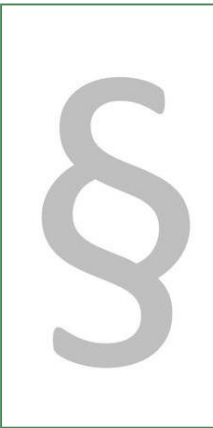
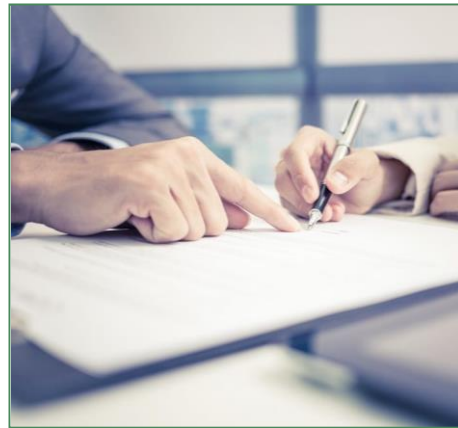


# MASTERARBEIT



## **AUSGEWÄHLTE KAPITEL IM VERTRAGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN BAUHERR, GENERALUNTERNEHMER UND SUBUNTERNEHMER**

Dietl Paula Anna Katharina, BSc

Vorgelegt am  
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

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

Mitbetreuender Assistent  
Mag.iur. Dipl.-Ing. Lena Paar

Graz am 20. März 2019



## 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 wörtliche und inhaltlich entnommene Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, am .....  
.....  
(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, .....  
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. Dipl.-Ing. Detlef Heck. Ein Großer Dank gilt meiner Betreuerin Frau Mag.iur. Dipl.-Ing. Dr.techn. Lena Paar für ihre Anregungen und Ratschläge sowie die zahlreichen fachlichen Gespräche, die eine wesentliche Voraussetzung für das Gelingen dieser Arbeit darstellten. Ebenfalls danke ich Frau Dipl.-Ing. Verena Kaiser für ihre Unterstützung in den letzten Wochen vor der Einreichung.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, meinem Freund Michael sowie meinen Studienkollegen, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützten.

(Ort), am (Datum)

\_\_\_\_\_  
(Unterschrift des Studierenden)

## Kurzfassung

Professionell abgewickelte Bauprojekte stehen für ein gut organisiertes, erfahrenes und erfolgreiches Bauunternehmen. Um Konflikte zu vermeiden, ist die frühzeitige Berücksichtigung von möglichen negativen Folgen bei Projekten von hoher Relevanz. Jedes Bauvorhaben startet nach einer erfolgreichen Akquise mit der Unterzeichnung eines Bauwerkvertrags durch den Bauherrn und den Bauunternehmer.

Die im Vertragsverhältnis zueinanderstehenden Parteien bestehen aus einem Auftraggeber, dem Bauherrn und einem Auftragnehmer. Wird die Leistung vom Auftragnehmer an Subunternehmer weitergegeben, entsteht ein weiterer Werkvertrag und somit eine Vertragskette. Der Vertragspartner des Bauherrn übernimmt die Rolle eines Generalunternehmers und bildet das Mittelglied der Vertragskette. Durch die Funktion des Generalunternehmers einerseits als Auftragnehmer gegenüber dem Bauherrn und andererseits als Auftraggeber gegenüber dem Subunternehmer entstehen Benachteiligungen für den Generalunternehmer in beiden Werkverträgen. Im Zuge dieser Masterarbeit wird deshalb auf die Stellung und Probleme des Generalunternehmers eingegangen.

Bauwerkverträge und ihre Vertragsbestimmungen können Benachteiligungen für den Generalunternehmer beinhalten. Aus diesen benachteiligenden Vertragsinhalten ergeben sich mögliche negative Folgen. Um den benachteiligenden Vertragsbestimmungen entgegenwirken zu können, müssen diese Benachteiligungen zuerst erkannt werden. Dafür ist ein Grundwissen über vertrags- und zivilrechtliche Bestimmungen erforderlich. Außerdem darf nicht vor einem genauen und aufmerksamen Durchforsten der Vertragsbestimmungen in den Bauwerkverträgen zurückgeschreckt werden.

Die Sprache der Juristen und somit das ausführliche Befassen mit Bauwerkverträgen ist nicht jedermanns Lieblingsgebiet im Leistungsbild eines Bauingenieurs. Um dieser angespannten Haltung gegenüber dem rechtlichen Teil im Leistungsbild eines Bauingenieurs entgegenzuwirken bzw. ein Basiswissen über die möglichen Folgen und die Maßnahmen zur Minimierung aufseiten des Generalunternehmers zu erhalten, besteht diese Arbeit aus ausgewählten Kapiteln im Vertragsverhältnis zwischen Bauherr, Generalunternehmer und Subunternehmer.

Um die komplette vertragsrechtliche Bandbreite abzudecken, müssten umfassende Werkverträge und jede einzelne Vertragsbestimmung beleuchtet werden. Für diese Masterarbeit wurde die Analyse jedoch auf vier übergeordnete Kapitel beschränkt. Zu den ausgewählten Kapiteln gehören die Vertragsstrafe, die Gewährleistung, der Schadenersatz sowie die Insolvenz eines Vertragspartners.

Für jedes der ausgewählten Kapitel werden fiktive Vertragsbestimmungen generiert und somit eine Grundlage für die Analyse von benachteiligenden Vertragsinhalten geschaffen. Durch die Erörterung der Gesetzeslage zu den einzelnen Kapiteln kann darauffolgend auf die möglichen negativen Folgen der benachteiligenden Vertragsbestimmungen und weiterhin auf die Maßnahmen zur Folgenminimierung eingegangen werden. Die abschließende Handlungsempfehlung stellt eine zusammenfassende Richtungsweisung für die weitere Handlung des Generalunternehmers dar.





## Abstract

Professionally executed construction projects stand for a well organized, experienced and successful construction company. In order to avoid conflicts, the early consideration of possible negative consequences of projects is of high relevance. After successful acquisition, every construction project starts with the signing of a construction contract by the client and the contractor.

The contractual parties consist of a client and a contractor. If the service is passed on to the subcontractors by the contractor, a further contract is created and consequently, a chain of construction contracts. The contracting party of the client thus assumes the role of general contractor and forms the middle part in the contract chain. The function of the general contractor on the one hand as contractor for the client and on the other hand as a client for the subcontractor results in disadvantages for the general contractor in both building contracts. This Master's thesis therefore deals with the position and problems of the general contractor.

Construction contracts and their contractual provisions may contain disadvantages for the general contractor. This disadvantageous contractual content may have negative consequences. In order to be able to counteract the disadvantageous contractual provisions, they must first be recognised. This requires a basic knowledge of contractual and civil law provisions and must not be deterred from a precise and attentive thinning of the contractual provisions in the building contracts.

The language of the lawyers and thus, the detailed dealing with building contracts is not everyone's favourite area in the scope of services of a civil engineer. In order to counteract this tense attitude towards the legal part in the scope of work of a civil engineer and to obtain a basic knowledge of the possible consequences and the measures for minimisation on the part of the general contractor, this thesis consists of selected chapters in the contractual relationship between client, general contractor and subcontractor.

In order to cover the complete contractual spectrum, comprehensive work contracts and each individual contract provision would have to be examined. For this Master's thesis, however, the analysis was limited to four superordinate chapters. The selected chapters include the contractual penalty, warranty, damages and the insolvency of a contractual partner.

Fictitious contract provisions are generated for each of the selected chapters, thus creating a basis for the analysis of disadvantageous contract contents. By discussing the legal situation in the individual chapters, the possible negative consequences of the disadvantageous contractual provisions and the measures to minimise the consequences can then be dealt with. The concluding recommendation for action represents a summarizing guideline for the further action of the general contractor.

## Inhaltsverzeichnis

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>Einleitung</b>  | <b>1</b>  |
| 1.1      | Rechtfertigung der Themenwahl .....  | 1         |
| 1.2      | Problemstellung .....  | 2         |
| 1.3      | Methodik .....   | 3         |
| 1.4      | Ziel der Arbeit .....  | 6         |
| <b>2</b> | <b>Werkverträge und ihre Bestandteile</b>  | <b>7</b>  |
| 2.1      | Gesetze .....  | 8         |
| 2.2      | ÖNORMEN .....  | 9         |
| 2.2.1    | Rechtliche Normen .....  | 10        |
| 2.2.2    | Verfahrensnormen .....   | 10        |
| 2.2.3    | Technische Normen .....  | 11        |
| 2.3      | Allgemeine Geschäftsbedingungen, Allgemeine & Besondere Vertragsbestimmungen .....                       | 12        |
| 2.4      | Bestandteile des Vertrages und ihre Reihung .....  | 13        |
| 2.4.1    | Bauzeitenplan .....  | 14        |
| 2.4.2    | Generalunternehmerverträge als Bestandteil der Subunternehmerverträge .....                              | 14        |
| 2.5      | Handlungsempfehlung .....  | 16        |
| <b>3</b> | <b>Vertragsstrafe</b>  | <b>18</b> |
| 3.1      | Vertragstext .....   | 18        |
| 3.1.1    | Generalunternehmervertrag .....  | 19        |
| 3.1.2    | Subunternehmervertrag .....  | 20        |
| 3.2      | Gesetzeslage zu Vertragsstrafen .....  | 21        |
| 3.3      | Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen .....                                 | 24        |
| 3.3.1    | Unterschiedliche Auftragssummen bei Weitergabe der gesamten Leistung (Beispiel 1) .....                  | 24        |
| 3.3.2    | Unterschiedliche Auftragssummen bei Weitergabe der Leistung an mehrere Subunternehmer (Beispiel 2) ..... | 27        |
| 3.4      | Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen .....                                   | 29        |
| 3.4.1    | Vertragliche Änderungen .....  | 29        |
| 3.4.2    | Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen .....  | 32        |
| 3.4.3    | Sittenwidrige Vertragsbestimmungen .....   | 34        |
| 3.5      | Handlungsempfehlung .....  | 36        |
| <b>4</b> | <b>Gewährleistung</b>  | <b>40</b> |
| 4.1      | Vertragstext .....   | 40        |
| 4.1.1    | Gesetzeslage .....   | 41        |
| 4.1.2    | Generalunternehmervertrag .....  | 48        |
| 4.1.3    | Subunternehmervertrag .....  | 49        |
| 4.2      | Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen .....                                 | 51        |
| 4.2.1    | Vermutungsregel im Generalunternehmervertrag .....   | 51        |
| 4.2.2    | Gewährleistungsfrist .....   | 52        |
| 4.2.3    | Indirekte Ausdehnung der Gewährleistungsfrist im Generalunternehmervertrag durch die Mängelrüge .....    | 56        |
| 4.2.4    | Schlussfeststellung .....  | 57        |
| 4.3      | Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen .....                                   | 58        |
| 4.3.1    | Vertragliche Änderungen .....  | 58        |

|            |  |            |
|------------|--|------------|
| 4.3.2      | Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen.....   | 64         |
| 4.4        | Handlungsempfehlung.....   | 68         |
| <b>5</b>   | <b>Schadenersatz</b>   | <b>72</b>  |
| 5.1        | Vertragstext.....  | 73         |
| 5.1.1      | Generalunternehmervertrag.....   | 73         |
| 5.1.2      | Subunternehmervertrag.....   | 74         |
| 5.2        | Gesetzeslage.....  | 76         |
| 5.3        | Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen.....                                    | 83         |
| 5.3.1      | Haftungsbestimmungen im Generalunternehmervertrag.....   | 83         |
| 5.3.2      | Haftungsbeschränkung der Subunternehmer und die<br>Gehilfenhaftung des Generalunternehmers.....            | 85         |
| 5.3.3      | Nachbarschäden.....  | 87         |
| 5.3.4      | Schadenersatzanspruch durch die Vertragshaftung vs.<br>Schadenersatzanspruch durch die Deliktshaftung..... | 87         |
| 5.4        | Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen.....                                      | 91         |
| 5.4.1      | Vertragliche Änderungen.....   | 91         |
| 5.4.2      | Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen.....   | 97         |
| 5.5        | Handlungsempfehlung.....   | 104        |
| <b>6</b>   | <b>Insolvenz</b>   | <b>108</b> |
| 6.1        | Insolvenz des Auftraggebers.....   | 110        |
| 6.1.1      | Folgen für den Generalunternehmer bei einer Insolvenz des<br>Auftraggebers.....                            | 110        |
| 6.1.2      | Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den<br>Vertragsbedingungen.....                                   | 111        |
| 6.2        | Insolvenz des Subunternehmers.....   | 115        |
| 6.2.1      | Folgen für den Generalunternehmer bei einer Insolvenz des<br>Subunternehmers.....                          | 115        |
| 6.2.2      | Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den<br>Vertragsbedingungen.....                                   | 117        |
| 6.3        | Handlungsempfehlung.....   | 121        |
| <b>7</b>   | <b>Schlussfazit</b>  | <b>123</b> |
| 7.1        | Zeitliche Darstellung der Folgen für den Generalunternehmer.....   | 124        |
| 7.2        | Zusammenfassung.....   | 128        |
| <b>A.1</b> | <b>Bauzeitplan</b>   | <b>129</b> |
| <b>A.2</b> | <b>Bauzeitplan Subunternehmer</b>  | <b>130</b> |
| <b>A.3</b> | <b>Gewährleistungsfristen</b>  | <b>131</b> |
| <b>A.4</b> | <b>Verlängerung der Gewährleistungsfristen</b>   | <b>132</b> |
| <b>A.5</b> | <b>Leistungsfristverlängerung und Verschiebung des<br/>Übergabetermins</b>                                 | <b>133</b> |
|            | <b>Literaturverzeichnis</b>  | <b>134</b> |
|            | <b>Gesetzes- und Normenverzeichnis</b>   | <b>135</b> |
|            | <b>Linkverzeichnis</b>   | <b>136</b> |

## Abbildungsverzeichnis

|           |   |    |
|-----------|---|----|
| Bild 1.1  | Werkvertrag zwischen AG und AN .....  | 2  |
| Bild 1.2  | Werkverktragskette zwischen AG, GU und SUB .....  | 3  |
| Bild 1.3  | General- und Subunternehmervertrag .....  | 4  |
| Bild 1.4  | Schematischer Ablauf der ausgewählten Kapitel .....   | 6  |
| Bild 2.1  | Werkvertrag .....   | 7  |
| Bild 2.2  | Anzuwendende Gesetze .....  | 8  |
| Bild 2.3  | Überblick der relevanten Gesetze und Vertragsbestandteile .....                                       | 17 |
| Bild 3.1  | Vertragskette bei Vertragsstrafen .....   | 19 |
| Bild 3.2  | Auftragssummen Beispiel 1 .....   | 25 |
| Bild 3.3  | Pönalforderungen Beispiel 1 .....   | 26 |
| Bild 3.4  | Auftragssummen Beispiel 2 .....   | 27 |
| Bild 3.5  | Pönalforderungen Beispiel 2 .....   | 28 |
| Bild 3.6  | Erhöhung des Strafsatzes Beispiel 1 .....   | 30 |
| Bild 3.7  | Erhöhung des Strafsatzes Beispiel 2 .....   | 31 |
| Bild 3.8  | Begrenzung der Pönale Beispiel 1 .....  | 32 |
| Bild 3.9  | Einplanung eines Puffers .....  | 33 |
| Bild 4.1  | Vertragsparteien Gewährleistung .....   | 40 |
| Bild 4.2  | Konsumentenschutz bei der Gewährleistung .....  | 45 |
| Bild 4.3  | Gewährleistung in der Vertragskette .....   | 51 |
| Bild 4.4  | Bauzeitplan Subunternehmer aus GU-Sicht .....   | 53 |
| Bild 4.5  | Übergabetermine .....   | 54 |
| Bild 4.6  | Differenz der Gewährleistungsfristen je SUB .....   | 54 |
| Bild 4.7  | Auftreten eines Mangels .....   | 55 |
| Bild 4.8  | Übergabe von Teilleistungen .....   | 59 |
| Bild 4.9  | Festlegung der Übergabetermine .....  | 60 |
| Bild 4.10 | Auftreten eines Mangels nach Festlegung der Übergabe .....  | 61 |
| Bild 4.11 | Verlängerung der Gewährleistungsfrist .....   | 63 |
| Bild 4.12 | Leistungsfristverlängerung und Verschiebung der Übernahme .....                                       | 64 |
| Bild 4.13 | Verkürzung der Gewährleistungsfrist des GU .....  | 66 |
| Bild 4.14 | Bauzeitplan SUB mit Puffer .....  | 67 |
| Bild 5.1  | Vertragspartner Schadenersatz .....   | 73 |
| Bild 5.2  | Haftung AG und GU laut GU-Vertrag .....   | 85 |
| Bild 5.3  | Haftung GU und SUB gegenüber dem AG .....   | 86 |
| Bild 5.4  | Umfang der Ersatzpflicht bei BtB .....  | 88 |
| Bild 5.5  | Mögliche Vorgehensweisen des AG bei Schadenersatzansprüchen für eine Verletzung der Schutzgüter ..... | 90 |
| Bild 5.6  | Übersicht Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse .....   | 97 |
| Bild 5.7  | Zuschlagskalkulation .....  | 98 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| Bild 6.1 | Insolvenz des AG .....   | 110 |
| Bild 6.2 | Maßnahmen zur Risikominimierung bei einer Insolvenz des AG .....       | 112 |
| Bild 6.3 | Insolvenz des SUB .....  | 115 |
| Bild 6.4 | Folgen aus der Insolvenz eines SUB während dem Vertragsverhältnis..... | 116 |
| Bild 6.5 | Folgen aus der Insolvenz eines SUB nach dem Vertragsverhältnis.....    | 116 |
| Bild 6.6 | Maßnahmen zur Risikominimierung bei einer Insolvenz des SUB.....       | 118 |
| Bild 7.1 | Die ausgewählten Kapitel und ihr zeitlicher Einflussbereich.....       | 125 |
| Bild 7.2 | Zusammenfassung der möglichen negativen Folgen .....                   | 126 |
| Bild 7.3 | Zeitlicher Einflussbereich der Maßnahmen zur Folgenminimierung .....   | 127 |

## Abkürzungsverzeichnis

|               |  |
|---------------|--|
| <b>ABGB</b>   | Allgemein bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) |
| <b>AG</b>     | Auftraggeber                                   |
| <b>AGB</b>    | Allgemeine Geschäftsbedingungen                |
| <b>AN</b>     | Auftragnehmer                                  |
| <b>BVergG</b> | Bundesvergabegesetz                            |
| <b>BtB</b>    | Business to Business                           |
| <b>BtC</b>    | Business to Consumer                           |
| <b>bzw</b>    | beziehungsweise                                |
| <b>etc</b>    | et cetera                                      |
| <b>f</b>      | folgend  |
| <b>ff</b>     | fortfolgend                                    |
| <b>GU</b>     | Generalunternehmer                             |
| <b>IO</b>     | Insolvenzordnung                               |
| <b>JBL</b>    | Juristische Blätter                            |
| <b>KSchG</b>  | Konsumentenschutzgesetz                        |
| <b>LB</b>     | Leistungsbeschreibung                          |
| <b>LV</b>     | Leistungsverzeichnis                           |
| <b>OGH</b>    | Oberster Gerichtshof                           |
| <b>ÖNORM</b>  | Österreichische Norm                           |
| <b>Pkt</b>    | Punkt  |
| <b>Rsp</b>    | Rechtsprechung                                 |
| <b>SUB</b>    | Subunternehmer                                 |
| <b>TU</b>     | Technische Universität                         |
| <b>UGB</b>    | Unternehmensgesetzbuch                         |

## 1 Einleitung

Recht und Technik – zwei konträre Fachgebiete mit von Grund auf unterschiedlichen Denkweisen und gegensätzlichen Herangehensweisen an Probleme. Menschen aus technischen Gebieten denken lösungsorientiert und zeigen dabei eine Detailverliebtheit auf, während Juristen abstrakt denken und sich auf Fehler konzentrieren.<sup>1</sup> Das eine Fachgebiet drückt sich großteils in Zahlen aus, während sich das andere einer eigenen Sprache bedient.

Unterschiedlicher können zwei Fachgebiete nicht sein und dennoch benötigt jeder Bauingenieur auch das Wissen aus dem Gebiet der Rechtswissenschaft. Bauunternehmen benötigen Wissen aus dem Unternehmensrecht, Buchhalter die Bestimmungen aus dem Steuerrecht, Betriebsräte die Vorlagen aus dem Arbeitsrecht sowie alle beteiligten Personen an einem Bauprojekt die Regelungen aus dem Baurecht und den österreichischen Normen.

### 1.1 Rechtfertigung der Themenwahl

Lukrative und gut abgewickelte Bauprojekte machen ein Bauunternehmen erfolgreich und dafür ist die Berücksichtigung von möglichen negativen Folgen bei Bauprojekten von hoher Relevanz. Jedes Bauprojekt startet mit Auftragsverhandlungen und anschließender Auftragserteilung, auf die ein Bauvertrag folgt. Für das Ausverhandeln von Bauverträgen ist Wissen aus dem allgemeinen Zivilrecht und speziell aus dem Bauvertragsrecht notwendig.

Akquisiteure, Geschäftsführer oder auch Projektleiter müssen sich mit Bauverträgen und den daraus entstehenden Folgen für das Unternehmen beschäftigen. Dies ist ohne ein Basiswissen über rechtliche Bestimmungen bei Bauverträgen schwierig. Das meist fehlende Wissen über gesetzliche Bestimmungen und auch die Sprache der Juristen machen diesen Teil des Leistungsbildes einer Führungsposition nicht unbedingt zum beliebtesten. Meist werden negative Folgen aufgrund des Vertrages oder einzelner Vertragsinhalte erst gar nicht erkannt. Dadurch wird nicht versucht die Vertragsinhalte zu ändern, um möglichen Folgen entgegen zu wirken. Ohne das Erkennen eines benachteiligenden Vertragsinhaltes kann dem nicht entgegengesteuert werden und ohne Rechtswissen ist auch ein Entgegensteuern mühsam. Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Maßnahmen können ebenfalls Folgen aus der Vertragskette minimieren.

---

<sup>1</sup> Vgl. PETER, G.: Juristisches Denken. Wie denken Juristen?. In: Privatrecht und Methode, 2004. S. 169

Um dieser angespannten Haltung gegenüber dem rechtlichen Teil im Leistungsbild eines Bauingenieurs entgegenzuwirken bzw. ein Basiswissen über die möglichen Folgen und die Maßnahmen zur Minimierung aufseiten des Generalunternehmers zu erhalten, besteht diese Arbeit aus ausgewählten Kapiteln im Vertragsverhältnis zwischen Bauherr, Generalunternehmer und Subunternehmer.

## 1.2 Problemstellung

Werkverträge entstehen in erster Linie aus dem Willen des Werkbestellers und des Werkunternehmers, gemeinsam ein Bauprojekt abzuwickeln. Der Bauwerkvertrag klärt die rechtlichen Gegebenheiten für das Bauprojekt und steht für das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN). In Bild 1.1 sind die Vertragsparteien in einem Werkvertragsverhältnis dargestellt.



Bild 1.1 Werkvertrag zwischen AG und AN

Der Auftragnehmer eines Bauprojektes hat die Möglichkeit, die Ausführung selbst zu übernehmen oder – unter Abstimmung mit dem Bauherrn (AG) – die gesamte Leistung oder Teile davon an ein weiteres oder mehrere Unternehmen zu vergeben. Führt der Auftragnehmer die gesamte Leistung selbst aus, besteht ein einfaches Vertragsverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer, wie in Bild 1.1 ersichtlich ist. Vergibt der Auftragnehmer die Leistung an Subunternehmer (SUB), entsteht ein weiteres Werkvertragsverhältnis zwischen dem Subunternehmer und dem Auftragnehmer des gesamten Bauprojektes, welcher somit als Generalunternehmer auftritt (siehe Bild 1.2).

Durch die Weitergabe von Leistungen des Generalunternehmers an Subunternehmer entsteht eine Vertragskette. Die Vertragskette beginnt mit dem Werkvertrag zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer, welcher die gesamte Leistung beinhaltet. Weitergeführt wird die Vertragskette durch den Werkvertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer. Wird die Leistung mehrmals aufgeteilt, hat diese Aufteilung auch mehrere Werkverträge zwischen den unterschiedlichen Subunternehmern und dem Generalunternehmer zur Folge (siehe Bild 1.2).



