den Werklohn. Verletzt der AN die Prüf- und Warnpflicht, trägt er jedenfalls die Preisgefahr, zumeist trifft ihn auch die Leistungsgefahr.

Der Prüf- und Warnpflicht und seiner praktischen Dimension ist bei den bauvertraglichen Pflichten des AN ein eigener Teil gewidmet.

2.2.5 Gefahrtragungsregeln der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt in Pkt 12.1.1 explizit die Gefahrtragung für vertragliche Leistungen. Relevante Regelungen sind überdies über die gesamte ÖNORM verstreut. Schon die Verfahrensbestimmungen (Kapitel 4) berühren Aspekte der Gefahrtragung, etwa wenn es um die Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen oder die Untersuchung der örtlichen Gegebenheiten geht (Pkt 4.2.1.3 bzw Pkt 4.2.1.4). An Probleme der Gefahrtragung schließen Gründe an, die zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen (vgl Pkt 5.8.1 Abs 1, Rücktritt bei Untergang des Werks). Aufbauend auf § 1168a Satz 3 ABGB erfährt die Prüf- und Warnpflicht des AN in Pkt 6.2.4

²²⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1168a Rz 30.

²²⁷ I. Welsch, ZfRV 2006/31, 203 (205).

²²⁸ Iro, ÖJZ 1983, 505 (506 ff) zu den Anforderungen an die Prüf- und Warnpflicht.

eine umfassende Regelung, und praktisch das gesamte Kapitel 7 – Leistungsabweichungen und ihre Folgen - ist vor dem Hintergrund der Gefahrtragung im Werkvertragsrecht zu sehen.

Die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 entsprechen überwiegend den Regelungen im ABGB. In einzelnen wesentlichen Punkten weicht die ÖNORM jedoch davon ab. Neben der Gefahrenzuordnung ist auch die Kostentragung und das Vorgehen bei der Schadensfeststellung geregelt.

2.2.5.1 Gefahrtragung durch den AN

In Pkt 12.1.1 regelt die ÖNORM B 2110 die Gefahrtragung für die vertraglichen Leistungen und nimmt eine dem Regelungsinhalt des § 1168a ABGB vergleichbare Gefahrenzuordnung vor. Die Bauschadensregelung in Abschnitt 12.4 der ÖNORM B 2110 bleibt hiervon allerdings unberührt. Somit fallen Beeinträchtigungen der Bauleistung, die mit einiger Wahrscheinlichkeit auf die Tätigkeit anderer AN auf der Baustelle zurückzuführen sind, nicht unter die hier genannten Gefahrtragungsregeln.

Gem Pkt 12.1.1 Z 1 der ÖNORM B 2110 hat der AN prinzipiell bis zur Übernahme die Gefahr für seine Leistungen zu tragen. Bis dahin trägt der AN idR genauso die Gefahr für beigestellte Materialien, Bauteile oder sonstige Gegenstände, die er vertragsgemäß vom AG oder anderen AN übernommen hat. Die ÖNORM führt beispielhaft an, was unter „Gefahr“ zu verstehen ist, nämlich Zerstörung (Untergang), Beschädigung oder Diebstahl.²²⁹ In dieser Hinsicht deckt sich die Regelung der ÖNORM B 2110 mit jener im ABGB.

Kann der AN seine vertraglich geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbringen, sei es etwa aufgrund von Materialdiebstählen oder Beschädigungen des zu erbringenden Werks durch Unachtsamkeit der auf der Baustelle tätigen Arbeitskräfte, hat dies zweierlei Konsequenzen. Einerseits hat er bis zur Fertigstellung keinen Anspruch auf den vereinbarten Werklohn und andererseits hat er für die Verbesserung des mangelhaften Werks zu sorgen. Er trägt somit prinzipiell sowohl die Preisgefahr als auch die Leistungsgefahr. Die Kosten für die erforderlichen Verbesserungsmaßnahmen sind somit grundsätzlich vom AN zu tragen.

Hinsichtlich der Behandlung von beigestellten Stoffen weicht die ÖNORM vom ABGB ab, denn nach § 1168a Satz 2 ABGB trifft die Gefahr des Untergangs den AG.

²²⁹ Pkt 12.1.1 ÖNORM B 2110.

2.2.5.2 Gefahrtragung durch den AG (Ausnahme)

In bestimmten Fällen wird der AN von der Gefahrtragung befreit. Werden die Bauleistungen des AN oder einzelne Teile bzw. beigestellte oder übernommene Materialien, Bauteile oder sonstige zum Zweck der Bauausführung übernommene und für das Bauwerk bestimmte Gegenstände infolge eines unabwendbaren Ereignisses beschädigt oder zerstört, trägt grundsätzlich der AG die Gefahr. Der AN hat allerdings alle zur Abwehr der Folgen dieser Ereignisse notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen.

Der Begriff des unabwendbaren Ereignisses ist offenbar dem Kfz-Haftpflichtrecht entnommen.²³⁰ Nach hA²³¹ ist ein Ereignis unabwendbar, das trotz Anwendung aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht eintritt. Nach der ÖNORM B 2110 wird ein Ereignis dann als unabwendbar zu qualifizieren sein, wenn dieses auch bei außergewöhnlich sorgfältigem Vorgehen des AN eingetreten wäre.²³² Die diesbezüglichen Sorgfaltsanforderungen sind objektiv zu bewerten.

Für die Haftungsfrage ist zu klären, in welchem Ausmaß prophylaktisch Maßnahmen seitens des AN zu treffen sind. Für die Beurteilung sind die tatsächlichen sowie vertraglichen Umstände relevant. Der Maßstab hierfür lässt sich etwa aus der ÖNORM ableiten. So hat der AN bei der Leistungserbringung übliche Sicherungsmaßnahmen, zB gegen Witterungs- und Temperatureinflüsse, zu treffen.²³³ Außergewöhnliche Witterungs- und Naturereignisse fallen dagegen in die Sphäre des AG, sofern sie ein gewisses Ausmaß annehmen, mit dem Ergebnis, dass der AN keine diesbezüglichen Vorkehrungen zu treffen hat.²³⁴

Beispiel:

Dem AN ist nicht zumutbar, Vorsichtsmaßnahmen gegen außergewöhnlicher Naturereignisse zu treffen. So trägt der AG etwa die Gefahr für Schäden durch Erdbeben.

Im Fall der Gefahrtragung durch den AG hat der AN Anspruch auf das Entgelt für die erbrachten Leistungen. Besteht nach wie vor die Pflicht zur Ausführung, kann er die Wiederherstellungskosten sowie eine Verlängerung der Leistungsfrist begehren. Den AG trifft somit die Preisgefahr. Wird die Leistung endgültig nicht erbracht, trägt er zudem die Leistungsgefahr.

²³⁰ Karasek, ÖNORM B 2110² Rz 1820; siehe dazu § 9 Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG).

²³¹ Etwa OGH 2 Ob 19/04i JBI 2004, 725 = Zak 2014/775 (Kolmasch, Judikaturübersicht); Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 373; Wilhelm, Beschädigung des Bauwerks vor Übernahme: Leistungsgefahr und Solidarhaftung mehrerer Auftragnehmer nach der ÖNorm B 2110, ecolex 2000, 624 (624 f).

²³² Wilhelm, ecolex 2000, 624 (625); OGH 5 Ob 582/88 WBI 1988, 401.

²³³ Pkt 6.2.3 Z 12 ÖNORM B 2110.

²³⁴ Pkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110.

Die Leistungserbringung unterbleibt entweder, weil die erneute Herstellung unmöglich ist oder ein Vertragspartner vom Rücktrittsrecht nach Pkt 5.8.1 Z 1 der ÖNORM B 2110 Gebrauch macht.

Die Ausnahme der allgemeinen Gefahrtragungsregelung der ÖNORM B 2110 zum Nachteil des AG gilt allerdings nicht für Verbrauchergeschäfte.²³⁵

2.2.5.3 Kosten der Wiederherstellung

Nach Klärung der Gefahrtragung für die vertraglichen Leistungen, stellt sich die Frage, welche monetären Auswirkungen damit verbunden sind. Diesbezüglich ist vor allem zu klären, wie etwaige zusätzliche Ansprüche des AN gegenüber dem AG zu vergüten sind.

Vergütung zu Vertragspreisen

Sofern der AN Anspruch auf Ersatz der Wiederherstellungskosten hat, sind zur Berechnung – soweit vorhanden – die vereinbarten Einheits- und Regiepreise heranzuziehen.²³⁶

Das setzt eine Preisregelung im Vertrag voraus („soweit vorhanden“). Enthält das LV entsprechende Positionen oder fallen die Arbeiten in die bestehende Regievereinbarung, lässt sich die Vergütung problemlos errechnen. Schwieriger wird es, wenn im Vertrag nichts geregelt ist. Dann ist wie bei der Nachtragsabwicklung vorzugehen.²³⁷ Für die Vergütung sind neue Preise zu ermitteln. Auch hierbei ist das vertragliche Preisniveau zu wahren. Auszugehen ist deshalb von der ursprünglichen Kalkulation.²³⁸

Diese Vergütungsregelung gilt sowohl für die Wiederherstellungen bzw Instandsetzungen an dem zu errichtenden Bauwerk als auch für Leistungen, welche sich mit der Wiederinstandsetzung von Baustraßen oder Hilfschüttungen beschäftigen.

Grundsätzlich gehören bspw Aufräumungen und Schlammabseuerungen ebenfalls zu den Maßnahmen, die vom AG zu vergüten sind.

Anspruch auf Vergütung hat der AN freilich nur, sofern er die Ausführung der Bauleistung weiterhin schuldet, denn lediglich in diesem Fall ist er zur Wiederherstellung oder Instandsetzung verpflichtet. In diesem Zusammenhang muss allerdings geklärt werden, ob er überhaupt zu Arbeiten herangezogen werden kann, die im ursprünglichen Leistungsumfang nicht enthalten sind.²³⁹ Wie bei der Leistungsgefahr wird man die Lösung im

²³⁵ Pkt 12.1.1 Z 2 ÖNORM B 2110.

²³⁶ Pkt 12.1.2 Abs 1 ÖNORM B 2110.

²³⁷ Pkt 7 ÖNORM B 2110.

²³⁸ Pkt 7.4.2 ÖNORM B 2110.

²³⁹ *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Pkt 12 Rz 8.

Werkerfolg und in der Herstellungspflicht zu suchen haben. Dementsprechend hat der AN die zur mängelfreien Ausführung des Gewerks notwendigen Maßnahmen zu setzen, vorausgesetzt sie sind ihm zumutbar und nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden.

Ausnahmen von der Vergütungspflicht

Die Kostentragungspflicht des AG beschränkt sich lediglich auf die Substanz des zu errichtenden Bauwerks sowie auf die für die Leistungserbringung des AN erforderliche Zufahrt zum Bauwerk. Darüber hinaus trägt der AG keine Haftung. Wird etwa die Baustelleneinrichtung des AN beschädigt oder gar gänzlich zerstört, hat der AN selbst für die Wiederherstellung aufzukommen. Das gleiche gilt für gelagerte Materialien, Fertigteile und dergleichen sowie für andere Gegenständen wie etwa Gerüste. Der AG hat genauso wenig die Kosten für die daraus resultierende Wiederherstellungen und Wiederinstandsetzungen sowie für Um- und Rücklagerung von Materialien und bspw für die Aufräumung auf Lagerplätzen und auf Baustraßen aufzukommen.²⁴⁰

Der vermeintliche Widerspruch in der ÖNORM B 2110 bezüglich der Kostentragung für Aufräumarbeiten von Baustraßen lässt sich dadurch auflösen, dass der AG lediglich jene Kosten zu tragen hat, welche die Wiederherstellung der „Substanz“ der Baustraße betreffen, nicht jedoch die Beseitigung von Gegenständen des AN (zB Teile eines zerstörten Gerüsts, Materialien), welche sich auf der Baustraße befinden.

Beispiel:

Wird etwa durch einen Erdbeben die Zufahrtsstraße zum Baufeld zerstört, hat der AG dafür zu sorgen, dass die Baustraße wiederhergestellt wird bzw eine andere Lösung für die Zufahrt zu finden. Das gleiche gilt, wenn infolge eines Unwetters Äste und umgefallene Bäume auf der Baustraße liegen. Der AG hat folglich dafür zu sorgen, dass die Betriebsmittel der einzelnen AN auf die Baustelle gebracht werden können. Sorgt allerdings ein starkes Unwetterereignis dafür, dass sich der neben der Baustraße gelagerte Bodenabtrag auf der ansonsten intakten Baustraße verteilt oder ein Bauzaun auf die Straße fällt, hat der AN für die Aufräumarbeiten aufzukommen.

Zusammenfassend haftet der AG nicht für Gegenstände, die zwar für die Leistungserbringung benötigt werden, allerdings schlussendlich nicht Bestandteil des fertigen Bauwerks werden soll (zB Gerüst).

²⁴⁰ Pkt 12.1.2 Abs 2 ÖNORM B 2110.

Schadensfeststellung

Wird dem AN ein Schadensfall bekannt, hat er den AG unverzüglich darüber in Kenntnis zu setzen und diesen in die Dokumentation aufzunehmen.²⁴¹

2.2.6 Zusammenfassende Gegenüberstellung der Gefahrtragungsregeln in der ÖNORM B 2110 und im ABGB

Gem § 1168a Satz 1 ABGB hat der AN vor der Übernahme für die zufällige Beeinträchtigung seiner Leistungen einzustehen. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei Anwendung der ÖNORM B 2110.

Die Ergebnisse divergieren jedoch, wenn es darum geht, wer für die Beschädigung/Zerstörung infolge eines unabwendbaren Ereignisses („Höhere Gewalt“) die Gefahr trägt. Nach dem ABGB bleibt die Gefahr dennoch beim AN, wohingegen unter Anwendung der ÖNORM B 2110 der AG für daraus resultierende Beeinträchtigungen der Leistung des AN einzustehen hat.

Für beigestellte Stoffe gilt, dass nach der ÖNORM B 2110 prinzipiell der AN, in dessen Gewahrsam sich diese befinden, für deren Unversehrtheit verantwortlich ist. Lediglich bei Einwirkung einer höheren Gewalt wird er von seiner Haftung befreit. Dem gegenüber regelt das ABGB, dass stets der AG die Gefahr des Verlustes der beigestellten Stoffe trägt.

2.3 Vertragspflichten des Auftraggebers

Den AG treffen bei Abschluss eines Bauwerkvertrags sowohl die Hauptpflicht der Entgeltzahlung als auch diverse Nebenpflichten, die sich aus dem Vertrag sowie ergänzend dazu aus dem ABGB und der ÖNORM B 2110 ergeben.

2.3.1 Pflicht zur Zahlung des Entgelts

Der AG als Besteller der Bauleistung hat als primäre Vertragspflicht die Leistung des Entgelts (Bezahlung des Werklohns) zu erfüllen. Die Höhe des Entgelts ergibt sich prinzipiell aus dem Vertrag. In Ermangelung einer diesbezüglichen Regelung (etwa bei Zusatzaufträgen) gilt für den Fall, dass zwischen den Vertragspartnern explizit nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, dass dem AN ein angemessenes Entgelt zusteht.²⁴²

²⁴¹ Pkt 12.1.3 ÖNORM B 2110.

²⁴² § 1152 ABGB.

Das angemessene Entgelt sollte aus den Vertragspreisen des Hauptvertrages abgeleitet werden bzw sich daran orientieren, was orts- bzw branchenüblich ist.²⁴³ Hierbei soll jene Vergütung zu leisten sein, welche unter ähnlichen Umständen erbracht werden müsste.²⁴⁴ Existieren für bestimmte Arten von Leistungen Vergütungsvorschläge (Honorarsätze, Tabellen), die von Berufsverbänden oder anderen zur Interessenvertretung berufenen Einrichtungen herausgegeben werden, können diese als Orientierungshilfe zur Bestimmung des angemessenen Entgelts herangezogen werden. Der Werklohn ist im Zweifel erst nach Vollendung des Werks zu zahlen.²⁴⁵

2.3.2 Mitwirkungspflichten

§ 1168 Abs 2 ABGB bestimmt, dass der AG verpflichtet ist, bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken, soweit seine Mitwirkung zum Gelingen des Werkes erforderlich ist. Verletzen der Bauherr oder seine Erfüllungsgehilfen (insb Architekten und Fachplaner) diese Mitwirkungspflichten, ist der AN (nach Setzung einer angemessenen Nachfrist) berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.²⁴⁶ Auch die ÖNORM B 2110 statuiert diverse Mitwirkungspflichten, deren Verletzung einen Anspruch auf Mehrkosten begründen und den AN sogar zum Vertragsrücktritt berechtigen kann. Dazu zählen ua folgende Mitwirkungspflichten:

- **Beistellung von Unterlagen**

Zu den Mitwirkungspflichten des AG zählt ua die rechtzeitige und vollständige Übergabe der geschuldeten Planungsleistungen. Den AG trifft demnach die Pflicht zur Einholung der für das Projekt erforderlichen Bewilligungen sowie die rechtzeitige und vollständige Übergabe seiner Beiträge (Pläne, Bodengutachten, Massenauszüge, etc). Der AG hat gegenüber dem AN weiters Aufklärungs- und Erkundigungspflichten (etwa über Altlasten, besondere Gefahren oder sonstige Einschränkungen des Bauplatzes).

- **Koordinierungspflicht**

Gem Pkt 6.2.5.1 ÖNORM B 2110 ist der AG verpflichtet, für das ordnungsmäßige Zusammenwirken seiner AN zu sorgen und insb ihren Einsatz zu koordinieren. Besonderer Bedeutung kommt dabei den Schnittstellen zwischen den Gewerken zu.

²⁴³ *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB V³ § 1165 Rz 60.

²⁴⁴ OGH 1 Ob 872/54 JBI 1955, 122 (*Novak*).

²⁴⁵ § 1170 ABGB.

²⁴⁶ § 1168 Abs 2 ABGB.

Beispiel:

Der AG hat im Vorfeld mit den einzelnen AN zu klären, welche Informationen in welchen Situationen an wen zu übermitteln sind. Bspw ist es sinnvoll, den Elektriker sowohl darüber in Kenntnis zu setzen, dass eine bestimmte Trockenbauwand bereits fertiggestellt ist, als auch darüber, dass Schwierigkeiten aufgetreten sind, welche sich auf seine Leistung in terminlicher Hinsicht auswirken können. Es ist nämlich von entscheidender Bedeutung, das Nachfolgewerk über etwaige Verzögerungen in Kenntnis zu setzen, um Stehzeiten zu vermeiden.

Wird ein GU beauftragt, ist idR dieser mit der Koordinierung der einzelnen Subunternehmer sowohl in zeitlicher als auch in organisatorischer Hinsicht betraut.

2.4 Vertragspflichten des Auftragnehmers

Dem AN kommen im Zuge der Bauausführung Vertragspflichten zu, von denen die vertragsgemäße Leistungserbringung (unter Einhaltung gesetzlicher und normativer Bestimmungen) als Hauptpflicht angesehen werden kann.²⁴⁷ Den AN treffen im Zuge dessen zudem bestimmte Nebenpflichten, die sich aus dem Bauvertrag sowie aus gesetzlichen und normativen Bestimmungen ergeben.

2.4.1 Prüf- und Warnpflicht

Der Kernpunkt eines jeden (Bau-)Werkvertrags ist die Herstellung eines bestimmten Werks.²⁴⁸ Damit geht die Verpflichtung einher, dafür zu sorgen, dass der geschuldete Werkerfolg auch tatsächlich eintritt. Da das (Bau-)Werk stets nach den Wünschen und Vorstellungen des Werkbestellers (AG) hergestellt wird und der AG idR den Baugrund sowie Pläne zur Verfügung stellt, geht diese Haftung auch über die eigene Sphäre des AN hinaus. Sofern sich nämlich bspw übergebene Pläne und Vorleistungen anderer Gewerke im Endeffekt auf die eigene Leistungserbringung auswirken bzw diese darauf aufbaut, hat der AN selbst ihre Tauglichkeit für die Erreichung des vertraglich bedungenen Leistungsziels zu überprüfen. Das bedeutet, dass sich der Werkunternehmer bei Verfehlung seines eigenen Leistungsziels nicht von seiner Erfolgshaftung befreien kann, indem er nachträglich deren Untauglichkeit bekundet. Vielmehr kommt es auf das vom Werkunternehmer schlussendlich zu übergebende Werk an. Im Falle der Unmöglichkeit der Erreichung des Leistungsziels, auch wenn sie auf Umständen aus der Sphäre des AG oder Dritter zurückzuführen

²⁴⁷ Pkt 6.2.1.1 ÖNORM B 2110.

²⁴⁸ § 1151 Abs 1 ABGB.

ist, ist er prinzipiell selbst dafür verantwortlich, es sei denn, er kommt seiner diesbezüglichen Prüf- und Warnpflicht nach.

Die Warnpflicht des Unternehmers ist eine werkvertragliche Nebenpflicht, die auch schon im vorvertraglichen Stadium bestehen kann und die Interessen des – wenngleich auch selbst sachkundig oder sachverständig beratenen – Werkbestellers wahren soll, wenn die vom Unternehmer erkannte oder für ihn erkennbare Gefahr besteht, dass das Werk wegen außerhalb der unmittelbaren Sphäre des Unternehmers liegender Umstände auf Bestellerseite misslingen und dem Besteller dadurch ein Schaden entstehen könnte.²⁴⁹

Beispiel:

Liegt noch kein Baubescheid vor, hat der AN den AG über die nachteiligen Folgen eines vorzeitigen Baubeginns zu unterrichten.

Die Prüfpflicht betrifft sämtliche nicht vom AN selbst erstellte Unterlagen und Vorleistungen sowie nicht aus der Sphäre des AN stammende Materialien, welche auf das herzustellende Werk unweigerlich Einfluss nehmen. Sie ist allerdings nicht derart weit zu verstehen, dass gar sämtliche Leistungen anderer Unternehmer zu überprüfen wären, die sich nachteilig auf das eigene Gewerk auswirken könnten, wenn sie nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden.²⁵⁰ Es kommt vielmehr auf Vorleistungen an, auf die das herzustellende Werk aufbaut.

Die Prüf- und Warnpflicht ist somit eine vertragliche Pflicht, die den AN dazu veranlassen soll, Beiträge des AG oder Dritter zu untersuchen (zu prüfen) und gegebenenfalls eine Warnung auszusprechen. Dies soll den AG auf der einen Seite vor einem Misslingen der Werkleistung schützen und andererseits den AN vor einer vollumfänglichen Haftung etwa bezüglich des Untergangs des Werks befreien. Um das Gelingen der Werkleistung zu sichern, ist es somit geboten, den AG über die Unbrauchbarkeit seines Beitrags aufzuklären.

2.4.1.1 Gesetzliche und normative Grundlage

Die Gefahrentragung im Werkvertragsrecht ist in § 1168a ABGB geregelt:

§ 1168a ABGB

²⁴⁹ RIS-Justiz RS0022233.

²⁵⁰ OGH 7 Ob 152/16b bau aktuell 2017/1 (*Hussian*) = Zak 2017/128 = bbl 2017/61 = ecolex 2017/127 (*Schoditsch*) = ZRB 2017,118 (*Wenusch*).

Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn bereitgestellt hat. Mißlingt aber das Werk infolge offener 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.