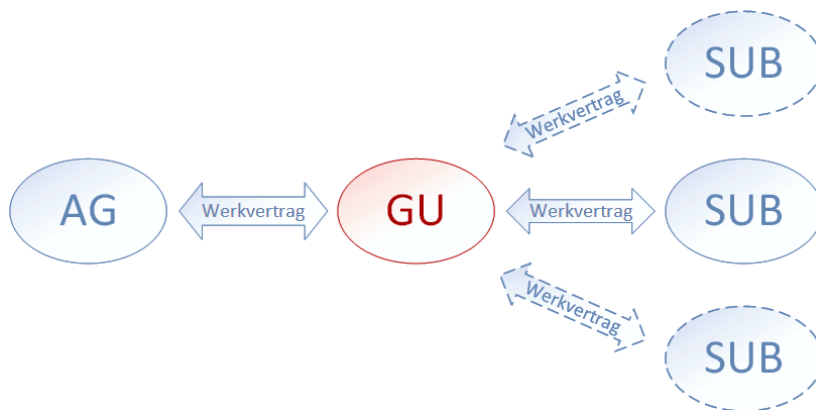


Bild 1.2 Werkvertragskette zwischen AG, GU und SUB

Der Generalunternehmer bildet das Mittelglied der Vertragskette und steht somit in vertragsrechtlicher Verbindung mit allen am Bau Beteiligten. Für den Generalunternehmer könnten Folgen aus benachteiligenden Bedingungen durch den Werkvertrag zwischen ihm und dem Auftraggeber des Bauprojektes entstehen und ebenso aus dem Vertragsverhältnis zwischen ihm und den beauftragten Subunternehmern. Durch die vertragsrechtliche Verknüpfung des Generalunternehmers mit dem Bauherrn und den Subunternehmern entstehen weitere mögliche Folgen, welche bei der Betrachtung eines einfachen Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und -nehmer (wie in Bild 1.1) nicht existieren. Deshalb wird im Rahmen dieser Arbeit ausschließlich die Sicht des Generalunternehmers bzw. die Position des Generalunternehmers als Mittelglied der Werkvertragskette beleuchtet und analysiert.

### 1.3 Methodik

Werkverträge unterliegen dem allgemeinen Zivilrecht. Je nach Konstellation des Vertragsverhältnisses können weitere Gesetze, wie z.B. das Konsumentenschutzgesetz, Wirksamkeit erlangen. Demnach wird am Beginn der Masterarbeit in Kapitel 2 (Werkverträge und ihre Bestandteile) ein Überblick über anzuwendende Gesetze in Abhängigkeit der Vertragskonstellation gegeben. Des Weiteren wird die Gültigkeit der ÖNORMEN und weiterer Bestandteile, wie z.B. den allgemeinen und besonderen Vertragsbestimmungen, diskutiert. Dabei wird auch auf den Bauzeitplan als Bestandteil eines Werkvertrages eingegangen. Dieses Kapitel dient als einleitende Information für die nachfolgenden Kapitel.

Um die komplette vertragsrechtliche Bandbreite abzudecken, müssten umfassende Werkverträge und jede einzelne Vertragsbestimmung beleuchtet werden. Für diese Masterarbeit wurde die Analyse jedoch auf vier übergeordnete Kapitel beschränkt. Zu den ausgewählten Kapiteln gehören

- Kapitel 3: Vertragsstrafe
- Kapitel 4: Gewährleistung
- Kapitel 5: Schadenersatz
- Kapitel 6: Insolvenz.

Die ausgewählten Kapitel folgen dem gleichen methodischen Schema. Für jedes Kapitel werden zuerst passend zur „Gebietsauswahl“ (z.B. Gewährleistung) fiktive Vertragsinhalte ausgearbeitet und somit Verträge generiert.

Durch die Position des Generalunternehmers in der Mitte der Vertragskette entstehen Vertragsverhältnisse mit dem Auftraggeber und den Subunternehmern. Um mögliche Folgen aufgrund benachteiligender Vertragsinhalte in den Werkverträgen aufzuzeigen, werden zwei unterschiedliche fiktive Verträge erstellt. Die Verträge zwischen den Parteien der Vertragskette sind jedenfalls Werkverträge, jedoch wird der Werkvertrag zwischen dem Bauherrn (AG) und dem Generalunternehmer Generalunternehmervertrag und der Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und den Subunternehmern Subunternehmervertrag genannt. In Bild 1.3 wird die Vertragskonstellation der General- und Subunternehmerverträge dargestellt.

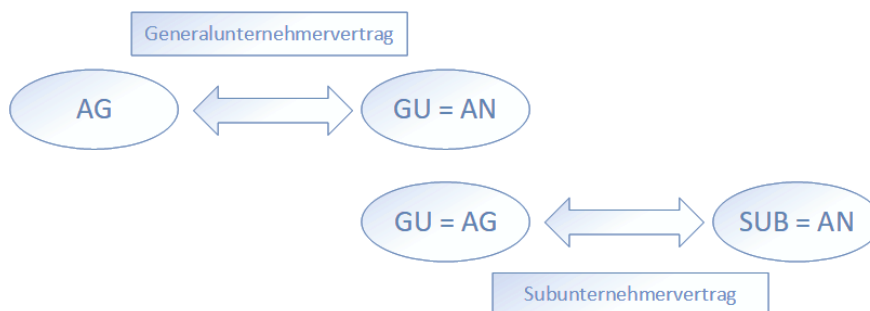


Bild 1.3 General- und Subunternehmervertrag

Der Generalunternehmervertrag (kurz: GU-Vertrag) beinhaltet vertragliche Pflichten zwischen dem Auftraggeber (kurz: AG) und dem Generalunternehmer (kurz: GU). Der Generalunternehmer wird in diesem Vertrag Auftragnehmer (kurz: AN) genannt, da in der Vertragsterminologie die Bezeichnungen „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“ genutzt werden und der Begriff Generalunternehmer in diesem Sinne nicht vorkommt.

Der Subunternehmervertrag (SUB-Vertrag) umfasst die Vertragsbestimmungen zwischen dem General- und dem Subunternehmer (SUB). Hierfür nimmt der Generalunternehmer die Rolle des Auftraggebers ein, denn er beauftragt den Subunternehmer mit der gesamten oder mit Teilen der Leistung. Der Subunternehmer nimmt den Auftrag entgegen, somit ergreift der Generalunternehmer durch die Mittelstellung in der Vertragskette einerseits die Position des Auftragnehmers und andererseits die des Auftraggebers.

Nach der Erstellung des fiktiven Vertrags wird die gesetzliche Lage zum Inhalt der Vertragsbestimmungen erläutert. Dafür werden das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (kurz: ABGB)*, das *Konsumentenschutzgesetz (KSchG)* sowie das Unternehmensgesetzbuch herangezogen und die wichtigsten Bestimmungen über Vertragsstrafen, Gewährleistung, Schadenersatz, Sicherstellungen etc. erörtert. Neben dem rechtlichen Aspekt des allgemeinen Zivilrechts, des Unternehmensrechts und des Konsumentenschutzes werden auch Bestimmungen aus der österreichischen Norm für Bauwerkverträge, der *ÖNORM B 2110:2013*, aufgezeigt. Das Unterkapitel Gesetzeslage entspricht einer Zusammenfassung der wichtigsten gesetzlichen und normativen Regelungen und beinhaltet das Grundwissen für die weitere Thematisierung von Folgen und deren Minimierung durch benachteiligende Vertragsinhalte bei Bauverträgen.

Die Erörterung der Folgen aus benachteiligenden Vertragsinhalten und der Vertragskette aus der Sicht des Generalunternehmers ist der nachfolgende Teil jedes Kapitels. Hierbei werden Vertragsbedingungen, welche Benachteiligungen für den GU beinhalten, nochmals genauer beleuchtet. Durch Beispiele werden die möglichen eintretenden Folgen aufgezeigt und ein Bewusstsein für diese, im Hinblick auf die ausgewählte Vertragsbedingung, geschaffen.

Nachdem die grundlegenden gesetzlichen und normativen Bestimmungen vorab geklärt wurden, können nach der Analyse der Folgen aus dem Werkvertrag und den einzelnen Vertragsbestimmungen, Maßnahmen zur Minimierung der Folgen für den Generalunternehmer erörtert werden. Hierbei wird durch Maßnahmen versucht, die möglichen eintretenden Nachteile für den Generalunternehmer zu eliminieren, auf den Subunternehmer zu übertragen oder zumindest zu minimieren. Durch die Änderung von vertraglichen Bestimmungen können benachteiligende Inhalte des Vertrags beseitigt werden. Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Maßnahmen, sowie die Kenntnis über sittenwidrige Vertragsbedingungen, können ebenfalls die Folgen durch die Vertragskette minimieren.

Abschließend wird für jedes Kapitel eine Handlungsempfehlung abgegeben. Diese beinhaltet ebenfalls Maßnahmen zur Folgenminimierung, welche aus Empfehlungen im Zuge der Ausarbeitung von den Folgen durch Vertragsinhalte und teils aus Erfahrungen aus der Praxis bestehen.

Zusammenfassend bestehen die ausgewählten Kapitel „Vertragsstrafe“, „Gewährleistung“, „Schadenersatz“ und „Insolvenz“ aus der Generierung von fiktiven Vertragsbestimmungen einerseits für den General- und andererseits für den Subunternehmervertrag. Des Weiteren werden die Gesetzeslage sowie die Folgen für den Generalunternehmer durch die Vertragsinhalte analysiert. Nach der Analysierung des Vertragstextes und dem Herausfiltern der benachteiligenden Vertragsbestimmungen, werden Maßnahmen zur Minimierung der möglichen negativen Folgen erörtert. Eine Handlungsempfehlung für den Generalunternehmer hinsichtlich des General- und des Subunternehmervertrages bildet den abschließenden und zusammenfassenden Teil jedes Kapitels. Bild 1.4 beinhaltet den schematischen Ablauf der ausgewählten Kapitel.

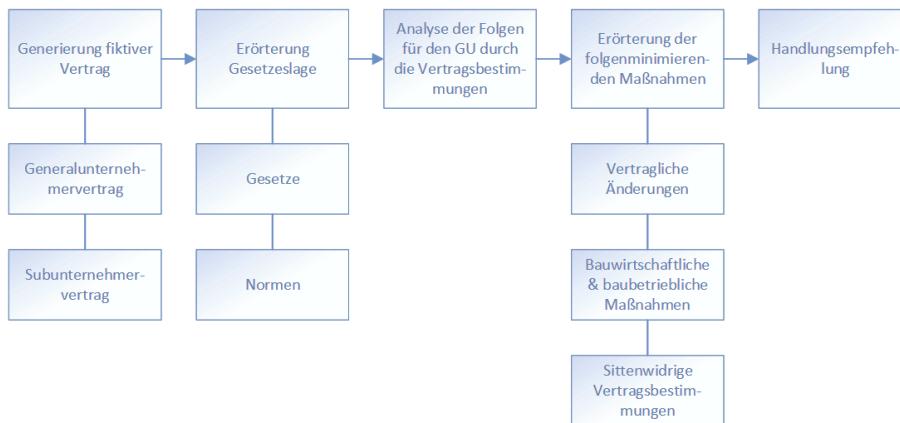


Bild 1.4 Schematischer Ablauf der ausgewählten Kapitel

## 1.4 Ziel der Arbeit

Ziel der Masterarbeit ist, Werkverträge und ihre Bestandteile analysieren und mögliche Folgen für den Generalunternehmer aus den vertraglichen Bestimmungen ableiten zu können. Durch die Beleuchtung der gesetzlichen Lage und der österreichischen Norm wird ein Grundwissen für die ausgewählten Kapitel im Vertragsrecht erreicht. Vertragsinhalte können daraufhin auf eine mögliche Benachteiligung des Generalunternehmers bewertet werden.

Für benachteiligende Vertragsbestimmungen werden Maßnahmen gefunden, welche die möglichen Folgen für den Generalunternehmer minimieren. Ein Generalunternehmer sollte dadurch in einem Bauvertrag die möglichen Folgen erkennen und gegebenenfalls auf die Folgen reagieren können. Die Handlungsempfehlung gibt eine mögliche Empfehlung für den Generalunternehmer hinsichtlich seiner Position in der Vertragskette ab.

## 2 Werkverträge und ihre Bestandteile

Bauverträge sind Werkverträge und beinhalten Vertragsbestimmungen zwischen zwei Vertragspartnern. Die Vertragspartner sind Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN). Der AG fungiert als Werkbesteller und somit als Bauherr, während der AN die Rolle des Werkunternehmers innehat und somit bauausführendes Unternehmen ist (Bild 2.1). In der Vertragskette zwischen Bauherr, GU und SUB tritt der GU als AN im GU-Vertrag und als AG im SUB-Vertrag auf.



Bild 2.1 Werkvertrag

Der wichtigste Bestandteil des Bauwerkvertrages ist die Definition des Leistungsziels. Der Erfolg des Bauprojektes ist stark von der Beschreibung des Leistungsziels abhängig. Die Aufgabe des AG ist, die Beschreibung der Leistung in Form einer konstruktiven oder funktionalen Leistungsbeschreibung vorzunehmen und eventuell Angebotspläne bzw. Muster vorzulegen. Konstruktive Leistungsbeschreibungen beinhalten alle Leistungspositionen mit den dazugehörigen Massen und eine detaillierte Beschreibung der Leistung.<sup>2</sup> Funktionelle Leistungsbeschreibungen hingegen beinhalten nur Informationen über das gewünschte Leistungsziel, wie z.B. technische Anforderungen, Funktions- und Qualitätsstandards.<sup>3</sup> Der AN schuldet den Erfolg der beschriebenen und vertraglich vereinbarten Leistung. Der AG hat die Pflicht, die Leistung durch angemessenes Entgelt zu vergüten.

Bauverträge unterliegen dem allgemeinen Zivilrecht und somit dem allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB). Nach § 1151 ABGB liegt ein Werkvertrag vor,

*„[...] wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt [...]“<sup>4</sup>*

Neben dem essentiellen Inhalt, wie die Beschreibung des Leistungsziels, beinhaltet ein Werkvertrag üblicherweise Vertragsbedingungen in Anlehnung an gesetzliche Bestimmungen, normierte Vertragsbestandteile, sowie eigens ausformulierte Vertragsbestimmungen zufolge Vertragsverhandlungen.

<sup>2</sup> Vgl. BERNER, F.; KOCHENDÖRFER, B.; SCHACH, R.: Grundlagen der Baubetriebslehre 1 Auflage 2. S. 83

<sup>3</sup> Vgl. Ebd.

<sup>4</sup> § 1151 Abs. 1 ABGB

Um einen Überblick zu erhalten und Grundlegendes vorab zu klären, werden nachfolgend auf die anzuwendenden Gesetze und die ÖNORMEN (Österreichische Normen), sowie auf die Möglichkeit der Generierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eingegangen. Des Weiteren werden die unterschiedlichen Arten der Verträge behandelt, welche im Zuge dieser Masterarbeit ausgearbeitet werden. Abschließend wird in diesem Kapitel erläutert, welche Bestandteile (in welcher Form) in Verträgen vorkommen können.

## 2.1 Gesetze

Wie schon zuvor in der Einleitung des Kapitel 2 erwähnt, unterliegen Bauverträge dem allgemeinen Zivilrecht. Somit gelten die Bestimmungen aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (kurz: ABGB). Neben grundsätzlichen Bestimmungen, wie dem Sachenrecht oder rechtliche Bestimmungen für die Übernahme ins Eigentum, sind vor allem die gesetzlichen Regelungen aus dem 17. und 26. Hauptstück des ABGB relevant. Das 17. Hauptstück befasst sich mit allgemeinen Erfordernissen eines Vertrags und Rechtsgeschäfts, wie der Möglichkeit und Erlaubtheit, dem Irrtum und der Geschäftsfähigkeit einer Person. Das 26. Hauptstück beinhaltet Vertragsbestimmungen, welche bei einem Werkvertrag anzuwenden sind. Weiteres ist der 30. Hauptsatz, welcher sich mit den Rechten des Schadenersatzes und der Genugtuung beschäftigt, von Relevanz.

Neben dem ABGB kommen auch andere Gesetze zur Anwendung. Diese hängen von dem Vertragsverhältnis der Parteien ab. Unterschieden wird in Business to Business (kurz: BtB) und Business to Consumer (kurz: BtC). Ein BtB-Verhältnis besteht zwischen Vertragsparteien, welche beide als Unternehmen handeln. Besteht das Vertragsverhältnis zwischen einem Konsument und einem Unternehmen, ist dies ein BtC-Verhältnis. Siehe dazu Bild 2.2.

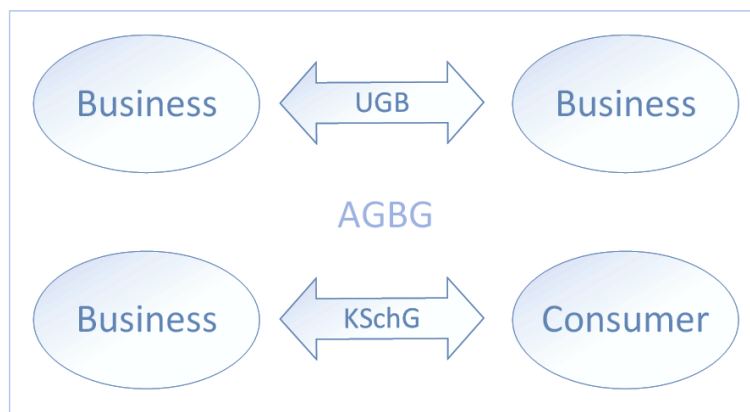


Bild 2.2 Anzuwendende Gesetze

Wurde ein Werkvertrag zwischen zwei Unternehmen abgeschlossen, sind auch die Bestimmungen des Unternehmensgesetzbuchs (kurz: UGB) zu beachten. Dies spielt vor allem eine große Rolle im Kapitel Schadenersatz. Bei BtC-Verhältnissen ist, zusätzlich zum ABGB, die Bestimmungen aus dem Konsumentenschutzgesetz (kurz: KSchG) zu berücksichtigen. Vor allem diese Bestimmungen sind einzuhalten, da ein Konsument nicht schlechter gestellt werden darf, als die gesetzlichen Bestimmungen des KSchG dies vorsehen. Das benachteiligende Abändern der Regelungen aus dem KSchG führt oft zu einer ungültigen Vertragsklausel.

## 2.2 ÖNORMEN

ÖNORMEN teilen sich in rechtliche Normen, Verfahrensnormen und technische Normen ein. Für die weiterfolgenden Kapitel sind die rechtlichen ÖNORMEN von Relevanz. Für die Vollständigkeit werden nachfolgend trotzdem alle angeführten Normenarten und ihre Gültigkeit bei Verträgen behandelt.

Im Gegensatz zu Gesetzen, welche jedenfalls und auch ohne Vereinbarung für Werkverträge gelten, benötigen ÖNORMEN laut *Karasek* eine vertragliche Vereinbarung, um eine Gültigkeit für den gegenständlichen Bauvertrag zu erhalten. Ohne eine vertragliche Vereinbarung ist eine ÖNORM kein Bestandteil des Werkvertrags. Hierbei gibt es einige Ausnahmen, bei denen eine Handlung beider Vertragspartner eine Gültigkeit dieser für den Vertrag zur Folge hat, ohne dies explizit vertraglich vereinbart zu haben. Zu diesen Ausnahmen gehört die konkludente Vereinbarung einer ÖNORM. Dies bedeutet, falls ein Handeln beider Vertragspartner Anlass dazu gibt, dass von einer Vereinbarung der ÖNORM ausgegangen werden kann, so ist diese konkludent vereinbart und hat Gültigkeit.<sup>5</sup>

Eine konkludente Vereinbarung einer Norm wäre das Verweisen auf eine gewisse ÖNORM, z.B. der ÖNORM B 2110:2013, innerhalb mehrerer Vertragsbestimmungen, ohne dass diese ÖNORM zuvor selbst innerhalb einer Vertragsbestimmung vereinbart worden wäre. Beispiele möglicher Vertragsbestimmungen, welche eine konkludente Vereinbarung beinhalten, wären:

*2.2 Für die Gewährleistungsfrist gelten die Fristlängen aus Pkt. 12.2.3.2. der ÖNORM B 2110:2013.*

*4.4 Für Schadenersatzansprüche gelten die Beschränkungen aus der ÖRNOM B 2110:2013 Pkt. 12.3.1.*

<sup>5</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 109 f

Rechtliche ÖNORMEN dienen als Vertragsschablone. Sie beinhalten vornormierte Vertragsbestimmungen und sollen ein ausgeglichenes Vertragsverhältnis zwischen AG und AN herstellen.<sup>6</sup> Des Weiteren dienen die rechtlichen Normen zur Lückenfüllung für Bestimmungen, welche im allgemeinen Zivilrecht nicht behandelt wurden.<sup>7</sup> Stillschweigende Vereinbarungen von rechtlichen Normen gelten nur bei BtB-Verhältnissen. Gilt das KSchG, muss auf die Gültigkeit einer ÖNORM mit vornormierten Vertragsinhalten explizit hingewiesen werden.<sup>8</sup>

Öffentliche AG mussten sich nach dem Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG) aufgrund der „Normenbindung“ an rechtliche Normen halten. Die Normenbindung ist jedoch in der neuen Fassung des BVerG 2018 gelockert worden. Ein öffentlicher AG muss Normen mit vornormierten Vertragsinhalten lediglich in Bedacht nehmen und nicht verpflichtend anwenden.<sup>9</sup>

### 2.2.1 Rechtliche Normen

Zu den rechtlichen ÖNORMEN gehören die Werkvertragsnormen

- ÖNORM B 2110 für Bauleistungen,
- ÖNORM B 2111 für die Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen,
- ÖNORM B 2114 für Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen,
- ÖNORM B 22xx und H 22xx für Abrechnungsbestimmungen für Bauleistungen und Haustechnikleistungen.

Ist die Werkvertragsnorm B 2110 vertraglich vereinbart, so gelten auch die rechtlichen ÖNORMEN B 2111, B 22xx und H 22xx, die Verfahrensnorm A 2063, sowie alle im Normenverzeichnis vorkommenden technischen ÖNORMEN.

### 2.2.2 Verfahrensnormen

Verfahrensnormen regeln das Vergabeverfahren und sind grundsätzlich kein Vertragsbestandteil. Dazu gehören die Normen

- ÖNORM A 2050 für die Vergabe von Aufträgen
- ÖNORM A 2061 für die Preisermittlung für Bauleistungen

<sup>6</sup> Vgl. <https://www.bauforum.at/bauzeitung/bauvertraglich-vereinbarte-geltung-von-oenormen-68275>. Datum des Zugriffs: 31.01.2019

<sup>7</sup> Vgl. Ebd.

<sup>8</sup> Vgl. Ebd.

<sup>9</sup> Vgl. <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/vergaberechtsreformgesetz.pdf>. Datum des Zugriffs: 31.01.2019



- ÖNORM A 2062 für den Aufbau von standardisierten Leistungsverzeichnissen unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren
- ÖNORM A 2063 für die Ausschreibung, das Angebot und der Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren.

### 2.2.3 Technische Normen

Technische Normen basieren auf Ergebnisse von Wissenschaft, Technik und Erfahrungen. Sie beinhalten Regeln, Tätigkeiten, Leitlinien oder Ergebnisse, welche über die Jahre angewendet oder festgelegt wurden. Unter technische Normen fallen neben den technischen ÖNORMEN auch andere technische Regelwerke, z.B. Europäische Normen oder der Eurocode. Auch technische Normen müssen vertraglich vereinbart werden um eine Gültigkeit zu erhalten. Dies kann jedoch automatisch durch ein Gesetz erfolgen, wie z.B. durch Landesgesetze, welche eine bestimmte technische ÖNORM für verbindlich erklären.<sup>10</sup>

Zu unterscheiden ist die technische ÖNORM vom Begriff der anerkannten Regeln der Technik. Die Regeln der Technik werden laut *Karasek* wie folgt beschrieben:

*„Unter „allgemeinen anerkannten Regeln der Technik“ versteht man technische Regeln, die in der Wissenschaft als richtig erkannt wurden, in Kreisen der Technik bekannt sind und in der Praxis angewandt werden.“<sup>11</sup>*

Bei technischen ÖNORMEN bedarf es laut *Karasek* nach einiger Zeit eine Erneuerung. Diese sind somit nicht immer an den neuesten Entwicklungen der Technik angepasst. Im Regelfall kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die technischen Normen die Regeln der Technik beinhalten und durch obligatorische Anwendung dieser, die zusammengefassten Sorgfaltsanforderungen an den AN einzuhalten sind.<sup>12</sup>

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass alle ÖNORMEN, ob rechtliche, technische oder Verfahrensnormen, explizit entweder vertraglich vereinbart oder ausgeschlossen werden müssen, um Irrtümer ausschließen zu können. Für die nachfolgenden Kapitel ist die rechtliche ÖNORM B 2110:2013 relevant, da diese sich mit vornormierten Vertragsbestimmungen beschäftigt und Grundstein für einige Vertragsbestimmungen in den fiktiven Verträgen ist.