Gem Satz 1 des § 1168a ABGB trägt der AN das Risiko des zufälligen Untergangs des Werks bis zur Übergabe. Satz 2 geht darauf ein, dass jeder Beteiligte selbst für den Verlust des von ihm beigestellten Stoffes haftet und Satz 3 regelt explizit die Warnpflicht des Werkunternehmers. Damit einher geht die in zeitlicher Hinsicht vorangestellte Verpflichtung zur Prüfung, welche die vermeintliche Untauglichkeit des Beitrags des AG erst erkennen lässt. Der OGH legt die Begrifflichkeit „offenbar“ des § 1168a ABGB derart aus, dass darunter alles fällt, was vom Unternehmer bei einer von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muss.²⁵¹ Abzustellen ist somit grundsätzlich auf jene Kenntnis, die nach einem objektiven Maßstab den Angehörigen der betreffenden Branche gewöhnlich eigen ist.²⁵²

Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk hergestellt wird, insb auch das Gebäude, an dem oder in dem die aufgetragene Arbeit des Unternehmers zu verrichten sind.²⁵³ Unter „Stoff“ fällt daher auch der vom Bauherrn zur Errichtung eines Gebäudes zur Verfügung gestellte Baugrund.²⁵⁴

Unter einer Anweisung ist nicht jeder Wunsch des Bestellers zu verstehen, sondern vielmehr eine konkrete und verbindliche Vorgabe, auf welche Art und Weise die Durchführung der geschuldeten Leistungen zu erfolgen hat.²⁵⁵

Beispiel:

Beigestellte Baupläne sind ganz klar eine Anweisung des Bestellers.

Es spielt dabei keine Rolle, ob die Anweisung schon bei Vertragsabschluss oder erst nachträglich erteilt wird.²⁵⁶ Akzeptiert der Besteller allerdings lediglich eine vom Werkunternehmer angebotene Art der Werkerstellung, liegt keine Anweisung des Bestellers vor.

²⁵¹ RIS-Justiz RS0022259 bzw RS0022227.

²⁵² RIS-Justiz RS0022225; § 1299 ABGB.

²⁵³ RIS-Justiz RS0022227 [T1]; RIS-Justiz RS0022045 [T6]: Dazu zählen auch Vorarbeiten eines anderen Unternehmers und Vorarbeiten des Bestellers, auf denen der Unternehmer bei Herstellung des Werkes aufbauen muss.

²⁵⁴ RIS-Justiz RS0022227 [T3].

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0022239.

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0022214.

Beispiel:

Bietet der AN mehrere Ausführungsvarianten an und entscheidet sich der AG für eine dieser Varianten, trägt der AN trotz vermeintlicher „Anweisung“ des AG, das Werk in der angebotenen Weise herzustellen, die Haftung für die Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Somit treten bei Mangelhaftigkeit die Rechtsfolgen der Gewährleistung und des Schadenersatzrechts ein, ohne dass sich die Frage nach einer Warnpflicht des AN stellt.²⁵⁷

Von der Rsp werden auch vom Besteller beigestellte Gutachten als Anweisungen verstanden, sofern ihre Berücksichtigung vertraglich vereinbart wird.²⁵⁸

Die Prüf- und Warnpflicht normiert folglich eine Verpflichtung des Werkunternehmers, Stoffe und Anweisungen des Bestellers zu überprüfen und, wenn der AN Bedenken gegen deren Tauglichkeit hat, den Besteller darauf aufmerksam zu machen (zu „warnen“).

Die damit korrespondierende Bestimmung in der ÖNORM B 2110 ist in Pkt 6.2.4 zu finden, wobei konkreter auf die Pflichten des AN eingegangen wird. Die Prüf- und Warnpflicht umfasst demnach die Prüfung der vom AG zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen, erteilten Anweisungen, beigestellten Materialien und beigestellten Vorleistungen, und zwar ehestmöglich und aufgrund der dem AN zumutbaren Fachkenntnis.²⁵⁹ Werden im Zuge dessen Mängel festgestellt oder hat der AN begründete Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, hat er dies dem AG unverzüglich schriftlich mitzuteilen.²⁶⁰

Genauso hat sich der AN vor der eigenen Leistungserbringung vom ordnungsgemäßen Zustand der bereits erbrachten Vorleistungen Dritter zu überzeugen und gegebenenfalls den AG über etwaige diesbezügliche Unzulänglichkeiten in Kenntnis zu setzen.²⁶¹ Ggf ist auch eine direkte Kontaktaufnahme mit dem Vorunternehmer geboten.²⁶²

Beispiel:

Werden von einer Unternehmer Betonstufen hergestellt und wird anschließend zur Vornahme weiterer Arbeiten (Verfliesung) ein anderer Unternehmer beauftragt, ist die Vorleistung jedenfalls einer Überprüfung auf Korrektheit der Ausführung zu unterziehen. Ergibt sich schließlich, dass die Betonstufen ungleich hoch sind, und ist der zweite Unternehmer nicht in

²⁵⁷ RIS-Justiz RS0022239 [T2].

²⁵⁸ RIS-Justiz RS0022172.

²⁵⁹ Die in der ÖNORM B 2110 genannten Begrifflichkeiten weichen inhaltlich nicht von jenen des ABGB ab. Beigestellte Ausführungsunterlagen, Materialien und Vorleistungen zählen zu den Stoffen iSd § 1168a ABGB. Siehe dazu auch RIS-Justiz RS0025649.

²⁶⁰ Pkt 6.2.4.1 ÖNORM B 2110.

²⁶¹ Pkt 6.2.4.2 ÖNORM B 2110.

²⁶² RIS-Justiz RS0021901.

der Lage, bei Ausführung der ihm übertragenen Arbeiten (Auftragung eines Mörtelbettes und Verfliesung der Stufen) die Mängel zu beheben, hat er den ersten Unternehmer auf die Mängel des Werks hinzuweisen und ihn darauf aufmerksam zu machen, dass er die Arbeiten nicht sachgemäß vornehmen könne. Es existiert folglich über die Warnpflicht gegenüber dem AG hinaus eine Hinweispflicht gegenüber dem Vorunternehmer, wenn ein gleichwertiger Unternehmer ein mangelhaft begonnenes Werk zur Vornahme weiterer Arbeiten an diesem Werk übernommen hat.

Der Prüfpflicht werden dahingehend Grenzen gesetzt, dass jedenfalls keine umfangreichen, kostspieligen und technisch schwierigen Untersuchungen seitens des AN anzustellen sind.²⁶³ Genauso wenig ist der Werkunternehmer verpflichtet, besondere, nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen oder gar einen Fachmann beizuziehen.²⁶⁴ Der Fokus der Prüf- und Warnpflicht liegt vielmehr auf für den Werkunternehmer erkennbaren Mängeln. Demnach sind Mängel, die erst nach einer aufwändigen technischen Prüfung erkennbar werden, nicht von der Prüf- und Warnpflicht des AN umfasst. Er hat jedoch in diesem Fall bei Verdacht den AG darüber in Kenntnis zu setzen, dass unter Umständen zur Erkennbarkeit gewisser Mängel weiterführende Tests und Überprüfungen notwendig sind. Der AG hat sodann über die weiteren Schritte zu entscheiden und gegebenenfalls Sonderfachleute sowie Sachverständige beizuziehen.

Ergänzend sieht die ÖNORM B 2110 vor, dass der AN im Rahmen seiner Möglichkeiten binnen angemessener Frist Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten hat.²⁶⁵

Sowohl die Bestimmung im ABGB als auch die Regelungen in der ÖNORM sind dispositiver Natur und können vertraglich abgeändert werden. Der OGH hält diesbezüglich allerdings fest, dass Aufklärungs- und Prüfpflichten nicht überspannt werden und nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers und der damit verbundenen Schutzpflichten und Sorgfaltspflichten bestehen dürfen.²⁶⁶

Bezüglich der Form der Warnung hält weder das ABGB noch die ÖNORM B 2110 konkrete Regelungen parat. Dennoch wird ein gewisses Maß an Bestimmtheit vorausgesetzt. Eine pauschale Warnung oder ein allgemeiner Hinweis genügt im Allgemeinen nicht zur Erfüllung der gesetzlichen Warnpflicht. Die Warnung muss grundsätzlich klar, verständlich und begründet sein. Der Werkunternehmer hat dafür

- die Ursachen (der Untauglichkeit) aufzuzeigen,

²⁶³ Pkt 6.2.4.3 ÖNORM B 2110.

²⁶⁴ RIS-Justiz RS0021971.

²⁶⁵ Pkt 6.2.4.4 ÖNORM B 2110.

²⁶⁶ OGH 10. 5. 1994, 4 Ob 539/94; siehe auch RIS-Justiz RS0022268 sowie RS0021941.

- auf die Gefahr (des Misslingens der Werkleistung) hinzuweisen,
- die Konsequenzen aufzuzeigen (Ursache und Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Misserfolgs),
- sowie Hinweise und Vorschläge zur Behebung oder Verbesserung zu machen,
- sodass der AG die Gefahr des Misslingens tatsächlich abschätzen und eine Entscheidung treffen kann.

2.4.1.2 Gegenstand und Umfang der Prüf- und Warnpflicht

Im Zuge der Warnung des AN wird der AG über die Untauglichkeit seines Beitrags aufgeklärt. Er soll damit in die Lage versetzt werden, zeitgerecht am Gelingen des Werks mitzuwirken. Zusätzlich behält er die finanzielle Kontrolle über das Projekt.

Gegenstand der Prüf- und Warnpflicht ist alles, aus dem, an dem oder mit dessen Hilfe das Werk zu vollbringen ist.²⁶⁷ Die Beiträge von Seiten des AG können dabei beigestellte Stoffe (bspw Baugrund, Materialien wie Beton, Ziegel, Schotter, Holz), Anweisungen, Ausführungsunterlagen (Pläne, Skizzen, Muster, Berechnungen), Vorleistungen anderer AN (Planer und Architekten, Sonderfachleute wie Geologen, Statiker, Bauphysiker, Baugrubenaushub, Rohbauarbeiten etc) sowie Vorarbeiten des AG selbst sein. Der Begriff des „Stoffes“ ist dabei sehr weit zu verstehen und umfasst auch Vorleistungen anderer Gewerkbetreibender, die Grundlage des bestellten Werkes des Unternehmers sind.²⁶⁸

Insb der Baugrund bedarf aufgrund seiner Eigenart einer tiefergehenden Betrachtung. In erster Linie ist der AG für den Baugrund verantwortlich und trägt das Risiko (Baugrundrisiko) für seine technische und rechtliche Tauglichkeit (Bodengutachten, Bebaubarkeit). Unabhängig davon schuldet der AN den Erfolg seines Werks. Im Ergebnis ist der Baugrund als zur Verfügung gestellter Stoff der Prüf- und Warnpflicht unterworfen und der AN hat somit vor Beginn seiner Tätigkeiten den Baugrund zu besichtigen sowie Einsicht in geotechnische Kataster und geologische Gutachten zu nehmen. Die Warnpflicht beschränkt sich allerdings auf augenscheinliche Mängel. Wird im Zuge der Aushubarbeiten bekannt, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse von den aus den Bodengutachten abzuleitenden gravierend unterscheiden, hat der AN jedenfalls eine Warnung auszusprechen. Gegebenenfalls kann auch schon im Stadium vor Vertragsabschluss eine Warnung als geboten erscheinen. Dies vor allem dann, wenn etwa der Baugrund im Vorfeld zu wenig befundet wurde und der AN aufgrund eigener Erfahrung (bspw aus vergangenen Projektabwicklungen in

²⁶⁷ Iro, ÖJZ 1983, 505 (506); Straube/Aicher, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, 7:8.

²⁶⁸ RIS-Justiz RS0025649.

der Gegend) davon ausgehen kann, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Verfahren nicht geeignet sind. Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht darf allerdings nicht überspannt werden und somit sind etwa unwahrscheinliche Bodenverhältnisse im Vorfeld nicht zu überprüfen.

Beispiel:

Gibt es keine Indizien für eine frühere Deponie auf dem Baufeld, muss der Baugrund nicht zwingend im Vorfeld auf Kontamination untersucht werden. Genauso wenig muss in einem Auegebiet von einem felsigen Untergrund (in den oberen Schichten) ausgegangen werden.

Eine gänzliche Überwälzung des Baugrundrisikos auf den AN ist allerdings nicht möglich. Die Sowiesokosten trägt somit auch im Falle der Verletzung der Warnpflicht stets der AG.²⁶⁹

Der Besteller trägt nach der „Sphärentheorie“ das Risiko für das Misslingen des beauftragten Werks, sofern es auf Gründe zurückzuführen ist, welche in seine Sphäre fallen und nicht offenkundig sind, sodass sie keine Warnpflicht auslösen.²⁷⁰ Der Umfang der Prüf- und Warnpflicht beschränkt sich folglich auf Tatsachen, welche den Angehörigen der betroffenen Branche nach dem zu erwartenden Wissensstand auffallen müssen.²⁷¹ Der AN ist nämlich auf seinem Gebiet als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB anzusehen. Er hat daher Beiträge des AG entsprechend dem Fachwissen zumindest eines durchschnittlichen Vertreters der konkreten Branche zu überprüfen.

Beispiel:

Ein Elektriker muss sich genauso wenig wie ein Maler mit der Statik eines Gebäudes auseinandersetzen. Das bedeutet, dass diesem nicht auffallen muss, dass die erforderliche Wanddicke nicht eingehalten wurde. Allerdings muss ihm sehr wohl auffallen, wenn der vorhandene Auslass (etwa für eine Deckenlampe) nicht dem Plan entspricht.

Hinsichtlich der zu erwartenden Fachkenntnis wird nicht auf die Größe des Betriebs abgestellt.

Beispiel:

Ein von einem Einzelunternehmer geführter Elektromeisterbetrieb muss bei der Verlegung von Kabelsträngen gleichermaßen über die Mindestabstände zu Wasserleitungen Bescheid wissen wie ein Großbetrieb.

Genauso wenig kommt es in Bezug auf die Haftung darauf an, ob der AN tatsächlich über die vorausgesetzte Fachkenntnis verfügt. Der Werkunter-

²⁶⁹ OGH 8 Ob 97/15w Zak 2016/67 = OIZ 2016, 25/Heft 03 = ZVB 2016/33 (*Wagner*) = VbR 2016/30 = EvBl LS 2016/69 = bbl 2016/104 = bau aktuell 2016,129 (*Frad*, Rechtsprechungsübersicht) = ZRB 2016,147 (*Welser*).

²⁷⁰ *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 1168a Rz 19.

²⁷¹ RIS-Justiz RS0022225.

nehmer ist als Fachunternehmer verpflichtet, Untersuchungen vorzunehmen, um sich die erforderlichen Kenntnisse zu beschaffen, welche uU die Warnpflicht auslösen.²⁷² Für den Umfang der Prüf- und Warnpflicht spielt es auch keine Rolle, ob der AG sachverständig beraten (zB durch einen Architekten oder eine ÖBA) ist oder nicht.²⁷³

Sollte es zu einer Verletzung der Warnpflicht kommen, so ist die notwendige Fachkenntnis über die Erkennbarkeit der Untauglichkeit des Beitrags von einem Sachverständigen auf dem jeweiligen Gebiet des AN zu beurteilen. Hierfür ist eine rein objektive Wahrnehmung eines Fachmanns mit durchschnittlichem Wissen und Können maßgeblich. Besondere individuelle Kenntnisse und Fähigkeiten der Person des AN werden hier prinzipiell nicht berücksichtigt, wobei viel dafürsprechen würde, einem Spezialunternehmen einen erweiterten Wissensstand zu unterstellen.²⁷⁴

Beispiel:

Ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen wird idR einen überdurchschnittlichen Wissensstand bezüglich der Eignung bestimmter Verfahren im Erdbau vorweisen können.

Im Zweifel ist wohl dennoch eine Durchschnittsbetrachtung geboten. Wenn der Mangel nicht auffallen muss, kann eine Warnpflicht lediglich dann angenommen werden, wenn der Werkunternehmer eine besondere Kontrollpflicht übernommen hat. Die gesetzliche Prüf- und Warnpflicht besteht grundsätzlich nur während eines aufrechten Vertragsverhältnisses und stets nur gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner.

Beispiel:

Bei Generalunternehmerverträgen besteht die Prüf- und Warnpflicht des Subunternehmers nur gegenüber seinem Auftraggeber, dem Generalunternehmer.

Darüber hinaus hat die Rsp auch für den Zeitraum der Vertragsanbahnung (Angebotsphase) eine beschränkte Prüf- und Warnpflicht anerkannt.

2.4.1.3 Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht

Die Prüf- und Warnpflicht ist im ABGB in § 1168a sowie in der ÖNORM B 2110 in Pkt 6.2.4 geregelt und greift erst nach Vertragsabschluss in vollem Maße. UU kann es geboten erscheinen, bereits den Bieter in der Ausschreibungsphase mit diesen Pflichten zu belegen, um einen späteren Nachteil des AG abzuwenden.

²⁷² RIS-Justiz RS0021744 [T7].

²⁷³ RIS-Justiz RS0022233.

²⁷⁴ Siehe ua OGH 8 Ob 97/15w sowie 7 Ob 119/13w bau aktuell 2013/14 = bbl 2014/30 = ZRB 2014,137 (*Wenusch*) = ZRB 2016,147 (*Welser*).

Beispiel:

Es wird die Errichtung einer Tiefgarage ausgeschrieben. Aus einem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Bodengutachten geht hervor, dass das für das konkrete Bauvorhaben seitens des AG gewählte Bauverfahren aufgrund des zu hohen Grundwasserstands nicht geeignet ist und auf eine kostspieligere Variante zurückzugreifen wäre. Dieser Umstand ist den Bietern offenkundig und kurz nach Auftragserteilung meldet der AN seine damit verbundenen Mehrkosten an. Wäre der AG diesbezüglich gewarnt worden, hätte er uU das Nachbargrundstück dazugekauft und dort KFZ-Stellplätze auf höherem Niveau errichten lassen.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass es auch bereits vor Vertragsabschluss für die Bieter eventuell offensichtlich sein kann, dass dem AG MK entstehen. Die Prüf- und Warnpflicht soll aber gerade bezwecken, dass der AG vor derartigen, für ihn unvorhergesehenen Nachteilen, welche die Erreichung des Leistungsziels betreffen, geschützt wird.

Eine explizite Rechtsgrundlage für die Ausweitung der Prüf- und Warnpflicht auf das vorvertragliche Stadium (Ausschreibungs- bzw Angebotsstadium) ist allerdings weder im ABGB noch in der ÖNORM B 2110 zu finden. Dennoch hat die höchstgerichtliche Rsp dem § 1168a ABGB einen erweiterten Inhalt unterstellt.²⁷⁵ Die Grundsätze der Lehre von den vorvertraglichen Sorgfaltspflichten sind somit auch im Vergabeverfahren auf das Verhältnis zwischen Ausschreibenden und Bietern anzuwenden.²⁷⁶

Die Warnpflicht ist diesbezüglich von der Prüfpflicht strikt zu trennen. Der OGH bejaht lediglich das Bestehen einer vorvertraglichen Warnpflicht, welche sich aus einer generellen Aufklärungspflicht ableiten lässt. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Warnpflicht in der Ausschreibungsphase auch hinsichtlich Mengenfehler besteht, sofern diese auffallen müssen, ist sie sogar weitreichender als nach Vertragsabschluss.

Er lässt allerdings ungeklärt, ob darüber hinaus auch eine vorvertragliche Prüfpflicht besteht. Demnach ist davon auszugehen, dass eine Pflicht zur detaillierten Prüfung, ob die Ausschreibungsunterlagen falsch, unklar, widersprüchlich oder lückenhaft sind, nicht besteht. Für diese Unterstellung spricht auch der Informations- und Beherrschbarkeitsvorsprung des AG, welcher die Ausschreibungsunterlagen erstellt hat. Es ist dem AN nicht zumutbar, die ihm vom AG übergebenen Unterlagen bereits vor Vertragsabschluss einer detaillierten Überprüfung auf etwaige Fehler zu unterziehen und somit die eigentliche Arbeit des AG, nämlich Ausschreibungsunterlagen sorgfältig zu erstellen, zu übernehmen. Genauso wenig kann vom AN bzw Bieter verlangt werden, dass er innerhalb der Angebotsfrist aufwändige und zudem kostspielige Untersuchungen anzustellen hat, um

²⁷⁵ Der OGH hat bezüglich der Klärung der Frage des Bestehens und des Umfangs der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht mehrfach entschieden: siehe unter anderem OGH 7 Ob 191/19t bau aktuell 2020/4 (*Hussian*) = ZVB 2020/68 (*Sticker/Haigner*) = *ecolex* 2020/291 (*Stoffl*); sowie 10. 5. 1994, 4 Ob 539/94.

²⁷⁶ RIS-Justiz RS0013934.

sich selbst überhaupt taugliche Angebotsunterlagen erarbeiten zu können. Das soll umso mehr gelten, wenn für die Angebotslegung kein Entgelt zu erwarten ist. Von der Aufklärungspflicht sind folglich lediglich jene Ausschreibungsmängel umfasst, welche dem AN offenbar auffallen müssen. Allgemein gilt, je qualifizierter der AG und der Bieter, desto geringer sind die wechselseitigen Aufklärungspflichten.

Beispiel:

Fallen einem Bieter im Zuge der Kalkulation Unzulänglichkeiten auf, hat er den AG darüber in Kenntnis zu setzen. Er hat aber idR keine umfassenderen Untersuchungen anzustellen oder gar einen Sachverständigen mit der Prüfung der Umsetzbarkeit zu beauftragen.

Das LV ist seitens des AG derart konkret zu erstellen, dass einerseits die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne die Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können und andererseits die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist.

Die in § 1168a ABGB vorgeschriebene Warnpflicht des Unternehmers besteht prinzipiell selbst dann, wenn dem Besteller eine einschlägige Sachkenntnis zugestanden wird.²⁷⁷ Nur in sehr eingeschränkten Fällen, wenn etwa bei Vorliegen einer prinzipiell der Warnpflicht unterliegenden Gefahr, welche dem Besteller voraussichtlich zum Nachteil gereichen wird, der Bieter davon überzeugt sein kann, dass diese für den Besteller offensichtlich ist, weil sie in dessen „selbstverständlichen Wissensstand“ fallen müsste, kann von einer Warnung abgesehen werden.²⁷⁸ Der bloße Sachverstand des Bestellers allein reicht somit nicht aus, den Unternehmer von seiner Warnpflicht zu befreien.²⁷⁹ Allenfalls kann den sachkundigen Besteller bei Verletzung der Warnpflicht durch den Werkunternehmer ein Mitverschulden treffen.²⁸⁰

Im Vergabeverfahren besteht die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter mit dem Zweck, den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu ermitteln. Wenn somit ein Bieter mit einem Angebot Bestbieter wird, obwohl dieser bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung beabsichtigt, nach Erhalt des Auftrags ein Nachtragsangebot zu legen, verschafft er sich im Ausschreibungsverfahren einen Vorteil, was einen Fall der culpa in contrahendo, im Besonderen eine Verletzung der Warnpflicht des § 1168a ABGB darstellt.²⁸¹

²⁷⁷ RIS-Justiz RS0021906.

²⁷⁸ OGH 3 Ob 532/90 *ecolox* 1990,473 (*Welser*).

²⁷⁹ OGH 7 Ob 515/91 *JB* 1992,114 (*Karollus*).

²⁸⁰ OGH 21. 3. 2001, 3 Ob 262/00a.

²⁸¹ OGH 7 Ob 191/19t.

Beispiel:

Würde der Bieter (der spätere AN) unmittelbar nach Erkennen der Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsunterlagen den Besteller darauf hinweisen, könnte dieser darauf reagieren und die vermeintlich mangelhaften Unterlagen erneut einer Überprüfung unterziehen, welche die Qualität der Ausschreibungsunterlagen ggf verbessert. Nutzt der Bieter allerdings seinen diesbezüglichen Wissensvorsprung zum Nachteil des Bestellers aus, indem er kostengünstiger anbietet, den Zuschlag erhält und in weiterer Folge den AG mit Mehrkosten belastet, mit denen er nicht rechnen musste, ist dem AN die Geltendmachung von Nachträgen verwehrt.

Es ist nämlich gerade nicht Sinn und Zweck einer Angebotslegung im Rahmen einer Ausschreibung, den AG bezüglich der Umsetzbarkeit der ausgeschriebenen Positionen dahingehend zu täuschen, dass entgegen den im Angebot ausgepreisten Positionen weitere Leistungen in unbestimmtem Ausmaß erforderlich sind, um die Herstellung des zugesicherten Werkes überhaupt zu ermöglichen, mit dem Resultat, dass Mehrkosten für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen jedenfalls anfallen, welche bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung dem Grunde nach bekannt sind.