<sup>10</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 113 ff

<sup>11</sup> KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 119 vgl. dazu auch Hartmann: Der Sachverständige 1979/3 S. 4 & KORINEK/KEJCI: Handbuch der Bauwirtschaft V-Mon-1 S. 29 & FISCHER: Die Regeln der Technik S. 33

<sup>12</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 116 f

### 2.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen, Allgemeine & Besondere Vertragsbestimmungen

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (kurz: AGB) beinhalten Vertragsinhalte, welche eigens für das Unternehmen auf Basis immer wiederkehrender Bestimmungen zusammengestellt wurden.<sup>13</sup> In den AGB befinden sich Vertragsbestimmungen, welche gesetzlich entweder nicht geregelt sind oder vom Unternehmen abgeändert wurden. Die AGB eines Unternehmens beinhalten oftmals benachteiligende Bedingungen für den Vertragspartner.<sup>14</sup> Die §§ 864a und 879 Abs.3 ABGB erklären einen Vertragsinhalt mit grober Benachteiligung für den Vertragspartner für unwirksam:

*„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.“<sup>15</sup>*

*„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.“<sup>16</sup>*

Allgemeine und Besondere Vertragsbestimmungen sind ebenfalls vorformulierte Vertragsbestimmungen einer Partei und auch diese, sowie die AGB, müssen, wie auch alle ÖNORMEN, explizit im Vertrag vereinbart werden, um Gültigkeit zu erlangen.<sup>17</sup>

Innerhalb eines Vertragsverhältnisses könnte es für jede Partei eigene AGB geben, welche voneinander abweichen. Werden die AGB der Vertragspartner achtlos vereinbart, ohne über die Bestimmungen in den jeweiligen AGB zu sprechen, kann es somit mit großer Wahrscheinlichkeit zu Widersprüchen kommen. Eine Vereinbarung der AGB kann nur schlüssig und ausdrücklich durch die Willenserklärung der beiden Vertragspartner erfolgen.<sup>18</sup> Das unachtsame Beilegen von AGB führt somit zur Ungültigkeit beider vorformulierten Vertragsbestimmungen.

Rechtliche ÖNORMEN sind ebenfalls vorformulierte Vertragsbestimmungen, welche jedoch ein Vertragsinhalte mit einem ausgeglichenen Verhältnis zwischen AG und AN beinhalten. Vorformulierte Vertragsinhalten können durch Vertragsverhandlungen abgeändert und durch überarbeitete

<sup>13</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>14</sup> Vgl. Ebd.

<sup>15</sup> § 864a ABGB

<sup>16</sup> § 879 ABGB

<sup>17</sup> Vgl. Ebd.

<sup>18</sup> Vgl. Ebd.

Vertragsbestimmungen vereinbart werden. Somit entsteht ein Einzelvertrag auf Basis überarbeiteter vorformulierter Vertragsinhalten.<sup>19</sup> Bei Vertragsverhandlungen im Baugewerbe werden vorformulierte Vertragsbestimmungen nur selten ohne Änderungen akzeptiert. Einzelverträge sind somit keine Seltenheit. Um keinen Widerspruch zwischen den Vertragsinhalten des Einzelvertrags und der eventuell dennoch angehängten AGB zu erhalten, muss eine Reihung der Bestandteile des Vertrages vorgenommen werden, um Irrtümer ausschließen zu können (siehe Kapitel 2.4).

## 2.4 Bestandteile des Vertrages und ihre Reihung

Neben den Gesetzen, die einzuhalten sind und den eventuell vertraglich vereinbarten Normen, den vorformulierten, sowie abgeänderten Vertragsinhalten, gibt es einige andere vertragliche Bestandteile. Diese wären z.B. das Leistungsverzeichnis, Pläne und Muster, sowie Bauzeitpläne und Finanzierungspläne. Um etwaigen Widersprüche und eventuelle Unterscheidungen innerhalb der Bestandteile eines Vertrags klären zu können, gibt es eine Reihung für die Bestandteilen des Bauvertrags. Diese Reihung gibt an, welcher Bestandteil oberste Priorität hat und welcher Bestandteil gegenüber einem anderen Vorrang hat. Befinden sich z.B. Bestimmungen über die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit in der ÖNORM B 2110 (und wurde diese vereinbart), ebenfalls in den AGB, sowie auch in einem gesonderten Punkt des Vertrags, legt die Reihung der Bestandteile fest, welche Bestimmung Gültigkeit hat.

Die ÖNORM B 2110:2013 Pkt. 5.3.1 schlägt dabei folgende Reihung vor:<sup>20</sup>

- I. Schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zu Stande gekommen ist;
- II. Leistungsbeschreibung oder Leistungsverzeichnis;
- III. Pläne, Zeichnungen, Muster;
- IV. Baubeschreibung, technischer Bericht;
- V. Besondere Bestimmungen für den Einzelfall – Abweichungen der ÖNORM;
- VI. Allgemeine Bestimmungen für den AG oder AN;
- VII. Normen technischen Inhalts;
- VIII. Rechtliche Normen für einzelne Sachgebiete (B 22xx und H 22xx).

Die Reihung der ÖNORM B 2110 ist eine Möglichkeit, diese ist jedoch nicht zwingend. Die Priorität der Bestandteile kann von den Vertragsparteien selbst bestimmt werden. Ist der Vertrag ein Einzelvertrag und wurde

<sup>19</sup> <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>20</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 13 Pkt. 5.3.1

der Vertragsinhalt von beiden Parteien gemeinsam ausformuliert, sind die Bestimmungen des Einzelvertrags vor den Allgemeinen und Besonderen Bestimmungen, sowie den AGB oder der rechtlichen ÖNORM zu reihen, damit die Einzelvertragsbestimmungen ohne Widerspruch Gültigkeit erhalten.

Neben den Bestandteilen der Reihung der ÖNORM B 2110 gibt es weitere mögliche Bestandteile, auf welche nachfolgend in Absatz 2.4.1 und 2.4.2 kurz eingegangen wird. Zum einen ist ein weiterer Bestandteil von Verträgen der Bauzeitplan und zum anderen kann auch der GU-Vertrag ein Bestandteil des SUB-Vertrags sein.

#### **2.4.1 Bauzeitenplan**

Bauzeitpläne beinhalten wichtige Termine zwischen den Vertragsparteien. Diese können Fertigstellungstermine, aber auch Übergabetermine sein und somit eine rechtliche Relevanz für alle Vertragsparteien haben.

Ein Bauzeitplan ist meist Bestandteil eines Werkvertrages zwischen AG und AN. Dieser dient jedoch nur zur Information über Fristen und Termine. Der Anhang eines Bauzeitplans alleine macht die Termine nicht zu einer vertraglich vereinbarten Bestimmung. Demnach müssen Fristen und Termine, sofern sie zwischen den Vertragsparteien fixiert werden sollten, sich auch in den besonderen Vertragsbestimmungen wiederfinden.

Dies gilt vor allem für pönalisierte Termine. Die Vertragsbestimmung über die Vertragsstrafe selbst macht Termine nicht automatisch zu vertraglich festgelegten Terminen. Um eine Vertragsstrafe für Termine im Bauzeitenplan geltend machen zu können, müssen diese explizit im Vertrag als solche ausgewiesen werden. Dasselbe gilt für Übergabetermine. Diese sind auch nicht durch das Anhängen eines Bauzeitplans vertraglich vereinbart, sondern erst durch die vertragliche Festlegung in den besonderen Bestimmungen im Bauvertrag oder den AGB zum Bauvertrag bzw. als eigene Bestimmung des Einzelvertrags.

#### **2.4.2 Generalunternehmerverträge als Bestandteil der Subunternehmerverträge**

Der GU sollte versuchen das Risiko, welches er vom AG durch den GU-Vertrag übertragen bekommt, an den SUB weiterzugeben. Der Anhang eines GU-Vertrages als Bestandteil des SUB-Vertrags hat nicht eine automatische Übertragung aller Vertragsinhalte und somit Risiken auf den SUB zur Folge. Auch wie in Kapitel 2.4.1 führt das Anführen des GU-Vertrags als Bestandteil des SUB-Vertrags nicht zu einer Übernahme der Vertragsbestimmungen aus dem GU-Vertrag. Der GU-Vertrag beschreibt das Vertragsverhältnis zwischen dem AG und dem GU und kann demnach auch nicht Vertragsbedingung zwischen GU und SUB sein.

Die Beigabe des ursprünglichen GU-Vertrags in den Vertragsunterlagen des SUB-Vertrags ist zwar möglich, dient allerdings lediglich der Information des SUB. Dabei werden vertraglichen Bestimmungen zwischen AG und GU dem SUB weitergegeben, was nur durch eine Zustimmung AG möglich ist.

Zwar sind die Vertragsbestimmungen des GU-Vertrags nicht automatisch Bestimmungen des SUB-Vertrags. Wenn Vertragsinhalte jedoch als Vertragsbestandteil ausdrücklich vereinbart wurden, ist es dennoch möglich einige Vertragsbestimmungen und somit Risiken auf den SUB zu übertragen. Dies wird als „Durchgängigmachen“ bezeichnet und beinhaltet die Verknüpfung des Vertrages.<sup>21</sup> Demnach werden Bestimmungen aus dem GU-Vertrag zu Bestimmungen des SUB-Vertrags. Dies geschieht indem diese Vertragsbestimmungen in den Vertrag zwischen GU und SUB ebenfalls aufgenommen werden.<sup>22</sup> Diese Überbindung der Vertragspflichten ist jedoch nur für den Teil der Leistung möglich, den der SUB übernimmt. Wird der SUB durch das „Durchgängigmachen“ des Vertrages um einiges schlechter gestellt, wird dieser benachteiligt.<sup>23</sup> Dies kann zur Sittenwidrigkeit der Vertragsklausel nach § 864a ABGB führen.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band 1: Rechtssicher planen und Verträge schließen. S. 23 Kapitel 4

<sup>22</sup> Vgl. Ebd.

<sup>23</sup> Vgl. Ebd.

<sup>24</sup> § 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.

## 2.5 Handlungsempfehlung

Neben den gesetzlichen Bestimmungen sollte der GU im Vertrag zwischen ihm und dem AG sein Augenmerk auf weitere vertraglich vereinbarte Bestimmungen legen. Vor allem die Regelungen des ABGB sind meist allen Vertragspartnern bekannt. Bestimmungen aus dem allgemeinen Zivilrecht sind jedenfalls Vertragsbestandteil, sofern einzelne Vertragsinhalte die gesetzlichen Bestimmungen nicht ändern. Aus diesem Grund sind es gerade die vorformulierten Vertragsinhalte, auf die ein Augenmerk gelegt werden soll. Denn daraus entstehen mögliche Haftungsfallen oder Risikoübertragungen, welche zuvor nicht bekannt sind. Besondere und Allgemeine Vertragsbestimmungen sowie AGB bilden demnach den riskanten Teil eines Vertrages und sollten genauestens begutachtet werden. Hier tut der GU gut daran anzusetzen und mögliche Folgen durch Bewusstseins-schaffung der vertraglichen Bedingungen zu vermindern. Ebenfalls können im Zuge der Vertragsverhandlungen Vertragsinhalte diskutiert und abgeändert werden.

Weiteres ist zu beachten, welche ÖNORMEN vereinbart wurden. Sind nur Normen mit technischem Inhalt Vertragsbestandteil oder auch rechtliche Normen und somit eventuell vorformulierte Vertragsbestandteile. Dabei ist wichtig, dass bei einer Vereinbarung der ÖNORM B 2110 auch automatisch weitere Normen vertraglich vereinbart werden (vgl. Pkt. 5.1.1 ÖNORM B 2110:2013). Auf die Gültigkeit dieser darf nicht vergessen werden.

Die Reihung der Vertragsbestandteile ist ebenfalls zu beachten. Kommt es zu Widersprüchen zwischen den Vertragsinhalten der rechtlichen Bestandteile oder zwischen Plänen und dem Leistungsverzeichnis, legt diese Reihung fest, welcher Bestandteil bei Widerspruch gültig ist.

Risiken aus dem GU-Vertrag sollte der GU auf den SUB übertragen. Dies geschieht durch das „Durchgängigmachen“ von Vertragsbestimmungen von einem zum anderen Vertrag. Durchgängigmachen bedeutet nicht einfach anhängen, denn die Tatsache, dass ein GU-Vertrag Bestandteil eines SUB-Vertrages ist, bedeutet nicht, dass auch die Vertragsbestandteile für den SUB gelten. Der GU-Vertrag als Bestandteil des SUB-Vertrags dient nur zur Information. Um das Risiko des GU auf den SUB übertragen zu können, müssen die Vertragsbestimmungen des GU-Vertrags in den SUB-Vertrag aufgenommen werden. Sei es durch die Aufnahme der Bedingung in den AGB oder den besonderen Vertragsbestimmungen. Eine Überbindung der Vertragspflichten darf nur für den Teil der Subleistung erfolgen. Darüberhinausgehende Risikoübertragung wäre sittenwidrig.

Auch Bauzeitpläne sind oftmals Bestandteile des Vertrages, dienen jedoch nur der Information über Fristen und Termine. Um Endfertigstellungstermine, Zwischentermine oder Starttermine, sowie Fristen oder Übergabetermine vertraglich festzulegen, müssen diese in den Vertragsbestimmungen explizit ausgewiesen werden.

Als Überblick über die Vertragsbestandteile bzw. einzuhaltenden Gesetze dient die Darstellung in Bild 2.3.

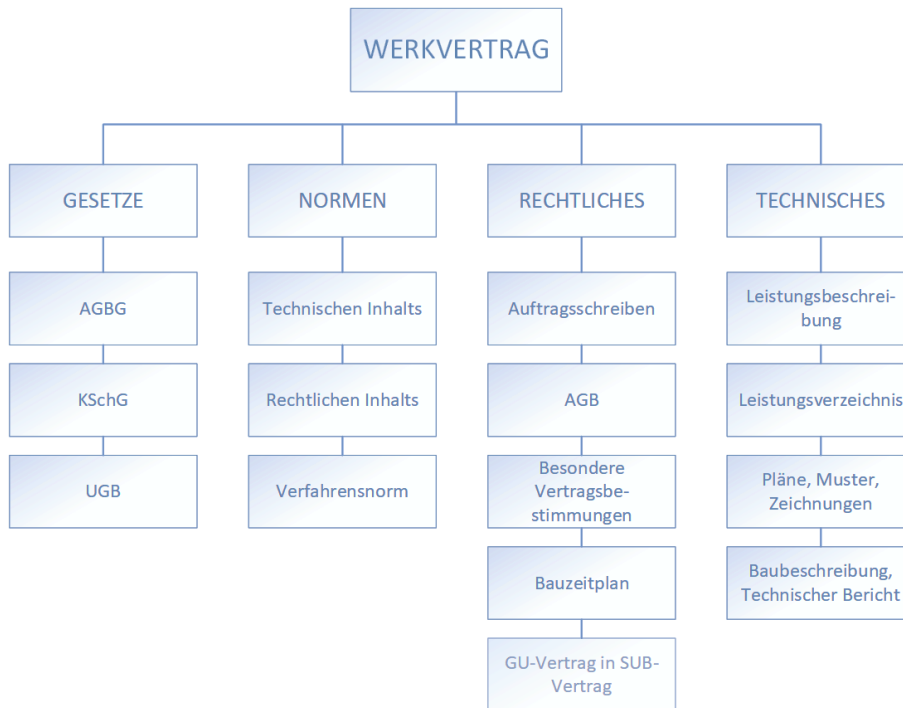


Bild 2.3 Überblick der relevanten Gesetze und Vertragsbestandteile

### 3 Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafe, auch Konventionalstrafe genannt, ist die Folge einer Zuwiderhandlung eines bestehenden Vertrages, resultierend aus der Nichterfüllung oder schlechten Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen.<sup>25</sup>

In diesem Kapitel geht es um Konventionalstrafen aufgrund eines Terminverzuges (Pönale). Eine Verspätung bei der Fertigstellung des Leistungsziels bedeutet eine Schlechterfüllung des Vertrages und eine Nichterfüllung von Teilen der Leistung. Etwaiger Schaden, welcher durch den Verzug entsteht, kann durch einen vorpauschalierten Schadenersatz<sup>26</sup>, demnach Vertragsstrafe, geltend gemacht werden.

Die Pönale ist kein verpflichtender Bestandteil eines Vertrages und deshalb Teil der Nebenabrede zwischen den Vertragsparteien. Ob und in welcher Höhe eine Konventionalstrafe vorgesehen ist, muss demnach gesondert vereinbart werden.

Wird eine Vertragsstrafe auf einzuhaltende Fristen determiniert, müssen auch diese Start- und Fertigstellungstermine vertraglich festgelegt werden. Neben den Daten des Fristbeginns und des Fristendes können auch Zwischentermine relevant für die Vertragsstrafe sein.

#### 3.1 Vertragstext

In den nachfolgenden Absätzen werden anhand von zwei fiktiven Verträgen mögliche Vertragsklauseln im Zusammenhang mit Vertragsstrafen vorgestellt. Der Generalunternehmervertrag in Absatz 3.1.1 beschreibt das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber (AG) und Generalunternehmer (GU) und einem Subunternehmervertrag Absatz 3.1.2 zwischen GU und Subunternehmer (SUB).

Durch die Möglichkeit der Übertragung der Leistung an Erfüllungsgehilfen entsteht eine Vertragskette (siehe Bild 3.1). Diese kann, je nach Anzahl der Weitergabe von ganzen Leistungen oder Teilleistungen, in die Länge gezogen werden.

Aufgrund der Vielfalt an Subunternehmern und deren unterschiedliche ausgehandelten Bedingungen ergeben sich üblicherweise immer wieder neue Verträge. Hierbei wird jedoch angenommen, dass alle Erfüllungsgehilfen den gleichen Vertrag bekommen.

<sup>25</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 23 Vgl. dazu auch § 1336 Abs 1 ABGB

<sup>26</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 23





Bild 3.1 Vertragskette bei Vertragsstrafen

### 3.1.1 Generalunternehmervertrag

Der Generalunternehmer wird im nachfolgenden Text Auftragnehmer (AN) genannt.

1.1 Gemäß Bauzeitplan A.1 werden folgende Termine als pönalisiert vereinbart:

- 02.11.2018 – Abgabe Vorabzugspläne
- 04.01.2019 – Abgabe Ausführungspläne
- 18.02.2019 – Baubeginn
- 13.05.2019 – Beginn Ausbau
- 21.06.2019 – Fertigstellung Rohbau
- 15.11.2019 – Fertigstellung Gebäude + Außenanlagen

1.2 Eine Vertragsstrafe fällt an, sobald es zum Verzug und somit zu einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Termine kommt. Alle in weiterer Folge während des Bauablaufes vereinbarten Termine seitens des Auftraggebers oder der Örtlichen Bauaufsicht (ÖBA) gelten als pönalisiert. In Baubesprechungen protokollierte Termine sind, sofern nicht ausdrücklich gekennzeichnet, keine Pönaltermine.

1.3 Bei, aufgrund eines vorangegangenen Verzugs, verschobenen Terminen bleibt die Vertragsstrafenregelung aufrecht, wobei bereits entstandene Ansprüche auf Vertragsstrafen bestehen bleiben.

1.4 Gerät der AN mit dem Endfertigstellungstermin am 15.11.2019 in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.

1.5 Gerät der AN mit dem Beginnstermin am 18.02.2019 und/oder den vertraglich vereinbarten Zwischenterminen gemäß Ziffer 1.1 in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.

- 1.6 *Eine verwirkte Vertragsstrafe kann vom AG, auch wenn sie bei der Übernahme nicht vorbehalten worden ist, bis zur Fälligkeit der Schlusszahlung geltend gemacht werden.*
- 1.7 *Dem AG bleibt es vorbehalten, einen der Vertragsstrafe übersteigenden Schaden vom AN nach den Vertragsgrundlagen und den geltenden Rechtsvorschriften zu verlangen. Die bereits geltend gemachte Pönale wird auf den Schadenersatzanspruch angerechnet.*
- 1.8 *Dem AN obliegt der Beweis, dass Fristüberschreitungen, die gemäß den vorhergegangenen Absätzen eine Vertragsstrafe zur Folge haben können, nicht in seiner Sphäre liegen.*
- 1.9 *Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 % der Bruttopauschal-auftragssumme begrenzt.*

### **3.1.2 Subunternehmervertrag**

Der Subunternehmervertrag besteht zwischen GU und SUB. Somit wird im nachfolgenden Text der Subunternehmer zum AN und der GU zum AG.

- 1.1 *Primär gelten die im Gesamtbauzeitplan vereinbarten Ausführungsfristen bzw. definierten Termine (etwaige Änderungen von Seiten des Bauherrn vorbehalten).*
- 1.2 *Ergänzend wird zu den Ausführungsfristen angeführt, dass diese Fristen gemäß Ziffer 1.1 des Generalunternehmervertrags übernommen werden und die Beginn- und Zwischentermine sowie Endfertigstellungstermine gemäß Generalunternehmervertrag einen integrierenden Bestandteil auch dieses Subunternehmervertrags bilden.*
- 02.11.2018 – Abgabe Vorabzugspläne
  - 04.01.2019 – Abgabe Ausführungspläne
  - 18.02.2019 – Baubeginn
  - 13.05.2019 – Beginn Ausbau
  - 21.06.2019 – Fertigstellung Rohbau
  - 15.11.2019 – Fertigstellung Gebäude + Außenanlagen
- 1.3 *Der AN hat gemäß vertraglicher Bestimmung (Generalunternehmervertrag) mit der Ausführung zu beginnen (Beginnstermin). Gerät der AN mit dem Beginnstermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Bruttopauschal-auftragssumme zu zahlen.*

1.4 Gerät der AN mit dem Endfertigstellungstermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Bruttopauschalaufttragssumme zu zahlen.

1.5 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 % der Bruttopauschalaufttragssumme begrenzt.

### 3.2 Gesetzeslage zu Vertragsstrafen

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch sieht eine Vertragsstrafe nicht als verpflichtende Bedingung des Vergütungsvertrages vor. Auftraggeber sehen die Vereinbarung der Vertragsstrafe als Mittel an, um die übernommenen Verpflichtungen des Auftragnehmers verstärken und daraufhin Druck ausüben zu können.<sup>27</sup>

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

Die Vertragsstrafe laut § 1336 ABGB kann als Pönale verstanden werden:

Vertragsstrafe = Pönale

*„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. 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.“<sup>28</sup>*

Satz 1 von § 1336 Abs. 1 ABGB befasst sich mit der Schlecht- oder Nichterfüllung des Vertrages. Der Nachteil, der seitens des Auftraggebers durch die Vertragsverletzung entsteht, kann durch eine Konventionalstrafe abgegolten werden. Dies kann in Form von Geld oder anderen Beträgen erfolgen.

Die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit entspricht dem Verzug von Terminen und somit Überschreitungen der Fristen. Laut § 1336 Abs. 1 ABGB kann, neben der Fertigstellung der Leistung, auch die Pönale gefordert werden. Dies bedeutet, dass die Zahlung einer Vertragsstrafe den AN nicht von seiner Schuld, nämlich der Erfüllung der Leistung, befreit.