2.4.1.4 Rechtsfolgen der Prüf- und Warnpflicht

Kommt es infolge der Verletzung der Warnpflicht zur Unmöglichkeit der Werkausführung, ist dieser Umstand prinzipiell dem Werkunternehmer zuzurechnen, was dazu führt, dass sein diesbezüglicher Entgeltanspruch zur Gänze erlischt. Gleiches gilt, wenn das Werk aufgrund der unterlassenen Warnung unbrauchbar wird.

Die Verletzung der Prüf- und Warnpflicht führt somit dazu, dass der Werkunternehmer für Mängel des Bauwerks auch dann haftet, wenn sie auf einen fehlerhaften „Beitrag“ des Bestellers zurückzuführen sind. Ausschlaggebend ist nur die Tatsache, dass das vertraglich zugesicherte Werk nicht bzw nicht vollständig erbracht wird.

Zusätzlich hat der AG Anspruch auf Ersatz eines darüberhinausgehenden Schadens, etwa jener Kosten, die durch die nachträgliche ordnungsgemäße Herstellung des Werkes entstehen (zB Sanierungskosten, Werklohnanspruch für erforderliche Zusatzleistungen).

Beispiel:

Wird ein Unternehmen (Dachdecker) lediglich mit der Verlegung der Dachziegel beauftragt, hat es dennoch die korrekte Ausführung des Unterbaus (Dachstuhl) zu überprüfen. Stellt sich später heraus, dass der Dachstuhl nicht plankonform ausgeführt wurde und zu sanieren ist, bedeutet das für den beauftragten Dachdecker, dass die Ziegel zu entfernen und erneut zu

platzieren sind. Der damit verbundene frustrierte Aufwand (Arbeitsstunden) ist vom AG allerdings nicht zu ersetzen.

Davon sind gegebenenfalls die sog „Sowiesokosten“ abzuziehen, also jene Kosten, die auch dann entstanden wären, wenn der AN seiner Verpflichtung fristgerecht nachgekommen wäre. Wer nicht darüber aufklärt, dass das Werk in seiner vereinbarten Beschaffenheit untauglich ist, haftet nämlich nur für den Vertrauensschaden, also dafür, dass der Werkbesteller nicht von vornherein ein zweckentsprechendes Werk anderer Beschaffenheit herstellen ließ, nicht allerdings für das Interesse an diesem Werk an sich.²⁸²

Beispiel:

Ein Unternehmen wird mit der Errichtung eines Naturpools beauftragt. Wenige Wochen nach Fertigstellung stellt der Bauherr ein massives Algenwachstum fest, was die Benutzbarkeit erheblich einschränkt. Nach umfassender Nachforschung durch einen Sachverständigen wird als Ursache der nachbarliche landwirtschaftliche Grund mit erheblichem Düngungseintrag identifiziert. Die hohe Phosphorbelastung des Bodens begünstigt das Algenwachstum, mit dem Ergebnis, dass diese Umgebung nicht für einen Naturpool geeignet ist. Der Unternehmer hätte dies erkennen und vom konkreten Auftrag abraten müssen. Hätte er rechtzeitig gewarnt, hätte der Besteller die Möglichkeit gehabt, ein zweckentsprechendes Werk anderer Beschaffenheit, nämlich einen „chemischen Pool“ herstellen zu lassen. Der Besteller ist in diesem Fall so zu stellen, wie er stünde, wenn der Werkunternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte. Der Besteller kann daher nicht jene Kosten begehren, die er bei entsprechender Warnung sowieso zu tragen gehabt hätte (Sowiesokosten). Zu ersetzen sind nur solche Verbesserungskosten, die zur Verbesserung des Werks iSd Herstellung des vertraglich geschuldeten Zustands aufzuwenden sind.²⁸³ Im Endeffekt hat der Bauherr nur jene Kosten, welche zur Errichtung eines chemischen Pools erforderlich sind, zu tragen. Für alle darüberhinausgehenden Aufwendungen hat der AN einzustehen.

Wurde die Prüf- und Warnpflicht verletzt, haftet der AN nur für jene Schäden, welche kausal auf die Unzulänglichkeiten zurückzuführen sind, die ihm hätten auffallen müssen. Dies lässt sich dadurch rechtfertigen, dass der Schaden womöglich überhaupt nicht entstanden wäre, wäre der AG rechtzeitig über die Fehlerhaftigkeit seines Beitrags in Kenntnis gesetzt worden. Allerdings ist zu beachten, dass die Prüf- und Warnpflicht den AG lediglich vor dem gänzlichen oder teilweisen Misslingen des Werks schützen soll, nicht jedoch vor Mehrkosten. Sollten Mehraufwendungen trotz

²⁸² RIS-Justiz RS0102085.

²⁸³ OGH 4 Ob 180/19b ecolcx 2020/249, 600 (Stoff).

ausgesprochener Warnung seitens des AN bzw gerade aufgrund der Feststellung der Untauglichkeit etwa eines beigeestellten Stoffes erforderlich werden, so sind diese vom AG zu tragen.

Bezüglich der vorvertraglichen Warnpflicht gilt Folgendes:

Treten im Zuge der Ausführungsarbeiten Schwierigkeiten auf, welche sich kausal auf Umstände zurückführen lassen, welche dem AN bereits im Angebotsstadium bekannt waren, berechtigen damit zusammenhängende Mehraufwendungen aufgrund ihrer Vorhersehbarkeit nicht zur Geltendmachung einer diesbezüglichen MKF. Dies gilt auch dann, wenn die Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks ohne die Abwendung von Mehraufwendungen offensichtlich nicht möglich gewesen wäre. Dem unredlichen Vertragspartner ist nämlich selbst die Geltendmachung von So-wiesokosten verwehrt. Es gilt jedoch im konkreten Fall vom AG nachzuweisen, welche Umstände bereits im Angebotsstadium offenkundig waren. Grundsätzlich ist von keiner schuldhaften Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers auszugehen, wenn die Verwendung der Materialien unstrittig dem Stand der Technik vollkommen entsprach.²⁸⁴

Anders verhält es sich, wenn den Werkbesteller daran ein Mitverschulden trifft. In diesem Fall bleibt der Entgeltanspruch des Werkbestellers aufrecht, allerdings ist dieser entsprechend der Mitverschuldensquote zu mindern.²⁸⁵

Beispiel:

Der AG beauftragt den AN mit der Auftragung des Gipsputzes. Es ist bei den Beteiligten bekannt, dass aufgrund der vorhandenen Feuchtigkeit im Mauerwerk vorab Trockenlegungsmaßnahmen durchzuführen sind. Damit wird in weiterer Folge ein Dritter beauftragt. Nach Abschluss der Trockenlegungsmaßnahmen beginnt der AN zeitnah (entsprechend dem Bauzeitplan) mit dem Aufbringen des Gipsputzes, ohne jedoch vorher weitere Überprüfungen vorgenommen zu haben. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass bei der gewählten Trocknungsmethode der gewünschte Erfolg erst nach einigen Wochen eintreten kann und demnach noch immer Restfeuchte im Mauerwerk vorhanden ist, stellt sich die Frage, wem dieser Umstand hätte auffallen müssen bzw wer für etwaige dadurch verursachte Schäden haftet. Es liegt zweifelsohne eine Verletzung der Prüfpflicht vor, denn ohne Überprüfung konnte der AN den Umfang der verbliebenen Durchfeuchtung nicht erkennen. Hat aber der AG den AN nicht darauf hingewiesen, dass der Erfolg der durchgeführten Trocknungsarbeiten seinerseits in keiner Weise einer Überprüfung unterzogen wurde, liegt auch ein Mitverschulden des AG vor. In diesem Fall kann dem AN kein erheblich größerer Verschuldensvorwurf gemacht werden, wenn er davon ausging,

²⁸⁴ OGH 7 Ob 76/12w bau aktuell 2013/1 = ZTR 2013,75.

²⁸⁵ RIS-Justiz RS0116075; § 1304 ABGB.

dass der angestrebte Trocknungsgrad erreicht wurde. Im Ergebnis führt dies zu einer Verschuldensteilung im Verhältnis 1:1.²⁸⁶

Ein Mitverschulden kommt lediglich dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder ihm unmittelbar oder mittelbar zurechenbare Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat.²⁸⁷

Beispiel:

Unterlässt es der Besteller etwa, dem Werkunternehmer die aktuellsten Bodengutachten rechtzeitig zu übergeben, die Aufschluss über die Gefährlichkeit und Ungeeignetheit eines gewählten Verfahrens geben, liegt zweifelsohne eine Obliegenheitsverletzung vor.

Nach ständiger Rsp des OGH ist der Besteller bei Beauftragung eines Werks nach vorhandenen Plänen verpflichtet, taugliche Pläne zur Verfügung zu stellen.²⁸⁸ Treten also bspw infolge von Planungsfehlern Mängel am zu errichtenden Werk auf, liegt bei unterbliebener Warnung seitens des AN jedenfalls ein Mitverschulden des AG vor. Gleiches gilt für unrichtige Anweisungen. Eine Anweisung gilt dann als unrichtig, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werks verhindert.²⁸⁹ Wenn den Werkbesteller qualifizierte vertragliche Mitwirkungspflichten treffen, muss er sich ferner Fehler seiner fachkundigen Vorunternehmer anrechnen lassen, die ihm untaugliche Stoffe oder unrichtige Pläne und Gutachten geliefert haben (§ 1313a ABGB).²⁹⁰

Im Endeffekt haftet jeder Beteiligte für die Folgen seiner Unterlassung. Das bedeutet für den AN, dass er von der Haftung für etwaige Schäden befreit ist, wenn er eine diesbezügliche Warnung ausgesprochen hat und der AG den Bedenken des AN nicht Rechnung trägt oder es unterlässt darauf zu reagieren. Damit geht auch ein Gewährleistungsausschluss einher.²⁹¹

Es stellt sich dennoch die Frage, wie der AN richtigerweise zu reagieren hat, wenn der AG sich zu den Bedenken des AN nicht rechtzeitig äußert. Diesbezüglich kann keine klare Empfehlung ausgesprochen werden, da es immer darauf ankommt, welche Rechtsgüter durch die Warnung geschützt werden sollen. Handelt es sich lediglich um eine Erschwernis, die zwar für den AG zu Verlusten in finanzieller Hinsicht führt, jedoch keine

²⁸⁶ OGH 1 Ob 52/10v bbl 2010/157 = bau aktuell 2010/11 = bau aktuell 2011/1.

²⁸⁷ RIS-Justiz RS0021646 [T7] und RS0021766 [T3]; siehe auch OGH 8 Ob 97/15w.

²⁸⁸ Ris-Justiz RS0021646.

²⁸⁹ OGH 5 Ob 16/13h bau aktuell 2013/7 = ZVB 2013/87 (Oppel) = bbl 2013/150 = EvBl 2013/111 = ZRB 2013,128 (Wenusch) = JBl 2013,660 = ecolex 2013/387 (Wilhelm) = ecolex 2014,11 (Kletecka) = ecolex 2014,14 (Wilhelm) = ZRB 2016,147 (Welsler).

²⁹⁰ OGH 5 Ob 16/13h: Die Beziehung eines fachkundigen Gehilfen führt für sich allein noch nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Werkbestellers. Entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen haben.

²⁹¹ Pkt 6.2.4.5 ÖNORM B 2110.

Gefahr für Leib und Leben bedeutet, ist es wohl gerechtfertigt, die Leistung entsprechend der ursprünglichen Planung zu erbringen.

Beispiel:

Im Zuge der Einbringung von Spundbohlen stellt sich heraus, dass der Boden entgegen den der Ausschreibung beigelegten Bodengutachten erheblich dichter gelagert ist. Außerdem wird festgestellt, dass der Steinanteil im Vergleich um 50% erhöht ist und teilweise findet der AN felsigen Untergrund vor, der die Arbeiten verlangsamt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass unter den vorherrschenden Gegebenheiten ex post betrachtet seitens des AN kein adäquates Gerät angeboten und verwendet wurde und sich dadurch der Wartungsaufwand vervielfacht. Spricht der AN eine Warnung aus und schlägt ein geeignetes Alternativgerät vor, das zwar höhere Bereitstellungskosten allerdings erheblich geringere Wartungskosten bedeutet, und reagiert der AG nicht darauf, ist es gerechtfertigt, wenn der AN seine Arbeiten unter Produktivitätsverlusten fortsetzt, die dieser gegenüber dem AG geltend machen kann.

Handelt es sich jedoch bspw um Bedenken hinsichtlich der Statik, steht die Sicherheit sowohl der Bauarbeiter als auch der späteren Nutzer im Vordergrund und der AN hat die weiteren Arbeiten jedenfalls einzustellen. Wenn also durch die Unterlassung des AG absolut geschützte Rechtsgüter (Gesundheit, Eigentum, etc) gefährdet sind, ist ein Baustopp unumgänglich. Der AN hat in diesem Fall seine Behinderung anzumelden, um in weiter Folge seine damit zusammenhängenden Ansprüche (Bauzeitverlängerung, Mehrkosten) geltend machen zu können.

Bezieht sich die Warnung lediglich auf die Leistungen in einem begrenzten Bereich, wäre es wohl auch in allen anderen Fällen unter dem Aspekt der Schadensminimierungspflicht gerechtfertigt, die weiteren Arbeiten lediglich im betroffenen Teil einzustellen, wenn davon auszugehen ist, dass es sich dabei um frustrierte Aufwendungen handelt.

Beispiel:

Eine Trockenbauwand wurde entgegen der Planung schief verbaut. Würden Nachfolgewerke (etwa Elektriker, Installateur, Maler) ihre beauftragten Leistungen erbringen, würden diese durch das Abreißen und erneute Aufstellen der Wand zunichte gemacht werden.

Ob der AN auch von sich aus die von ihm vorgeschlagenen Verbesserungen ohne Zustimmung des AG ausführen darf, ist wohl zu verneinen. Auf der einen Seite würde dafürsprechen, dass dadurch eine Bauzeitverzögerung verhindert werden könnte, was sich günstig für den AG auswirkt. Auf der anderen Seite entstehen dem AG aufgrund der zusätzlichen Leistung des AN Mehrkosten. Im Endeffekt ist dem AG stets die Möglichkeit zu geben, selbst über die auszuführenden Leistungen zu entscheiden.

Der AN sollte jedenfalls eine Behinderung und ggf Mehrkosten anmelden. Im Zweifel kann auch ein (berechtigter) Rücktritt vom Vertrag geboten sein.

Zusammenfassend können sich fünf unterschiedliche Fallkonstellationen im Zusammenhang mit der vertraglichen Prüf- und Warnpflicht ergeben:²⁹²

- Fall 1: AN erkennt die Untauglichkeit und warnt den AG. AG beachtet Warnung und geht von der ursprünglicher Anweisung/Stoff ab.

Es kommt zu einer nachträglichen Abänderung des Vertragsinhalts inkl evtl Entgeltsänderung (auch eine Vertragsauflösung ist denkbar, wobei § 1168 ABGB zu beachten ist).

- Fall 2: AN erkennt die Untauglichkeit und warnt den AG. AG missachtet die Warnung und verlangt ursprüngliche Ausführung.

Keine Haftung des AN für Mängel, AN behält seinen vollen Entgeltanspruch, keine Schadensersatzpflicht des AN.

- Fall 3: AN erkennt die Untauglichkeit und warnt den AG. AG äußert sich dazu nicht.

Gegebenenfalls Baustopp, keine Haftung des AN für Mängel, AN behält seinen vollen Entgeltanspruch, keine Schadenersatzpflicht des AN.

- Fall 4: AN erkennt die Untauglichkeit nicht, obwohl er den Beitrag des AG sorgfältig geprüft hat.

Keine Haftung des AN für Mängel, AN behält seinen vollen Entgeltanspruch, keine Schadensersatzpflicht des AN.

- Fall 5: AN erkennt die Untauglichkeit nicht, obwohl er sie bei ausreichender Sorgfalt hätte erkennen müssen.

Misslingt das Werk, so kann der AG Schadensersatz fordern. AN verliert (teilweise) seinen Entgeltanspruch.

2.4.2 Weitere Mitwirkungspflichten

Den AN treffen im Zuge der Leistungserbringung weitere Mitwirkungspflichten. So ist er bspw nach Pkt 6.2.5 ÖNORM B 2110 für das ordnungsgemäße Zusammenwirken seiner Lieferanten und Subunternehmen zuständig und hat seine Tätigkeiten mit den anderen am Bau tätigen Gewerken abzustimmen. Dem AN obliegt nach Pkt 6.2.8.4 der ÖNORM B 2110 zudem die Baustellensicherung (Abschrankungen, Sicherungen des Verkehrs, Durchführen von Winterdienst etc).

²⁹² Straube/Aicher: Handbuch Bauvertragsrecht I, 7:29.

Üblicherweise werden vom AN Bautagesberichte geführt, in denen wesentliche Informationen hinsichtlich des Ablaufs auf der Baustelle (Anzahl der auf der Baustelle beschäftigten Arbeiter, Witterungsverhältnisse, tägliche Arbeitszeit, etc) zusammengefasst werden. Die Führung von Bautagesberichten ist in Pkt 6.2.7.2.2 der ÖNORM B 2110 näher geregelt.

Darüber hinaus bestehen weitere Kooperationspflichten der einzelnen AN untereinander. Arbeiten mehrere Unternehmer zur Herstellung eines Werks zusammen, geht damit für jeden einzelnen die Verpflichtung einher, alles zu vermeiden, was das Gelingen des Werks vereiteln könnte („technischer Schulterchluss“).²⁹³

Jeder Vertragspartner hat sich so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines loyalen Zusammenwirkens erwarten darf, damit die Erreichung des Vertragszweckes nicht vereitelt, sondern erleichtert und Schaden verhütet wird. Diese weiteren Verhaltenspflichten können auch die Verpflichtungen umfassen, dem anderen den ihm nach dem Vertrag zukommenden Vorteil zu erhalten und dafür zu sorgen, sodass ihm für die Zeit nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses keine Nachteile entstehen; sie können unter Umständen verlangen, dass der eine Vertragsteil nach der Erfüllung aller Hauptleistungspflichten noch bestimmte Handlungen zum Vorteil des anderen Vertragsteils vornimmt oder solche Handlungen unterlässt, durch die dem anderen die ihm durch den Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen oder wesentlich geschmälert würden.²⁹⁴

²⁹³ RIS-Justiz RS0021880.

²⁹⁴ RIS-Justiz RS0018232.

3 Vertragsarten und Vergütungsregelung

3.1 Begriff der Bauleistung

Oberdorfer/Jodl definieren Bauleistungen als jene „Tätigkeiten, die zur Fertigstellung eines Bauvorhabens erforderlich sind.“²⁹⁵ Präziser zählen zum Begriff der Bauleistungen nicht nur Leistungen im Zusammenhang mit Neubau- oder Umbaumaßnahmen, sondern auch Rückbauarbeiten. Die ÖNORM B 2110 hält diesbezüglich in Pkt 3.1 eine weitaus spezifischere Definition parat:

3.1. Bauleistungen

Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, Landschaftsbau und sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik.

[...]

3.2 Vertragsarten

Der Bauvertrag als ein Beispiel des Werkvertrages ist ein synallagmatischer Vertrag. Das bedeutet, dass einer Leistung (der Bauleistung) eine Gegenleistung (das Entgelt) gegenübersteht.

In Abhängigkeit der Art der Entgeltsbestimmung bzw der Vergütung wird in der Baubranche zwischen drei Typen von Bauverträgen unterschieden:

- Einheitspreisvertrag
- Pauschalpreisvertrag
- Regiepreisvertrag

In vielen Fällen ist allerdings eine eindeutige Zuordnung des Vertrages zu einem der oben genannten Vertragstypen nicht möglich. Das Prinzip der Vertragsfreiheit im Schuldrecht als Ausdruck der Privatautonomie eröffnet nämlich zahlreiche Mischformen. Häufig anzutreffen sind Pauschalierungen von einzelnen Positionen innerhalb eines Einheitspreisvertrages. Eine weitere Mischform liegt vor, wenn für Teile eines Bauvertrages eine Mengengarantie abgegeben wurde. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die abgeschlossenen Bauverträge in ihrer Gesamtheit oder in ihren Teilen (zB Positionen) auf einen der drei Grundvertragstypen zurückführen lassen.

²⁹⁵ Oberdorfer/Jodl, Handwörterbuch 52.

3.2.1 Einheitspreisvertrag

Der Einheitspreisvertrag ist ein Werkvertrag, dessen Vergütung sich am Wert technisch bzw wirtschaftlich einheitlicher Teilleistungen, die nach Maß, Gewicht, Stückzahl oder nach sonstigen Kalkulationsfaktoren (zB m² Mauerwerk, m³ Bodenaushub, Stk Anker, ..) erfassbar sind, richtet.²⁹⁶ In der Baupraxis besteht ein Einheitspreisvertrag aus einem Leistungsverzeichnis, das aus technisch und wirtschaftlich einheitlichen Teilleistungen, den Positionen, sowie den jeweiligen Vordersätzen besteht. Die Abrechnung erfolgt nach Fertigstellung der Leistungen durch Multiplikation der vertraglich fixierten Einheitspreise mit den ermittelten Mengen.

Der Zweck des Einheitspreisvertrages besteht darin, dass eine enge Beziehung zwischen Leistung und Vergütung geschaffen wird.²⁹⁷ Da sich die Vergütung beim Einheitspreisvertrag nicht nach den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Vordersätzen richten, sondern vielmehr nach der tatsächlich ausgeführten Menge, lässt sich die dem AN endgültig zustehende Vergütung erst nach der Ausführung der Leistung feststellen. Der mit den geschätzten Vordersätzen (Mengen) und Einheitspreisen ermittelte Gesamtpreis dient lediglich der vorläufigen Abschätzung der voraussichtlichen Gesamtkosten. Damit geht prinzipiell keinerlei Verbindlichkeit einher (Ausnahme: Kostenvoranschlag mit Garantie gem § 1170a Abs 1 ABGB). Dagegen ist der Einheitspreis je Position jedenfalls fixiert und kann, vorbehaltlich gegenteiliger vertraglicher Vereinbarungen, selbst bei erheblicher Mengenmehrung bzw -minderung keiner Anpassung unterzogen werden. Gem § 29 Abs 2 BVergG 2018 sollte ein Einheitspreisvertrag dann gewählt werden, wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd, bestimmen lassen.

Der Einheitspreisvertrag ist der in der Praxis am häufigsten angewendete Bauvertrag, nicht zuletzt deshalb, weil aufgrund der Eigenheiten dieses Vertrages auf viele Arten von Leistungsabweichung reagiert werden kann und damit eine gewisse Flexibilität einhergeht. Wenn der Leistungsumfang weder feststeht noch vom AN verantwortlich ermittelt wird, und der AG sich weiters Änderungen aller Art vorbehält, kommt nur eine konstruktive Ausschreibung und in weiterer Folge ein Einheitspreisvertrag in Frage.²⁹⁸ Grundsätzlich sind auch beim Pauschalpreisvertrag Änderungen durch den AG möglich, jedoch ist die Ermittlung der daraus resultierenden Mehrkosten wesentlich komplexer.

²⁹⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1165 Rz 104

²⁹⁷ Schopf/Karasek, 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft mit einem Grundriss des Bauvertragsrechts für Praktiker (2009) II Rz 11.

²⁹⁸ Raaber, Beitrag zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, Schriftenreihe Heft 15/2003, 75.

3.2.1.1 Konstruktive Leistungsbeschreibung

Standardleistungsbeschreibung

Grundlage eines Leistungsverzeichnisses (kurz: LV) bilden oftmals standardisierte Leistungsbeschreibungen, wie zB die LB-H (Leistungsbeschreibung Hochbau, LB-VI (Leistungsbeschreibung Verkehr und Infrastruktur), LB-SW (Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau).

Eine „Standardisierte Leistungsbeschreibung“ wird als eine Sammlung von standardisierten Texten zur Beschreibung standardisierbarer Leistungen für bestimmte Sachgebiete herausgegeben.²⁹⁹ Sie umfasst jedenfalls Positionen eines künftigen Leistungsverzeichnisses. Zudem können Vorbemerkungen auf Leistungsgruppen- und Unterleistungsgruppenebenen enthalten sein. Die Verwendung von standardisierten Leistungsbeschreibungen ermöglicht einen einfacheren Datenträgertausch, sowie die Verwendung von Standardkalkulationen.

Der Gesetzgeber hat in § 105 Abs 3 BVergG 2018 für die technische Beschreibung und in § 110 Abs 2 BVergG 2018 für den Leistungsvertrag festgelegt, dass eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken sind, wenn geeignete Leitlinien, wie standardisierte Leistungsbeschreibungen oder ÖNORMEN vorhanden sind.³⁰⁰ Dazu sind allerdings nicht jene standardisierten Leistungsbeschreibungen zu zählen, welche vom AG oder seinen Interessensvertretungen erarbeitet wurden, da diese vordergründig darauf abzielen, diesem möglichst viele Vorteile einzuräumen.

Leistungsverzeichnis

Beim Einheitspreisvertrag wird die vertraglich vereinbarte Bauleistung in einem (typischerweise vom AG erstellten) Leistungsverzeichnis festgelegt. Ergänzend finden sich im Bauvertrag noch allgemeine und besondere rechtliche und technische Bestimmungen. Mittels LV werden dem AN die auszuführenden Leistungen qualitativ und hinsichtlich der Anzahl auch quantitativ detailliert vorgegeben. Die tatsächlich zu erbringenden Mengen können von den angegebenen Vordersätzen allerdings abweichen. Dem AN verbleibt dadurch zumeist keine oder nur eine untergeordnete Planungstätigkeit. Das LV wird grob nach Gewerken unterteilt. Weiters wird es in nach technischen und wirtschaftlichen Aspekten zerlegte Teilleistungen untergliedert, die in Positionen zusammengefasst (Positionsnummern)

²⁹⁹ Das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) und die Österreichische Forschungsgesellschaft Straße – Schiene – Verkehr (FSV) gelten als wichtige Herausgeber.

³⁰⁰ Krejci, Geltungs- und Inhaltskontrolle von Ausschreibungsbedingungen, in FS 30 Jahre Österreichische Gesellschaft für Baurecht (2008) 449 ff.

beschrieben und monetär bewertet werden. In einer Position sind nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung zu erfassen.³⁰¹ Das Leistungsverzeichnis kann als Kurz-LV, dieses besteht lediglich aus den Positionsnummern und den Preisen, oder als Lang-LV, welches zusätzlich den Positionstext umfasst, vorliegen.

01 13 07	Container in Standardausführung (Abmessungen 2,5 x 6 m) einschließlich Zwischenwände, Türen mit Beschlägen, wärme gedämmt, zur Verwendung als Sanitärräume (Sanitär) mit Sanitärgegenständen (einschließlich Duschen) und Installationen (Kalt- und Warmwasser, Beleuchtung), betriebsbereit montiert und angeschlossen, gemäß Bauarbeiter- und ArbeitnehmerInnenschutzgesetz.	v
01 13 07 A	Cont.Stand.Sanitär	v
LT 1		
	Lohn :	446,78
	Sonstiges :	191,48
1,00 Stk	Einheitspreis :	638,26 EUR
		638,26

Abbildung 2: Beispiel für eine Position im Lang-LV

01 13 07	Container in Standardausführung (Abmessungen 2,5 x 6 m) eins	v
01 13 07 A	Cont.Stand.Sanitär	v
LT 1		
	Lohn :	446,78
	Sonstiges :	191,48
1,00 Stk	Einheitspreis :	638,26 EUR
		638,26

Abbildung 3: Beispiel für eine Position im Kurz-LV

Die Position des Leistungsverzeichnisses

Eine Position eines Leistungsverzeichnisses enthält:

- Positionsnummer
- Positionsbeschreibung
- Vordersatz (voraussichtliche Leistungsmenge): Das ist der nach Meinung des AG voraussichtliche Leistungsumfang.
- Einheitspreis mit allenfalls vorgesehener Preisaufgliederung in Lohn und Sonstiges
- Positionspreis als Ergebnis von Menge multipliziert mit dem Einheitspreis

³⁰¹ Pkt 4.2.1.1 ÖNORM B 2110.

Normalposition

Eine Normalposition beschreibt eine Leistung, die zur Ausführung vorgesehen ist.³⁰²

Positionsnummer	ZA	Positionstext	Menge	EH	P	V	ZZ	w	G	K	Preisanteile	Positionspreis		
11 15 02		BAUGR AUSHUB U 0,50 M -2,00 M												
11 15 02 01A		AUSH 0,5-2 MIT BAUGSICH SEITL												
		Lohn	:	_____										
		Sonstiges	:	_____										
		385,00 m3	Einheitspreis	:	_____ EUR _____									

Abbildung 4: Beispiel für eine Normalposition im LV

Wahlposition

Eine Wahlposition beschreibt eine Leistung, die vom Ausschreiber als Teil einer Variante zur Normalausführung vorgesehen ist.³⁰³

Beispiel:

Normalposition: „Zinkbleck“; Wahlposition: „Kupferbleck“

Wahlpositionen werden nicht in die Normalangebotssumme aufgenommen.³⁰⁴ Die Kennzeichnung erfolgt im Positionstext mit einem „W“. Der AG hat sich vor Ausführung der Leistung zu entscheiden, ob die Normal- oder die Wahlposition ausgeführt wird.

41 50 11 05A		Ausbruch Kalotte VK 5A										w
		Ausbruch der Kalotte in der Vortriebsklasse 5A, Stützmittelzahl 3,01										
		Lohn	:	_____								
		Sonstiges	:	_____								
		14.200,00 m3	Einheitspreis	:	_____ EUR _____							

Abbildung 5: Beispiel für eine Wahlposition im LV

Eventualposition

Eine Eventualposition stellt eine Leistung dar, welche lediglich auf besondere Anordnung des AG zur Ausführung kommt.³⁰⁵

Die Kennzeichnung im LV erfolgt mit einem „E“. Die Positionspreise von Eventualpositionen werden bei der Ermittlung des Gesamtpreises nicht berücksichtigt.³⁰⁶ Die Einzelkosten von Eventualpositionen werden mit

³⁰² Pkt 6.9.1 ÖNORM A 2063:2015.

³⁰³ Pkt 6.9.2 ÖNORM A 2063.

³⁰⁴ Pkt 6.9.2 S 2 ÖNORM A 2063.

³⁰⁵ Pkt 6.9.3 S 1 ÖNORM A 2063.

³⁰⁶ Pkt 6.9.3 S 2 ÖNORM A 2063.

den gleichen prozentualen Zuschlägen beaufschlagt wie die Normalpositionen.

Z Position

Eine Z Position wird vom Ausschreibenden abweichend vom Text der standardisierten Leistungsbeschreibung frei formuliert. Frei formulierte Texte sind entsprechend mit einem „Z“ zu kennzeichnen, um dem Bieter die Abweichung von der Standardleistungsbeschreibung ersichtlich zu machen. Der Positionspreis von Z-Positionen wird in die Angebotssumme mitaufgenommen.

Wesentliche Position

Der AG kann für eine vertiefte Angebotsprüfung die wesentlichen Positionen in den Ausschreibungsunterlagen kennzeichnen.³⁰⁷ Dies ist vor allem für öffentliche AG, welche dem BVergG 2018 unterliegen, von entscheidender Bedeutung. Gegebenenfalls kann bezüglich der Einheitspreise der wesentlichen Positionen im Angebot Aufklärung durch den Bieter verlangt werden, wenn diese zu hoch oder zu niedrig erscheinen.³⁰⁸ Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist gemäß § 137 Abs 3 BVergG 2018 ohnedies zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insb, ob im Preis aller wesentlichen Positionen sowie alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind.³⁰⁹

Varianten

Mit Varianten kann sich der Ausschreiber mehrere verschiedene Ausführungen anbieten lassen. Die einzelnen Varianten werden mittels des Variantenkennzeichens „V“ durchnummeriert.³¹⁰ Angebotspreise von Varianten werden in die Gesamtsumme des Angebotes nicht aufgenommen.

Der Einheitspreis der Leistungsposition

Der vom AN ermittelte und angebotene Einheitspreis umfasst sämtliche Kosten (Lohn, Material, Gerät, eventuell Umlage von Baustellen- und Geschäftsgemeinkosten), die aufgrund der Positionsbeschreibung und der anderen relevanten Vertragsbestandteile erkennbar sind.

³⁰⁷ Pkt 6.12.1 ÖNORM A 2063.

³⁰⁸ § 137 Abs 2 Z 2 BVergG 2018.

³⁰⁹ § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2018.

³¹⁰ Pkt 6.11 ÖNORM A 2063.

Für alle Positionen wird durch Multiplikation von Einheitspreis mal Menge der Positionspreis ermittelt. Die Summe aller Positionspreise ergibt schließlich den Gesamtpreis, der sich vom Angebotspreis durch das Hinzufügen der Umsatzsteuer unterscheidet.

Sollte der vertraglich festgelegte Einheitspreis nicht der Summe seiner Anteile (normalerweise Lohn und Sonstiges) entsprechen, so gilt gem Pkt 6.3.2 der ÖNORM B 2110 der vereinbarte Einheitspreis als fixiert. Dies hat zur Konsequenz, dass die Anteile Lohn und Sonstiges unter Beibehaltung ihres ursprünglichen Verhältnisses anzupassen sind.

Beispiel:

Lohn: 200 €

Sonstiges: 200 €

Einheitspreis: 300 €

Da sich der Einheitspreis nicht mit der Summe seiner beiden Bestandteile (Lohn und Sonstiges) deckt, sind diese nach dem Verhältnis ihrer jeweiligen Preisanteile zu berichtigen. Im Ergebnis sieht die Aufstellung folgendermaßen aus:

Lohn: 150 €

Sonstiges: 150€

Einheitspreis: 300 €

Gleiches gilt für Abweichungen zwischen den vereinbarten Preisen und den vorliegenden Preisermittlungen (Kalkulationsformblätter oder kurz K-Blätter).³¹¹ Übertragungsfehler aus der Kalkulation in das Leistungsverzeichnis können folglich nicht korrigiert werden.

Die ÖNORM B 2110 hält für den Fall, dass bei Verträgen mit Einheitspreisen der Positionspreis mit dem Produkt aus Menge und Einheitspreis nicht übereinstimmt, keine Regelung parat. Dagegen wird dieser Fall in § 136 Abs 1 BVergG 2018 und in Pkt 7.3.7 Abs 2 lit a der ÖNORM A 2050 einheitlich geregelt, wonach bei solchen Abweichungen, die angegebene Menge und der angebotene Einheitspreis gelten. Der Positionspreis ist demnach entsprechend zu korrigieren. Bei Angeboten mit Pauschalpreisen gelten gem § 136 Abs 2 BVergG 2018 sowie Pkt 7.3.7 Abs 2 lit c der ÖNORM A 2050 unabhängig von einer möglichen Preisaufgliederung ausschließlich diese. Bei Verträgen mit Einheitspreisen gelten somit für jede Position jeweils der vereinbarte Einheitspreis und der Vordersatz als Basis für die Vergütung. Der vertraglich vereinbarte Positionspreis und der Ge-

³¹¹ Pkt 6.3.2 S 2 ÖNORM B 2110.

samtpreis dienen, da die Vergütung beim Einheitspreisvertrag nach tatsächlichen Mengen erfolgt, lediglich der Orientierung und sind nicht zwingend ident mit dem abgerechneten Preis.³¹²

Kennzeichnend für den Einheitspreisvertrag ist, dass der Ausschreibende die Ausführungsplanung beistellt, welche für eine Ausschreibung erforderlich ist. Da der Besteller ein in Positionen gegliedertes Leistungsverzeichnis erstellt, kann sich der Bieter prinzipiell darauf verlassen, dass die Angaben des Bestellers sowohl richtig (Richtigkeitsvermutung) als auch vollständig sind (Vollständigkeitsvermutung). Was nicht ausgeschrieben ist, ist auch nicht Bau-Soll.³¹³ Eingeschränkt wird die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung durch die vom Bieter auch im Angebotsstadium zu erfüllende Prüf- und Warnpflicht.

Beim Einheitspreisvertrag besteht eine verbindliche Zusicherung des Einheitspreises. Der AN hat das Risiko der Fehlkalkulation (zB unrichtiger (weil zu optimistischer) Leistungsansatz bzw Aufwandswert, Materialverbrauch) bzw der falschen Einschätzung von Gegebenheiten zu tragen. Die Verbindlichkeit des Einheitspreises erstreckt sich lediglich auf die dem Vertrag und somit der Kalkulation zu Grunde liegenden Unterlagen (zB Pläne, Baubeschreibung, Positionstext, ...) und Umstände (zB Bauzeit, Zufahrten, ...). Änderungen dieser Unterlagen berechtigen somit zu einer Anpassung des Einheitspreises.

Dementsprechend umfasst gem ÖNORM B 2110 das 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 Leistungserbringung, festgelegt werden.*“³¹⁴

3.2.1.2 Kostenvoranschlag

Das ausgepreiste LV entspricht einem Offert (Angebot) bzw einem Kostenvoranschlag iSd § 1170a ABGB.

§ 1170a ABGB unterscheidet zwischen zwei Varianten:

§ 1170a (1) *Ist dem Vertrage ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde gelegt, so kann der Unternehmer auch bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern.*

³¹² AA Wenusch, ÖNORM B 2110 Pkt 6 Rz 294: Seiner Ansicht nach ist der Gesamtpreis ausschlaggebend, denn der Werkbesteller („AG“) wäre in seiner Erwartung, dass dieser zu zahlen ist, wenn das geschuldete Bauwerk ganz genau wie erwartet errichtet wird, wohl ohne Zweifel schutzwürdig; Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass die ÖNORM B 2110 in Pkt 6.3.3 explizit die Möglichkeit einer garantierten Angebotssumme vorsieht. In Ermangelung einer derartigen Vereinbarung stellt der Gesamtpreis, welcher sich aus den Einheitspreisen und Mengen der einzelnen Positionen ergibt, unabhängig von den Erwartungen des Werkbestellers e contrario keine garantierte Angebotssumme dar.

³¹³ Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag I⁵ (2006) Rz 188.

³¹⁴ Pkt 3.8 ÖNORM B 2110.

(2) Ist ein Voranschlag ohne Gewährleistung zugrunde gelegt und erweist sich eine beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich, so kann der Besteller unter angemessener Vergütung der vom Unternehmer geleisteten Arbeit vom Vertrage zurücktreten. Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat der Unternehmer dies dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert.

§ 1170a Abs 1 ABGB normiert den Vertrag unter der Zugrundelegung des **Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewährleistung** für seine Richtigkeit („Kostenvoranschlag mit Garantie“). § 1170a Abs 2 ABGB beinhaltet den Vertrag unter Zugrundelegung eines **Kostenvoranschlages ohne Gewährleistung** („Kostenvoranschlag ohne Garantie“).

Liegt ein Vertrag ohne genauere Bestimmung vor, ist im Zweifel keine Richtigkeitsgarantie anzunehmen.³¹⁵ Bei Verbrauchergeschäften wird hingegen prinzipiell von der Richtigkeit des Kostenvoranschlags ausgegangen, es sei denn, es wird ausdrücklich das Gegenteil vereinbart.³¹⁶

Es ist festzuhalten, dass selbst bei Vorliegen eines Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit die Geltendmachung von Mehrkosten nicht gänzlich ausgeschlossen ist, zumal bei der Erstellung des Kostenvoranschlags lediglich Umstände berücksichtigt werden können, welche dem AN zum Zeitpunkt der Angebotslegung bekannt sind. Die Garantie hat folglich nur bei gleichbleibendem Bau-Soll und somit unveränderten Umständen der Leistungserbringung Bestand. Andernfalls hat der AN tätig zu werden und eine unvermeidliche beträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlags zur Wahrung des Anspruchs auf Mehrkosten unverzüglich dem AG anzuzeigen. In dieser Hinsicht spielt es folglich keine Rolle, ob ein Kostenvoranschlag mit oder ohne Garantie vorliegt. In beiden Fällen kann eine derartige Anzeige allerdings unterbleiben, wenn die Mehrkosten auf Umstände in der Sphäre des Bestellers zurückzuführen sind.³¹⁷

Beispiel:

Eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung fällt bspw in die Sphäre des AG.

Kostenvoranschlag ohne Garantie § 1170a Abs 2 ABGB

Der Kostenvoranschlag ohne Garantie (§ 1170a Abs 2 ABGB) dient der grundsätzlichen Orientierung des AG hinsichtlich der zu erwartenden Kosten. Die schlussendlich anfallenden Kosten können vom Kostenvoranschlag abweichen. Der AG hat eine unbeträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlages jedenfalls zu akzeptieren. Liegt hingegen eine beträchtliche Überschreitung vor, hat er die darüberhinausgehenden Kosten

³¹⁵ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1170a Rz 8.

³¹⁶ § 5 Abs 2 KSchG.

³¹⁷ OGH 6. 12. 1979, 7 Ob 502/79; RIS-Justiz RS0021954

allerdings lediglich dann zu tragen, wenn der AN ihm die beträchtliche Überschreitung, sobald sich diese als unvermeidlich herausstellt, unverzüglich angezeigt hat.³¹⁸ Die Anzeige muss nicht den genauen Überschreibungsbetrag enthalten, zumal dessen Höhe vor Abschluss der Arbeiten schwer zu ermitteln ist.³¹⁹ Maßgebend ist die Überschreitung der Gesamtsumme und nicht die einer einzelnen Position.³²⁰

Die Grenze, ab wann eine Überschreitung als beträchtlich anzusehen ist, reicht in der Judikatur von 18%³²¹ bis zu 40%³²². In der deutschen Rsp wird eine Überschreitung von 15% als erheblich angesehen.³²³

Unterlässt der AN die Warnung, so verliert er seinen Entgeltanspruch hinsichtlich des den Kostenvoranschlag übersteigenden Betrags.³²⁴ Dem AG steht bei beträchtlicher Überschreitung ein Rücktrittsrecht zu. Er hat dem AN allerdings die bis zum Rücktritt erbrachte Leistung zu vergüten.

Kostenvoranschlag mit Garantie § 1170a Abs 1 ABGB

Die garantierte Angebotssumme gilt, wenn nicht vertraglich anders vereinbart, für Leistungen eines Einheitspreisvertrages, welcher auf Grundlage eines Alternativangebotes gem ÖNORM A 2050 bzw BVergG 2018 abgeschlossen wurde.³²⁵ Im Zweifel liegt bei Unternehmergeschäften immer ein Kostenvoranschlag ohne Garantie vor, anders bei Verbrauchergeschäften, bei denen die Richtigkeit des Kostenvoranschlags garantiert ist. Die garantierte Angebotssumme ist anhand der Mengen und Preise des Vertrages zu berechnen.³²⁶ Handelt es sich um einen Bauwerkvertrag, dem ein Kostenvoranschlag mit Garantie (verbindlicher Kostenvoranschlag) zugrunde liegt, kann der Unternehmer grundsätzlich selbst bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern.³²⁷ Dem Kostenvoranschlag kommt allerdings nur im Rahmen der Bedingungen und Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Verbindlichkeit zu. Es kann folglich zu einer Erhöhung der garantierten Angebotssumme kommen, sofern sich die Änderungen aus der Sphäre des AG (zB unzutreffende bodenkundliche Anga-

³¹⁸ § 1170a Abs 2 ABGB.

³¹⁹ *Krejci in Rummel*, ABGB³ §1170a Rz 19.

³²⁰ OGH 5 Ob 578/80 JBI 1983, 150.

³²¹ OGH 5 Ob 177/74 JBI 1975, 322.

³²² OGH 6. 12. 1979, 7 Ob 502/79.

³²³ *Karasek*, ÖNORM B 2110 (2003) Rz 598.

³²⁴ OGH 8 Ob 521/93 *ecolex* 1993, 380 = JBI 1994, 179; *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 60; § 1170a Abs 2 ABGB.

³²⁵ Pkt 6.3.3.1 ÖNORM B 2110.

³²⁶ Pkt 6.3.3.2 S 1 ÖNORM B 2110.

³²⁷ Pkt 6.3.3.2 S 2 ÖNORM B 2110.

ben, Leistungsänderungen, Anordnung zusätzlicher Leistungen, ...) ergeben.³²⁸ Ist jedoch der bei der Abrechnung sich ergebende Gesamtpreis niedriger als der garantierte, ist nur der niedrigere zu vergüten.³²⁹ Der Einheitspreisvertrag mit garantierter Angebotssumme gem der Regelung in Pkt 6.3.3 der ÖNORM B 2110, welche eine Überschreitung einer garantierten Angebotssumme auf Grund von Mengenänderungen ausschließt, kann als Kostenvoranschlag mit Garantie iSd § 1170a ABGB gewertet werden.

3.2.2 Pauschalpreisverträge

Ein Pauschalpreisvertrag ist ein Bauwerkvertrag, bei dem entweder der Preis und/oder der Umfang der zu erbringenden Leistung pauschaliert werden und die Abrechnung nicht nach Aufmaß erfolgt.³³⁰ Der AN verpflichtet sich, eine mehr oder weniger genau beschriebene Leistung zu einem zuvor festgelegten pauschalen Entgelt zu erbringen.³³¹ Mit dem Pauschalpreis sind alle vereinbarten Leistungen abgedeckt, nicht jedoch Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen.

Der Pauschalpreisvertrag hat somit auf der einen Seite den Vorteil für den AG, dass die vertraglich zugesicherte Leistung prinzipiell zum vereinbarten Entgelt zu erbringen ist, was diesem eine gewisse Kostenkontrolle bietet. Der Pauschalpreisvertrag wird häufig gerade deshalb gewählt, um das Risiko einer eklatanten Kostenmehrung seitens des Werkbestellers zu reduzieren. Auf der anderen Seite erspart sich der AN in der Regel, eine detaillierte Kalkulation vorzunehmen und somit Zeit und Geld.

Gem Pkt 4.11.2.2 der ÖNORM A 2050 und § 29 Abs 3 BVergG 2018 sollte ein Pauschalpreisvertrag dann gewählt werden, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist.

Pauschalverträge können in unterschiedlichen Formen auftreten:³³²

- als Einheitspreisvertrag mit Leistungsverzeichnis, dessen Vergütung im Nachhinein pauschaliert wird.
- als Einheitspreisvertrag, bei dem Teilleistungen pauschaliert werden (zB Baustelleneinrichtung, Wasserhaltung) und vom Bieter mit einem bestimmten Preis angeboten wurden.

³²⁸ OGH 5 Ob 519/85 RdW 1985,305 = EvBl 1986/27 = SZ 58/41; 18. 10. 2006, 9 Ob 109/06d; vgl auch Pkt 6.3.3.3 ÖNORM B 2110.

³²⁹ Pkt 6.3.3.2 S 4 ÖNORM B 2110.

³³⁰ *Vygen*, Leistungsänderung und Zusatzleistungen beim Pauschalvertrag, in FS Locher (1990) 263.

³³¹ *Weselik/Hussian*, Der österreichische Bauprozess (2007) 117.

³³² *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag II⁵ (2011) Rz 1.

- als Schlüsselfertig-Pauschale, also die schlüsselfertige Herstellung einer kompletten Einheit; zB Bau eines Hotelkomplexes um € 1.500.000, mit Baubeschreibung und Entwurfsplanung Maßstab 1:100.
- als „garantierter Maximalpreisvertrag“.
- als Totalunternehmer Pauschalvertrag, bei dem die Planung vom AN durchgeführt wird und eine schlüsselfertige Ausführung gefordert wird.

Zusätzlich zu den oa Formen lassen sich zahlreiche Mischformen feststellen.

Beispiel:

In der Praxis werden häufig einzelne Positionen, wie etwa die Wasserhaltung oder der Baugrubenverbau, pauschaliert, wohingegen die restlichen Bauleistungen auf Basis von Einheitspreisen abgerechnet werden.