Des Weiteren sieht das ABGB vor, dass im Falle eines über die Pönale hinausgehenden Schadens ein Schadenersatzanspruch durch den AG geltend gemacht werden kann.<sup>29</sup> Dies beruht auf der Gegebenheit, dass die Konventionalstrafe als eine Vorauspauschalierung des Schadens<sup>30</sup>

Rechtsprechung  
Vorauspauschalierung des Schadens

<sup>27</sup> KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 472

<sup>28</sup> § 1336 Abs 1 ABGB

<sup>29</sup> Vgl. § 1336 Abs 3 ABGB

<sup>30</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 23

angesehen werden kann. Die Höhe des tatsächlich eintretenden Schadens ist bei der Vereinbarung solcher Bestimmungen noch nicht bekannt.<sup>31</sup> Trotz der Absicht, mit diesen Vertragsstrafenbedingungen Nachteile seitens des Auftraggebers minimieren zu wollen, ist für die Fälligkeit einer Pönale der Eintritt eines gegenständlichen Schadens nicht erforderlich.<sup>32</sup>

Das Verschulden einer Vertragsverletzung hat ebenfalls eine Bedeutung für die Art der Vertragsstrafenregelung. Unterschieden wird in verschuldensabhängige und verschuldensunabhängige Konventionalstrafen.<sup>33</sup> Im Zweifelsfall ist nach *Karasek* immer von einer verschuldensabhängigen Vertragsstrafe auszugehen. Dies bedeutet, dass die Schuld, einen Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt zu haben, in der Sphäre des Nichterfüllenden liegen muss, um eine Pönalforderung stellen zu können. Bei verschuldensunabhängigen Vertragsstrafen ist dies nicht der Fall. Der Umstand der Nicht- oder Schlechterfüllung muss jedoch, trotz Unverschulden, ebenfalls vom Vertragsstrafenschuldner ausgegangen sein.<sup>34</sup> Der Unschuldsbeweis bei Verzug liegt in der Sphäre des Auftragnehmers.<sup>35</sup>

verschuldensabhängig -  
verschuldensunabhängig

Liegt das Verschulden der Vertragsverletzung bei einem Erfüllungsgehilfen, haftet der AG für seinen Vertreter, obgleich Unschuld besteht.<sup>36</sup> Hat der Subunternehmer den Verzug zu verantworten, kann die Pönalforderung, seitens des Auftraggebers, dennoch an den AN gerichtet werden.

Gehilfenhaftung

Die Handhabung der Vertragsstrafe laut ÖNORM B 2110:2013 lehnt sich, neben eigenen Bestimmungen, an das ABGB sowie an gültige Rechtsprechungen an. Somit hat der AG nur Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe, wenn der AN in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen (SUB) den Verzug nicht verschuldet haben. Bei ÖNORM-Verträgen kann demnach eine verschuldensunabhängige Pönale nicht Bestandteil des Vertrages sein.<sup>37</sup>

ÖNORM B 2110:2013

Als Grenzwert und somit gegensätzlich zur Gesetzeslage, welche keine Limitierung vorsieht, legt die ÖNORM eine 5%ige Vertragsstrafe vor. Basis der Konventionalstrafenberechnung ist die ursprüngliche Auftragssumme. Wurde die gesamte Leistung unterteilt, wird auch die Pönalforderung auf Basis der Teilsumme berechnet.<sup>38</sup> Teilleistungen müssen als

Begrenzungen der Pönale

<sup>31</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 473 Vgl. dazu auch OGH 9 Ob A 346/89; 1 Ob 642/92; 9 Ob A 187/93w; 1 Ob 58/98f; 1 Ob 105/99v

<sup>32</sup> Vgl. Ebd.

<sup>33</sup> Vgl. a.o.O. S. 476

<sup>34</sup> Vgl. a.o.O. S. 476f Vgl. dazu auch OGH 1 Ob 558/79; 1 Ob 725/80; 1 Ob 566/88; 1 Ob 58/98; 1 Ob 725/80

<sup>35</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 476 Vgl. dazu auch OGH 1 Ob 725/80; 1 Ob 725/80

<sup>36</sup> Vgl. § 1313a ABGB

<sup>37</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S.26 Pkt.6.5.3.1

<sup>38</sup> Vgl. a.o.O. S. 26f Pkt.6.5.3.2f

selbständige oder abgrenzbare Teile von der Gesamtleistung erkennbar sein oder sie werden vertraglich vereinbart.<sup>39</sup> Ein räumlich getrennter Bereich mit gleicher Leistungsart ist ein abgrenzbarer Abschnitt.<sup>40</sup> Selbständige Teilleistungen liegen vor, wenn sie ohne eine andere vereinbarte Leistung ordnungsgemäß genutzt werden können.<sup>41</sup>

Die vereinbarten Pönalregelungen bleiben laut ÖNORM B 2110:2013 auch bei neu vereinbarten Terminen bestehen, sofern diese ausdrücklich als „pönalisiert“ ausgewiesen und festgehalten werden. Dies gilt auch für Fristen, welche während der Bauphase in einer Baubesprechung festgelegt und somit nicht explizit vertraglich vereinbart werden.<sup>42</sup>

Die Höhe der Vertragsstrafe wird nach Kalendertagen berechnet und vermindert, als Forderung seitens des Auftraggebers, den Gesamtpreis.<sup>43</sup> Dies bedeutet, dass bei Rechnungslegung der Betrag der Vertragsstrafe vom AG eingefordert werden kann.<sup>44</sup>

Laut ÖNORM B2110:2013 Punkt 12.3.2 ist ein Schaden, welcher die Vertragsstrafenbegrenzung übersteigt, nur zu ersetzen, wenn dieser durch grobe Fahrlässigkeit oder vorsätzlich entstanden ist. Diese ÖNORM-Regelung begünstigt die Seite des Auftragnehmers. Wie schon zuvor erwähnt, ist laut ABGB der übersteigende Schaden bei Verschulden jedenfalls, somit auch bei leichter Fahrlässigkeit, zu zahlen.<sup>45</sup>

Vertragsstrafenregelungen dienen nach *Karasek* zur rechtmäßigen Erfüllung des Vertrages. Das Ende solcher Regelungen wird vertraglich vereinbart und meist mit der tatsächlichen Fertigstellung der Leistung festgelegt. Ist der Fertigstellungstermin gleichzeitig der letzte Pönaltermin und somit Endtermin der Pönalregelungen, endet die Vertragsstrafe nach Einhaltung dieses Termins. Wurde vertraglich keine Frist vereinbart und ist auch das Ende der Leistungsfrist nicht genau bestimmbar, ist jedenfalls die Übernahme der Leistung als Ende jeglicher Vertragsstrafenregelungen anzusehen.<sup>46</sup>

Wird die Leistung aufgrund von Mängeln nicht übernommen, unterscheiden sich hierbei ABGB-Verträge von den ÖNORM-Verträgen. Weist die Leistung geringfügige Mängel auf, kann der AG laut ÖNORM B 2110:2013 Punkt 10.5.1 die Übernahme nicht verweigern.<sup>47</sup> Bei ABGB-Verträgen

Berechnung der Pönale  
Schadenersatzansprüche

Rechtsprechung

Ende der Vertragsstrafenregelung

Mangelhafte Leistung

<sup>39</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 485

<sup>40</sup> Vgl. Ebd.

<sup>41</sup> Vgl. Ebd.

<sup>42</sup> Vgl. ÖNORM B2110:2013 S. 26 Pkt. 6.5.3.1

<sup>43</sup> Vgl. Ebd.

<sup>44</sup> Vgl. Ebd.

<sup>45</sup> Vgl. a.o.O. S. 42 Pkt. 12.3.2

<sup>46</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 477

<sup>47</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S. 38 Pkt. 10.5.1

spielt die Gewichtigkeit eines Mangels hingegen keine Rolle bei der Verweigerung der Abnahme einer Leistung.<sup>48</sup>

Die vorzeitige Benutzung einer Leistung durch den AG oder Dritte führt nach ÖNORM B 2110:2013 bei vorheriger Erklärung nicht zur Übernahme.<sup>49</sup> Ständige Rechtsprechungen gehen dabei jedoch von einem Widerspruch zwischen Willensäußerung und Verhalten aus, was zu einem Fristende für Vertragsstrafenregelungen führt.<sup>50</sup>

Das richterliche Mäßigungsrecht ist ein verpflichtender Bestandteil bei Vertragsstrafenregelungen und kann nicht abbedungen werden. Auch bei ÖNORM-Verträgen kann das richterliche Mäßigungsrecht, nach Punkt 6.5.3.1 ÖNORM B 2110:2013, nicht ausgeschlossen werden. § 1336 Abs. 2 ABGB sagt:

*„In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen.“<sup>51</sup>*

Richterliches Mäßigungsrecht

### 3.3 Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen

Der in den fiktiven Verträgen in Kapitel 3.1 vereinbarte Prozentsatz der Vertragsstrafe ist von der Höhe der Auftragssumme abhängig. Die dabei entstehende Problematik wird nachfolgend anhand zweier fiktiver Beispiele erläutert. Im ersten Beispiel wird die gesamte Leistung an den Subunternehmer weitergegeben, wohingegen im Zweiten die Leistung unter mehrere Subunternehmer aufgeteilt wird.

#### 3.3.1 Unterschiedliche Auftragssummen bei Weitergabe der gesamten Leistung (Beispiel 1)

Der Generalunternehmer wird mit einem Projekt in der Höhe von € 10.000.000,- beauftragt. Diese Bruttopauschalauftragssumme beinhaltet eine Beaufschlagung des GU-Zuschlags, welcher den zusätzlichen Koordinierungsaufwand eines Generalunternehmers abdecken soll. Der GU-Zuschlag wird in diesem Beispiel mit 10 % angenommen.

Der GU entschließt sich die gesamte Leistung an einen Subunternehmer weiter zu geben und beauftragt ihn mit einer Summe von € 9.000.000,-. Diese Auftragssumme setzt sich aus Bruttopauschalauftragssumme zwischen AG und GU minus GU-Zuschlag zusammen, demnach

<sup>48</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 477

<sup>49</sup> Vgl. ÖNORM B 2110: 2013 S. 37 Pkt. 9

<sup>50</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 477

<sup>51</sup> § 1336 Abs. 2 ABGB

€ 10.000.000,- weniger 10%. In Bild 3.2 sind die Auftragssummen zwischen den Vertragspartnern dargestellt.



Bild 3.2 Auftragssummen Beispiel 1

Die vertraglich vereinbarten Termine für die Herstellung der Leistung sind dem Punkt 1.1 des GU-Vertrages und dem Punkt 1.2 des SUB-Vertrages zu entnehmen:

*1.1 Gemäß Bauzeitplan A.1 werden folgende Termine als pönalisiert vereinbart:*

- 02.11.2018 – Abgabe Vorabzugspläne
- 04.01.2019 – Abgabe Ausführungspläne
- 18.02.2019 – Baubeginn
- 13.05.2019 – Beginn Ausbau
- 21.06.2019 – Fertigstellung Rohbau
- 15.11.2019 – Fertigstellung Gebäude + Außenanlagen

*1.2 Ergänzend wird zu den Ausführungsfristen angeführt, dass diese Fristen gemäß Ziffer 1.1 des Generalunternehmervertrags übernommen werden und die Beginn- und Zwischentermine sowie Endfertigstellungstermine gemäß Generalunternehmervertrag einen integrierenden Bestandteil auch dieses Subunternehmervertrags bilden.*

- Termine siehe oben!

Im Zuge der Bauarbeiten kommt es kurz vor der Fertigstellung zu einer Leistungsstörung seitens des Subunternehmers und somit zu einem Verzug. Der Fertigstellungstermin kann nicht eingehalten werden. Die Fristüberschreitung beträgt zwei Arbeitstage. Der Fertigstellungstermin Gebäude + Außenanlagen verschiebt sich somit auf den 19.11.2019, demnach um vier Kalendertage.

Jegliches Verschulden des Erfüllungsgehilfen fällt in die Sphäre des Generalunternehmers. Somit hat der AN einen Verzug von seinem Subunternehmer gegenüber dem AG zu verantworten.

Die vereinbarte Vertragsstrafenregelung laut Generalunternehmervertrag Kapitel 3.1.1 besagt:

*1.4 Gerät der AN mit dem Endfertigstellungstermin am 15.11.2019 in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.*

Der Vertragsstrafensatz pro überzogenen Tag für den Verzug des Endtermins beträgt € 20.000,-. Für vier Kalendertage steigt die Pönalforderung gegenüber dem GU auf € 80.000,-.

Dieselbe Vertragsstrafenregelung ist auch Bestandteil des Subunternehmervertrags aus Kapitel 3.1.2:

*1.4 Gerät der AN mit dem Endfertigstellungstermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.*

Durch den Wegfall des GU-Zuschlages bei der Weitergabe der Gesamtleistung an einen Subunternehmer ergibt sich eine geringere Auftragssumme. Die Bruttoauftragssumme des Erfüllungsgehilfen beträgt nur € 9.000.000,-.

Die Abhängigkeit der Vertragsstrafe von der Bruttopauschalauftragssumme hat hier einen geringeren Pönalsatz zur Folge. Der GU kann gegenüber seinem Subunternehmer ebenfalls nur die 0,2 % der Auftragssumme geltend machen. Die Pönalforderung pro Kalendertag von 0,2 % beträgt € 18.000,- und für den Gesamtverzug somit € 72.000,-.



Bild 3.3 Pönalforderungen Beispiel 1

Kommt es zum Einbehalt der Pönale seitens des Auftraggebers und fordert der GU daraufhin die Vertragsstrafe auch von seinem Subunternehmer ein, bleibt eine Differenz von € 2.000,- pro überzogenem Kalendertag. Diese Differenz kann der GU nicht in Form einer Pönale gegenüber seinem SUB geltend machen. Bei einem Verzug von vier Tagen bleiben € 8.000,- unvergütet und sind somit Verluste des Generalunternehmers. In Bild 3.3 ist die Problematik mit den Pönalforderungen, welche sich aus der Vertragskette ergibt, anhand einer Grafik dargestellt.



### 3.3.2 Unterschiedliche Auftragssummen bei Weitergabe der Leistung an mehrere Subunternehmer (Beispiel 2)

Wie in 3.3.1 Beispiel 1 beträgt die Bruttopauschalauftragssumme zwischen AG und GU ebenfalls € 10.000.000,- inklusive 10 % GU-Zuschlag. Das Leistungspaket wird jedoch in weiterer Folge in drei gleich große Teile geteilt und an Subunternehmer vergeben.

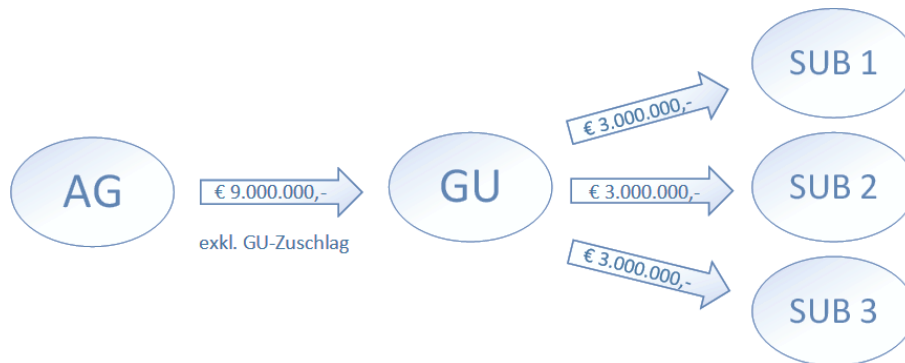


Bild 3.4 Auftragssummen Beispiel 2

Wie in Bild 3.4 ersichtlich werden drei Subunternehmer mit je € 3.000.000,- beauftragt. Mit jedem Erfüllungsgehilfen werden die in Punkt 3.1.2 festgehaltenen Vertragsstrafenregelungen vereinbart.

Während der Bauphase kommt es zu Problemen und SUB 2 kann seine Leistung nicht rechtzeitig erbringen. Der Zwischentermin „Fertigstellung Rohbau“ kann nicht eingehalten werden. Auf Nachdruck wird der Rohbau am 28.06.2019 fertig gestellt.

SUB 1 und SUB 3 erbrachten das im Vertrag vereinbarte Leistungsziel rechtzeitig. Die Verzögerung und somit Überschreitung der Frist wurde nicht von diesen beiden Subunternehmern verursacht, sondern liegt alleine in der Sphäre des SUB 2. Wie auch in 3.3.1 Beispiel 1 unterliegen alle Subunternehmer der Verantwortung des Generalunternehmers gegenüber dem AG.

Eine Fertigstellung des Rohbaus am 29.06.2019 entspricht einer Verzögerung von fünf Arbeitstagen. Die Vertragsstrafe wird auf Basis der überzogenen Kalendertage berechnet, demnach sieben Kalendertage.

Bei einer Woche Verzug kann der GU laut Subunternehmervertrag (SUB-Vertrag 3.1.2) von seinem Subunternehmer, hier SUB 2, eine Pönale in der Höhe von 0,1 % pro Kalendertag von der Auftragssumme fordern:

- 1.3 Der AN hat gemäß vertraglicher Bestimmung (Generalunternehmervertrag) mit der Ausführung zu beginnen (Beginnstermin). Gerät der AN mit dem Beginnstermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.*

Der Pönalsatz pro Tag wäre in diesem Fall € 3.000,- und für die überzogene Woche € 21.000,-.

Die Überschreitung eines wichtigen Zwischenziels hat auch einen Einbehalt der Pönale seitens des Auftraggebers zur Folge. Der Vertragsstrafensatz pro Tag im Generalunternehmervertrag ist mit 0,1 % der Bruttopauschalenauftragssumme der gleiche, wie im SUB-Vertrag:

*1.5 Gerät der AN mit dem Beginnstermin am 18.02.2019 und/oder den vertraglich vereinbarten Zwischensterminen gemäß Ziffer 1.1 in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Bruttopauschalenauftragssumme zu zahlen.*

Je Kalendertag Verzug ergibt dies eine Pönalforderung von € 10.000,-. Insgesamt kann der AG eine Vertragsstrafe in der Höhe von € 70.000,- einbehalten. In Bild 3.5 sind die Pönalforderungen zwischen den Parteien dargestellt.



Bild 3.5 Pönalforderungen Beispiel 2

Aufgrund der differenzierenden Vertragsstrafenforderungen zwischen den Parteien ergibt sich eine Mehrzahlung durch den GU an den AG. Die Abhängigkeit der Pönalsätze von der Bruttopauschalenauftragssumme spielt in diesem Spezialfall eine große Rolle. Höhere Auftragssummen führen zu einem höheren Pönalsatz, den der AG gegenüber dem GU geltend machen kann. Der GU kann diese Differenz von seinem SUB nicht in Form einer Pönale in gleicher Höhe einfordern, da die Subleistung nur ein Teil der Gesamtleistung ist und somit die Auftragssumme dementsprechend niedriger ist.

Dies weist auf ein sehr hohes Risiko hin, welches bei der Weitergabe von Teilleistungen besteht. Kommt es zu einem schuldhaften Verzug von nur einem der Erfüllungsgehilfen, entsteht automatisch eine Differenz zwischen den Pönalforderungen, welche dem Verlust des Generalunternehmers zuzurechnen ist.

### 3.4 Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen

Das Risiko des Einbehalts der Pönale kann einerseits durch bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen und andererseits durch gesetzliche Bestimmungen minimiert oder gar verhindert werden. Die Minderung von Folgen einer Vertragsstrafe und insbesondere die Minimierung der Vertragsstrafe kann auch durch Anpassungen im Vertrag erreicht werden. Die nachfolgend betrachteten Maßnahmen ergeben eine Verminderung der Folgen auf der Seite des Generalunternehmers und senken das Risiko des Auftraggebers oder Subunternehmers nicht.

#### 3.4.1 Vertragliche Änderungen

Vertragliche Änderungen ergeben sich aus den Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien. Dabei sollte auf ein ausgeglichenes Risikoverhältnis abgezielt werden.

Vertragliche Änderungen im GU-Vertrag können während den Vertragsverhandlungen zwischen der AG und GU vorgenommen werden. Für SUB-Verträge werden Vertragsbestimmungen zwischen GU und SUB ausverhandelt. Die Maßnahmen zu Risikominimierung setzen voraus, dass ein Übereinstimmen beider Vertragsparteien bei der Ausverhandlung der Vertragsbestimmungen herrscht. Darauffolgend wird auf mögliche Änderungen eingegangen.

##### 3.4.1.1 Erhöhung der Pönalsätze im Subunternehmervertrag

Wird davon ausgegangen, dass der Generalunternehmervertrag ausverhandelt ist und sich die Pönalsätze nicht mehr ändern, kann im Subunternehmervertrag über diese verhandelt werden. Für die Risikominimierung seitens des Generalunternehmers wäre es von Vorteil, die Prozentsätze der Vertragsstrafe gegenüber dem Subunternehmer zu erhöhen. Diese Maßnahme hat zur Folge, dass, im Falle eines Verzuges des Subunternehmers, die Pönalsätze pro überzogenem Kalendertag prozentuell höher sind. Daraus ergibt sich im Endeffekt eine höhere Pönalforderung an den SUB und diese wiederum schmälert die Differenz gegenüber der Pönalforderung des Auftraggebers. Die Mehrbezahlung durch den GU sinkt und verringert den Verlust. Ob ein Verlust zur Gänze verhindert werden kann, liegt an der Ausverhandlung der Pönalsätze.

##### Erhöhung des Strafsatzes in Beispiel 1:

Für Beispiel 1 aus Kapitel 3.3.1 wird im Subunternehmervertrag ein höherer Vertragsstrafensatz ausgehandelt, von 0,2 % auf 0,222 % der Bruttopauschaltauftragssumme pro Kalendertag.

1.4 Gerät der AN mit dem Endfertigstellungstermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,222 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.

Bei einer Auftragssumme von € 9.000.000,- ergibt diese Änderung im neu verhandelten SUB-Vertrag eine Pönalforderung je überzogenem Tag von € 20.000,-, demnach € 2.000,- mehr als bei gleichbleibendem Pönalsatz. Auf den Verzug von vier Tagen gerechnet, beträgt die Gesamtforderung gegenüber dem SUB € 80.000,-.

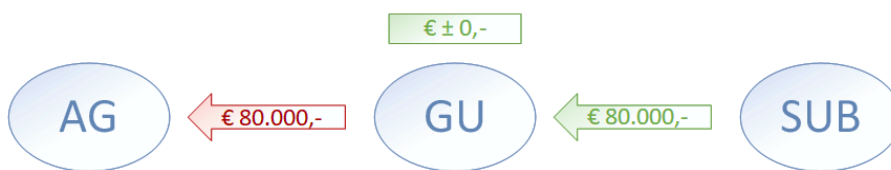


Bild 3.6 Erhöhung des Strafsatzes Beispiel 1

Wie in Bild 3.6 ersichtlich, gleichen sich die Pönalforderungen aufgrund dieser Vertragsänderung im Subunternehmervertrag aus und der Verlust für den GU ist gleich Null. Beide Parteien, AG und GU, behalten € 80.000,- ein.

#### Erhöhung des Strafsatzes in Beispiel 2:

Die Vergabe mehrerer Teilleistungen an unterschiedliche Subunternehmer hat geringere Auftragssummen zur Folge. Um hier den Verlust ausgleichen zu können, würde einen weitaus höheren Vertragsstrafensatz erfordern, als im Generalunternehmervertrag ausgehandelt wurde.

Für das Beispiel 2 aus Kapitel 3.3.2 wird der Prozentsatz pro Kalendertag zwar nicht auf ein ausgleichendes Niveau, aber dennoch auf 0,3 % erhöht.

1.3 Der AN hat gemäß vertraglicher Bestimmung (Generalunternehmervertrag) mit der Ausführung zu beginnen (Beginntermin). Gerät der AN mit dem Beginntermin in Verzug, hat er für jeden Werktag der Fristüberschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Bruttopauschalauftragssumme zu zahlen.

Die neu errechnete Pönale je überzogenen Tag auf Basis des neu verhandelten SUB-Vertrages ergibt € 9.000,-. Der dreifache Vertragsstrafensatz führt bei dem Verzug von einer Woche zu einer Pönalforderung seitens des Generalunternehmers von € 63.000,-.

Bei Gegenüberstellung der Pönalforderung vom AG von € 70.000,- und der Forderung vom GU gegenüber seinem Erfüllungsgehilfen ist ersichtlich, dass sich durch die Erhöhung des Strafsatzes die Differenz verringert hat. Der Verlust seitens des Generalunternehmers vermindert sich somit auf € 7.000,-. Diese Auswirkungen werden in Bild 3.7 dargestellt.



Bild 3.7 Erhöhung des Strafsatzes Beispiel 2

Um ein ausgeglichenes Forderungsverhältnis zu erhalten, müsste die Pönale auf 0,333 % pro überzogenen Kalendertag erhöht werden. Daraus würde sich dieselbe Vertragsstrafe von € 70.000,-, die der AG vom GU fordert, für den SUB ergeben. Dies sollte im besten Fall auch durch die Vertragsverhandlung erreicht werden. Das Problem welches hierbei jedoch entsteht ist, dass bei einer Aufteilung der Leistung und den geringeren Auftragssummen der SUB die Prozentsätze der Pönale um einiges erhöht werden müssten, um dieses ausgleichende Niveau zu erreichen. Wie in diesem Beispiel ersichtlich reicht eine 300 %ige Steigerung des Pönalsatzes im SUB-Vertrag noch immer nicht aus, um die Pönalforderungen ausgleichen zu können. Je nach Verhandlungsstrategie und vor allem Verhandlungspartner, in diesem Fall Subunternehmer, stellt sich heraus, ob eine derartige Steigerung der Pönalsätze möglich ist.