Diesbezüglich ist es besonders wichtig, festzuhalten, was „unter die Pauschale“ fällt und wie mit Leistungsänderungen hinsichtlich der pauschalierten Leistungen umzugehen ist. In diesem Zusammenhang kommt den Begrifflichkeiten des Mengenrisikos und des Vollständigkeitsrisikos große Bedeutung zu. Das Mengenrisiko bezeichnet jenes Risiko, welches mit dem Umfang der zu erbringenden Leistung einhergeht.

Beispiel:

Aushub bis zum tragfähigen Untergrund.

Das Risiko, sämtliche für die Erreichung eines Leistungsziels erforderlichen Leistungen zu erbringen wird als Vollständigkeitsrisiko definiert. Mitumfasst ist auch das Risiko eines unvollständigen oder fehlerhaften LV. Dabei handelt es sich um im LV vergessene oder fehlende Positionen, die aber für die Umsetzung der Gesamtleistung und somit für die Erreichung des Leistungsziels erforderlich wären. Welcher Vertragspartner das Risiko dafür trägt, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Vertrages ab. Liegt ein echter Pauschalpreisvertrag vor, trägt der AN dieses Risiko, zumal dieser die Erbringung der vereinbarten Leistung schuldet und selbst dafür zu sorgen hat, dass alle dafür notwendigen Schritte gesetzt werden, denn ihm allein obliegt die vollständige Planung der Ausführung. Liegt hingegen lediglich ein unechter Pauschalpreisvertrag vor, ist wohl davon auszugehen, dass der AG für dieses Risiko einzustehen hat, da in der Regel dieser das LV und die Pläne erstellt und erst zu einem späteren Zeitpunkt die Preise einer Pauschalierung unterzogen werden. Die Überwälzung dieses Risikos ist nur dann denkbar, wenn dies für den Bieter offenkundig und somit kalkulierbar ist. Allerdings ist festzuhalten, dass die Verhältnismäßigkeit der Überwälzung des Vollständigkeitsrisikos auf den AN davon

abhängig ist, wie gut und vollständig die Leistungsbeschreibung durch den AG erstellt wurde.³³³

3.2.2.1 Funktionale Leistungsbeschreibung

Im Gegensatz zum Einheitspreisvertrag, welchem eine konstruktive Leistungsbeschreibung (LV) zugrunde liegt, kann ein Pauschalvertrag auch auf einer funktionalen Leistungsbeschreibung basieren. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird die Funktion des Werkes zumeist in einer Baubeschreibung exakt beschrieben. Die Detaillierungstiefe kann variieren und somit von der globalen (pauschalen) Leistungsbeschreibung (zB ein Hotel mit 100 Betten) bis zur detaillierten Funktionalbeschreibung reichen. Im Gegensatz zu einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (LV) fehlen Massenangaben gänzlich.

Der Unternehmer übernimmt bei der funktionalen Leistungsbeschreibung zumindest das Mengenrisiko.³³⁴ Der AN hat bei der funktionalen Leistungsbeschreibung zudem die Ausführungsplanung, soweit ihm diese übertragen wurde, zu erstellen und trägt insoweit das Risiko für deren Vollständigkeit.

3.2.2.2 Arten von Pauschalverträgen

Pauschalverträge können in verschiedenen Formen auftreten. In der Literatur³³⁵ wird diesbezüglich eine Unterscheidung in „echt“ und „unecht“ vorgenommen.

Echter Pauschalpreisvertrag – Globalpauschalvertrag

Beim sog „echten“ Pauschalpreisvertrag (in Deutschland auch „Globalpauschalpreisvertrag“) werden die vom AN zu erbringenden Leistungen lediglich funktional beschrieben. Es steht folglich das Leistungsziel im Vordergrund. Das bedeutet, dass der AN angehalten ist, den Leistungsinhalt, etwa durch eigene Planungen, zu ergänzen. Charakteristisch für den echten Pauschalpreisvertrag ist, dass sowohl die Menge als auch die Leistung im Rahmen des vertraglich fixierten Leistungsumfangs pauschaliert sind. Dies hat zur Konsequenz, dass der AN sowohl das Mengen- als auch das Vollständigkeitsrisiko trägt. Änderungswünsche des AG sind allerdings von der Pauschale nicht umfasst. Ein weiteres typisches Merkmal ist, dass der AN nicht offenlegt, wie der Pauschalpreis berechnet wurde. Es spielt also keine Rolle, ob der AN ein detailliertes LV erstellt hat oder nicht, da

³³³ OGH 1 Ob 581/83 SZ 56/62 = EvBl 1983/129 = JBl 1983, 534 (F. Bydliński) = MietSlg 35.93 = MietSlg 35261 (12).

³³⁴ Würtele/Gralla, Nachtragsmanagement (2006) 26.

³³⁵ Karasek, ÖNORM B 2110 Rz 625; Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko 97.

es allein auf den Umstand ankommt, dass dem AG gegenüber nur der Pauschalbetrag bekanntgegeben wird.

Beispiel:

An dieser Stelle ist etwa ein Totalunternehmer-Pauschalvertrag zu nennen, bei dem eine schlüsselfertige Bauausführung verlangt wird und somit der gesamte Ablauf von der Planung bis zur Ausführung in den Verantwortungsbereich des AN fällt.

Unechter Pauschalpreisvertrag – Detailpauschalvertrag

Demgegenüber liegt ein sog „unechter Pauschalpreisvertrag“ (in Deutschland auch „Detailpauschalpreisvertrag“) vor, wenn der Pauschalbetrag in irgendeiner Weise aufgeschlüsselt, also eine, wenn auch nur grobe Kalkulation offengelegt wird, wobei es auf deren Detaillierungsgrad nicht ankommt. Typisches Merkmal eines unechten Pauschalpreisvertrages ist, dass der AG dem AN ein konstruktives LV übergibt. Mit anderen Worten, der AG gibt sowohl die Mengen als auch die Beschreibung der Leistung vor und der AN ermittelt die positionsweisen Gesamtsummen und anhand dessen eine Pauschalsumme. Im Unterschied zum Einheitspreisvertrag wird das LV idR allerdings nicht ausgepreist. Es ist freilich auch denkbar, dass dem Pauschalpreisvertrag ein ausgepreistes LV zugrunde liegt, nämlich dann, wenn über einen ursprünglichen Einheitspreisvertrag im Nachhinein eine Pauschalierung vereinbart wird. Zu beachten ist, dass die Pauschalierung lediglich den Preis im Rahmen des in der Leistungsbeschreibung festgelegten Umfangs umfasst, nicht die Leistung. Im Unterschied zum Einheitspreisvertrag trägt der AN beim unechten Pauschalvertrag hinsichtlich der Vergütung das Mengenermittlungsrisiko.³³⁶ Der Pauschalpreis ist verbindlich, auch wenn sich herausstellt, dass die übernommenen Arbeiten die veranschlagten Mengen und somit Kosten erheblich über- bzw unterschreiten.³³⁷ Zusammengefasst trägt der AN somit beim unechten Pauschalpreisvertrag das Mengenrisiko, nicht jedoch das Vollständigkeitsrisiko.

3.2.2.3 Abgrenzung Echter – Unechter Pauschalpreisvertrag

Eine Pauschalierung der Leistung liegt vor, wenn dem Vertrag eine funktionale Leistungsbeschreibung zu Grunde liegt, es sich also um einen echten Pauschalvertrag handelt. Liegt dem Pauschalvertrag hingegen eine konstruktive Leistungsbeschreibung zu Grunde (unechter Pauschalvertrag), ist die Leistung nicht pauschaliert und umfasst lediglich den in der

³³⁶ Würtele/Gralla, Nachtragsmanagement 14.

³³⁷ OGH 2 Ob 613/86 EvBl 1987/176.

Leistungsbeschreibung festgelegten Umfang. Auf die im LV möglicherweise angegebenen Mengen kommt es dabei nicht an, sondern vielmehr auf die Anzahl der zu erbringenden Tätigkeiten. Dies ist vor allem für die Klärung der Frage von Bedeutung, wer das Vollständigkeitsrisiko trägt. Je geringer die Detaillierung der Leistung ist, das geht bis zum Vorhandensein nur einer Position (1 Stk Hotel), umso größer ist für den AN das Risiko, mit dem angebotenen Preis auch die vollständige Leistung erbringen zu müssen.³³⁸

Beispiel:

Ist es nach den Regeln der Technik erforderlich, bspw eine Feuchtigkeitsisolierung anzubringen, so wird sich der AN beim echten Pauschalpreisvertrag nicht darauf berufen können, dass deren Notwendigkeit in den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich war und genauso wenig vom AG in der Leistungsbeschreibung verbalisiert wurde.

Vielfach wird vertraglich versucht, dem AN dieses Risiko trotz der Verwendung eines konstruktiven LV als Vertragsgrundlage zu überwälzen. Dies geschieht etwa, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Leistungsbeschreibung keine taxative Aufzählung der zu erbringenden Leistungen darstellt und der AN das geschuldete Werk vollständig, mängelfrei und funktionstüchtig herzustellen hat.

Die Zulässigkeit dieser Klausel ist zu bezweifeln, zumal die Übertragung eines nicht kalkulierbaren Risikos wohl gegen die guten Sitten verstoßen wird. Prinzipiell gilt, dass zusätzliche Leistungen oder Leistungsänderungen von der Pauschalierung nicht umfasst und daher im Zweifel mangels Einigung gem § 1152 ABGB³³⁹ bzw Pkt 7 der ÖNORM B 2110 zu vergüten sind.

3.2.2.4 Mischformen

Die beiden Formen unechter und echter Pauschalpreisvertrag stellen Modelle dar, welche in der Praxis in ihrer reinen Form nur selten zur Anwendung kommen. Überwiegend werden Mischformen gewählt, bei denen einzelne Teile eines Bauwerkes pauschaliert oder bei denen einzelne Leistungspositionen als Pauschale ausgeschrieben werden.

Beispiel:

Es ist gängige Praxis, dass Teile der Baustellengemeinkosten pauschaliert angegeben werden. Dazu zählen etwa die Baustelleneinrichtung sowie die Räumung der Baustelle und die Wasserhaltung. Wird die Wasserhaltung als eine Pauschale ausgeschrieben, so trägt der Unternehmer ei-

³³⁸ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 (2009) 52.

³³⁹ OGH 1 Ob 192/97k ÖJZ-LSK 1997/262 = RdW 1997, 657 = ARD 4897/18/97 = EvBl 1997/200 = HS 28.452.

nerseits das Risiko, dass er bei einem erhöhten Wasserandrang keine Anpassung des Entgelts fordern kann und somit die dadurch entstehenden Mehraufwendungen selbst zu tragen hat. Dem gegenüber kommt es bei einem verminderten oder gar gänzlich ausbleibenden Wasserandrang allerdings auch nicht zu einem Entfall der Vergütung, was wiederum aus Sicht des AN eine Chance darstellt.

3.2.2.5 Abgrenzung zum Einheitspreisvertrag

Die Beschreibung der zu erbringenden Leistung (Bau-Soll) kann, muss sich allerdings nicht zwingend von jener eines Einheitspreisvertrages unterscheiden. Beim unechten Pauschalvertrag ist es gar denkbar, dass eine vergleichbare Detaillierungstiefe vorliegt. Das wesentlichste Merkmal, wodurch sich der Pauschalpreisvertrag jedenfalls vom Einheitspreisvertrag unterscheidet, ist die Vergütung. Beim Einheitspreisvertrag geht der Vergütung eine Aufmaßermittlung voraus und das dem AN zustehende Entgelt ermittelt sich aus den Einheitspreisen der jeweiligen Leistungen multipliziert mit den dazugehörigen Mengen. Dagegen ist dem Pauschalpreisvertrag eine Abrechnung nach Aufmaß gänzlich fremd. Verrechnet wird im Endeffekt die vereinbarte Pauschale.

3.2.2.6 Abgrenzung zum Kostenvoranschlag mit Garantie

Der Pauschalpreisvertrag unterscheidet sich vom Kostenvoranschlag nach § 1170a ABGB darin, dass die Abrechnung nicht nach Aufmaß (also nach tatsächlichen Mengen) erfolgt.³⁴⁰ Ergeben sich bei der Abrechnung des garantierten Kostenvoranschlags nach § 1170a Abs 1 ABGB geringere als die veranschlagten Mengen, so wird dieser Kostenvorteil dem AG weitergegeben. Beim Pauschalvertrag kommt eine derartige Vorteilszuwendung nicht in Frage.

3.2.3 Regiepreisvertrag

Eine weitere, allerdings in der Praxis überwiegend für Sonderwünsche geringeren Umfangs und Nebentätigkeiten verwendete Vertragsart ist der Regiepreisvertrag, bei welchem die Abrechnung anhand des tatsächlichen Aufwandes (Stunden, Material) erfolgt. Mit der Abrechnung nach Ist-Werten geht einher, dass das Unternehmerrisiko hinsichtlich der konkreten Positionen allein beim AG liegt.

Gem Pkt 4.11.2.3 der ÖNORM A 2050 und § 29 Abs 4 BVergG 2018 sollte ein Regiepreisvertrag dann gewählt werden, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen sind, nicht

³⁴⁰ Längle, Das Entgelt beim Bauvertrag (1999) 49.

so genau erfasst werden können, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis möglich ist und nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann.

Zu unterscheiden sind zwei Formen des Regiepreisvertrages:

- Selbstständige Regieleistungen werden in einem selbständigen Bauvertrag vergeben.
- Angehängte Regieleistungen sind Teil eines als Einheitspreis- oder Pauschalpreisvertrages abgeschlossenen Bauvertrages.

Regieleistungen sind nur dann anzuordnen, wenn im Bauwerkvertrag keine entsprechenden Positionen vorhanden sind. Leistungen werden nur dann zu Regiepreisen vergütet, wenn seitens des AG eine diesbezügliche Anordnung bzw Zustimmung vorliegt.³⁴¹

Vor der Ausführung einer Regieleistung sind einvernehmlich folgende Punkte festzulegen:³⁴²

- Art und Umfang der Regieleistung
- Anzahl und Beschäftigungsgruppe der für die Durchführung der Leistung erforderlichen Arbeitskräfte
- Umstände, die zu Aufzählungen (Überstunden, Nachtzuschläge, ...) führen können.

Der AN hat über alle Regieleistungen täglich Aufzeichnungen zu führen und diese innerhalb einer zu vereinbarenden Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb von 7 Tagen, dem AG zur Bestätigung und Anerkennung vorzulegen.³⁴³ Aufgrund der Beweisproblematik bei Regieleistungen ist eine exakte Dokumentation der Anordnung bzw der ausgeführten Leistung (Anzahl an Personen und Aufwand) essenziell.

Pkt 8.2.6 der ÖNORM B 2110 enthält Bestimmungen zur Abrechnung von Regieleistungen.

³⁴¹ Pkt 6.4.1 ÖNORM B 2110.

³⁴² Pkt 6.4.2 ÖNORM B 2110.

³⁴³ Pkt 6.4.3 ÖNORM B 2110.

4 Bauzeit

Die Abwicklung von Bauprojekten ist in zeitlicher Hinsicht allgemein anhand bestimmter Meilensteine (Baubeginn, Bauende, etc) vorgegeben. Diese Meilensteine sind üblicherweise vertraglich vereinbart. Der Baubeginn definiert dabei den Beginn der Bauarbeiten vor Ort, während mit dem Bauende die Fertigstellung der Bauarbeiten dokumentiert wird.³⁴⁴

4.1 Bauzeitliche Begriffe

Der Baubeginn, etwaige Zwischentermine sowie der Fertigstellungstermin werden idR vertraglich geregelt. Die Rede ist von sog „Vertragsterminen“. Es ist diesbezüglich festzuhalten, dass Termine nur dann für die Vertragsparteien Verbindlichkeit erlangen, wenn diese explizit vertraglich fixiert wurden.³⁴⁵ Liegt hingegen keine vertragliche Vereinbarung vor, gilt hinsichtlich des Baubeginns, dass dieser seitens des AG sogleich, ohne unnötigen Aufschub gefordert werden kann.³⁴⁶ Demnach wird eine bestimmte zeitliche Nähe zwischen Abschluss des Bauwerkvertrags und Baubeginn gefordert. In Bezug auf das Bauende existiert im Gesetz keine derartige Bestimmung. Allerdings wird wohl eine schikanöse Bauabwicklung gegen die guten Sitten verstoßen. Folglich ist in diesem Fall auf die im Zusammenhang mit dem Umfang des beauftragten Werks zu erwartende Bauzeit (übliche Bauzeit) Bedacht zu nehmen und daraus ein mögliches Bauende abzuleiten. Die konkrete Dauer hängt somit von der Natur der Sache ab.

Ein Werk gilt erst dann als fertiggestellt, wenn es „übernahmereif“ ist. Das bedeutet, dass die bedungene Leistung im Wesentlichen erbracht sein muss, um dem Nutzer den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu ermöglichen. Kleinere Mängel sind idR der Übernahme nicht hinderlich und können auch nach Fertigstellung im Rahmen der Gewährleistung saniert werden.

Werden vertraglich vereinbarte Termine nicht eingehalten, kommt es zu Verzugsfolgen. Darüber hinaus kann eine eventuell vorab vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe (sog „Pönale“) bei Überschreiten eines im Vertrag explizit so benannten pönalisierten Termins dazu führen, dass ein gewisser Teil des Werklohns seitens des AG einbehalten werden kann.

³⁴⁴ Die Fertigstellung ist allerdings nicht mit dem Ende des Bauvertrags gleichzusetzen – Haftungsrücklass.

³⁴⁵ Einem eventuell der Ausschreibung beigelegten Bauzeitplan kommt an sich keine Verbindlichkeit zu.

³⁴⁶ § 904 ABGB.

4.2 Verzug

4.2.1 Verzug nach ABGB

Wird ein vertraglich vereinbarter Termin nicht eingehalten, liegt ein Verzug vor, welcher in § 918 ABGB geregelt ist:

§ 918. (1) *Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären.*

(2) *Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden.*

Gemäß § 918 Abs 1 ABGB kommt es auf drei Komponenten an:

- Erfüllungszeitpunkt („zur gehörigen Zeit“)
- Erfüllungsort („am gehörigen Ort“)
- Leistungsgegenstand („auf die bedungene Weise“)

Erfüllungszeitpunkt, Erfüllungsort und genauer Leistungsgegenstand ergeben sich prinzipiell aus dem Werkvertrag. Sollten sich in den Vertragsunterlagen keine diesbezüglichen Regelungen finden, so greifen subsidiär die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften.³⁴⁷

Vom Verzug abzugrenzen ist der Umstand der nachträglichen Unmöglichkeit. Kann die vereinbarte Leistung lediglich deshalb nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erbracht werden, weil die Leistung an sich nicht mehr erbracht werden kann, liegt kein Verzug vor. Mit anderen Worten liegt eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung vor, kann es nicht zum Verzug kommen. Die nachträgliche Unmöglichkeit kommt allerdings nur bei Speziesschulden in Betracht, die einen Austausch naturgemäß ausschließen.

Beispiel:

Die historisch wertvolle Fassade des Universitätsgebäudes soll beim groß angelegten Umbau erhalten bleiben und lediglich generalsaniert werden. Infolge eines Erdbebens während der Bauphase wird diese Fassade komplett zerstört. Der AN kann somit die Sanierung der Fassade nicht fristgerecht, nämlich gar nicht, abschließen.

Tritt ein Verzug der Leistungserbringung ein, bleibt zu klären, wer diesen zu vertreten hat. Die daraus erwachsenden Ansprüche der Beteiligten richten sich nach der Sphärentheorie. Somit hat jeder die nachteiligen Fol-

³⁴⁷ §§ 902 ff ABGB.

gen der seiner Sphäre zuordenbaren Umstände zu vertreten. Diese Beweislast trifft im Allgemeinen den Schuldner, was bedeutet, dass sich dieser bei augenscheinlichem Verschulden auf Seite des AG frei zu beweisen hat.

4.2.1.1 Objektiver und subjektiver Verzug

Wurde die vertraglich vereinbarte Leistung nicht fristgerecht erfüllt, liegt jedenfalls ein Verzug vor. Es ist allerdings eine Unterscheidung dahingehend vorzunehmen, ob dieser von einem der beiden Vertragspartner zu vertreten ist oder nicht. Liegt ein Verzug vor, der nicht der Sphäre des Schuldners zuzuordnen ist, wird von einem objektiven Verzug gesprochen.

Beispiel:

Aufgrund eines extremen Schneefalls können die vertraglich festgelegten Erdbauarbeiten nicht fristgerecht abgeschlossen werden.

Dem gegenüber liegt ein subjektiver Verzug vor, wenn ein diesbezügliches Verschulden auf Seite des Schuldners vorliegt.

Beispiel:

Die auf der Baustelle benötigten Geräte werden zeitgleich auf einer anderen Baustelle gebraucht und es stehen keine Ersatzgeräte zur Verfügung. Der Bauablauf verzögert sich somit aufgrund der mangelnden Koordination im eigenen Unternehmen.

Diese Unterscheidung ist vor allem in Bezug auf etwaige Schadenersatzansprüche von großer Bedeutung. Ist der objektive Verzug allerdings lediglich auf Umstände zurückzuführen, die in die Sphäre des AG fallen, hat der AN Anspruch auf Bauzeitverlängerung, vorausgesetzt, diese wurde rechtzeitig angemeldet.

Beispiel:

Die relevanten Vorleistungen werden nicht fristgerecht erbracht, weshalb sich logischerweise auch die eigene Leistungserbringung verzögert.

4.2.1.2 Schuldnerverzug und Gläubigerverzug

Schuldner ist in diesem Zusammenhang jener, der sich vertraglich gegenüber seinem Vertragspartner zur Erbringung einer bestimmten geschuldeten Leistung verpflichtet.

Ein **Schuldnerverzug** liegt nach § 918 ABGB vor, wenn der Werkunternehmer die Werkleistung entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erbringt.

Dem gegenüber kann es auch zu einem Verzug auf Seite des Gläubigers kommen. Ein sog **Gläubigerverzug** (auch als Annahmeverzug bezeichnet) liegt vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort und auf die bedungene Weise angebotene Leistung nicht annimmt.

Beispiel:

Der AG verweigert die Übernahme der Bauleistung, obwohl der AN die Bauleistung mängelfrei und innerhalb der vereinbarten Bauzeit erbracht hat.

Der Gläubigerverzug löst, anders als der Schuldnerverzug, nicht die Rechtsfolgen des § 918 ABGB aus, sondern stellt lediglich eine Obliegenheitsverletzung dar. Der Gläubiger kann nicht zur Annahme gezwungen werden, allerdings geht bei unbegründeter Verweigerung der Annahme das volle Risiko bezüglich des Werks auf ihn über. So hat er etwa die Folgen eines zufälligen Untergangs des Werks zu tragen.

Bauwerkverträge zählen zu den sog „synallagmatischen Verträgen“ (=gegenseitige Verträge), was bedeutet, dass beide Vertragspartner gleichzeitig sowohl als Gläubiger als auch als Schuldner auftreten.

Beispiel:

Der AG ist Gläubiger der vereinbarten Werkleistung und gleichzeitig Schuldner des diesbezüglich vereinbarten Werklohns. Seitens des AN ist es genau umgekehrt.

Obwohl diese wechselseitigen Verpflichtungen bestehen, bedeutet dies allerdings nicht zwingend, dass ein Gläubigerverzug seitens des AG aufgrund seiner Weigerung der Übernahme der Leistung gleichzeitig auch einen Schuldnerverzug bezüglich der Zahlungen auslöst. Mit Übernahme bzw unbegründeter Weigerung der Übernahme beginnt lediglich die Gewährleistungsfrist zu laufen, Zahlungen können unabhängig davon fließen. IdR erfolgt die Übermittlung der Schlussrechnung erst nach der Übergabe.

4.2.1.3 Rechtsfolgen des Verzugs

Beim objektiven Verzug hat der Gläubiger ein Wahlrecht. Er hat einerseits die Möglichkeit, am Vertrag dennoch festzuhalten und auf Erfüllung zu bestehen und andererseits steht ihm nach Verstreichen einer angemessenen Nachfrist (explizite schriftliche Nachfristsetzung vorausgesetzt) der Rücktritt vom Vertrag offen.³⁴⁸ So wird dem Schuldner noch eine Möglichkeit zur Erfüllung eingeräumt.