### 3.4.1.2 Begrenzung der Pönale im Subunternehmervertrag

Das allgemeine Zivilrecht sieht grundsätzlich keine Begrenzung bei Vertragsstrafen vor. In den fiktiven Verträgen aus Kapitel 3.1.1 GU-Vertrag und 3.1.2 SUB-Vertrag wurde das Maximum der Pönale jedoch in Anlehnung auf die ÖNORM B 2110:2013 auf 5 % der Bruttopauschalauftagssumme ausgehandelt.

*1.9 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt 5 % der Bruttopauschalauftagssumme begrenzt. (Nr. 1.5 im SUB-Vertrag)*

Da die ÖNORM B 2110:2013 keine verpflichtende Norm ist, kann diese Beschränkung im Subvertrag höher angesetzt werden. Dies führt dazu, dass im Falle eines schwerwiegenden Verzugs, jedoch bei gleichbleibenden Pönalsätzen, die Strafzahlungen länger als der AG gegenüber dem GU geltend gemacht werden können.

Ziel dieser und der vorangegangenen Maßnahme aus Kapitel 3.4.1.1 ist, die Differenz zwischen den Pönalforderungen der Parteien zu schmälern. Nachfolgend wird das Risiko des Generalunternehmers aus Kapitel 3.3.1 Beispiel 1 minimiert.

### Begrenzung der Pönale im SUB-Vertrag in Beispiel 1:

Die 5 %ige Begrenzung der Vertragsstrafe im Generalunternehmervertrag und im Subunternehmervertrag hat aufgrund der unterschiedlichen Auftragssummen eine voneinander abweichende Maximalsumme der Pönalforderung zur Folge. Somit liegt diese bei € 500.000,- seitens des Auftraggebers und bei „nur“ € 450.000,- zwischen GU und SUB. Diese Grenze der Vertragsstrafen wird in beiden Vertragsbeziehungen nach 25 Kalendertagen Verzug erreicht. Aus den unterschiedlichen Auftragssummen ergibt sich eine Differenz von € 50.000,-.

Bei einer Erhöhung des Vertragsstrafenmaximums im Subunternehmervertrag auf 10 % der Bruttopauschalauftragssumme ergibt sich eine mögliche Pönalforderung seitens des Generalunternehmers von € 900.000,-. Um dies gesamt mögliche Pönale fordern zu können, müsste sich der Fertigstellungstermin um 50 Kalendertage verzögern. Tritt eine derartige Verzögerung ein, kann der GU € 400.000,- mehr gegenüber dem SUB als der AG gegenüber dem GU geltend machen. Zur Verdeutlichung wird dieses Beispiel in Bild 3.8 dargestellt.

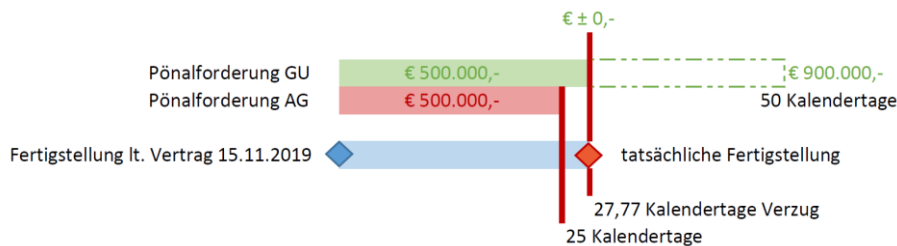


Bild 3.8 Begrenzung der Pönale Beispiel 1

Um einen Ausgleich zwischen den Pönalforderungen zu erhalten, müsste ein Verzug von 27,77 Kalendertagen eintreten. Über den Tag 25 hinaus kann der AG keine Vertragsstrafe mehr geltend machen, da das Maximum der Pönale erreicht ist. Der GU hingegen kann die Vertragsstrafe noch weitere 25 Tage, bzw. 2,77 Tage bis zum Pönalforderungsausgleich, verlangen.

### **3.4.2 Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen**

Wie in Punkt 3.2 erläutert, muss ein schuldhafter Verzug einer Leistung seitens des Generalunternehmers und in weiterer Folge des Subunternehmers aufgetreten sein, um eine Vertragsstrafe geltend machen zu können. Somit zählt zu den Maßnahmen der Risikominimierung neben dem frühzeitigen Entgegenwirken in Form von Forcierungsmaßnahmen auch die vorzeitige Einplanung von Pufferzeiten, um eine etwaige Verzögerung abfedern zu können.

Neben den Bedingungen der Vertragsstrafe müssen auch die pönalisierte Termine und Fristen vertraglich festgelegt werden. Im fiktiven Bauwerkvertrag zwischen GU und SUB von Punkt 3.1.2 wurden dieselben Termine laut Bauzeitenplan A.1 vereinbart, wie zuvor zwischen AG und GU. Hier wäre es möglich, durch neu gesetzte Meilensteine, einen neuen Bauzeitenplan und somit andere vertragliche Termine im Subunternehmervertrag festzulegen.

Die neuen Termine zwischen AG und GU werden früher angesetzt und pönalisiert. Der Subunternehmer muss daraufhin seine Ressourcen zeitkritisch einplanen, um diese Fristen halten zu können. Somit wird ein Puffer für den GU geschaffen, in dem er, falls ein Verzug seitens des Subunternehmers eintritt, die Pönale einfordern kann. Gegenüber dem AG hat er jedoch keine Vertragsstrafenschuld. Diese beginnt erst ab dem vertraglich vereinbarten Termin im Generalunternehmervertrag.

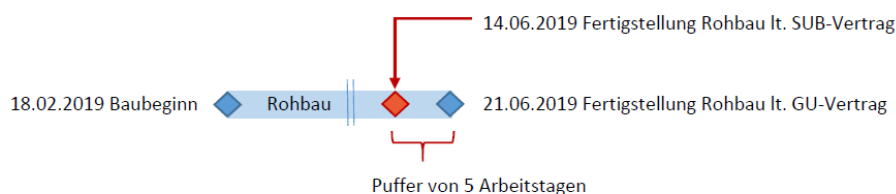


Bild 3.9 Einplanung eines Puffers

In Bild 3.9 wird anhand eines Beispiels die Bedeutung eines Puffers grafisch dargestellt. Durch die Verkürzung der Bauzeit für den Subunternehmer auf den 14.06.2019 wird ein Puffer von fünf Arbeitstagen geschaffen. Erklärt sich der Erfüllungsgehilfe bereit in dieser Zeit das Bauwerk errichten zu können, bleibt im Falle einer Verzögerung eine Restzeit, in welcher noch keine Pönale seitens AG anfällt, jedoch eine Strafzahlung gegenüber dem Subunternehmer geltend gemacht werden kann.

Mit dieser Maßnahme kann das Risiko von Vertragsstrafen auf pönalisierten Terminen seitens des Generalunternehmers sehr gut minimiert werden. Ein „klug“ eingeplanter Puffer kann vor Pönalforderungen durch den AG schützen und auch im Falle eines längeren Verzugs sinnvoll das Risiko einer Mehrzahlung des Generalunternehmers verringern. Durch den früheren Anspruch auf die Forderung einer Vertragsstrafe vom SUB kann eine höhere Pönalforderung des Auftraggebers aufgrund höherer Auftragssummen kompensiert werden.

### 3.4.3 Sittenwidrige Vertragsbestimmungen

Zur Risikominimierung bei Vertragsstrafenregelungen gehört auch das Erkennen einer Unregelmäßigkeit in den Vertragsbestandteilen. Sittenwidrige und somit ungültige Vertragsklauseln sollten dazu erkannt werden. Somit kann ein Risiko des Eintritts dieser Bestimmung verhindert werden. In diesem Kapitel geht es hauptsächlich um ungültige Regelungen im Generalunternehmervertrag. Jedoch sollte auch ein Generalunternehmer wissen, welche vertraglichen Vereinbarungen in einem Subunternehmervertrag möglich oder auszuschließen sind.

Laut § 879 Abs. 3 ABGB ist eine Vertragsbestimmung sittenwidrig, wenn sie eine Partei grob benachteiligt. Des Weiteren sagt § 864a ABGB, dass unübliche, benachteiligende Vertragsklauseln ungültig sind.

Benachteiligend aus Sicht des Generalunternehmers wäre ein verhältnismäßig zur Auftragssumme hoher Vertragsstrafensatz. Die ständige Rechtsprechung (Rsp) sagt jedoch, dass eine überhöhte Pönale alleine noch keine Sittenwidrigkeit darstellt. Ungültigkeit der Vertragsstrafenregelung ergibt sich erst dann, wenn die Summe der Strafforderung den erlittenen Schaden unverhältnismäßig übersteigt. Dies rührt daher, dass für die Rechtsprechung der eingetretene Schaden relevanter ist als die Tatsache, dass die Höhe der Vertragsstrafe in Bezug auf die Auftragssumme signifikant ist.<sup>52</sup>

Laut ABGB müssen Vertragsstrafen nicht nach oben begrenzt werden, dennoch ist es dem Auftraggeber nicht gestattet uneingeschränkt Strafzahlungen zu fordern. Übersteigen die Pönalzahlungen den tatsächlichen Schaden und treiben den Schuldner in den wirtschaftlichen Ruin, ist die Entschädigung darüber hinaus sittenwidrig.<sup>53</sup>

Die Entscheidungen der Gerichte und somit ständigen Rechtsprechungen begründen sich bei nichtigen Vertragsklauseln in Zusammenhang mit Pönalen darauf, dass eine Vertragsstrafe als eine Vorpauschalierung des Schadens dient. Die Pönalforderung kann somit nicht höher sein als der aufgetretene Schaden selbst.<sup>54</sup>

Sind überhöhte Pönalsätze Bestandteile der Vertragsbestimmungen und gibt es keine Begrenzung der Vertragsstrafe, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass im Falle einer Überzahlung des Schadens, diese zurückgefordert werden kann.

Vertragsabschlüsse können sich über längere Zeit hinziehen, vor allem wenn keine Einigung erzielt wird. Termine, welche im Vertrag als pönalisiert ausgewiesen wurden, können bei endgültigem Vertragsabschluss

<sup>52</sup> Vgl. KARASEK, D.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 3. S. 55 Vgl. dazu auch OGH 7 Ob 513/79; OGH 3 Ob 87/99m

<sup>53</sup> Vgl. KARASEK, D.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 3. S. 55 Vgl. dazu auch OGH 2 Ob 805/50; 7 Ob 535/85; 5 Ob 796/81; 7 Ob 786/81; 3 Ob 78/99m; 1 Ob 105/99v

<sup>54</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 23



bereits verstrichen sein. Dies könnten zum Beispiel Planliefertermine seitens des Generalunternehmers sein. Vor allem Vorabzugspläne werden oft sehr schnell gefordert. Solche pönalisierten Termine sind nichtige Bestandteile eines Vertrags. Fristen, welche bereits bei Vertragsunterzeichnung abgelaufen sind, können keine Grundlage für eine Vertragsstrafe sein und Pönalforderungen auf diese Fälligkeitstage sind auch im Nachhinein ungültig.

Durch einen verzögerten Vertragsabschluss werden die vertraglich vereinbarten Termine nicht automatisch verschoben, sodass die Pönalforderung gültig bleibt. Vertragsstrafen sind somit nur gültig, wenn Fristen, welche im Vertrag vereinbart wurden, nach der Vertragsunterzeichnung überschritten werden.<sup>55</sup>

Sittenwidrige Vertragsklauseln sind auch ungültig, wenn der Vertrag beiderseits unterzeichnet wurde. Es ist jedoch auch im Vorhinein darüber nachzudenken, ob es sinnvoller ist, die Vertragsparteien darauf aufmerksam zu machen und auf etwaige Ungereimtheiten hinzuweisen oder diese Bestandteile im Stillen zu akzeptieren. Ersteres setzt gutes Verhandlungsgeschick voraus, um den Vertrag danach zur eigenen Zufriedenheit gestalten zu können, da sittenwidrige Klauseln meist aus der gewollten Benachteiligung durch einen Vertragspartner entstehen. Letzteres jedoch führt zu einer Gerichtsverhandlung, um diese ungewollten Vertragsbestandteile anfechten zu können. Die Sittenwidrigkeit der Vertragsklausel sollte dabei nicht schon von vornherein bekannt gewesen sein. Dies führt im schlimmsten Fall dazu, dass durch die Unterschrift bei einer unwirksamen Vertragsklausel und mit dem Hintergedanken einer Anklage, Betrug vorliegt, da ein Vertragspartner den anderen wissentlich schädigt. Vertragsbestimmungen, welche einem sehr ungewöhnlich vorkommen, sollten von einem Fachkundigen begutachtet werden und aufbauend auf das Ergebnis eine Verhandlungsstrategie überlegt werden.

---

<sup>55</sup> Vgl. KARASEK, D.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 3. S. 503 Vgl. dazu auch OGH 3 Ob 520/88

### 3.5 Handlungsempfehlung

Generalunternehmer sitzen in der Vertragskette in der Mitte aller beteiligten Parteien und müssen somit in jede Richtung geschickt verhandeln und strategisch planen. Zusammenfassend kann jedoch gesagt werden, dass Verträge in Anlehnung an die ÖNORM B 2110:2013 für den GU weitaus risikoarmer sind als ABGB-Verträge. Die ÖNORM sieht einige Begrenzungen der Pönale vor, auf die sich der GU bei Vertragsverhandlungen beziehen kann und zumindest in abgeänderter Form angewendet werden sollten.

Die Maßnahmen zur Risikominimierung in Subunternehmerverträgen aus Punkt 3.4.1.1 und Punkt 3.4.1.2, können auch im Generalunternehmervertrag umgesetzt werden. Hierbei sollte nicht eine Erhöhung der Strafsätze und Begrenzungen der Pönale angestrebt werden, sondern eine Verringerung dieser.

Je mehr es gelingt, die Pönalsätze in Generalunternehmerverträgen klein zu halten, desto mehr verringert sich die Pönalforderung seitens des Auftraggebers. Dies ist eine gute Basis und von Vorteil, wenn bei den weiteren Verhandlungen von Subunternehmerverträgen nochmals ausgleichende Maßnahmen angewendet werden. Das Risiko seitens des Generalunternehmers kann somit minimiert und die Differenz zwischen den Pönalforderungen verkleinert werden.

Die Begrenzung der Vertragsstrafe in Generalunternehmerverträgen möglichst niedrig zu halten, hat neben der geringeren Maximalsumme der Pönalforderung auch einen taktischen Hintergrund. Der darüber hinaus entstandene Schaden kann über Schadenersatzansprüche eingefordert werden. Dies ist zwar klar als Nachteil für den GU zu sehen, da es prinzipiell doch möglich ist, dass er über die Begrenzung hinaus für den Schaden aufkommen muss. Der Unterschied und somit Vorteil, welcher sich daraus ergibt ist, dass bei einer Vertragsstrafe der Schaden noch nicht eingetreten sein muss, wohingegen bei Schadenersatzansprüchen neben dem Schaden selbst auch ein Verschulden nachweisbar sein muss. Somit ist das geltend machen von Schadenersatzansprüchen zwar möglich, aber nicht so einfach wie der Einbehalt einer schadensunabhängigen Pönale.

Für die weiteren Verhandlungen mit den Subunternehmern ist darauf zu achten, die Differenz zwischen den Pönalforderungen, aufgrund der unterschiedlichen Auftragssummen, zu kompensieren. Eine Möglichkeit dabei wäre, im SUB-Vertrag die Pönalsätze zu erhöhen, um so eine gleich große Vertragsstrafen je überzogenem Kalendertrag zu erhalten. Die andere wäre die Begrenzung der Pönale zu heben oder gar auszusetzen, um die Pönalforderung gegenüber dem SUB länger geltend machen zu können.

Die Erhöhung der Pönalsätze auf gleichwertige Forderungen je Kalendertag ist die effizientere Variante zur Risikominimierung, da bereits ab Tag 1 des Verzugs keine Differenz entsteht, welche im Nachhinein ausgeglichen werden muss. Im Gegensatz zur zweiten Maßnahme, welche die Differenz erst nach der Pönalforderung des Auftraggebers ausgleicht, in dem die Pönalforderungen an den SUB länger geltend gemacht werden können. Eine höhere Begrenzung der Pönalforderung ist somit nur dann sinnvoll, wenn ein längerer Verzug eintritt und somit der AG keine Vertragsstrafe mehr einfordern kann, der GU jedoch vom SUB schon. Ist dies nicht der Fall und ist die Fristüberschreitung noch im Rahmen der möglichen Pönalforderungen seitens des Auftraggebers, bleibt eine Differenz bestehen, welche der GU dem AG mehr bezahlt und von seinem SUB nicht fordern kann.

Die Möglichkeit des Ausfalls der Vertragsstrafe aufgrund von weniger, für das Einhalten des Endtermins, relevanten Terminen sollte auch diskutiert werden. Auf End- und Fertigstellungsterminen ist die Chance, eine Vertragsstrafenregelung aussetzen zu können, gering. Zwischentermine hingegen lassen möglichen Handlungsspielraum zu. Die Verzögerung von Terminen, welche keinen Einfluss auf Endtermine und keine weiteren Auswirkungen auf andere Baubeteiligten haben, könnte von einer Vertragsstrafe freigestellt werden. Das bedeutet, bei den Vertragsverhandlungen sollten pönalisierte Termine genauer betrachtet werden um die Relevanz der Termine und die Wichtigkeit jedes Termins für den AG herauszufinden. Daraufhin könnten etwaige unwichtige Termine gänzlich aus den Pönalregelungen gestrichen werden oder eine Vertragsbedingung ausgehandelt werden, welche diesen obig genannten Fall hervorruft. Demnach sollte keine Vertragsstrafe anfallen, wenn trotz der Überschreitung eines Termins der Endtermin gehalten werden kann. Voraussetzung für den Entfall der Pönale ist ebenfalls, dass kein anderer am Bauprozess Beteiligter davon behindert wird.

Subunternehmerverträge sollten auch nicht die gleichen pönalisierten Termine als der Generalunternehmervertrag enthalten. Fertigstellungstermine für die SUB sollten immer früher angesetzt werden, als der AG dem GU vorgegeben hat. Somit werden die Leistungsfristen der Erfüllungshelfen verkürzt. Der GU hätte theoretisch für diese Teile der Leistung länger Zeit. Damit wird ein Puffer für den GU geschaffen, welcher im Falle eines Verzuges durch den SUB genutzt werden kann. Während dieses Puffers besteht die Chance dem SUB zur rechtzeitigen Fertigstellung laut GU-Vertrag zu bewegen und eventuelle Verzögerungen der Termine gegenüber dem AG zu verhindern. In diesem Zeitraum ist der GU frei von Pönalforderungen seitens des Auftraggebers und hat jedoch Anspruch auf die Vertragsstrafe durch den SUB.

In beiden Verträgen, Generalunternehmervertrag und Subunternehmervertrag ist auf die Gültigkeit von Vertragsbestandteilen zu achten. Im GU-Vertrag werden sittenwidrige Vertragsklauseln ausgelegt um den GU stark

zu benachteiligen. Hier entsteht meist ein enormes Risiko für den GU. Werden diese unwirksamen Klauseln nicht zuvor erkannt und der Vertrag beiderseits unterschrieben, bleibt dieser Vertragsbestandteil dennoch ungültig. Kommt es zum Eintritt dieser Vertragsklausel und sieht der GU erst im Nachhinein, dass diese Klausel stark benachteiligend ist und womöglich unzulässig ist, muss er dies einklagen. Neben dem Risiko der Beweislast, welche dem GU obliegt, entsteht auch das Risiko den Prozess zu verlieren und somit mit einer benachteiligten Vertragsregelung leben zu müssen. Das Erkennen sittenwidriger Vertragsklauseln ist empfehlenswert um etwaige Streitigkeiten im Nachhinein zu vermeiden. Solche Vertragsbestimmungen sollten bei den Vertragsverhandlungen angesprochen und gestrichen bzw. modifiziert werden. Für SUB-Verträge gilt, solche Vertragsbestimmungen gar nicht erst zu vereinbaren. Zu stark benachteiligend sind Vertragsstrafen, welche den tatsächlichen Schaden stark überschreiten und zum Ruin des Vertragsstrafenschuldners führen können. Weiteres zählen pönalisierte Termine, welche bereits bei Vertragsabschluss abgelaufen sind, als zu den ungültigen Vertragsbestimmungen.

Die Vertragskette vom AG bis hin zum SUB beinhaltet einige Risikoverschiebungen und der GU sollte versuchen das Risiko mit Vertragsbestandteilen oder anderen Maßnahmen ausgleichen zu können. Prinzipiell wird jeder GU versuchen bei den Vertragsverhandlungen mit dem AG für ihn vorteilhafte Bedingungen auszuhandeln.

Der Versuch, Pönalsätze und Begrenzungen in GU-Verträgen möglichst klein zu halten, ist jedenfalls möglich und ist der erste Schritt zur Risikominimierung auf der Seite des GU. Sind diese Vertragsbedingungen ausgehandelt und unterzeichnet, ergibt sich die Basis des SUB-Vertrages. Nach analysieren des Risikoübergangs sollte versucht werden, dieses auf den SUB zu übertragen. Der zweite Schritt wäre die Pönalsätze in den SUB-Verträgen so zu erhöhen, dass ein Ausgleich zwischen der Pönalforderung des Auftraggebers und des Generalunternehmers entsteht. Die Begrenzung der Vertragsstrafe zu erhöhen ist zweitrangig, aber dennoch möglich und bei Eintritt eines längeren Verzuges von Vorteil. Unabhängig von dem Verlauf der Vertragsverhandlung mit dem SUB und dem Verhandlungsgeschick des GU, sollte der GU Pufferzeiten einplanen. Diese dritte Maßnahme ist unabhängig von jeglichen Dritten und ebenfalls sehr wirksam bei der Risikominimierung. Essentiell für jeden Vertrag ist natürlich die Gültigkeit der Vertragsbestimmungen. Alle Vertragsstrafenregelungen, welche im Zuge der Vertragsverhandlungen ausgehandelt wurden, sind frei von jeglicher Sittenwidrigkeit zu halten.

Aus Sicht des Generalunternehmers ist es einfacher, diese risikoreichen Vertragsklauseln in einem Subunternehmervertrag einzubauen oder zu seinen Gunsten auszulegen, als bestehende vorgelegte Auflagen mit dem Auftraggeber zu verhandeln. Der AG, besonders große Unternehmen, ha-

ben meistens einen guten Rechtsbeistand, welcher ihnen bei der Erstellung des GU-Vertrags zur Seite steht und auch die Auswahl mehrerer Unternehmen, welche das Bauobjekt erstellen wollen. Somit nimmt der AG bei den Vertragsverhandlungen automatisch eine Vormachtstellung ein. Bei den Vertragsverhandlungen zwischen GU und SUB ist Verhandlungsgeschick von Vorteil.

## 4 Gewährleistung

Unter Gewährleistung versteht man das Entstehenmüssen des Werkunternehmers für mangelhafte Leistungen. Eine eigene vertragliche Vereinbarung der Gewährleistung zwischen den Parteien ist nicht notwendig. Die Gewährleistungsansprüche sind vom Gesetz angeordnet.

Für die zu erstellende Leistung wurde von jeder Partei ihrerseits ein „Wert“, in der Form eines Entgelts, kalkuliert. Nach Vertragsabschluss wird somit ein für beide Seiten vertretbarer Wert der Leistung vereinbart, demnach die Höhe des Leistungsangebotes. Mangelhafte Leistungen führen zu einer Störung im Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien. Der Werkbesteller bekommt nicht seinen gewünschten Wert der Leistung für sein Entgelt. Die Gewährleistungsregelungen sollen dieses entstandene Ungleichgewicht ausgleichen und die Störung rückgängig machen.<sup>56</sup>

Ein Gewährleistungsmangel setzt ein Vorliegen des Mangels bei Übergabe der Leistung voraus. Die Erkennbarkeit des Mangels ist jedoch nicht Voraussetzung. Auch für versteckte Mängel hat der Unternehmer Gewähr zu leisten. Bis sechs Monate nach der Übernahme wird jeder auftretende Mangel als bei der Übernahme bereits vorhandener Mangel vermutet. Die Gewährleistung beschäftigt sich somit mit der Störung des Leistungsziels.<sup>57</sup>

### 4.1 Vertragstext

Gewährleistungsansprüche hat nicht nur der Werkbesteller (Auftraggeber) gegenüber dem Generalunternehmer (AN). Der Generalunternehmer selbst kann gegenüber seinen Erfüllungsgehilfen (SUB) ebenfalls Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Demzufolge werden nachfolgend zwei fiktive Vertragstexte mit Gewährleistungsbestimmungen erstellt, ein Generalunternehmervertrag und der daraus entstehende Subunternehmervertrag. Die Vertragsbeziehungen können aus Bild 4.1 entnommen werden.

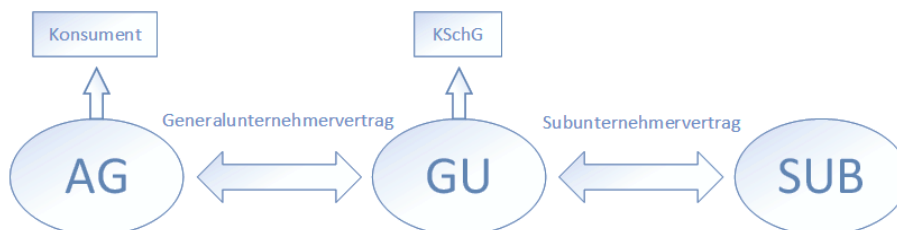


Bild 4.1 Vertragsparteien Gewährleistung

<sup>56</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 68f

<sup>57</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 68f

Ist der Auftraggeber kein Unternehmer, sondern ein Konsument, gelten ebenfalls die gesetzlichen Bestimmungen des Konsumentenschutzes. Dies bedeutet, dass etwaige Regelungen in Zusammenhang mit der Gewährleistung auch den Regelungen des Konsumentenschutzgesetzes entsprechen müssen.

Das Gewährleistungsrecht ist durch gesetzlichen Bestimmungen stark reguliert. Aus diesem Grund ähneln alle Vertragsbestimmungen dem ABGB und der ÖNORM B 2110:2013. In diesem Kapitel wurde deshalb darauf verzichtet, die Gesetzeslage nach dem Vertragstext zu erörtern. Vertragsrechtliche Bestimmungen aus dem ABGB, dem KSchG und mögliche Bestimmungen aus der ÖNORM B 2110:2013 werden somit im nachfolgenden Unterkapitel aufgezeigt.

#### 4.1.1 Gesetzeslage

Die Gewährleistungsbestimmungen sind gesetzlich angeordnet und müssen nicht zusätzlich vertraglich vereinbart werden.<sup>58</sup> Die Regelungen des ABGB gelten auch ohne explizite Angabe im Vertrag. Es besteht die Möglichkeit, die Gewährleistungsregelungen nach eigenen Anforderungen und Wünschen anzupassen. Grenzen bei der Veränderung von den gesetzlichen Regelungen in Gewährleistungsfällen geben das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) und die Sittenwidrigkeit bei Vertragsbestimmungen vor.

Für Werkverträge gelten nach § 1167 ABGB dieselben Gewährleistungsbestimmungen wie für alle entgeltlichen Verträge. Diese Bestimmungen befinden sich unter §§ 922 bis 933b ABGB.

ABGB

§ 922 Abs. 1 ABGB beinhaltet allgemeine Bestimmungen über die Gewährleistung, speziell für welche Eigenschaften der Leistung die Haftung übernommen wird:

*„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 gewöhnlichen vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden kann.“<sup>59</sup>*

Allgemeines

Hat die gewünschte Leistung nicht die Eigenschaften, welche vorausgesetzt wurden oder welche sich aus der Natur des Geschäftes heraus ergeben oder stillschweigend angenommen worden sind, so ist dafür zu haften.<sup>60</sup> Das Verschweigen von Mängeln oder die fälschliche Angabe, dass

<sup>58</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 68

<sup>59</sup> § 922 Abs. 1 ABGB

<sup>60</sup> § 923 ABGB

eine Sache von gewöhnlichen Mängeln frei sei, zählt auch zu den Fällen der Gewährleistung.<sup>61</sup>

Die Gewährleistungsbestimmungen sind bei Eintritt eines Mangels anzuwenden. Ein Mangel ergibt sich laut *Karasek* aus der Abweichung der vereinbarten Leistung. Der geschuldete Erfolg ist vertraglich in Form von Leistungsverzeichnissen oder Leistungsbeschreibungen vereinbart. Jegliche Abweichung davon erweist sich als mangelhafte Ausführung. Dabei ist es nicht relevant, wer den Mangel verursacht hat. Die Gewährleistung ist somit eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung.<sup>62</sup>

Mangel

Durch die Unabhängigkeit vom Verschulden eines Mangels soll verhindert werden, dass ein Vertragspartner für eine minderwertige Leistung die volle Gegenleistung erhält.<sup>63</sup> Das Gewährleistungsrecht geht somit nicht auf den Schaden, sondern auf die Äquivalenzstörung ein.<sup>64</sup> Das vertraglich vereinbarte Leistungsziel und die dafür zugesagte Vergütung stehen im Gleichgewicht zueinander.<sup>65</sup> Ist die Leistung mangelhaft, steht dem einen Vertragspartner auch nicht die gesamte Vergütung zu und es entsteht somit ein Ungleichgewicht, welches durch die Gewährleistung ausgeglichen wird.<sup>66</sup>

Verschuldensunabhängig

Wie schon zuvor erwähnt, entsteht laut *Karasek* ebenfalls ein Mangel, sobald Leistungen nicht die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben. Funktionen, welche nicht explizit besprochen oder vereinbart werden, gelten als gewöhnlich, wenn das Vorhandensein solcher Eigenschaften für alle Beteiligten selbstverständlich ist und vorausgesetzt wird. Bei Anwendung der allgemeinen anerkannten Regeln der Technik werden auch die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften eingehalten. Dies ergibt sich daraus, dass alle Beteiligten im Bauprozess die üblichen technischen Standards voraussetzen und somit von einer Vereinbarung der anerkannten Regeln der Technik ausgegangen werden kann. Öffentlich-rechtliche Anforderungen zählen ebenfalls zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften.<sup>67</sup>

Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

Zugesicherte Eigenschaften sind nach *Karasek* Merkmale, welche ausdrücklich verhandelt wurden und der AN die Wichtigkeit dieser erkennen hätte müssen. Sind Proben und Muster vorhanden, so gelten die Eigenschaften dieser als zugesichert. Funktionen, welche zur ordnungsgemäßen und vereinbarungsgemäßen Verwendung notwendig sind und sich

Zugesicherte Eigenschaften

<sup>61</sup> Vgl. § 923 ABGB

<sup>62</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 806

<sup>63</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 171 & WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 68 f

<sup>64</sup> Vgl. Ebd.

<sup>65</sup> Vgl. Ebd.

<sup>66</sup> Vgl. Ebd.

<sup>67</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 806f & 812



aus der Natur des Geschäftes ergeben, müssen ebenfalls vorhanden sein.<sup>68</sup>

Ob eine Leistung ordnungsgemäß im Sinne der Gewährleistung erbracht wurde, ergibt sich aus den erforderlichen Eigenschaften laut ABGB. Ein weiterer wichtiger Teil im Gewährleistungsrecht ist die Vermutung der Mangelhaftigkeit.

Laut § 924 ABGB ist nur für einen Mangel, welcher zum Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhanden war, Gewähr zu leisten. Noch sechs Monate nach Übergabe wird, bis zum Gegenbeweis des Schuldners, die Entstehung des Mangels vor Übergabe vermutet.<sup>69</sup> Die Vermutungsregel gilt nicht für Mängel, die mit der Art des Mangels unvereinbar ist.<sup>70</sup> Dazu gehören Gebrauchs- und Abnutzungserscheinungen oder Mängel, welche aus der falschen Nutzung entstanden sind.<sup>71</sup> Für Mängel, welche nach der Übergabe entstanden sind, haftet der Unternehmer nicht.<sup>72</sup> Somit obliegt dem Werkbesteller nach der sechs monatigen Frist der Beweis, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt Übergabe vorhanden war.<sup>73</sup> Kein Gewährleistungsrecht gibt es für fremde Sachen, welche wesentlich angeeignet worden sind und wenn auf das Recht der Gewährleistung verzichtet wurde.<sup>74</sup>

Vermutungsregel

Die Rechte aus der Gewährleistung laut § 932 ABGB bestimmen die Maßnahmen, welche der AG im Falle einer mangelhaften Leistung anwenden kann. Mögliche Varianten zur Wiederherstellung des Gleichgewichtes zwischen den Vertragsparteien wären die Verbesserung des Mangels, der Austausch der mangelhaften Sache, eine Minderung des Entgelts oder die Wandlung. Vorerst ist nur die Forderung nach Verbesserung oder Austausch der Sache möglich. Hierbei ist eine angemessene Frist festzulegen. Der Vorgang hat mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten zu erfolgen. Ist die Verbesserung oder der Austausch des Mangels unmöglich oder mit unverhältnismäßigem Aufwand seitens des AG verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder Aufhebung des Vertrags. Letzteres ist nur dann möglich, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt. Ist die Ausbesserung seitens des AN unzumutbar, wird die festgelegte Frist zur Verbesserung nicht eingehalten oder verweigert der AN

Rechte aus der Gewährleistung

<sup>68</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 813ff

<sup>69</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 87 & KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 835

<sup>70</sup> Vgl. Ebd.

<sup>71</sup> Vgl. Ebd.

<sup>72</sup> Vgl. Ebd.

<sup>73</sup> Vgl. Ebd.

<sup>74</sup> Vgl. § 929 ABGB

die Maßnahme zur Mangelbehebung, so kann der AG ebenfalls eine Minderung des Entgeltes oder die Wandlung verlangen.<sup>75</sup>

Um eine Wandlung verlangen zu können, muss ein nicht geringfügiger Mangel aufgetreten sein. Regelungen über die Abgrenzung der Schwere von Mängel gibt es im ABGB nicht. *Bydlinski* beschreibt einen nicht geringfügigen Mangel mit: „*Ein Mangel wird dann nicht geringfügig sein, wenn der Erwerber die erhaltene Leistung zu dem für sie charakteristischen (=üblichen) oder zu einem speziellen, dem Veräußerer bekannten, Zweck überhaupt nicht oder nur mit wesentlichen Einschränkungen verwenden kann. [...] Sonstige Mängel, die den Gebrauch bloß etwas erschweren oder nur gering vom Geschuldeten abweichen, sind geringfügig.*“<sup>76</sup>

Die Gewährleistungsfristen legt das ABGB auf drei Jahre bei unbewegliche Sachen und zwei Jahre bei beweglichen Sachen ab Übergabe der Sache fest. In dieser Zeit müssen die Mängel gerichtlich geltend gemacht werden. Eine Verkürzung oder Verlängerung durch die Vertragsparteien ist möglich.<sup>77</sup>

Gewährleistungsfristen

Gewährleistungsfristen sind Verjährungsfristen und beginnen mit der Ablieferung der Sache, demnach der Übergabe von Leistungen.<sup>78</sup> Nach der Behebung von Mängel beginnt die Gewährleistungsfrist auf verbesserte Teile neu zu laufen.<sup>79</sup> Bei einer Unbehebbarkeit läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Erkennbarkeit der Schwere des Mangels.<sup>80</sup> Nach Fristablauf ist der Gewährleistungsanspruch nicht mehr einklagbar.<sup>81</sup>

Verjährung

Der AG muss laut *Welser/Zöchling-Jud* eine Klage innerhalb der Frist bei Gericht einreichen, um Gewährleistungsansprüche geltend machen zu können. Die außergerichtliche Mängelrüge reicht dafür nicht aus. Demnach besteht für den AG keine Rügspflicht.<sup>82</sup> Dem Übernehmer bleibt es jedoch laut ABGB vorbehalten ob er den Mangel durch Einrede geltend macht, sofern er diesen Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist angezeigt hat. Sollte der AN den Werklohn einklagen, kann auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist die Einrede der Mangelhaftigkeit entgegengehalten werden.<sup>83</sup>

<sup>75</sup> Vgl. § 932 ABGB

<sup>76</sup> BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 172

<sup>77</sup> § 933 Abs. 1 ABGB

<sup>78</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 831

<sup>79</sup> Vgl. Ebd.

<sup>80</sup> Vgl. Ebd.

<sup>81</sup> Vgl. Ebd.

<sup>82</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 91f

<sup>83</sup> Vgl. § 933 Abs. 3 ABGB

Im Gegensatz zu den Gewährleistungsrechten laut ABGB gibt es einige Verschärfungen und Grenzen im Konsumentenschutzgesetz. Ist der Übernehmer einer Sache ein Konsument, gelten für die Gewährleistungsbestimmungen auch die Regelungen aus dem KSchG. § 9 Abs. 1 KSchG gibt vor, dass jegliche Rechte der Gewährleistung des Verbrauchers nach §§ 922 bis 933 ABGB nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden dürfen. Ebenfalls unwirksam ist eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist. Eine Ausnahme bildet der Verkauf von gebrauchten Sachen und Kraftfahrzeugen.<sup>84</sup>

Dies bedeutet, dass bei einem BtC-Verhältnis, die gesetzliche Gewährleistungsfrist nicht unterschritten werden darf. In Bild 4.2 ist eine mögliche Vertragskette dargestellt. Der AG ist ein Konsument und fordert vom GU, welcher ein Unternehmer ist, die gesetzliche Mindestgewährleistungsfrist von drei Jahren. Die SUB fordern jedoch eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist von 3 auf 1,5 Jahren. Da es sich hierbei um ein BtB-Vertragsverhältnis handelt, ist eine Verkürzung, sowie Verlängerung der Gewährleistungsfristen der SUB möglich. Bei einem BtC-Verhältnis ist nur eine Verlängerung möglich. Der Konsument, hierbei AG, darf nicht schlechter gestellt werden, als im Gesetz vorgesehen ist.

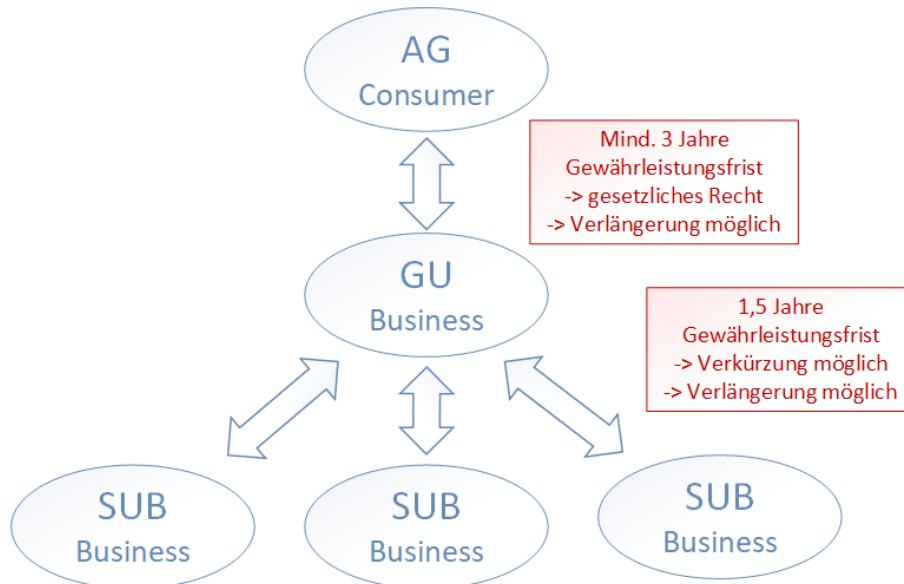


Bild 4.2 Konsumentenschutz bei der Gewährleistung

<sup>84</sup> Vgl. § 9 KSchG

Mangelhafte Leistungen entsprechen nach *Bydlinski* nicht dem vereinbarten Leistungssoll. Wird das festgelegte Leistungsziel nicht erreicht, kommt es zum Verzug und somit zu einer Nichterfüllung des Vertrages. Die Literatur grenzt die Gewährleistung klar, mit der Annahme, dass das Leistungsziel als erfüllt gilt, vom Verzug ab. Der AN sieht den Vertrag als erfüllt und die Leistung als vertragsgemäß an. Gibt es fertiggestellte Leistungen, welche gänzlich nicht der geschuldeten Sache entsprechen, ist der AN jedoch in Verzug.<sup>85</sup>

Verzug oder Gewährleistung

Zur Einschränkung der Gewährleistung nach ständiger Rechtsprechung kommt es, wenn der AG trotz Warnung vom AN auf eine veränderte Herstellung des Werkes besteht.<sup>86</sup> In diesem Fall hat der AG keine Gewährleistungsansprüche.<sup>87</sup>

Der Unterschied zwischen Gewährleistung und Garantie ist laut *Karasek*, dass Gewährleistungsregelungen auf einem Gesetz beruhen und die Garantie vertraglich vereinbart werden muss. Die Garantiefrist und der Umfang der Garantie hängen von den Vertragsvereinbarungen zwischen den Parteien ab. Die Garantie kann als Abrede verstanden werden, welche Mängelfreiheit und bestimmte Eigenschaften einer Leistung innerhalb der Garantiefrist zusichert.<sup>88</sup>

Garantie

Der Umfang der Gewährleistung nach ÖNORM B 2110:2013, sowie ein Großteil der Rechte aus der Gewährleistung decken sich mit den Bestimmungen des ABGB. Sollte eine endgültige Mängelbehebung zum Zeitpunkt der Feststellung nicht möglich sein oder ist die Verbesserung oder der Austausch dem AG nicht zumutbar, so kann eine behelfsmäßige Behebung vom AG verlangt werden. Behelfsmäßige Behebungen entsprechen jedoch nicht einer ordnungsgemäßen Ausbesserung und die endgültige Mängelbehebung muss zum geeigneten Zeitpunkt nachgeholt werden. Etwaige Kosten für diese Zwischenverbesserungsmaßnahmen muss der AN tragen.<sup>89</sup>

ÖNORM B 2110:2013  
Rechte aus der Gewährleistung

Durch diese Art der zwischenzeitlichen Ausbesserung des Mangels kommt es zu einer Hemmung der Gewährleistungsfrist und wiederum zu Gewährleistungsregelungen, die nur in ÖNORM-Verträgen enthalten sind. Eine Hemmung der Gewährleistungsfrist bedeutet laut ÖNORM B 2110:2013 eine Verlängerung der Frist um die Zeitspanne, in der Teile der Leistung oder die Gesamtleistung durch einen Mangel be-

Hemmung der Gewährleistungsfrist

<sup>85</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 171

<sup>86</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 308 f & Vgl. dazu auch OGH 6 Ob 610/88; 5 Ob 222/67; 1 Ob 791/81

<sup>87</sup> Vgl. Ebd.

<sup>88</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 816f

<sup>89</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S. 41 Pkt. 12.2.4.5

einträchtig wird und somit nicht vertragsgemäß genutzt werden kann. Gewährleistungsfristen beginnen mit dem Zeitpunkt der Mängelbehebung für diese Teile der Leistung neu zu laufen. Der AN ist mit dem Ablauf dieser Frist von der Gewährleistung befreit.<sup>90</sup>

Die Vermutungsregel, des § 924 ABGB, sowie die Gewährleistungsfristen werden bei ÖNORM-Verträgen gleichermaßen angenommen. Eine Unterscheidung zum ABGB ergibt sich aus der Mängelrüge. Diese hat nach ÖNORM B 2110:2013 für Mängel, welche nicht bereits bei der Übernahme gerügt worden sind, ehestens, ohne jeglichen Aufschub, nach Bekanntwerden zu erfolgen. Die Mängelrüge hat schriftlich innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erfolgen. Unterlässt der AG die Mängelrüge, erlischt dennoch das Gewährleistungsrecht nicht. Verträge müssen, um dies erwirken zu können, ausdrücklich eine Mängelrüge als Voraussetzung für einen Gewährleistungsanspruch vereinbart haben. Zur terminlich festgelegten Besichtigung und zur Verbesserung oder dem Austausch der mangelhaften Sache muss der Zutritt zum Gewährleistungsobjekt vom AG ermöglicht werden.<sup>91</sup>

Mängelrüge

Unter Punkt 12.2.2 der ÖNORM B 2110:2013 werden Einschränkungen der Gewährleistungen angeführt. Unter anderem hat die Überwachung seitens des AG keine Einschränkung zur Folge. Ist ein Mangel jedoch auf Ausführungsunterlagen, Anweisungen, beigestellte Materialien oder Vorleistungen aus der Sphäre des AG zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung in Bezug auf diese mangelhafte Leistung befreit. Voraussetzungen dafür sind, dass der AN die Bestimmungen der Prüf- und Warnpflicht aus der ÖNORM eingehalten hat und den AN auf etwaige Mängel bei dieser Art der Ausführung gewarnt hat oder die Erkennbarkeit des Mangels auch bei pflichtmäßiger Sorgfalt des AN unmöglich gewesen wäre.<sup>92</sup>

Einschränkung der Gewährleistung

---

<sup>90</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S. 41 Pkt. 12.2.5.1ff

<sup>91</sup> Vgl. a.o.O. S. 41 Pkt. 12.2.3

<sup>92</sup> Vgl. a.o.O. S. 40 Pkt. 12.2.2

#### 4.1.2 Generalunternehmervertrag

Der Generalunternehmer wird im nachfolgenden Text Auftragnehmer (AN) genannt. Die Vertragsbestimmungen ähneln den Regelungen aus dem ABGB und der ÖNORM B 2110:2013.

- 2.1 Der AN leistet unbeschadet weitergehender Garantien und Haftungen Gewähr, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen, sonst zugesagten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben. Des Weiteren leistet er Gewähr für die Verwendung der Leistung gemäß der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung und das Entsprechen der Leistung nach anerkannten Regeln der Technik, sowie behördlichen Vorschriften und sämtlicher einzuhaltenden Richtlinien.*
- 2.2 Die Gewährleistung beginnt mit der förmlichen Übernahme der Gesamtleistung durch den AG. Im Falle einer Übernahme mit Vorbehalt der Leistungserbringung oder Mängelbehebung beginnt die Gewährleistungsfrist nach Erbringung der Leistungen oder nach Abschluss der Mängelbehebung.*
- 2.3 Die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre ab Übernahme.*
- 2.4 Treten Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist auf, wird vermutet, dass diese auch zum Zeitpunkt der Übernahme bereits vorhanden waren. Ist die Art des Mangels unvereinbar mit der Vermutung, dass der Schaden bereits bei Übernahme vorhanden war, tritt diese Vermutung nicht ein.*
- 2.5 Die Gewährleistung wird durch die Tätigkeit des Auftraggebers oder seiner Beauftragten, insbesondere durch seine Überwachungs- und Prüfungstätigkeit, nicht eingeschränkt.*
- 2.6 Ist ein Mangel auf Leistungen, welche der Sphäre des AG zuordenbar sind, zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistungen befreit, wenn er die Bestimmungen der Prüf- und Warnpflicht erfüllt hat und der AG dennoch auf die Ausführung bestanden hat. Des Weiteren ist der AN von seiner Gewährleistung befreit, wenn er diese Mängel auch bei Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht hätte erkennen können.*
- 2.7 Eine Warnung oder Weisung des AG befreit den AN nicht von seinen Erfüllungs-, Garantie-, Gewährleistungs- und Schadenersatzpflichten, wenn er sich zu einer bestimmten Lieferung oder Leistung oder zu einer bestimmten Ausführungsart verpflichtet.*
- 2.8 Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen.*

- 2.9 *Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme gerügt wurden, nach Bekanntwerden, jedenfalls innerhalb der vereinbarten Gewährleistungspflicht bekannt zu geben. Erfolgt die Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungsfrist ist sie jedenfalls rechtzeitig.*
- 2.10 *Alle Rechte aus der Gewährleistung in § 932 ABGB sind anzuwenden, mit der Ausnahme, dass bei Gefahr in Verzug der Austausch und die Verbesserung unverzüglich zu erfolgen hat. Begehrt der AG Mängelbehebung, so ist diese binnen sieben Tagen zu beginnen.*
- 2.11 *Zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Mängelbehebung, wie z.B. die Überwachung, sind vom AN zu tragen.*
- 2.12 *Wenn zum Zeitpunkt der Feststellung des Mangels eine endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar ist, kann der AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen. Eine endgültige Behebung muss zum geeigneten Zeitpunkt erfolgen.*
- 2.13 *Die Unterbrechung der Gewährleistungsfrist während der behelfsmäßigen Behebung wird auf die Gewährleistung dieses Teils aufgerechnet.*
- 2.14 *Der AN hat spätestens zwei Monate vor Ablauf der Gewährleistungsfrist eine Schlussbegehung zur Feststellung noch allfälliger Gewährleistungsmängel zu beantragen. Anfallende Mängel sind noch vor Ablauf der Gewährleistungsfrist zu beheben. Versäumt der AN die Schlussbegehung, läuft die Gewährleistungsfrist weiter.*
- 2.15 *Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die innerhalb der Gewährleistungsfrist nicht gerügt werden, sind innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend zu machen. Vor Ablauf der Frist tritt eine Verjährung keinesfalls ein.*
- 2.16 *Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügt wurden, sind innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend zu machen. Vor Ablauf der Frist tritt eine Verjährung keinesfalls ein.*

#### **4.1.3 Subunternehmervertrag**

Im nachfolgenden Text wird der Subunternehmer AN und der Generalunternehmer AG genannt. Wie im Generalunternehmervertrag ähneln auch hier die Vertragsbestimmungen dem ABGB und der ÖNORM B 2110:2013.