³⁴⁸ § 918 Abs 1 ABGB.

Trägt der AN am Verzug ein Verschulden (subjektiver Verzug), steht dem Gläubiger neben dem oben angegebenen Wahlrecht die Möglichkeit offen, Schadenersatz zu verlangen. Diesbezüglich wird freilich das Vorhandensein eines konkreten Schadens vorausgesetzt.³⁴⁹ Hält der AG am Vertrag fest, kann er einen eventuellen Verspätungsschaden geltend machen. Verspätungsschaden ist jener Schaden, der im Zuge der verspäteten Leistung bzw Lieferung dem Gläubiger entstanden ist. Tritt der AG vom Vertrag zurück, kommt es zur Rückabwicklung des Vertrages, was den AG allerdings nicht an der Geltendmachung des Nichterfüllungsschadens hindert. Darunter ist jener Schaden zu verstehen, der lediglich dadurch entstanden ist, dass nicht vertragsgemäß geleistet wurde.

Beispiel:

Mehraufwendungen im Zusammenhang mit einer Ersatzvornahme fallen typischerweise unter den Begriff des Nichterfüllungsschadens. Darunter ist freilich nicht der gesamte Aufwand eines Dritten Unternehmens zu verstehen, sondern nur jener, der die kalkulierten Kosten des rückabgewickelten Vertrags übersteigt.

Im Zuge der Rückabwicklung des Vertrags sind sämtliche bereits erhaltene Leistungen zurückzustellen. Das dies bei Bauleistungen nicht (immer) möglich ist, liegt auf der Hand, zumal Baustoffe etc bereits mit dem Baugrund oder anderen Baustoffen verbunden sind.

Beispiel:

Die an sich als bewegliche Sachen zu qualifizierenden Ziegelsteine werden im Zuge der Errichtung einer Mauer Bestandteil einer unbeweglichen Sache und sind somit nicht ohne weiteres von dieser Mauer zu entfernen.

In diesem Fall sind bereicherungsrechtliche Grundsätze zu beachten. Somit steht dem AN für die nicht mehr herauslösbaren Teile Wertersatz in Höhe des erlangten Vorteils zu.

Sind die Leistungen teilbar, so ist auch ein Teilverzug möglich. Der AG kann bei Interesse an Teilen der Leistung auch nur einen Vertragsrücktritt bezüglich der säumigen (Teil-)Bauleistung erklären und den bereits fertiggestellten Teil der Leistung übernehmen.³⁵⁰

³⁴⁹ Der Schadenersatzanspruch nach § 918 ABGB ist von einer eventuell vertraglich vereinbarten Pönale zu unterscheiden. Die Vertragsstrafe lässt eventuelle darüberhinausgehende Schadenersatzansprüche unberührt.

³⁵⁰ § 918 Abs 2 ABGB.

4.2.1.4 Fixgeschäfte

Wird ausdrücklich vereinbart, dass eine bestimmte Leistung zu einer festbestimmten Zeit bzw binnen einer festbestimmten Frist bei sonstigem Rücktritt zu erbringen ist, liegt ein Fixgeschäft vor.³⁵¹

Es ist auch dann von einem Fixgeschäft auszugehen, wenn aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, dass der AG bei einer Überschreitung der Leistungsfrist kein Interesse an einer späteren Lieferung/Leistungserbringung hat. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Zweck der ausgeschriebenen bzw zu erbringenden Leistung ausdrücklich Vertragsbestandteil wird.

Beispiel:

Der AG beauftragt die Errichtung einer zusätzlichen, temporären Zuschauertribüne in einem Fußballstadium. Sofern explizit vertraglich fixiert wurde, dass die zusätzliche Tribüne lediglich wegen eines bestimmten Sportevents (bspw für eine Europameisterschaft) errichtet werden soll, ergibt sich aus der Natur der Sache, dass ein Fixgeschäft vorliegt. Verzögern sich die Arbeit an der Tribüne und wird sie nicht rechtzeitig für das Sportevent fertig, so hat der Bauherr kein Interesse mehr daran, am Vertrag festzuhalten.

Genauso kann aber auch ein gewöhnliches Termingeschäft zu einem Fixgeschäft werden, wenn im Verzugsfall eine Nachfristsetzung erfolgt unter der Verwendung der Klausel „bei sonstigem Rücktritt des Vertrages“.

Im Folgenden werden die Regelungen der ÖNORM B 2110 jenen des ABGB gegenübergestellt:

6.5.2. Fixgeschäft

Ist die Ausführung einer Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder binnen einer bestimmten Frist „bei sonstigem Rücktritt“ ausdrücklich bedungen (Fixgeschäft), ist der AG nicht verpflichtet, die Leistung nach dem vereinbarten Zeitpunkt anzunehmen. Der AN ist hingegen zur nachträglichen Leistung dann verpflichtet, wenn diese vom AG ausdrücklich verlangt wird. Wird dieses Verlangen nicht binnen 2 Wochen nach Fristablauf gestellt, ist der AN zwar von der Leistung befreit, aber verpflichtet, bei Verschulden Schadenersatz gemäß 12.3 zu leisten.

Dasselbe gilt für Leistungen, an deren späterer Erfüllung der AG im Hinblick auf die Natur der Leistung und nach dem AG bekannten Zweck kein Interesse hat.

³⁵¹ § 919 ABGB.

§ 919 ABGB

Ist die Erfüllung zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bei sonstigem Rücktritt bedungen, so muß der Rücktrittsberechtigte, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, das nach Ablauf der Zeit dem andern ohne Verzug anzeigen; unterläßt er dies, so kann er später nicht mehr auf der Erfüllung bestehen. Dasselbe gilt, wenn die Natur des Geschäftes oder der dem Verpflichteten bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die verspätete Leistung oder, im Falle der Verspätung einer Teilleistung, die noch übrigen Leistungen für den Empfänger kein Interesse haben.

Der AG ist nach dem vereinbarten Zeitpunkt nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen. Wenn er dennoch auf die Erfüllung besteht, hat er dies prinzipiell unverzüglich³⁵² dem AN anzuzeigen, andernfalls ist der AN von der Leistung befreit. Darüber hinaus stehen dem AG uU Schadenersatzansprüche gegen den AN zu.

4.2.2 Regelung des Verzugs nach ÖNORM

Auch die ÖNORM B 2110 sieht Regelungen für den Verzug in Pkt 6.5.1 vor, die sich inhaltlich mit jenen im ABGB decken:

6.5.1 Allgemeines

Verzug liegt vor, wenn eine Leistung nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erbracht wird.

Gerät ein Vertragspartner in Verzug, kann der andere entweder auf vertragsgemäßer Erfüllung des Vertrages bestehen oder unter schriftlicher Festsetzung einer angemessenen Nachfrist den Rücktritt vom Vertrag für den Fall erklären, dass die vertragsgemäße Leistung nicht innerhalb der Nachfrist erbracht wird.

Ist aus Gründen, die der AN zu vertreten hat, z.B. im Falle von unzureichender Beistellung von Arbeitskräften, Materialien oder Geräten durch den AN, die Einhaltung der Leistungsfrist gefährdet, kann der AG vom AN die Vorlage eines diesbezüglichen Leistungsplanes zur Einhaltung angemessener Zwischentermine auch dann verlangen, wenn dies vorher nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.

Die ÖNORM B 2110 sieht in Pkt 6.5.1 Abs 3 allerdings ergänzend die Möglichkeit des AG vor, vom AN die Vorlage eines Leistungsplanes zur Einhaltung angemessener Zwischentermine zu verlangen, wenn er die Einhaltung der Leistungsfrist aus Gründen, welche der Sphäre des AN zuzuordnen sind, als gefährdet ansieht.

³⁵² In § 919 ABGB ist von „ohne Verzug“ die Rede; die ÖNORM B 2110 sieht in Pkt 6.5.2 eine Frist von zwei Wochen vor.

4.3 Vertragsstrafen und Pönale

4.3.1 Vertragsstrafe nach ABGB

Die Vertragsstrafe ist in § 1336 ABGB geregelt:

§ 1336 ABGB Bedingung des Vergütungsvertrages (Conventional-Strafe)

(1) Die vertragschließenden Teile können eine besondere Übereinkunft treffen, dass auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle (§ 912). Der Schuldner erlangt mangels besonderer Vereinbarung nicht das Recht, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien. Wurde die Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie neben der Erfüllung gefordert werden.

(2) In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen.

(3) Der Gläubiger kann neben einer Konventionalstrafe den Ersatz eines diese übersteigenden Schadens geltend machen. Ist der Schuldner ein Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 KSchG, so muss dies im Einzelnen ausgehandelt werden.

Eine Vertragsstrafe (auch als Konventionalstrafe oder Pönale bezeichnet) wird in der Literatur sowie vom OGH als vereinbarter „pauschalierter Schadenersatz“ für den Fall der Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder des Verzugs bezeichnet.³⁵³ Die Pönale ist nach dem allgemeinen Verständnis des Schadenersatzes des ABGB jedoch nicht mit diesem gleichzusetzen, denn es ist in erster Linie eine Strafe für den Vertragsbruch. Deshalb ist der Nachweis eines konkreten dadurch entstandenen Schadens gerade nicht erforderlich.³⁵⁴ Vielmehr wird pauschaliert idR ein Tagessatz bei der Abrechnung in Abzug gebracht und kann somit neben der Erfüllung gefordert werden. Bezüglich der konkreten Höhe existiert ein richterliches Mäßigungsrecht.³⁵⁵ Dieser „pauschalierte Schadenersatz“ tritt grundsätzlich an die Stelle des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung.³⁵⁶ Das schließt allerdings nicht die Geltendmachung eines den Pönalbetrag übersteigenden Schadens aus.³⁵⁷ Die Pönale ist sohin weniger als Pauschalierung des Schadenersatzes zu sehen, da eine Pauschalierung idR einen fixierten Betrag darstellt, sondern vielmehr als zuerkannte Untergrenze.

³⁵³ OGH 8 Ob 119/19m ZVB 2020/43 (Chiwitt Oberhammer) = ZRB 2020,64 (Wenusch).

³⁵⁴ RIS-Justiz RS0032103.

³⁵⁵ Der Richter kann uU abweichend von der vertraglichen Vereinbarung einen geringeren Betrag ansetzen; § 1336 Abs 2 ABGB.

³⁵⁶ RIS-Justiz RS0032013.

³⁵⁷ § 1336 Abs 3 ABGB; siehe auch OGH 8 Ob 119/19m: diese Regelung stellt dispositives Recht dar und kann von den Vertragsparteien abgeändert werden.

Die Vertragsstrafe soll auf der einen Seite der Verstärkung der vertraglichen Pflichten dienen und stellt abgängig davon, wie weit der Betrag den ex ante wahrscheinlichen Schaden übersteigt, ein mehr oder weniger wirksames Druckmittel dar.³⁵⁸ Auf der anderen Seite soll sie Nachteile ausgleichen, die dem AG aus der Vertragsverletzung entstehen könnten und soll aufwendige Schadenersatzberechnungen durch die Pauschalierung prinzipiell verhindern.

Beispiel:

Eine Vertragsbestimmung kann etwa derart ausgestaltet sein, dass bei Überschreitung der pönalisierten Zwischentermine ein bestimmter Betrag pro Kalendertag bis maximal 15 % der Auftragssumme in Abzug gebracht werden kann.

Bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit kann alles vereinbart werden. Werden Teilabnahmen explizit vereinbart, gilt die Pönalregelung lediglich für die nicht übergebenen Teile, unabhängig davon, ob die bereits übergebenen Teile ohne die fehlenden Teile überhaupt genutzt werden können.

Beispiel:

Bei einem Hotelbauprojekt sind am pönalisierten Fertigstellungstermin lediglich 80% der Zimmer fertiggestellt, im Erdgeschoss (Lobby, Rezeption) ist der Innenausbau noch nicht abgeschlossen. Wurde eine Endabnahme nach Fertigstellung sämtlicher Bauteile vertraglich vereinbart, steht dem AG die volle vereinbarte Pönalzahlung zu bis auch der letzte Bauteil fertiggestellt und übergabebereit ist. Dies hat neben dem Tagessatz auch Auswirkungen auf die vereinbarte Obergrenze. Wurde hingegen eine geschossweise Übergabe vereinbart, bezieht sich die Konventionalstrafe lediglich auf die noch ausständigen Bereiche. Dies gilt auch für die Ermittlung der Obergrenze.

4.3.2 Pönale nach ÖNORM B 2110

Bei Bauwerkverträgen sind sog Pönalvereinbarungen bei Überschreitung von Zwischen- bzw Endterminen üblich. Damit soll der AG einen finanziellen Ausgleich für die Überschreitung der Bauzeit erhalten. Die ÖNORM B 2110 regelt die Vertragsstrafe (Pönale) in Pkt 6.5.3:

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.

³⁵⁸ RIS-Justiz RS0032072.

Soweit nicht anders festgelegt, ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) insgesamt begrenzt.

[...]

Die Vertragsstrafe muss auch nach der ÖNORM B 2110, wie der Name schon sagt, vertraglich vereinbart werden und ist (für den Fall, dass nichts anderes vereinbart wurde) mit maximal 5 % der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt. Der AN kann sich von seiner Pflicht zur Leistung der Vertragsstrafe nur dann befreien, wenn er nachweist, dass er oder einer seiner Mitarbeiter oder Subunternehmen (sog Erfüllungsgehilfen) den Verzug nicht verschuldet haben.

Vertragsstrafen sind im Regelfall nach Kalendertagen zu berechnen, wobei jeder begonnene Kalendertag zur Berechnung der Pönale herangezogen wird. Im Ergebnis vermindert die Vertragsstrafe das zu leistende Entgelt.³⁵⁹

4.4 Berechnung von Fristen

Die Berechnung von Fristen ist in den §§ 902 f ABGB allgemein geregelt.

Ist die Frist nach Tagen bestimmt, so wird der Tag, an dem der Fristenlauf beginnt, nicht mitgezählt.³⁶⁰

Beispiel:

Die Zahlungsfrist für eine Abschlagsrechnung ist mit 30 Tagen ab Eingang der Rechnung beim AG festgelegt. Die Rechnung langt am 05.08. ein. Somit beginnt die 30-tägige Frist am 06.08. um 0 Uhr zu laufen und endet am 05.09. um 24 Uhr.

Das Ende einer nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmten Frist fällt auf denjenigen Tag der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher nach seiner Benennung oder Zahl dem Tage des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt, wenn aber dieser Tag in dem letzten Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats.³⁶¹

Beispiel:

Das vereinbarte Werk wird am 31.03.21 übergeben und sogleich beginnt die 3-jährige Gewährleistungsfrist. Für die Beweislastumkehr (6 Monate) ist somit der 30.09.21 entscheidend. Die Gewährleistungsfrist endet am 31.03.24.

³⁵⁹ Pkt 6.5.3.2 ÖNORM B 2110.

³⁶⁰ § 902 Abs 1 ABGB.

³⁶¹ § 902 Abs 2 ABGB.

Zu beachten ist außerdem, dass unter einem halben Monat fünfzehn Tage zu verstehen sind sowie der fünfzehnte eines Monats als Mitte dieses Monats anzusehen ist.³⁶² Der Beginn und Lauf von gesetzlichen Fristen werden durch Samstage, Sonntage und Feiertage nicht behindert. Fällt jedoch das Ende dieser Frist auf einen dieser Tage, ist prinzipiell der nächste Werktag als letzter Tag der Frist anzusehen.³⁶³ Ist eine Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben, so muss sie innerhalb der Frist am Bestimmungsort sein.

4.5 Stilliegezeiten

Da die auf einer Baustelle abgestellten Baumaschinen und Geräte dem Bauablauf bzw. Umwelteinflüssen geschuldet nicht permanent produktive im Sinne eines Baufortschritts eingesetzt werden können, entstehen zwangsläufig Stilliegezeiten und damit verbunden Vorhaltekosten. Diesen kommen insb. bei Bauzeitverzögerungen aus der Sphäre des AG große Bedeutung zu.

Für diese, als Stilliegezeiten bezeichneten, Zeiträume sind in Ausschreibungen zT eigene Positionen vorgesehen, die in weiterer Folge anhand von Zeiteinheiten (zB Tage [d]) abgerechnet werden können.

Wurden für Stilliegezeiten keine Preise vereinbart, so sind nach Pkt 8.2.5.1 der ÖNORM B 2110 folgende Kosten anzusetzen:

- 75 % der Abschreibungs- und Verzinsungskosten für die normale Arbeitszeit
- zuzüglich 25 % der Instandhaltungs-/Reparaturkosten für die Pflege und Wartung der Geräte unter Hinzurechnung des Gesamtzuschlags gem. ÖNORM B 2061

Soweit die Gerätepreise nicht in Abschreibung, Verzinsung und Instandhaltung/Reparatur aufgegliedert sind und diese auch nicht aus der Kalkulation abgeleitet werden können, entfallen 60 % auf Abschreibung und Verzinsung sowie 40 % auf Instandhaltung/Reparatur.

³⁶² § 902 Abs 3 ABGB.

³⁶³ § 903 ABGB.

5 Baumängel und Gewährleistungsansprüche

5.1 Mangelhafte Bauleistung

Der Werkunternehmer verpflichtet sich im Rahmen eines Werkvertrages zur Erbringung einer vorab zwischen den Vertragspartnern festgelegten Leistung sowohl in zeitlicher als auch in qualitativer und quantitativer Hinsicht und schuldet im Zuge dessen nicht lediglich sein Bemühen, sondern den gewünschten Erfolg. Er ist sohin verpflichtet, das Bauwerk gänzlich mängelfrei zu errichten. Dass dies nicht immer der Fall ist, zeigt die Praxis. Dabei ist zu unterscheiden, ob ein Mangel bereits vor der Übergabe bekannt geworden ist oder erst danach. Denn der Besteller (AG) kann uU die Übernahme einer mangelhaften Leistung verweigern, was zu Verzugsfolgen seitens des Werkunternehmers (AN) führt. Wohingegen Mängel, die erst nach der Übergabe bekannt werden, zu Gewährleistungsansprüchen des Übernehmers (AG) führen.

Bevor auf die einzelnen Gewährleistungsgehalte näher eingegangen wird, gilt es zu klären, was unter einem Mangel im rechtlichen Sinn zu verstehen ist. Grob wird zwischen Sachmangel und Rechtsmangel unterschieden, wobei letzterer im bauwirtschaftlichen Bereich eine untergeordnete Rolle spielt. Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn ein Vertragspartner dem anderen nicht die vertraglich geschuldete rechtliche Position verschafft (zB Eigentum).³⁶⁴ Mangelhafte Bauleistungen sind den Sachmängeln zuzuordnen, auf welche im Folgenden näher eingegangen wird.

Eine Leistung bzw eine Sache ist lediglich dann als mangelhaft iSd § 922 Abs 1 ABGB zu werten, wenn sie quantitativ oder qualitativ hinter dem Geschuldeten zurückbleibt.³⁶⁵ Es kommt dabei auf die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften an.³⁶⁶ Der Unternehmer hat somit das Werk im Zweifel so auszuführen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht und für Werke solcher Art üblich oder angemessen ist.³⁶⁷ Wesentliche Anhaltspunkte sind diesbezüglich die anerkannten Regeln der Technik. Somit gehören dazu sowohl alle technischen ÖNORMEN als auch sämtliche Praktiken, die üblicherweise angewendet werden und sich bewährt haben. Weicht der Werkunternehmer von den allgemein anerkannten Regeln der Technik ab, ist dies nicht zwangsläufig gleichbedeutend mit einem Mangel, sondern vielmehr hat er den konkreten Nachweis zu erbringen, dass seine Art der Ausführung genauso geeignet ist, das Leistungsziel zu erreichen. Eine spezielle Beschaffenheit

³⁶⁴ P. Bydliński, Grundzüge des Privatrechts (2014) 173.

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0018547.

³⁶⁶ § 922 Abs 1 ABGB.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0021694.

gilt dann als vereinbart, wenn explizit auf Proben oder Muster Bezug genommen wird und der Besteller aufgrund dessen mit bestimmten Eigenschaften des Werks zu rechnen hat. Zudem können spezielle Eigenschaften einer Leistung auch durch eine Leistungsbeschreibung genauer festgelegt werden, wohingegen eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft keiner weiteren Konkretisierung bedarf. So darf ohne weiteres angenommen werden, dass ein Fußboden waagrecht verläuft und eine Innenwand idR senkrecht.

Beispiel:

Fenster mit einer besonderen Verglasung bedürfen genauso einer gesonderten Vereinbarung wie Wände mit einem besonders günstigen Wärmedurchgangskoeffizient.

Ein Sachmangel lässt sich anhand seiner Bedeutung für den Besteller in wesentlich, geringfügig und unerheblich einteilen. Zusätzlich wird zwischen unbehebbar und behebbar Mängel unterschieden. Diese Einteilung ist gerade deshalb von großer Bedeutung, weil sich daran die möglichen Rechtsansprüche des Bestellers knüpfen.

Ein **wesentlicher** Mangel liegt vor, wenn die fertiggestellte Leistung nicht benützt werden kann oder der Nutzer in ihrem Gebrauch beeinträchtigt ist. Dem gegenüber steht der **geringfügige** Mangel, der keinen Einfluss auf die Verwendung der Sache hat (bspw optische Mängel wie Unebenheiten des Bodens, die nicht im Toleranzbereich liegen).³⁶⁸ **Unerhebliche** Mängel lösen, im Gegensatz zu geringfügigen, gar keine Ansprüche aus und müssen akzeptiert werden (bspw Oberflächenunebenheiten, die innerhalb des vorgeschriebenen Toleranzbereichs liegen).³⁶⁹

Eine vollständige Mängelbeseitigung ist für einen **behebbar** Mangel technisch möglich, ein **unbehebbarer** Mangel kann jedoch entweder gar nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen beseitigt werden.³⁷⁰ Von der Unbehebbarkeit eines Mangels kann etwa dann ausgegangen werden, wenn eine zugesicherte Eigenschaft³⁷¹ fehlt und eine Sanierung technisch nicht möglich ist. Im engsten Sinn geht es folglich um die faktische Möglichkeit einer Mängelbeseitigung. Im weiteren Sinn kommt es zudem auf wirtschaftliche Gesichtspunkte an, wobei es in erster Linie nicht auf die Höhe der Behebungskosten an sich ankommt, sondern vielmehr auf die Wichtigkeit der Behebung des Mangels für den Besteller.³⁷²

³⁶⁸ Mezera/Gartner, Handbuch Baumängel und Bauschäden (2014) 11.

³⁶⁹ Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 383.

³⁷⁰ P. Bydliński, Grundzüge des Privatrechts 174.

³⁷¹ RIS-Justiz RS0024350.

³⁷² RIS-Justiz RS0022044.

Beispiel:

Wird eine Fassade in Sichtbetonqualität geschuldet und kommt es während der Einbringung des Betons zur Entmischung sowie im Anschluss daran zu vermehrter Porenbildung, liegt ein Mangel vor. Die Fassade weist offensichtlich nicht die geschuldete Eigenschaft auf. Da die Porosität nach dem Aushärten des Betons nicht mehr verändert werden kann, liegt ein unbehebbarer Mangel vor.

Der Mangel muss sich jedoch nicht auf die mangelhafte Sache selbst beschränken (**Mangelschaden**), sondern kann sich auch auf andere Sachen ausdehnen (**Mangelfolgeschaden**).

Beispiel:

Ist ein Dach undicht, liegt klarerweise ein Mangel in der Ausführung vor, da das Leistungsziel eines dichten Daches (=gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft) nicht erreicht wurde. Tritt infolge eines Regenereignisses aufgrund der Undichtheit Wasser in die Konstruktion, was zu Schäden (etwa Schimmelbildung) führt, liegt zweifelsohne ein Mangelfolgeschaden vor. Das entscheidende Kriterium ist somit der kausale Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem entstandenen Schaden.

Im Falle einer mangelhaften Bauleistung stehen dem Besteller mehrere Wege offen.

Tritt bei einer Bauleistung ein Mangel auf und hat die Übernahme der Bauleistung bereits stattgefunden, so kann der Mangel mithilfe des Rechtsinstituts der Gewährleistung vom Bauherrn gelten gemacht werden. Kann dem Werkunternehmer ein diesbezügliches Verschulden nachgewiesen werden, besteht auch prinzipiell die Möglichkeit, einen Mangelschaden sowie einen eingetretenen Mangelfolgeschaden über das Schadenersatzrecht geltend zu machen. Wird seitens des Werkunternehmers eine Garantie, etwa im Sinne einer gewissen wartungsfreien Zeit, für die erbrachte Leistung zugesichert, kann sich der Besteller innerhalb der vereinbarten Frist zusätzlich auf diese berufen.

5.2 Gewährleistung

Kommt der Werkunternehmer seiner Verpflichtung zur Erstellung des vertraglich geschuldeten Werks nicht nach, wird dem Besteller durch das gesetzlich verankerte Gewährleistungsrecht das Rüstzeug mit auf den Weg gegeben, um dafür zu sorgen, dass der bedungene Erfolg eintritt. Die Ge-

währleistungsansprüche sind somit als Ausgestaltung der Erfüllungsansprüche zu sehen.³⁷³ Damit einher geht auch ein Leistungsverweigerungsrecht, was die Zahlung des im Rahmen des Werkvertrags vereinbarten Entgelts betrifft.

Die Gewährleistung ist die gesetzliche, verschuldensunabhängige Haftung des Werkunternehmers für Mängel, welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist und soll so Störungen der subjektiven Äquivalenz ausgleichen.³⁷⁴ Von der Gewährleistung umfasst sind lediglich Mangelschäden, welche das geschuldete Werk betreffen. Für die Geltendmachung von Mangelfolgeschäden ist auf das Schadenersatzrecht zu verweisen.

Die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen zur Gewährleistung bilden die §§ 922 ff ABGB. § 922 Abs 1 ABGB definiert das Ausmaß der Gewährleistung und lautet wie folgt:

Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.

Für Werkverträge kommen genauso die für entgeltliche Verträge geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933b ABGB) zur Anwendung.³⁷⁵ Ganz wesentlich ist dabei, dass der Mangel bereits bei Übergabe der Sache vorhanden sein muss. Später verursachte Mängel an der Sache sind von der Gewährleistung nicht mehr gedeckt. Bezüglich der Nachweispflicht gilt, dass immer derjenige die Beweislast trägt, der sich auf eine für ihn günstigere Norm beruft. Stellt der Werkbesteller also nach Übernahme der Sache einen Mangel fest, hat dieser den Beweis dafür zu erbringen, dass der konkrete Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war. Da die Beweisführung in der Praxis teilweise mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, sieht das Recht dafür eine gesetzliche Vermutung vor, welche den Übernehmer begünstigt. § 924 ABGB lautet wie folgt:

Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

§ 924 ABGB statuiert eine Beweislastumkehr in den ersten sechs Monaten nach der Übergabe. Tritt ein Mangel binnen dieser Zeit auf, so wird grundsätzlich vermutet, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorhanden war. Somit hat sich im Zweifel der Übergeber von der Behauptung der Mangelhaftigkeit frei zu beweisen, indem er konkrete Nachweise liefert, dass die Leistung gewiss mängelfrei ausgeführt und übergeben wurde.

³⁷³ RIS-Justiz RS0018475.

³⁷⁴ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 64.

³⁷⁵ § 1167 ABGB.

Nach dem sechsten Monat obliegt die Beweisführung dem Übernehmer. Jedenfalls kann vom Übernehmer nicht der Beweis dafür verlangt werden, dass die Sache noch im ursprünglichen Zustand erhalten ist und daran keine Änderungen etwa in Form von Nacharbeiten vorgenommen wurden.³⁷⁶

Das Gewährleistungsrecht ist bei Verbrauchergeschäften, also bei Rechtsgeschäften zwischen einem Unternehmer auf der einen und einem Verbraucher (Konsumenten iSd KSchG) auf der anderen Seite, zwingend.³⁷⁷ Bei reinen Unternehmergeschäften (B2B - *business-to-business*) können die Gewährleistungsrechte vertraglich allerdings sehr wohl eingeschränkt werden.

5.2.1 Gewährleistungsbehelfe

Die aus der Gewährleistung für den Besteller ableitbaren Rechtsansprüche werden Gewährleistungsbehelfe genannt und sind in § 932 ABGB geregelt.³⁷⁸

(1) Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern.

(2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.

(3) Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.

(4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass grundsätzlich zwischen primären und sekundären Gewährleistungsbehelfen unterschieden wird.

³⁷⁶ Dies geht aus dem rechtlichen Grundsatz „negativa non sunt probanda“ (negative Tatsachen sind nicht zu beweisen) hervor.

³⁷⁷ § 9 Abs 1 KSchG.

³⁷⁸ § 932 ABGB.

Es liegt somit eine strikte Trennung vor und es gilt stets der Vorrang der primären vor den sekundären Gewährleistungsbehelfen. Das bedeutet, bevor sich der Besteller bei Bekanntwerden eines Mangels auf eine Preisminderung berufen oder gar vom Vertrag zurücktreten kann, muss der Werkunternehmer die Möglichkeit bekommen, den beanstandeten Mangel zu beseitigen. Folglich ist der Besteller in erster Linie angehalten, die primären Gewährleistungsbehelfe heranzuziehen und somit die Verbesserung oder den Austausch der mangelhaften Sache zu fordern. Dadurch wird sichergestellt, dass der Übergeber zunächst eine zweite Chance bekommt, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen.

Lediglich in Ausnahmefällen kann von diesem Prinzip abgewichen und auf sekundäre Gewährleistungsbehelfe zurückgegriffen werden, nämlich wenn³⁷⁹

- sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber (Verkäufer/Werkunternehmer) mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind oder
- der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt oder
- sowohl Verbesserung als auch Austausch für den Übernehmer (Auftraggeber/Besteller/Käufer) mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder
- sowohl Verbesserung als auch Austausch dem Übernehmer aus triftigen in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes ist nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend, sondern es ist vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen.³⁸⁰ Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit kommt es folglich auf die Relation zwischen der Bedeutung des Mangels für den Übernehmer und dem mit der Verbesserung verbundenen Aufwand des Übergebers an.³⁸¹ Im Falle einer wesentlichen Beeinträchtigung des Übernehmers ist es sogar gerechtfertigt, auch über dem Wert des Werkes liegende Kosten für die Verbesserung aufwenden zu müssen.³⁸² Dagegen

³⁷⁹ § 932 Abs 4 ABGB.

³⁸⁰ RIS-Justiz RS0022044.

³⁸¹ OGH 2 Ob 123/12w ZVB 2013/132 (Kraus) = bau aktuell 2013/15 = bbl 2013/232 = immolex 2013/108 (Prader) = wobl 2014/4 = ecolex 2013/422 = MietSlg 65.155 = MietSlg 65.489 = MietSlg 65.641 = MietSlg 65.725.

³⁸² RIS-Justiz RS0121684.

ist der vom Werkunternehmer zu leistende Aufwand jedenfalls unverhältnismäßig, wenn der Vorteil der Beseitigung des Mangels für den Besteller gegenüber dem mit der Verbesserung verbundenen Aufwand für den Unternehmer in offensichtlichem Missverhältnis steht, sodass sich eine Mängelbeseitigung objektiv gesehen nicht auszahlt.³⁸³ Wirtschaftliche Aspekte sind somit grundsätzlich zu vernachlässigen.³⁸⁴ Die Erbringung der vertraglich bedungenen Leistung steht im Vordergrund.

Welche Frist als angemessen anzusehen ist, wird in den Gesetzesmaterialien nicht näher determiniert. Diesbezüglich ist jedenfalls eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.

Beispiel:

Für geringfügige Ausbesserungsarbeiten bei einer Innenwand kann etwa eine Frist von einer Woche durchaus als angemessen angesehen werden, wohingegen ein Austausch mangelhafter Fensterrahmen aufgrund des Umfangs der damit verbundenen Tätigkeiten idR eine längere Zeit in Anspruch nimmt.

Bezüglich des Kriteriums der für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten ist auf die Art der Sache und den damit verfolgten Zweck abzustellen. Eine Verbesserung darf seitens des Bestellers nicht allein deshalb als unzumutbar abgelehnt werden, weil damit eine vorübergehende Nutzungseinschränkung des Werks verbunden ist. Vielmehr hat er die unvermeidlichen Beeinträchtigungen in Kauf zu nehmen, solange sie sich in einem zumutbaren Ausmaß bewegen.³⁸⁵ Damit die Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist, muss es sich um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers handeln. Die Mangelhaftigkeit der Leistung allein reicht noch nicht aus.³⁸⁶

Liegt ein geringfügiger Mangel vor, kann bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen anstelle einer Verbesserung bloß die Preisminderung gefordert werden. Die Möglichkeit einer Wandlung ist in diesem Fall gesetzlich explizit nicht vorgesehen.³⁸⁷

Die **Preisminderung** ist nach der relativen Berechnungsmethode vorzunehmen, mit der das beim Vertragsabschluss zugrunde gelegte Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufrechterhalten werden soll.³⁸⁸ Dazu ist eine Bewertung des Objektes mit und ohne Mangel vorzunehmen. Der vereinbarte Preis verhält sich zum geminderten Preis so,

³⁸³ RIS-Justiz RS0021717.

³⁸⁴ RIS-Justiz RS0022063.

³⁸⁵ OGH 6 Ob 85/05a Zak 2006/21 = ÖJZ-LSK 2006/51 = ÖJZ-LSK 2006/52 = ÖJZ-LSK 2006/53 = RdW 2006/131 = EvBl 2006/44 = RZ 2006,71 EÜ74, 75, 76 = bbl 2006,71 = Zak 2006/188 (Bydlinski) = JBl 2006,437 (Augenhofer) = JBl 2006,458 = SZ 2005/157 = JAP 2006/2007/28 (Baumgartner).

³⁸⁶ RIS-Justiz RS0120247.

³⁸⁷ § 932 Abs 4 ABGB.

³⁸⁸ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 77.

wie der objektive Wert der Sache ohne Mangel zum objektiven Wert der Sache mit Mangel:

$$\frac{\text{vereinbarter Preis}}{\text{geminderter Preis}} = \frac{\text{Wert der Sache ohne Mangel}}{\text{Wert der Sache mit Mangel}}$$

Liegt hingegen ein wesentlicher Mangel vor, besteht das Recht auf Wandlung. Die **Wandlung** ist eine Vertragsauflösung ex-tunc, was bedeutet, dass die Vertragsparteien so gestellt werden, als wäre der Vertrag von vornherein nicht abgeschlossen worden. Die rückwirkende Vertragsauflösung hat zur Konsequenz, dass die Vertragsparteien alles bisher Erhaltene zurückzustellen haben. Mit anderen Worten, der AG kann den bereits gezahlten Werklohn und der AN sein mangelbehaftetes Werk zurückfordern.

Beispiel:

Wurde die Lieferung und Montage einer Wärmepumpe vertraglich vereinbart und beruft sich der Besteller aufgrund der Weigerung des Werkunternehmers, das mangelhafte Gerät auszutauschen, auf die Wandlung des gesamten Werkvertrags, so hat der Werkunternehmer die Demontage der Wärmepumpe vorzunehmen und das bereits erhaltene Entgelt zurückzustellen. UU kann ein darüberhinausgehender Schaden im Rahmen des Schadenersatzrechts geltend gemacht werden, wobei die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Somit ist eine gänzliche Schadloshaltung des Bestellers möglich.

Hat der Besteller den mangelhaften Gegenstand voreilig nach Erlangung der Kenntnis vom Mangel der Vernichtung zugeführt und kann er diesen somit nicht mehr zurückgeben, bedeutet das nicht einen Ausschluss der Wandlung, sondern führt lediglich dazu, dass nicht der volle Kaufpreis zurückgefordert werden kann. In diesem Fall ist nämlich der Wert der untergegangenen Sache vom Kaufpreis abzuziehen.³⁸⁹ Der Wert der mangelhaften Sache ermittelt sich nach der relativen Berechnungsmethode analog der Preisminderung. Das bedeutet, es werden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Wert der konkreten Sache in mangelfreiem Zustand und der Wert der mangelbehafteten Sache zueinander ins Verhältnis gesetzt.³⁹⁰

Die Behebbarkeit des Mangels spielt für die Heranziehung der sekundären Gewährleistungsbehelfe keine Rolle. So berechtigt ein unbehebbarer Mangel genauso zur Preisminderung oder Wandlung wie ein behebbarer, der etwa seitens des Werkunternehmers aus welchem Grund auch immer trotz Aufforderung nicht verbessert worden ist. Bei den primären Gewährleistungsbehelfen macht diese Tatsache insofern einen Unterschied, dass

³⁸⁹ RIS-Justiz RS0018593.

³⁹⁰ RIS-Justiz RS0018764.

bei unbehebbar Mängeln lediglich der Austausch möglich ist, wohingegen bei behebbaren Mängeln in erster Linie die Verbesserung zu fordern ist.

Die Verbesserung bzw. der Austausch ist am ursprünglichen Erfüllungsort zu Leistung und unentgeltlich vorzunehmen.³⁹¹ Unter **Verbesserung** eines mangelhaften Werkes ist die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands zu verstehen.³⁹² Somit ist der Verbesserungsanspruch ein Rest des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs.³⁹³

Bezüglich des Umfangs der Verbesserung gibt es eine klare Grenze. Vom Verbesserungspflichtigen kann nicht mehr verlangt werden als das, wozu er im Rahmen des Erfüllungsanspruchs des Werkvertrags verpflichtet ist.³⁹⁴

Der Werkbesteller hat dafür zu sorgen, dass dem Werkunternehmer die Vornahme der Verbesserung ermöglicht wird.³⁹⁵ Kommt er seiner diesbezüglichen Kooperationspflicht nicht nach, erlischt sein Leistungsverweigerungsrecht, was dazu führt, dass dem Werkunternehmer in der Regel das volle Entgelt zusteht.³⁹⁶ Der Verbesserungsanspruch des Werkbestellers bleibt davon allerdings unberührt.³⁹⁷ Lässt der Besteller eine Verbesserung der mangelhaften Sache nicht zu, gebührt dem Werkunternehmer folglich das vereinbarte Entgelt. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge des Unterbleibens der Mängelbehebung erspart hat.³⁹⁸ Im Ergebnis steht ihm somit das volle vertraglich vereinbarte Entgelt abzüglich der fiktiven Mängelbehebungskosten zu.³⁹⁹

Wenn der Besteller die Verbesserung voreilig selbst vornimmt, ohne dem Werkunternehmer eine Verbesserungsmöglichkeit einzuräumen, führt dies zu demselben Ergebnis.⁴⁰⁰ Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass unter den fiktiven Mängelbehebungskosten nur jene Kosten zu verstehen sind, die der Werkunternehmer hätte aufwenden müssen, wenn ihm die gesetzlich vorgesehene zweite Chance eingeräumt worden wäre.⁴⁰¹ Das bedeutet, dass es uU für den Besteller von Nachteil sein kann, wenn die tatsächlich aufgewendeten Reparaturkosten, etwa durch einen Professionisten, höher ausfallen.

³⁹¹ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 73.

³⁹² OGH 7 Ob 29/15p bau aktuell 2015/7 = Zak 2015/388 = bbl 2015/196 = ZRB 2015,159 (Wenusch).

³⁹³ RIS-Justiz RS0018483.

³⁹⁴ OGH 3 Ob 213/15t bau aktuell 2016/3 = Zak 2016/105 = ecolex 2016/164 = bbl 2016/115 = JBI 2016,323 = RdW 2016/297 = EvBl LS 2016/106 = ÖJZ 2016/134 (Krist).

³⁹⁵ RIS-Justiz RS0120246, wonach sich der Übernehmer nicht auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung berufen kann.

³⁹⁶ RIS-Justiz RS0019929.

³⁹⁷ OGH 3 Ob 213/15t.

³⁹⁸ § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB.

³⁹⁹ OGH 3 Ob 213/15t.

⁴⁰⁰ OGH 3 Ob 213/15t.

⁴⁰¹ RIS-Justiz RS0123969.

Beispiel:

Aus Prestige Gründen wird im Zuge der Errichtung eines Gebäudes ein Teil der Fassade mit Sichtbeton hergestellt. Die Ausführung entspricht allerdings qualitativ nicht den Erwartungen. Beim Ausschalen werden Verfärbungen und Abplatzungen sichtbar. Der Besteller übernimmt das gesamte Objekt und besteht anschließend freilich auf eine entsprechende Sanierung, da die vertraglich bedungene Ausführung in Sichtbetonqualität offensichtlich seitens des Werkunternehmers nicht erbracht wurde. Der Werkunternehmer lehnt dies mit der Begründung ab, dass eine Sanierung wirtschaftlich gesehen keinen Sinn macht, bietet ihm allerdings nachträglich einen Nachlass in Höhe von 15 % an, unter der Bedingung, dass er auf eine Mängelbeseitigung verzichtet. Es stellt sich konkret die Frage, ob der Besteller auf die Verbesserung bestehen kann, zumal er die Fassade in Sichtbetonqualität ausdrücklich zum Vertragsgegenstand gemacht hat. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es im alleinigen Ermessen des Werkbestellers liegt, von welchem Gewährleistungsbehelf er Gebrauch macht, sofern der Grundsatz des Vorrangs der Verbesserung beachtet wird. Da die Mängel dem optischen Bild der gesamten Fassade schaden, kann diesen Mängeln große Bedeutung zuerkannt werden, was dazu führt, dass eine Verbesserung sehr wohl angebracht ist. Im Ergebnis hat der Werkunternehmer die Sanierung vorzunehmen, widrigenfalls er die Kosten einer Ersatzvornahme zu tragen hat.

Beim **Austausch** wird eine mangelfreie Sache geliefert und im Gegenzug erfolgt eine Rückstellung der bereits erhaltenen mangelbehafteten Sache. Allerdings ist diesbezüglich zwischen Spezies- und Gattungsschuld zu unterscheiden. Ob eine Spezies- oder eine Gattungsschuld vorliegt, hängt vom Willen der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab.⁴⁰² Eine Speziesschuld liegt dann vor, wenn nicht auf ein beliebiges Exemplar, sondern auf ein ganz spezielles mit gewissen Eigenschaften bzw. von einem gewissen Hersteller bestanden wird, wohingegen bei einer Gattungsschuld eine vertretbare Sache Vertragsgegenstand wird.⁴⁰³ Eine Sache ist als vertretbar anzusehen, wenn ein Ersatz durch andere gleichwertige möglich ist. Nach herrschender Ansicht kommt der Austauschanspruch lediglich bei Gattungsschulden in Betracht.⁴⁰⁴ Bei Speziesschulden scheidet der Austausch aus, weil aufgrund der Parteienvereinbarung eine ganz bestimmte Sache geschuldet wird.⁴⁰⁵

⁴⁰² OGH 5 Ob 127/11d Zak 2012/61, 35 = RdW 2012/272, 274 = bau aktuell 2012/7, 151.

⁴⁰³ RIS-Justiz, RS0019904.

⁴⁰⁴ OGH 5 Ob 127/11d.

⁴⁰⁵ AA Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 9 (Stand 1.1.2016, rdb.at), die der Ansicht ist, dass der Austausch unabhängig davon, ob eine Speziesschuld oder eine Gattungsschuld vorliegt, in Betracht kommt. Ihrer Meinung nach kommt es lediglich darauf an, dass ein gleichartiger, wirtschaftlich gleichwertiger Zustand geschaffen wird.

Beispiel:

Der Werkvertrag umfasst die Lieferung und Montage von Fenstern, wobei es nicht auf einen bestimmten Hersteller ankommt, sondern lediglich auf die Dämmeigenschaften. Nach Übergabe kommt es bei sämtlichen Fenstern an den Innenoberflächen zu starker Kondensatbildung und die vom Werkunternehmer unternommenen Verbesserungsversuche scheitern. Der Werkunternehmer kann dieselben Fabrikate nicht zum Austausch anbieten, da es sich hierbei um Restposten gehandelt hat, die nicht mehr produziert werden. Der Besteller besteht daraufhin auf Wandlung und Rückabwicklung des Vertrages. Es stellt sich die Frage, ob der Werkunternehmer dennoch den Vertrag aufrechterhalten kann, wenn er stattdessen ähnliche Fabrikate mit vergleichbaren Eigenschaften zum Austausch anbietet. Diesbezüglich ist auch zu klären, ob der Besteller sich darauf einzulassen hat. Bevor sich der Besteller auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe berufen kann, ist dem Werkunternehmer eine zweite Chance auf Vertragserfüllung einzuräumen. Der Austausch wäre ohne weiteres dazu geeignet, das Leistungsziel, nämlich die Lieferung und Montage von mangelfreien Fenstern, zu erreichen. Da es dem Besteller nicht auf ein Fabrikat eines bestimmten Herstellers ankommt, sondern lediglich auf ihre Eigenschaften, und Fenster mit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften auf dem Markt erhältlich sind, liegt entgegen der Annahme des Bestellers keine Speziesschuld, sondern eine Gattungsschuld vor. Im Ergebnis ist ein Austausch der mangelhaften Fenster möglich und somit scheidet die sekundären Gewährleistungsbehelfe in erster Linie aus.

Bezüglich der Kosten der Demontage und erneuten Montage ist eine Fallunterscheidung vorzunehmen. Bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern umfasst die Gewährleistungspflicht aufgrund einer mangelhaft gelieferten Sache auch den Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten.⁴⁰⁶ Diese Ausdehnung der Nachlieferungspflicht ist bei reinen Unternehmern nicht vorgesehen.

Ist der Besteller ein Konsument iSd KSchG hat der Werkunternehmer ein Wahlrecht.⁴⁰⁷ Er kann entweder selbst für den Ausbau der bereits eingebauten mangelhaften Sachen sorgen und das Ersatzobjekt einbauen, oder dies der Disposition des Besteller überlassen, wobei er sämtliche damit verbundenen Kosten zu tragen hat. Weigert sich der Werkunternehmer von vornherein, die Demontage vorzunehmen bzw deren Kosten zu tragen, liegt schlüssig eine Verweigerung des vollständigen Austausches vor, was den Besteller dazu befugt, auf die Gewährleistungsbehelfe der zweiten Stufe umzusteigen.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ RIS-Justiz RS0129424.

⁴⁰⁷ RIS-Justiz RS0127994.

⁴⁰⁸ OGH 4 Ob 80/12m Zak 2012/560 = Jus-Extra OGH-Z 5201 = bau aktuell 2012/10 = bbl 2012/232 = RZ 2013,21 EÜ8 = RdW 2012/622 = JBI 2013,151 (*Faber*) = JBI 2013,180 = AnwBI 2013,189 = ecolex 2013/43 (*Wilhelm*) = Zak 2014/735 (*Reif*).

Hat der Geschädigte die Demontage selbst durchgeführt, kann er die ihm damit verbundenen Kosten gegenüber dem Werkunternehmer geltend machen. Hinsichtlich der Kosten für die erneute Montage steht dem Geschädigten aus dem Titel des Schadenersatzes⁴⁰⁹ der Ersatz fiktiver Montagekosten zu. Unabhängig davon, ob er die Montage bereits in Auftrag gegeben hat oder nicht, hat der Werkbesteller auf Verlangen des Bestellers einen zweckgebundenen und verrechenbaren Vorschuss zu leisten. Allerdings gibt es diesbezüglich klare Grenzen zu beachten. Die fiktiven Reparaturkosten können maximal bis zur Höhe der objektiven Wertminderung angesetzt werden.⁴¹⁰ Das bedeutet, sind die vermeintlichen Reparaturkosten höher als die objektive Wertminderung, ist der Anspruch auf fiktive Reparaturkosten mit der Höhe der Wertminderung gedeckelt. Andernfalls würde sich der Geschädigte auf Kosten des Schädigers bereichern.⁴¹¹

5.2.2 Vorteilsausgleich und Sowiesokosten

Macht der Besteller von den primären Gewährleistungsbehelfen Gebrauch, führt dies im Ergebnis dazu, dass dieser bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist (und somit teilweise Jahre später) die vertraglich bedungene Leistung/Sache in einem mängelfreien Zustand bekommt und zusätzlich einerseits keine Kosten für eine uU inzwischen ohnehin standardmäßig vorzunehmende Wartung zu tragen hat und andererseits die Gewährleistungsfrist von Neuem beginnt. Diese Besserstellung ist allerdings bereicherungsrechtlich unbedenklich.