- 2.1 *Der AN leistet Gewähr, dass seine Leistungen, die im Vertrag bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie einer Beschreibung, einer Probe oder einem Muster ent-*

- sprechen und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden können. Die Gewährleistung beginnt nach förmlicher Übernahme der Gesamtleistung durch den AG oder im Falle der Übernahme der Gesamtleistung unter Vorbehalt der Leistungserfüllung oder Mängelbehebung einzelner Positionen hinsichtlich dieser mit Übernahme nachträglich erbrachten Leistungen oder je nach Mängelbehebungsart.
- 2.2 Die Vertragsparteien kommen dahingehend überein, dass unbeschadet der gesetzlichen Bestimmungen im Falle der Erhebung der Mängelrüge eine gemeinsame Begehung des AG mit dem AN erfolgt und der Versuch der Findung einer einvernehmlichen Lösung dem Vertragswillen entspricht.
- 2.3 Die Gewährleistung wird durch die Tätigkeit des Auftraggebers oder seiner Beauftragten, insbesondere durch seine Überwachungs- und Prüfungstätigkeit, nicht eingeschränkt.
- 2.4 Im Falle der Anzeige und Durchführung von Gewährleistungsarbeiten sollen diese primär durch das Fachpersonal des AN durchgeführt werden. Sollte der AN die Durchführung der Arbeiten trotz schriftlicher Aufforderung durch den AG nicht binnen der vom AG gesetzten Frist sach- und fachgerecht durchführen, ist der AG berechtigt, auf Kosten des AN, selbst diese Arbeiten durchzuführen.
- 2.5 Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme gerügt wurden, nach bekannt werden, jedenfalls innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist bekannt zu geben (Mängelrüge). Erfolgt die Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungsfrist, ist die Mängelrüge jedenfalls rechtzeitig.
- 2.6 Die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre ab Übernahme.
- 2.7 Treten Mängel binnen sechs Monate nach Übernahme auf, wird vermutet, dass diese auch zum Zeitpunkt der Übernahme bereits vorhanden waren. Ist die Art des Mangels unvereinbar mit der Vermutung, dass der Schaden bereits bei Übernahme vorhanden war, tritt diese Vermutung nicht ein.
- 2.8 Zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Mängelbehebung, wie z.B. die Überwachung, sind vom AN zu tragen.
- 2.9 Wenn zum Zeitpunkt der Feststellung des Mangels eine endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar ist, kann der AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen. Eine endgültige Behebung muss zum geeigneten Zeitpunkt erfolgen.
- 2.10 Die Unterbrechung der Gewährleistungsfrist während der behelfsmäßigen Behebung wird auf die Gewährleistung dieses Teils aufgerechnet.



## 4.2 Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen

Das Gewährleistungsrecht ist ein gesetzlich festgelegtes Recht. Jede Vertragspartei hat das Recht Gewährleistungsansprüche an seinen Nachmann stellen zu können und jeder Nachmann muss gegenüber seinem Vormann für seine erbrachte Leistung Gewähr leisten.

Wird die Gesamtleistung in mehrere Teilleistungen aufgeteilt und an unterschiedliche Subunternehmer vergeben, entstehen dabei unterschiedliche Leistungszeiträume. Alle beauftragten Erfüllungsgehilfen werden nicht zur gleichen Zeit über den gesamten Leistungszeitraum von Beginnstermin bis Fertigstellungstermin für Gebäude und Außenanlagen an dem Bauprojekt arbeiten. Vielmehr werden diese Subunternehmer mit ihrem Teil der Leistung nacheinander und eventuell überschritten beauftragt werden. Für die Darstellung des Gewährleistungsproblems in weiterer Folge wird von drei Subunternehmern ausgegangen, siehe Bild 4.3.

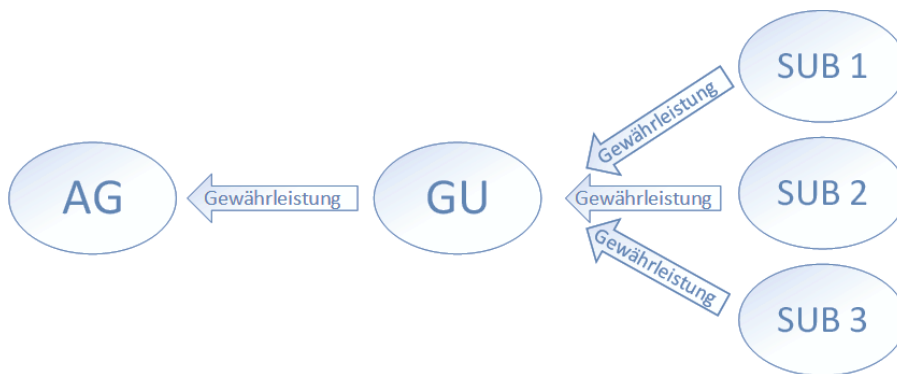


Bild 4.3 Gewährleistung in der Vertragskette

### 4.2.1 Vermutungsregel im Generalunternehmervertrag

Das Entstehenmüssen von Gewährleistungsmängeln ist nur dann erforderlich, wenn sie bereits bei der Übernahme vorhanden waren. Etwaige später entstanden Mängel sind nicht zu beheben. Das ABGB gibt mit der Vermutungsregel vor, dass Mängel, welche innerhalb von sechs Monaten auftreten, bereits zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren, jedoch aus Gründen nicht ersichtlich waren. Der Gegenbeweis dafür obliegt dem Gewährleistungsschuldner. Nach diesen sechs Monaten kommt es zu einer Beweislastumkehr und der Geschädigte muss beweisen, dass dieser Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war. Im fiktiven GU-Vertrag lässt sich allerdings diese Klausel finden:

*2.4 Treten Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist auf, wird vermutet, dass diese auch zum Zeitpunkt der Übernahme bereits vorhanden waren. Ist die Art des Mangels unvereinbar mit der Vermutung, dass der Schaden bereits bei Übernahme vorhanden war, tritt diese Vermutung nicht ein.*

Der AG fordert, dass für alle Mängel innerhalb der Gewährleistungsfrist die Vermutung gilt, dass diese bereits zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Demnach dehnt er die Vermutungsregel aus dem ABGB weit über die sechs Monate bis zum Ende seines Gewährleistungsanspruchs aus. Eine Beweislastumkehr findet somit nicht statt. Der GU ist immer in der Position seine Arbeit verteidigen zu müssen und das Gegenteil zu beweisen.

In Kapitel 4.3, welches die risikominimierenden Maßnahmen erörtert, wird dieses Risiko durch die abgeänderte Vermutungsregel aus dem ABGB nicht weiter behandelt. Die einzige Möglichkeit die Beweislastumkehr stattfinden zu lassen und somit das Risiko zu verkleinern, ist das Zurückversetzen der Vertragsklausel in ihren Ursprungszustand, demnach den Regelungen aus dem ABGB wieder anzupassen. Die Vertragsbestimmung würde jener aus dem SUB-Vertrag ähneln und wie folgt lauten:

*2.4 Treten Mängel innerhalb der ersten sechs Monate nach der förmlichen Übernahme auf, wird vermutet, dass diese auch zum Zeitpunkt der Übernahme bereits vorhanden waren. Ist die Art des Mangels unvereinbar mit der Vermutung, dass der Schaden bereits bei Übernahme vorhanden war, tritt diese Vermutung nicht ein.*

#### **4.2.2 Gewährleistungsfrist**

Die Gewährleistungsfrist laut Generalunternehmervertrag aus 4.1.2 beträgt fünf Jahre.

*2.3 Die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre ab Übernahme.*

Für alle drei Subunternehmer gilt der Vertrag aus 4.1.3 mit einer Gewährleistungsfrist von ebenfalls fünf Jahren.

*2.6 Die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre ab Übernahme.*

Wie aus den gesetzlichen Bestimmungen entnommen werden kann, läuft die Frist der Gewährleistung ab dem Zeitpunkt der Übernahme der erbrachten Leistung durch den AG, sofern keine Mängel erkennbar waren.

Um die einzelnen Startpunkte der Gewährleistungsfristen je Vertragspartei klären zu können, müssen die Leistungszeiträume der Subunternehmer und die Übergabetermine bekannt sein. In Bild 4.4 ist der Bauzeitenplan für die Erfüllungsgehilfen dargestellt.

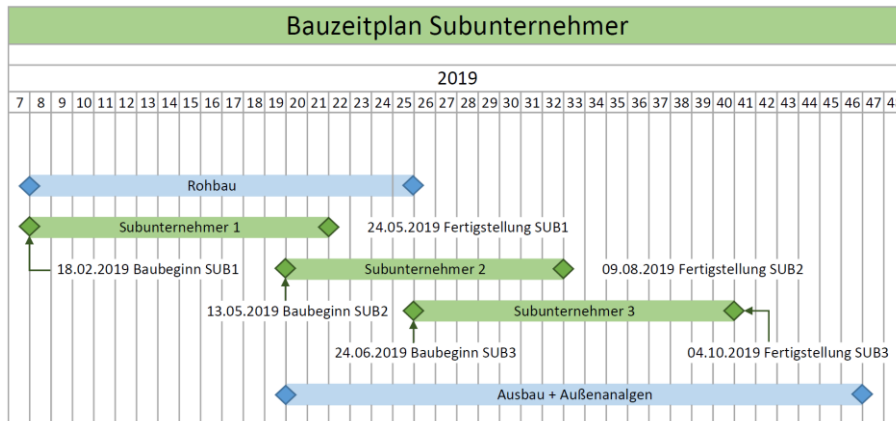


Bild 4.4 Bauzeitenplan Subunternehmer aus GU-Sicht

Subunternehmer 1 beginnt mit dem pönalisierten Termin für den Baustart am 18.02.2019 und arbeitet 14 Wochen an der Fertigstellung des Rohbaus. Der geplante Fertigstellungstermin der Leistungen von SUB 1 ist am 24.05.2019. Der zweite Erfüllungsgehilfe beginnt mit seiner Leistung plangemäß am Termin „Beginn Ausbau“, dem 13.05.2019. Nach 13 Wochen, genau am 09.08.2019, sollte der Subunternehmer 2 sein Leistungssoll erreicht haben. SUB 3 hat für seinen Teil der Leistung einen Zeitraum von 15 Wochen zu Verfügung. Beginnstermin ist der 24.06.2019 und Endtermin der 02.10.2019.

Wie in Bild 4.4 erkennbar ist, arbeiten die Erfüllungsgehilfen nicht über den gesamten Projektzeitraum an dem Bauobjekt mit. Die Leistungszeiträume sind je SUB von unterschiedlicher Länge. Dies führt in weiterer Folge zu unterschiedlichen Übergabeterminen zwischen Subunternehmer und GU.

Regelungen über den Zeitpunkt der Übergabe bzw. Übernahme gibt es im ABGB nicht. Laut ÖNORM B 2110:2013 Pkt. 10 ist die Fertigstellung der Leistung dem AG schriftlich mitzuteilen. Daraufhin ist eine gemeinsame Übernahme durchzuführen, welche der AG, wenn nicht anders vereinbart, innerhalb von 30 Tagen wahrnehmen muss. Die Übergabetermine zwischen AG und GU und den Erfüllungsgehilfen und dem GU wurden wie folgt in Bild 4.5 angenommen.

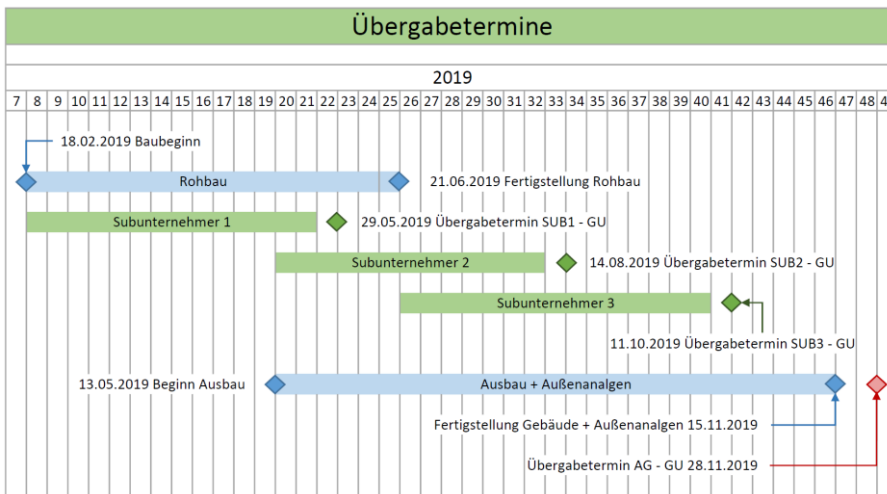


Bild 4.5 Übergabetermine

Der Übergabetermin der Gesamtleistung und somit des gesamten Gewährleistungsobjektes, welches Vertragsbestandteil des Generalunternehmervertrags ist, wurde auf 28.11.2019 datiert. Die Übergabetermine je Erfüllungsgehilfen sind am 29.05.2019 für SUB 1, am 14.08.2019 für SUB 2 und der SUB 3 übergibt seine Leistung am 11.10.2019.

Wie schon zuvor erwähnt, beginnt ab dem Zeitpunkt der Übernahme auch die Gewährleistungsfrist zu laufen. Laut dem Generalunternehmervertrag und den Subunternehmerverträgen beträgt die Gewährleistungsfrist fünf Jahre. Die genaue Darstellung der Gewährleistungsfristen je Projektbeteiligten ist aus dem Anhang A.3 zu entnehmen.

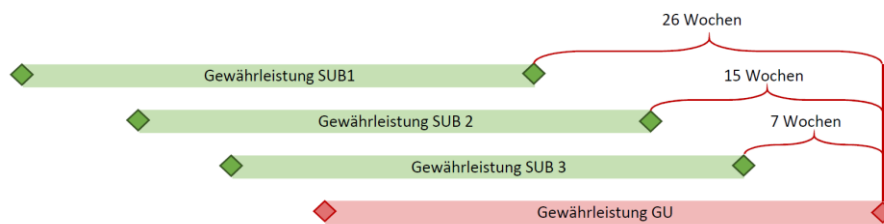


Bild 4.6 Differenz der Gewährleistungsfristen je SUB

Wie anhand von Bild 4.6 und aus dem Anhang A.3 erkennbar ist, ergibt sich aus der Aufteilung der Leistung und der unterschiedlichen Leistungsfristen je Erfüllungsgehilfen ein Risiko für den GU. Durch die spätere Übernahme der gesamten Leistung durch den AG beginnt die Gewährleistung vom GU verspätet zu laufen. Der GU kann gegenüber dem SUB 1 und seinem Teil der Leistung nur bis 29.05.2024 Gewährleistungsansprüche stellen. Der SUB 2 ist ab dem 14.08.2024 von seiner Gewährleistung entbunden und SUB 3 ab dem 11.10.2024. Der AG kann umgekehrt jedoch

bis 28.11.2024 Gewährleistungsansprüche gegenüber dem GU geltend machen.

Der GU leistet gegenüber dem AG für die vertraglich vereinbarten Teilleistungen des SUB 3 sieben Wochen länger Gewähr als der SUB 3 gegenüber dem GU. Für den Leistungsteil des zweiten Erfüllungsgehilfen beträgt der Zeitraum 15 Wochen. Der Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers für den Leistungsteil des SUB 1 hält sogar 26 Wochen länger als jener des Generalunternehmers gegenüber dem SUB 1. Das Problem dabei ist, dass der AG in diesen Zeiträumen eine Mängelbehebung oder im schlimmsten Falle eine Preisminderung oder Wandlung im Sinne der Gewährleistung beanspruchen kann, wohingegen der GU dieses Recht, je nach Teil der Leistung, schon früher nicht mehr hat.

Anhand eines Beispiels, siehe Bild 4.7, wird dieses Problem weiter erörtert. Der AG bemerkt am 27.11.2024 einen Mangel an der Leistung des SUB1. Der AG zeigt diesen Mangel an und es kommt zu einem Gewährleistungsfall. Dieser fordert vom GU, da dieser gegenüber dem AG Gewährleistungspflichtig ist, eine sofortige Ausbesserung des Mangels. Der GU will auf seinen Erfüllungsgehilfen zurückgreifen, da dieser für diesen Leistungsteil verantwortlich war. Die Gewährleistungsfrist des SUB 1 jedoch endete schon 25 Wochen davor, am 29.05.2024.

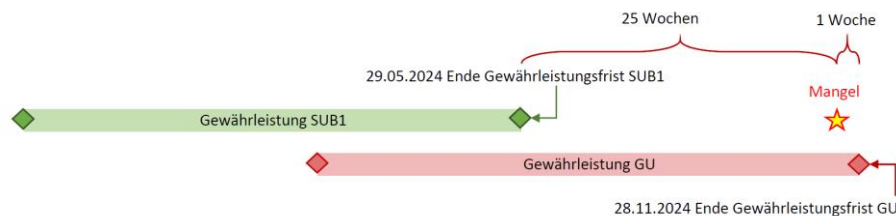


Bild 4.7 Auftreten eines Mangels

Der Gewährleistungsanspruch vom AG ist noch aufrecht, der des Generalunternehmers gegenüber dem SUB 1 nicht mehr. Eine Möglichkeit, die Kosten der Mängelbehebung vom Erfüllungsgehilfen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzufordern ist, Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Die Schwierigkeit dabei ist, dass bei Schadenersatzansprüche ein Verschulden des SUB 1 an dem Mangel vorausgehen muss. Dieses Verschulden im Nachhinein zu beweisen ist weitaus aufwendiger, als über die Gewährleistung die verschuldensunabhängige Erfolgshaftung geltend zu machen. Ist kein Verschulden des SUB 1 nachweisbar, so bleibt der GU auf den Kosten der Mängelbehebung sitzen, da es sich um eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung handelt.

### 4.2.3 Indirekte Ausdehnung der Gewährleistungsfrist im Generalunternehmervertrag durch die Mängelrüge

Das Gewährleistungsrecht ist begrenzt durch die Vereinbarung von Fristen. Nach Ablauf der Gewährleistungsfristen ist das Recht auf Gewährleistung bei mangelhafter Leistung verjährt. Innerhalb dieser Fristen muss der Gewährleistungsanspruch gerichtlich geltend gemacht werden. Neben der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen vor Gericht sieht die ÖNORM zusätzlich eine Mängelrüge vor. Der AG muss den AN innerhalb der Gewährleistungsfrist über den Schaden ehestens schriftlich informieren. Konsequenzen einer Mängelrüge oder nicht rechtzeitig durchgeführten Mängelrüge müssen vertraglich vereinbart werden.

Hierzu finden sich im GU-Vertrag zwei Regelungen, die aufgrund von wahrgenommenen und nicht wahrgenommenen Mängelrügen das Risiko der unterschiedlichen Gewährleistungsfristen zwischen GU und SUB zusätzlich erhöhen.

*2.15 Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die innerhalb der Gewährleistungsfrist nicht gerügt werden, sind innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend zu machen. Vor Ablauf der Frist tritt eine Verjährung keinesfalls ein.*

*2.16 Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln, die innerhalb der Gewährleistungsfrist gerügt wurden, sind innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend zu machen. Vor Ablauf der Frist tritt eine Verjährung keinesfalls ein.*

In beiden Fällen handelt es sich um eine indirekte Verlängerung der Gewährleistungsfrist. Nimmt der AG eine Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungsfrist vor, verlängert sich die Frist um 12 Monate. Lässt er die Mängelrüge aus, tritt nur eine Verlängerung der Frist um sechs Monate ein. Der AG benutzt die Mängelrüge, um den Mangel länger gerichtlich geltend machen zu können. Ob die Mängelrüge innerhalb der Gewährleistungsfrist wahrgenommen wurde oder nicht, spielt nur für die Dauer der Verlängerung eine Rolle. Eine Dehnung der Gewährleistungsfrist findet jedenfalls, trotz der vertraglichen Vereinbarung der Gewährleistungsfrist mit fünf Jahren, statt.

Wie in Punkt 4.2.2 beschrieben, ergibt sich ein Risiko aus der Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer, da die Übergabetermine von Subleistungen früher als der Gesamtübergabetermin stattfinden. Die Gewährleistungsfrist der SUB startet somit früher als die Gewährleistung des GU gegenüber dem AG. Dies hat zur Folge das nach Ablauf der Fristen der GU gegenüber dem AG für mangelhafte Leistungen des SUB einzustehen hat und den Gewährleistungsanspruch von seinen SUB nicht mehr geltend machen kann.

Eine solche indirekte Verlängerung der Gewährleistungsfrist des GU lässt dieses bereits vorhandene Risiko der unterschiedlichen Zeiträume der

Gewährleistungsansprüche nochmals steigen. Die Zeitspanne, in welcher der GU alleinige Gewähr für die erbrachte Leistung ablegen muss, wird dadurch erneut verlängert.

Eine risikominimierende Maßnahme wird für dieses Problem in Kapitel 4.3 ebenfalls nicht erörtert. Solch benachteiligende Vertragsbestimmungen sollten aus dem GU-Vertrag gestrichen werden und nicht zur Anwendung kommen. Sollte der AG eine längere Gewährleistungsfrist wünschen, so kann er dies durch die einfache Verlängerung der Gewährleistungsfrist durchsetzen und müsste dadurch die Ausdehnung von der Mängelrüge oder anderweitig vereinbarten Bestimmungen abhängig machen. Wird diese Ausdehnung von vorne herein auf die Gewährleistungsfrist des GU aufgeschlagen, können daraufhin Maßnahmen getroffen werden, um dieses Risiko weiter zu geben oder minimieren zu können.

#### 4.2.4 Schlussfeststellung

Im Generalunternehmervertrag aus Kapitel 4.1.2 gibt es einen nicht unbeachtlichen Punkt 2.14. Dieser befasst sich mit der Schlussfeststellung. Bei Schlussfeststellungen wird kurz vor Ende der Gewährleistungsfrist das Gewährleistungsobjekt begutachtet um etwaige Mängel ausfindig zu machen und noch vor Ablauf des Gewährleistungsanspruches anzeigen zu können.

Die Konsequenz bei Nichteinhalten dieses Punktes ist eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf unbestimmte Zeit. Dies könnte fatale Folgen bei später auftretenden Mängeln haben. Selbst wenn die Gewährleistungsfrist der Erfüllungsgehilfen länger wäre, würde sich der Zeitpunkt ergeben, ab diesem nur mehr der GU gewährleistungspflichtig ist. Der entstandene Schaden kann nur bei nachweisbarem Verschulden des Subunternehmers in Form von Schadenersatz zurückgefordert werden.

Die Schlussbegehung stellt zwar ein Risiko seitens des Generalunternehmers dar, wird aber im nachfolgenden Kapitel 4.3 nicht weiter behandelt, da das alleinige Einhalten dieses Punktes das Risiko einer Verlängerung eliminiert.

### 4.3 Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen

Für die Risikominimierung des Generalunternehmers bei Gewährleistungsrechten muss das Augenmerk auf Zeitspannen liegen, auf deren der GU keine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem SUB geltend machen kann. Der Zeitpunkt der Übergabe bzw. Übernahme der Leistungen spielt dabei eine große Rolle.

Gewährleistungsfälle haben keine direkten bauwirtschaftlichen oder baubetrieblichen Hintergründe und können demnach nur indirekt durch solche Maßnahmen verhindert werden. Das Gewährleistungsrecht gründet sich vorrangig auf das ABGB und lässt dadurch nicht viel Spielraum bei der Umgestaltung von Vertragsbestimmungen. Durch die Einschränkung des gesetzlichen Rahmens ist das Risiko einer sittenwidrigen Vertragsklausel geringer und dennoch muss auch hier jede Klausel auf ihren Inhalt überprüft werden.