Anders verhält es sich, wenn die ursprüngliche, mangelhaft ausgeführte Sache im Zuge des Austauschanspruchs gegen eine höherwertige Sache ausgetauscht wird, da eine gleichwertige zu diesem Zeitpunkt nicht vorhanden ist oder sich in der Zwischenzeit die Technologie, bspw bei einer Heizungsanlage, verbessert hat. Genauso können bei Sanierungen von an sich unbehebbareren Mängeln, welche bloß dadurch erfolgreich vorgenommen werden können, dass der gesamte Charakter des Werks verändert wird, zu einer Besserstellung des Bestellers führen. In beiden Fällen fallen sog „Sowiesokosten“ an, welche dem Werkunternehmer zu vergüten sind.

Unter **Sowiesokosten** werden im Allgemeinen jene Mehrkosten verstanden, welche im Zuge der Herstellung eines mängelfreien Werks ohnehin entstanden wären. Mit anderen Worten, es liegt kein Schaden des AG vor. Folglich hat der Werkbesteller schlussendlich die gesamten Kosten des tauglichen Werks zu tragen.⁴¹²

⁴⁰⁹ § 933a ABGB.

⁴¹⁰ OGH 4 Ob 80/12m.

⁴¹¹ RIS-Justiz RS0022844.

⁴¹² *Kurbos*, Baurecht in der Praxis (2013) 60 f.

Beispiel:

Der Heizkessel wurde falsch dimensioniert und somit kann die gewünschte Heizleistung (Leistungsziel) nicht erreicht werden. Es liegt somit ein an sich unbehebbarer Mangel vor, selbst wenn die Ausführung der Ausschreibung entsprochen hat. Wird das Leistungsziel durch Modifikationen (Tausch von Einzelteilen) erreicht, welche im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehen waren, sind die damit verbundenen Mehrkosten vom Besteller zu bestreiten.

Der Werkbesteller sollte nämlich nicht bessergestellt werden als er stünde, wenn von vornherein eine vertragsgemäße Erfüllung erfolgt wäre, wobei sich die Soll-Leistung auf das bezieht, was ihm schließlich übergeben wurde.

5.2.3 Fristen

Die gesetzliche **Gewährleistungsfrist** beträgt für unbewegliche Sachen drei und für bewegliche Sachen zwei Jahre.⁴¹³ Die Fristen beginnen mit der Abnahme des Werks bzw der Übergabe der Ware zu laufen. Da es sich um dispositives (nachgiebiges) Recht handelt, können prinzipiell vertraglich auch längere oder kürzere Fristen vereinbart werden, solange nicht gegen die gesetzlichen Gebote oder die guten Sitten verstoßen wird. § 9 Abs 1 KSchG normiert etwa, dass Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Zusätzlich ist zu beachten, dass die Gewährleistungsfrist bei Verbrauchergeschäften nicht kürzer als die gesetzliche sein darf.⁴¹⁴

Die Übernahme kann förmlich oder formlos erfolgen. Der Zeitpunkt der Übergabe und somit der Beginn der Gewährleistungsfrist lässt sich bei einer förmlichen Übernahme eindeutig bestimmen. Erfolgt keine förmliche Übernahme, kann uU eine konkludente Übernahme durch den Besteller vorliegen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn dieser das fertiggestellte Werk oder Teile davon bereits vor dem vereinbarten Übernahmetermin bestimmungsgemäß nutzt, ohne offiziell die Übernahme bescheinigt zu haben. In diesem Fall beginnt die Gewährleistungsfrist bereits zu laufen, wobei es im Zweifel Schwierigkeiten bereiten kann, den Beginn des Fristenlaufs nachzuvollziehen.

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung treten nicht schon mit dem Vorhandensein des Mangels ein, sondern vielmehr ist der Besteller gefordert, das

⁴¹³ § 933 Abs 1 ABGB.

⁴¹⁴ § 9 Abs 1 KSchG.

Recht auf Gewährleistung innerhalb der Gewährleistungsfrist durch Klage oder Einrede gerichtlich geltend zu machen.⁴¹⁵

Beispiel:

Die Fassade wurde vom Werkunternehmer am 30. Juni 2016 fertiggestellt und förmlich übergeben. Somit beginnt die Gewährleistungsfrist zu laufen und der Bauherr kann bis zum 30. Juni 2019 seine diesbezüglichen Gewährleistungsansprüche geltend machen, wobei er in den ersten sechs Monaten, also bis zum 30. Dezember 2016 nicht den Nachweis zu erbringen hat, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war (Beweislastumkehr).⁴¹⁶

Tritt innerhalb der Gewährleistungsfrist ein Mangel auf und wird aufgrund dessen die Verbesserung oder der Austausch der mangelhaften Sache vorgenommen, so beginnt die Gewährleistungsfrist lediglich in Bezug auf den mangelhaften Teil, welcher repariert oder ausgetauscht wurde, von neuem zu laufen. Für alle anderen Teile läuft die Frist weiter.

Beispiel:

Die Heizungsleitungen zeigen nach zwei Jahren Korrosionserscheinungen und werden vom Werkunternehmer im Rahmen der Gewährleistung ausgetauscht. Das bedeutet, dass die Gewährleistungsfrist für den Heizkessel davon unberührt bleibt und lediglich für die getauschten Rohre die Frist von neuem beginnt. Sollte derselbe Mangel nach zwei weiteren Jahren erneut auftreten, kann sich der Besteller abermals auf sein Gewährleistungsrecht berufen.

Die Gewährleistungsfrist beginnt auch dann von neuem zu laufen, wenn im Zuge der Reparatur offenkundig wird, dass die Behebung des Mangels nicht möglich ist und sohin seitens des Werkunternehmers keine Verbesserung erfolgt ist.⁴¹⁷

5.2.4 Gewährleistung nach ÖNORM B 2110

Die Gewährleistung ist in Pkt 12.2 der ÖNORM B 2110 geregelt. Der allgemeine Umfang der Gewährleistung deckt sich mit jenem des ABGB, allerdings sieht die ÖNORM B 2110 in Pkt 12.2.2 zusätzliche bauvertragspezifische Einschränkungen vor. Dieser Bestimmung zufolge ist der AN unter gewissen Voraussetzungen hinsichtlich eines Mangels, welcher auf vom AG zur Verfügung gestellte Ausführungsunterlagen, erteilte Anweisungen, beigestellte Materialien oder beigestellte Vorleistungen anderer AN des AG zurückzuführen ist, von der Gewährleistung befreit, nämlich dann, wenn er iSd Prüf- und Warnpflicht seine Bedenken geäußert hat,

⁴¹⁵ Koziol/Welser, Grundriss II¹³, 77.

⁴¹⁶ Siehe zum Fristenlauf § 902 ABGB.

⁴¹⁷ RIS-Justiz RS0018614.

der AG allerdings seine Bedenken nicht teilt, oder wenn er diese Mängel auch bei Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht hätte erkennen können.

Beispiel:

Der AN weist den AG auf die Unzulänglichkeit des beigestellten Materials hinsichtlich des erwarteten Werkerfolgs hin. Besteht der AG dennoch auf die Leistungserbringung, geht die Haftung für etwaige damit verbundene Mängel des Werks augenblicklich auf diesen über und er verliert somit seinen Gewährleistungsanspruch.

Diese Regelung ist freilich sehr eng auszulegen und nicht als genereller Gewährleistungsausschluss zu werten. Lediglich im Falle, dass der auftretende Mangel tatsächlich auf Umstände, welche der Sphäre des AG zuzuordnen sind, zurückzuführen ist, ist ein Gewährleistungsausschluss möglich. Jedenfalls ist zu beachten, dass trotz einer eventuell bestehenden Überwachung des Baugeschehens durch den AG die Gewährleistungspflicht des AN unberührt bleibt.⁴¹⁸

Die ÖNORM B 2110 schreibt in Pkt 12.2.3.1 vor, dass die Geltendmachung der Gewährleistung in Form einer Mängelrüge zu erfolgen hat, ohne jedoch näher darauf einzugehen, wie diese formal ausgestaltet zu sein hat. Aufgrund der Tatsache, dass die ÖNORM nicht explizit auf die entsprechende Bestimmung im ABGB⁴¹⁹ verweist, ist davon auszugehen, dass diesbezüglich eine Lockerung dahingehend beabsichtigt ist, dass eine schriftliche Mängelanzeige ausreicht. Aus Beweiszwecken empfiehlt sich jedenfalls, das Schriftstück per Einschreiben zu übermitteln. Die Mängelrüge sollte nach Bekanntwerden des Mangels ehestmöglich erfolgen, längstens jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist.

Die ÖNORM B 2110 sieht für beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte diesbezüglich eine strenge Mängelrügeobliegenheit⁴²⁰ vor. Dies bedeutet, dass der AG sein Gewährleistungsrecht verliert, wenn er nach Kenntnisnahme eines Mangels nicht ehestmöglich tätig wird. „Ehestmöglich“ ist jedenfalls nicht so eng zu sehen, dass diese Formulierung mit „augenblicklich“ gleichzusetzen wäre. Dem AG steht nach Bekanntwerden eines Mangels jedenfalls eine angemessene Überprüfungsfrist zu, um etwa das Ausmaß des Mangels abschätzen und das dafür zuständige Gewerk ausmachen zu können. UU kann sich ein vermeintlicher Mangel an der Ausführung eines Gewerks als Mangelfolgeschaden eines anderen Gewerks herausstellen.

⁴¹⁸ Pkt 12.2.2.2 ÖNORM B 2110.

⁴¹⁹ Siehe § 933 ABGB, welcher eine gerichtliche Geltendmachung vorsieht.

⁴²⁰ Eine derartige Mängelrügeobliegenheit findet sich ebenfalls in § 377 UGB bezüglich beidseitig unternehmensbezogener Geschäfte, mit der Einschränkung, dass diese nur für Sachmängel im Zusammenhang mit Werkverträgen über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen (§ 381 Abs 2 UGB) gilt.

Beispiel:

Putz bröckelt stellenweise von der Fassade ab. Es handelt sich offensichtlich um einen Mangel. Allerdings kann die Ursache des Mangels am undichten Dach liegen, das unkontrolliert Wasser in die Konstruktion leitet. Im Ergebnis wäre anstelle des Fassadenbauers der Dachdecker im Zuge der Gewährleistung heranzuziehen und die Fassadensanierung kann als Mangelfolgeschaden ebenfalls bei diesem geltend gemacht werden.

Bei Verbrauchergeschäften gibt es diese Einschränkung des Gewährleistungsrechts nicht.

Bezüglich der Gewährleistungsfrist und der Regelung der Beweislastumkehr innerhalb der ersten sechs Monate weicht die ÖNORM B 2110 nicht vom ABGB ab.⁴²¹ Genauso sind auch die Gewährleistungsbefehle (Verbesserung, Austausch, Preisminderung und Wandlung) ident.⁴²²

5.2.5 Einschränkungen und Ausschluss der Gewährleistung

Wie bereits oben beschrieben, gibt es zusammenfassend folgende Einschränkungen bzw Ausschlüsse der Gewährleistung zu beachten.

Das ABGB sieht genauso wie die ÖNORM B 2110 für beidseitig unternehmensbezogene Geschäfte (B2B) die Möglichkeit vor, die gesetzliche Gewährleistungsfrist vertraglich einzuschränken. Die ÖNORM B 2110 geht noch einen Schritt weiter und sieht sowohl für Mängel, die aus Fehlern seitens des AG herrühren als auch für die Verletzung der Mängelrügeobligiegenheit den gänzlichen Ausschluss des Gewährleistungsrechts des AG vor. Die genannten Optionen stehen bei Verbrauchergeschäften nicht offen.⁴²³ Ein gänzlicher Ausschluss der Gewährleistungsrechte würde allerdings idR ein Verstoß gegen die guten Sitten darstellen und wäre damit rechtsunwirksam.⁴²⁴

Ergänzend gibt es Folgendes zu beachten:⁴²⁵

Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses darf nicht durch einschränkende Leistungsbeschreibungen umgangen werden. Allerdings ist nicht jede Leistungsbeschreibung als Umgehung anzusehen. Ob eine grundsätzlich zulässige Leistungsbeschreibung oder eine Umgehung von § 9 KSchG vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine Umgehung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Leistungsbeschreibung nicht den realen Gegebenheiten entspricht oder wenn mit umfassenden Formulierungen versucht wird, die Pflicht des Unternehmers zum Erbringen einer mangelfreien Leistung überhaupt auszuschließen.

⁴²¹ Pkt 12.2.3.2 sowie 12.2.3.3 ÖNORM B 2110.

⁴²² Pkt 12.2.4 ÖNORM B 2110.

⁴²³ Siehe § 933 ABGB, Pkt 12.2.3.2 ÖNORM B 2110 sowie § 9 Abs 1 KSchG.

⁴²⁴ OGH 1 Ob 554/91 ecolex 1991,683.

⁴²⁵ RIS-Justiz RS0122042.

Darüber hinaus kann eine Leistungsbeschreibung überraschend iSv § 864a ABGB sein, wenn sie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung abweicht; sie kann im Einzelfall auch unklar iSv § 6 Abs 3 KSchG sein. In besonders gelagerten Fällen kann auch Sittenwidrigkeit iSv § 879 Abs 1 ABGB vorliegen.

§ 928 ABGB sieht vor, dass bei augenscheinlichen Mängeln an einer Sache prinzipiell keine Gewährleistung stattfindet. „In die Augen“ fallende Mängel liegen dann vor, wenn diese gar ohne zielgerichtete Untersuchungen selbst für einen Laien nicht zu übersehen sind.⁴²⁶ Nach Ansicht des OGH ist § 928 ABGB allerdings nicht auf Werkverträge anwendbar.⁴²⁷ Somit steht dem AG die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen auch bei offensichtlichen Mängeln uneingeschränkt offen.

5.2.6 Garantie

Garantieerklärungen finden sich idR bei Kaufverträgen und sind bei Werkverträgen unüblich. Dennoch soll im Rahmen dieses Kapitels kurz die Begrifflichkeit der Garantie erläutert und eine Abgrenzung zur Gewährleistung angestellt werden.

Die Garantie beruht auf keiner gesetzlichen Grundlage und somit kann sich der AG grundsätzlich nur dann darauf berufen, wenn sie vertraglich vereinbart wurde. Bei der Ausgestaltung der Garantieerklärung sind die Vertragsparteien gänzlich frei, so kann der Zeitraum der Garantie länger oder auch kürzer als die gesetzliche Gewährleistungsfrist ausgestaltet sein und zudem ist es auch möglich, den Umfang der Garantie gesondert festzulegen.

Beispiel:

Der AN kann bspw eine Garantieerklärung lediglich hinsichtlich der Funktionstüchtigkeit seines Klimaaggregats abgeben. Die übrigen Teile seiner Leistung bleiben davon unberührt.

Es wird zwischen einer echten und einer unechten Garantie unterschieden. Die unechte Garantiezusage erfolgt direkt vom Vertragspartner. Diese kann sich entweder auf eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht beschränken oder den gesamten Umfang erhöhen. Der Vertragspartner garantiert bspw die Mangelfreiheit seines Werks innerhalb eines Garantiezeitraums, wobei nicht unterschieden wird, ob der Mangel schon zum Zeitpunkt der Übernahme existiert hat oder nicht. Die echte Garantie wird vom Hersteller, einem Dritten, ausgesprochen, wodurch er die Mangelfreiheit einer Sache zusichert. Der Umfang der Garantieleistung ergibt sich stets aus dem Garantievertrag. Zusammenfassend ist die Garantie umfassender als die Gewährleistung, denn es muss

⁴²⁶ OGH 6 Ob 113/09z bbl 2010/92 = ecolex 2010/194 = bau aktuell 2010/13.

⁴²⁷ OGH 1 Ob 214/05k Zak 2006/126 = RdW 2006/254.

nicht nachgewiesen werden, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war. Vielmehr schützt sie den Besteller vor der Mangelhaftigkeit der Ware während des Garantiezeitraums und ermöglicht so die uneingeschränkte Nutzung.

5.2.7 Konkurrenz zum Verzug

Eine mangelhafte Leistung kann entweder den Tatbestand des Schuldnerverzugs erfüllen oder zu Gewährleistungsansprüchen des AG führen, allerdings niemals gleichzeitig. Während der Ausführungsphase dürfen ohne weiteres Mängel auftreten. Dennoch erwächst dem AG daraus kein Gewährleistungsanspruch, da er zu diesem Zeitpunkt noch nicht Eigentümer des mangelhaften Werks ist. Die Mangelhaftigkeit des Werks kann aber uU dafür geeignet sein, die fristgerechte Übernahme zu verhindern, was Verzugsfolgen nach sich zieht. Erst nach Übernahme des Werks stehen dem AG sämtliche Gewährleistungsbehelfe offen.

5.2.8 Schadenersatz statt Gewährleistung

Vor einer Grundsatzentscheidung des OGH im Jahr 1990 wurde die Meinung vertreten, dass der Mangelschaden nur durch das Recht aus der Gewährleistung und der Mangelfolgeschaden durch schadenersatzrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden kann. Durch eine gerichtliche Entscheidung im Jahr 1990 hat sich diese Rechtsmeinung geändert. Für einen Mangelschaden kann nun entweder (verschuldensunabhängige) Gewährleistung nach § 922 ABGB oder (verschuldensabhängiger) Schadenersatz nach § 933a ABGB gefordert werden. Für einen Mangelfolgeschaden kann jedoch nur das Schadenersatzrecht nach §§ 1293 ff ABGB herangezogen werden. Diese Regelung erspart in Schadenersatzfällen die genaue Unterscheidung zwischen dem Schaden selbst und dem daraus entstandenen Mangelfolgeschaden.⁴²⁸

Die signifikanten Unterschiede zwischen Gewährleistung und Schadenersatz beziehen sich auf folgende Punkte:

- Ein Anspruch auf Gewährleistung besteht innerhalb der Gewährleistungsfrist (2 Jahre für bewegliche und 3 Jahre für unbewegliche Sachen ab Übergabe der Leistung), für jene aufgetretenen Mängel, die zum Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhanden waren. Die Beweispflicht, dass der Mangel bei Übergabe schon vorhanden war, trifft den Geschädigten, wobei in den ersten sechs Monaten die gesetzliche Vermutung aufgestellt wird, dass der Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war (Beweislastumkehr, § 924 ABGB).

⁴²⁸ R. Welsch/ I. Welsch, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 10.

- Eine Schadenersatzpflicht besteht hingegen für eine rechtswidrige und schuldhafte Schadenverursachung. Die Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes beträgt 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger bzw 30 Jahre absolut. Sie ist damit länger als jene der Gewährleistung. Jedoch muss der Geschädigte Schaden, Schädiger, Verschulden, Rechtswidrigkeit und Kausalität nachweisen, was uU schwierig ist.
- Im Zuge des Schadenersatzes kann sowohl der eigentliche Mangelschaden als auch der dadurch verursachte Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden. Liegt grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vor, kann darüber hinaus der Ersatz des entgangenen Gewinns gefordert werden.

Eine Kombination beider Anspruchsgrundlagen ist grundsätzlich möglich. So kann ein aufgetretener Mangelschaden auf Basis von Gewährleistungsrechten und daraus folgende Mängelfolgeschäden anhand von Schadenersatzansprüchen geltend gemacht werden.

Literaturverzeichnis

Aicher Josef, Die Rechtsfolgen von Bauablaufstörungen nach dem ABGB, in Heck /Lechner/Hofstadler, Tagungsband 2011: Bauablaufstörungen (2011), 209 ff.

Borns Rainer, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995, 131 ff.

Ellmer Heimo/Schremser Roman, Der „Stand der Technik“ als Kostentreiber?, ZVB 2018, 278 ff.

Bydlinski Franz, Vertragsrechtliche Grundlagen des Industriebauwerks, in Aicher/Korinek, Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwerks (1991) 67 ff.

Bydlinski Peter, Grundzüge des Privatrechts (2014).

Hofstadler Christian, Scharbeiten (2008).

Hussian Wolfgang, Bau-Soll und geschuldeter Werk-Erfolg, bauaktuell 2010, 102 ff.

Welser Irene, In Österreich wie in der Schweiz: Mängel von Baustoff und Baugrund – „Jolly Jocker“ jedes Bauprozesses, ZfRV 2006, 203 ff.

Iro Gert M., Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505 ff.

Jagenburg Walter, Der für die anerkannten Regeln der Technik maßgebliche Zeitpunkt, in FS Korbion (1986).

Kapellmann Klaus D./Schiffers Karl-Heinz, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag I⁵ (2006).

Kapellmann Klaus D./Schiffers Karl-Heinz, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag II⁵ (2011).

Karasek Georg, ÖNORM B 2110 (2003).

Karasek Georg, ÖNORM B 2110² (2009).

Kastner Walther/Doralt Peter/Nowotny Christian, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵(1990).

Kletečka Andreas/Schauer Martin (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Kletečka Andreas/Schauer Martin (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (Stand 1.1.2016, rdb.at).

Knyrim Rainer/Leitner Max/Perner Stefan/Riss Olaf, Aktuelles AGB-Recht (2008).

Koziol Helmut/Welser Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (2006).

Koziol Helmut/Welser Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³ (2006).

- Krejci Heinz*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995).
- Krejci Heinz*, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; IndRME 1981, 5 ff.
- Krejci Heinz*, Geltungs- und Inhaltskontrolle von Ausschreibungsbedingungen, in FS 30 Jahre Österreichische Gesellschaft für Baurecht (2008).
- Kropik Andreas*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 (2009).
- Kurbos Rainer*, Baurecht in der Praxis (2013).
- Längle Philipp*, Das Entgelt beim Bauvertrag (1999).
- Mezera Karl/Gartner Herbert*, Handbuch Baumängel und Bauschäden (2014).
- Oberndorfer Hans Georg/Jodl Wolfgang J. (Hrsg)*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft (2010).
- Raaber Norbert*, Beitrag zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, Schriftenreihe 2003, 75 ff.
- Rummel Peter*, ABGB³ §§ 1165, 1166 (Stand 1.1.2000, rdb.at).
- Rummel Peter*, ABGB³ § 859 (Stand 1.1.2002, rdb.at).
- Schlosser Horst/Hartl Franz/Schosser Lothar*, Die allgemein anerkannten Regeln der Technik und ihr Einfluss auf das (Bau-) Werkvertragsrecht, ÖJZ 2009, 58 ff.
- Schopf Adolf/Karasek Georg*, 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft mit einem Grundriss des Bauvertragsrechts für Praktiker (2009).
- Schwimmann Michael*, ABGB Praxiskommentar Band IV³ (2005).
- Schwimmann Michael*, ABGB Praxiskommentar Band V³ (2006).
- Straube Manfred P./Aicher Josef*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhafungsrecht I (2010).
- Trenker Martin*, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014, 111 ff.
- Vygen Klaus*, Leistungsänderung und Zusatzleistungen beim Pauschalvertrag, in FS Locher (1990).
- Welser Rudolf/Welser Irene*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994).
- Wenusch Hermann*, ÖNORM B 2110 (2009).
- Weselik Nikolaus/Hussian Wolfgang*, Der österreichische Bauprozess (2007).
- Wilhelm*, Beschädigung des Bauwerks vor Übernahme: Leistungsgefahr und Solidarhaftung mehrerer Auftragnehmer nach der ÖNorm B 2110, ecolex 2000, 624 ff.

Wilhelm Georg, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex* 1990, 208 ff.

Würfele Falk/Gralla Mike, Nachtragsmanagement (2006).

Zankl Wolfgang, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, *ecolex* 2001, 344 ff.