#### 4.3.1 Vertragliche Änderungen

Bei Rechten, welche keine zusätzliche Vereinbarung im Vertrag benötigen, ist der Handlungsspielraum bei der Risikominimierung in Form von vertraglichen Änderungen gering. Für Themen, wie z.B. Vertragsstrafen, die nicht automatisch Teil eines Werkvertrages sind, gibt es weniger gesetzliche Regulierungen. Damit stehen hier auch mehr Möglichkeiten für die vertragliche Handhabung dieser bereit. Nichts desto trotz kann auch bei der Gewährleistung auf ein ausgeglichenes Risikoverhältnis geachtet werden.

##### 4.3.1.1 Übergabe von Teilleistungen

Die Weitergabe von Subunternehmerleistungen erfordert auch die Aufteilung der Gesamtleistung in Teilleistungen. Um diese an Subunternehmern übergeben zu können, müssen sich die Teile der Leistung voneinander abgrenzen. Klar voneinander abgrenzende Teile der Leistung können, wie schon in Kapitel 3.2 erwähnt, auch vertraglich als solche festgelegt werden und daraufhin gesondert übergeben werden. Dies bedeutet, dass, wenn die Teilleistungen der Subunternehmer auch im Generalunternehmervertrag als solche vereinbart wurden, kann die Übergabe nach ordnungsgemäßer Leistungserbringung früher erfolgen als die Übergabe der gesamtfertiggestellten Leistung. Somit wäre der Zeitpunkt der Übergabe mit dem AG der gleiche wie die Übergabe der Teilleistungen der jeweiligen Subunternehmer. Daraufhin würde sich die Gewährleistungsfrist des GU in mehrere Fristen aufteilen, welche unterschiedlich lange laufen, demnach gleich wie die Gewährleistungsfristen der Erfüllungsgehilfen. Das Risiko



des Gewährleistungsanspruchs gleicht sich somit aus. Die neuen Übergabetermine sind in Bild 4.8 dargestellt.

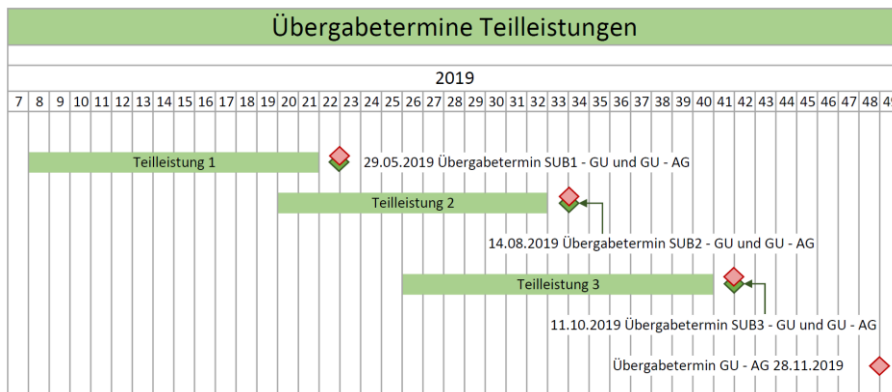


Bild 4.8 Übergabe von Teileleistungen

#### 4.3.1.2 Vertragliche Festlegung der Übergabe bzw. des Gewährleistungsbeginns

Eine Verschiebung des Leistungszeitraumes der Erfüllungsgehilfen ist nicht möglich. Zum einen betreffen die Leistungen des SUB1 den Rohbau und dieser ist durch einen pönalisierten Termin begrenzt. Zum anderen sind die Leistungen des Erfüllungsgehilfen 1 Vorleistungen des Erfüllungsgehilfen 2 und die Leistungen des SUB 2 Vorleistungen des Erfüllungsgehilfen 3. Das bedeutet, diese Leistungen müssen vorab teilweise oder gänzlich abgeschlossen sein, damit der jeweilige Unternehmer danach mit seiner Arbeit beginnen kann. Somit ist eine Verschiebung der Fertigstellung der Leistung auf den gleichen Termin und somit des Leistungszeitraumes ausgeschlossen.

Der Zeitpunkt der Übergabe ist im ABGB jedoch nicht geregelt. Demnach steht es, sofern kein ÖNORM-Vertrag vorliegt, dem GU frei, den Übergabetermin nach seinem Belieben vertraglich anzusetzen und festzulegen, wenn der SUB zustimmt.

Für das angenommene Beispiel aus 4.2.2 wird der Tag der Übergabe aller Subleistungen auf den gleichen Tag fixiert, an dem die Übernahme der Gesamtleistung durch den AG erfolgt. Durch diese Maßnahme verschiebt sich der Startpunkt der Gewährleistungsfrist für die Leistungen der Erfüllungsgehilfen auf den 28.11.2019 und somit koordiniert die Übernahme der Subleistungen mit der GU-Übernahme der Leistungen an den Bauherren. Siehe dazu Bild 4.9.

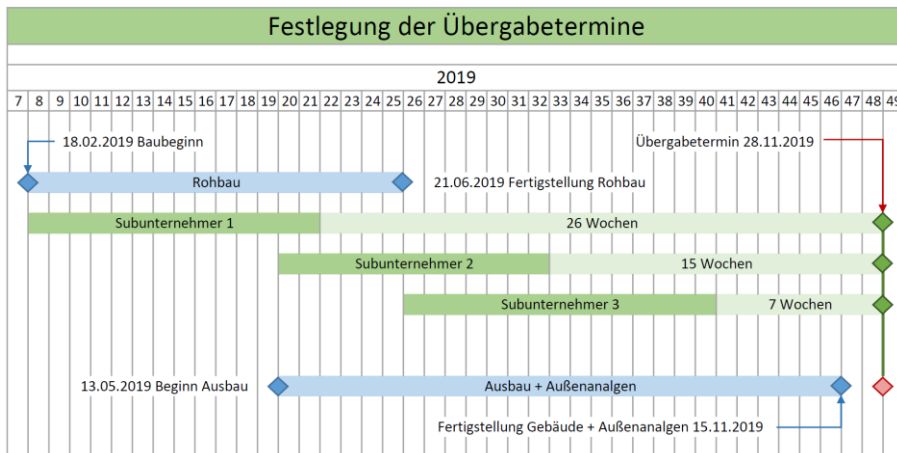


Bild 4.9 Festlegung der Übergabetermine

Sollte es zu einem Verzug des Endtermins kommen, entsteht das Risiko, dass die zuvor vertraglich festgelegten Übergabetermine der SUB vor der Übergabe an den AG stattfinden. Damit entsteht wieder ein Zeitraum, in welchem der GU alleine für Gewährleistungsmängel eintreten muss. Diesem Risiko wird aber durch den Wegfall der zeitlichen Komponente in den Vertragsbestimmungen entgegengewirkt. Somit wird die Übergabe nicht auf ein Datum beschränkt, sondern auf den Zeitpunkt, an dem der GU die gesamte Leistung an den AG übergibt. Weiterfolgend wird trotzdem davon ausgegangen, dass in den Vertragsbedingungen ein Datum für die Übergabe der Subleistungen und Gesamtleistung vereinbart wurde.

Die zuvor erwähnten Zeiträume, in dem der GU keine Gewährleistungsansprüche gegenüber seinen Erfüllungsgehilfen stellen kann, liegen nun im Risikobereich des jeweiligen Subunternehmers. Subunternehmer 1 trägt 26 Wochen nach Fertigstellung seiner Leistung das Risiko für seinen ausgeführten Teil des Werkes. In diesem Zeitraum haftet er für etwaige Schäden an der bereits erbrachten Leistung. Dasselbe gilt für den SUB 2 15 Wochen nach der Erbringung seiner vertraglichen Leistung und 7 Wochen längeres Risiko hat der SUB 3.

Die Vorteile einer zeitlich gemeinsamen Übernahme von allen Teilleistungen der SUB und der Gesamtleistung durch den AG zeigt sich anhand des Mängelbeispiels aus Kapitel 4.2.2. Tritt nun ein Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist des Generalunternehmers gegenüber dem AG auf, kann der GU denselben Anspruch gegenüber dem SUB 1 geltend machen. Somit kann er die Kosten für die Mängelbehebung von seinem Erfüllungsgehilfen ohne Schuldbeweis zurückfordern (siehe Bild 4.10).

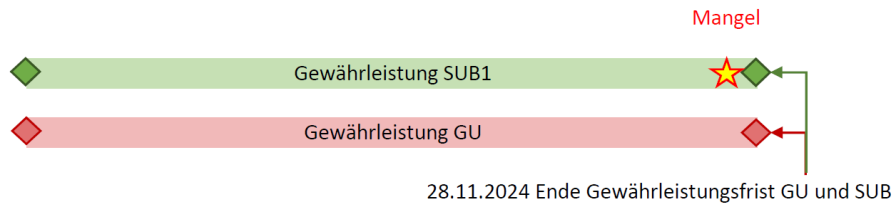


Bild 4.10 Auftreten eines Mangels nach Festlegung der Übergabe

Das Problem, welches hierbei entsteht ist, dass Leistungsteile des SUB 2 auf die Teile der Leistung von SUB 1 aufbauen. Eine Gesamtübernahme nach der Fertigstellung aller Subleistungen stellt sich als schwierig heraus, da nicht mehr alle verbauten Bauteile bzw. Leistungen ersichtlich sind. Dies macht eine spätere Besichtigung der erbrachten Leistung und somit eine Übernahme dieser unmöglich. Die ÖNORM B 2110:2013 schlägt hierfür eine Lösung vor:

*„Der AG kann Teile der Leistung benutzen oder Dritten zur Benutzung überlassen, ohne diese gemäß 10.3 zu übernehmen, wenn*

- 1) er vor Beginn der Benutzung erklärt, dass eine Übernahme dadurch nicht erfolgt und*
- 2) der Beginn der Gewährleistung für diese Teile einvernehmlich geregelt wurde und*
- 3) Umfang, Funktionsfähigkeit und Zustand dieser Teile sowie der Zeitpunkt des Beginns ihrer Nutzung gemeinsam festgehalten wurde.“<sup>93</sup>*

SUB 2 würde in diesem Fall die Teilleistung von SUB 3 frühzeitig nutzen. Bevor dieser die Leistungen des SUB 3 verbaut und diese nicht mehr ersichtlich sind, muss um ein Problem bei der Übernahme im Nachhinein zu vermeiden, eine Begehung und Begutachtung der Leistung durch den GU und den SUB erfolgen. Hierfür soll jedoch ausdrücklich erwähnt werden, dass es sich nicht um eine Übernahme handelt. Der Gefahrenübergang und der Start der Gewährleistungsfrist bleibt nach wie vor der zeitlich fixierte Übergabetermin, der 28.11.2019.

<sup>93</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 37 Pkt. 9

Karasek hat zu dieser Maßnahme der Risikominimierung seitens des Generalunternehmers eine gegensätzliche Meinung:

*„Häufig findet sich in Bauverträgen die Klausel, dass die Übernahme des Subunternehmergewerkes durch den Generalunternehmer gleichzeitig mit der Übernahme des Generalunternehmergewerkes durch den AG zu erfolgen hat. Mit der Übernahme des Werkes sind unter anderem der Gefahrenübergang und der Beginn der Gewährleistungsfrist verbunden. Diese Vertragsklausel bedeutet ein Hinausschieben des Gefahrenüberganges auf einen Zeitpunkt, der sehr lange nach Fertigstellung des Subunternehmergewerkes liegen kann. Unter Umständen ist der Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr auf der Baustelle tätig. Eine derartige Bestimmung ist meines Erachtens sittenwidrig, da sie den AN gröblich benachteiligt: er hat die Gefahr für das Abhandenkommen oder die Zerstörung seines Subunternehmergewerkes zu tragen, obwohl er keinerlei Möglichkeit der Gefahrenabwendung hat. Er bekommt hierfür weder ein Entgelt noch hat er die praktische Möglichkeit die Gefahr etwa durch Bewachung oder ähnliches abzuwenden, da er möglicherweise gar nicht mehr auf der Baustelle tätig ist. Nur der Generalunternehmer ist imstande, für ausreichende Sicherungsmaßnahmen zu sorgen.“<sup>94</sup>*

Das Risiko für etwaige Beschädigungen der Leistung trägt vor Übernahme jedenfalls der SUB selbst, da der Gefahrenübergang erst bei der Übergabe stattfindet. Der Zeitraum zwischen der Fertigstellung der Leistung und der Übernahme durch den GU ist für den SUB ein großes Risiko, da er nicht mehr auf der Baustelle tätig ist und keine Einwirkung auf mögliche Beschädigungen seiner Leistungen hat. Der SUB wird sich somit nicht so leicht auf diese Vertragsbestimmung einlassen. Die ÖNORM sieht für dieses Problem folgendes vor:

*„Kosten des Betriebes und daraus resultierende Schäden, der Wartung und der Abnutzung der benutzten Teile hat der AG zu tragen.“<sup>95</sup>*

Diese Vertragsbestimmung würde bei Nutzung Dritter oder des Generalunternehmers selbst die Gefahr für etwaige Schäden in die Sphäre des GU übergehen lassen. Das heißt, kommt es zu einer Beschädigung der Leistung innerhalb des Zeitraums der frühzeitigen Nutzung und der tatsächlichen Übernahme, haftet der GU selbst für diese Schäden an der Subleistung. Die Gewährleistungsfrist jedoch startet erst ab dem Zeitpunkt der Übernahme der von SUB 1 erbrachten Leistung. Einer solchen Vertragsbestimmung würde ein SUB eher zustimmen, als die alleinige Verantwortung für Ereignisse zu übernehmen, welche er nicht in der Hand hat. Dem GU entsteht dadurch ein neues Risiko, welches er nur im Falle einer verschuldeten Beschädigung durch Schadenersatzansprüche minimieren kann.

<sup>94</sup> KARASEK, D. G.: Bauvertrag und Generalunternehmervertrag. [https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_zivilrecht/Zoechling-Jud/Karasek/Skriptum\\_BV\\_GU\\_Vertrag\\_2018.pdf](https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_zivilrecht/Zoechling-Jud/Karasek/Skriptum_BV_GU_Vertrag_2018.pdf). Datum des Zugriffs: 13.01.2019

<sup>95</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 37 Pkt. 9

#### 4.3.1.3 Verlängerung der Gewährleistungsfrist

Eine Möglichkeit der Risikominimierung und klar außerhalb der Sittenwidrigkeit wäre die Verlängerung der Gewährleistungsfrist der Erfüllungsgehilfen. Dabei werden die Fristen auf das Gewährleistungsfristende, dem 28.11.2024 des Generalunternehmers, ausgedehnt. Für eine genaue Darstellung der Änderung der Gewährleistungsfristen siehe Anhang A.4.

Bei SUB 1 wird der Gewährleistungsanspruch vom GU 26 Wochen länger fortgesetzt. Das entspricht einer Verlängerung der Gewährleistung von einem halben Jahr, was im Gegensatz zu den anderen Erfüllungsgehilfen eine enorme Steigerung ist. Hier besteht für den GU auch das größte Risiko einen Gewährleistungsfall gegenüber dem AG verantworten zu müssen und diesen nicht mehr vom SUB einfordern zu können. Die Gewährleistungsfrist des Subunternehmers 2 wird um 15 Wochen und des Subunternehmers 3 wird um sieben Wochen verlängert. Durch diese Maßnahmen wird das Risiko des Generalunternehmers durch seinen späteren Gewährleistungsendtermin ausgeglichen. In Bild 4.11 ist eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 28.11.2024 dargestellt.

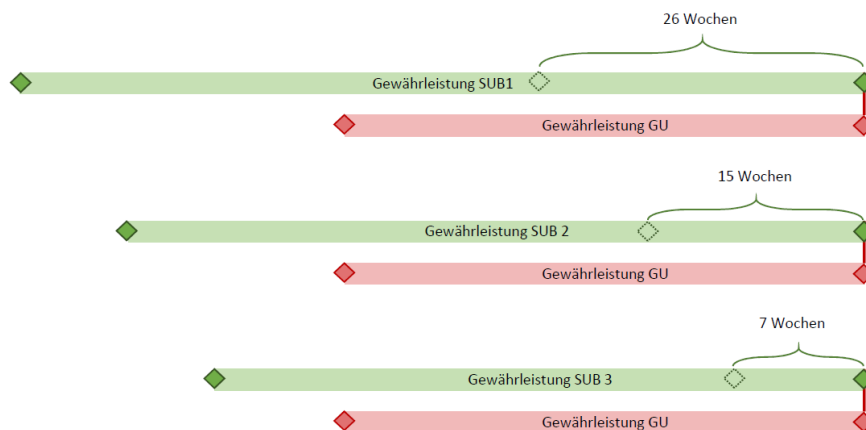


Bild 4.11 Verlängerung der Gewährleistungsfrist

In diesem Beispiel handelt es sich um Unterschiede bei den Gewährleistungsansprüchen von einigen Monaten. Bei großen Bauprojekten, welche über mehrere Jahre laufen, kann der Zeitpunkt der Gesamtübernahme Jahre hinter der ersten Übernahme einer Subleistung liegen. Das Risiko bei Gewährleistungsfristen steigt somit mit der Größe bzw. Dauer des Bauprojektes.

Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist setzt voraus, dass der Zeitpunkt der Übergabe der Gesamtleistung an den AG bekannt und fixiert ist um daraus die Zeitspanne der Verlängerung errechnen zu können. Der Tag der Übergabe kann zwar zuvor feststehen und im GU-Vertrag vereinbart werden, aber eine Vereinbarung schützt nicht vor Verzug. Wird der

Endfertigstellungstermin überschritten, kommt es ungewollt zu einer Verschiebung der Gewährleistungsfrist des Generalunternehmers. Die Gewährleistungsfristen der Subunternehmer laufen bereits um genau der errechneten Zeitspanne, welche von der Einhaltung des Gesamtübergabetermins abhängig ist. Somit ergibt sich neben den Folgen des Verzuges ein neuer Übergabetermin und somit neues Risiko für den GU. Seine Gewährleistung verzögert sich nach hinten und eine neue risikobehaftete Zeitspanne, in welcher der GU die Mängelbehebung nicht von seinen SUB über die Gewährleistung fordern kann, entsteht.

### 4.3.2 Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen

Die in Kapitel 4.3.1.3 erwähnte Maßnahme der Verlängerung der Gewährleistung bringt viele Unsicherheiten mit. Während den Vertragsverhandlungen und bei Vertragsabschluss kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Endfertigstellungstermin eingehalten werden kann und somit der Gesamtübergabetermin zweifellos feststeht. Probleme bei der Ausführung, der Planung oder auch in der Entscheidungsfindung können Leistungsfristen verlängern und einen Verzug verursachen. Dies würde den Endfertigstellungstermin in Gefahr bringen und somit den Zeitpunkt der Gesamtübergabe beeinflussen. Eine nach hinten verschobene Übernahme hat einen verzögerten Start der Gewährleistungsfrist zur Folge. Dies wiederum führt bei gleichbleibenden Fristen zu einem verspäteten Gewährleistungsende des Generalunternehmers und somit zu einem weiteren Risiko auf der Seite des GU.

Um mögliche Maßnahmen zur Vermeidung der Entstehung dieses Risikos erörtern zu können, wird die Problemstellung zuerst anhand eines Beispiels dargestellt. Bild 4.12 dient zur übersichtlichen Darstellung des Problems. Genauere Daten sind aus dem Bauzeitenplan im Anhang A.5 Leistungsfristverlängerung und Verschiebung des Übergabetermins zu entnehmen.

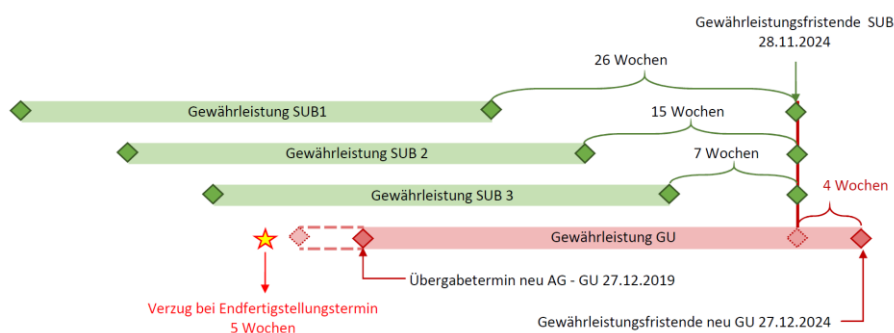


Bild 4.12 Leistungsfristverlängerung und Verschiebung der Übernahme

Durch ein Problem während der Ausführung kommt es zum Verzug bei der Endfertigstellung und der Endtermin kann nicht eingehalten werden. Das eigentliche Datum für die Übergabe muss somit verschoben werden. Fünf Wochen nach dem vereinbarten Fertigstellungstermin, wird die gesamte Leistung erbracht und das Bauprojekt abgeschlossen. Der neue Übergabetermin wird eine Woche nach Abschluss der Leistung festgelegt. Insgesamt wurde der Zeitpunkt der Übergabe somit um vier Wochen verschoben. Der neue Termin und somit auch der Start der Gewährleistungsfrist ist der 27.12.2019. Die vertraglich vereinbarte Frist von fünf Jahren lässt die Gewährleistung des GU am 27.12.2024 und somit vier Wochen später als die Gewährleistungsfrist der SUB enden.

Zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung mit den Subunternehmern wurden zwar die Gewährleistungsfristen verlängert, jedoch nur bis zum geplanten Ende der Gewährleistungsfrist des Generalunternehmers gegenüber dem AG. Diese vierwöchige Verzögerung fällt in den Risikobereich des GU. Der AG kann in diesem Zeitraum Gewährleistungsansprüche gegenüber dem GU geltend machen, der GU gegenüber seinen Erfüllungsgehilfen nicht, das die Gewährleistungsfristen der SUB bereits am 28.11.2024 endet.

Gründe für den Verzug einer Leistung können unterschiedlich sein. Die Fristüberschreitung könnte durch den AG selbst oder durch den GU oder seine Erfüllungsgehilfen entstanden sein. Zum einen kann es zur Überschreitung von Zwischenterminen und deshalb darauffolgenden Endterminen kommen. Zum anderen behindern Komplikationen am Ende der Bauausführung demnach nur den Gesamtfertigstellungstermin. Die Art und Weise wie es zu einer Verlängerung der Leistungsfrist gekommen ist, spielt für die weitere Vorgehensweise eine wichtige Rolle.

#### **4.3.2.1 Verkürzung der Gewährleistungsfrist des Generalunternehmers bei Verzug durch Auftraggeber**

Ist der Verzug nicht der Sphäre des Generalunternehmers, sondern der des Auftraggebers zuzuschreiben, konnte dieser auch nicht durch bauwirtschaftliche oder baubetriebliche Maßnahmen seitens des GU verhindert werden. Deshalb sollte eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist gefordert und ausverhandelt werden.

Ein nicht schuldhafter Verzug und somit die Verlängerung der Leistungsfrist hat für den GU im Sinne der Gewährleistung große Folgen. Sein Risiko steigt dadurch deutlicher, je länger sich der Endfertigstellungstermin und somit Übergabetermin hinzieht. Maßnahmen, welche zuvor in den SUB-Verträgen gesetzt wurden, um das Risiko der unterschiedlichen Fertigstellungsterminen der SUB zu verkleinern, sind somit wirkungslos. Eine nachträgliche Verlängerung der Gewährleistung der Subunternehmer ist nicht möglich und würde auch nicht das nötige Einverständnis der SUB erhalten.

Die Gewährleistungsfrist sollte sich um die Anzahl der Tage/Wochen, welche der Verzug angehalten hat, verkürzt werden. Dies entspreche in diesem Beispiel eine Verkürzung von vier Wochen, vom 27.12.2024 auf den 28.11.2024 (siehe Bild 4.13). So verspätet sich zwar der Starttermin der Gewährleistung, der Endtermin ist jedoch der gleiche wie dieser, welcher sich ohne jegliche Leistungsfristveränderung ergeben hätte. Die Zeitspanne, in welcher der GU keine Gewährleistungsansprüche gegenüber dem SUB hat und der AG gegenüber dem GU hingegen schon, ist somit beseitigt. Das Risiko des längeren Entstehens für mangelhafte Leistungen ergibt sich somit für den GU nicht.

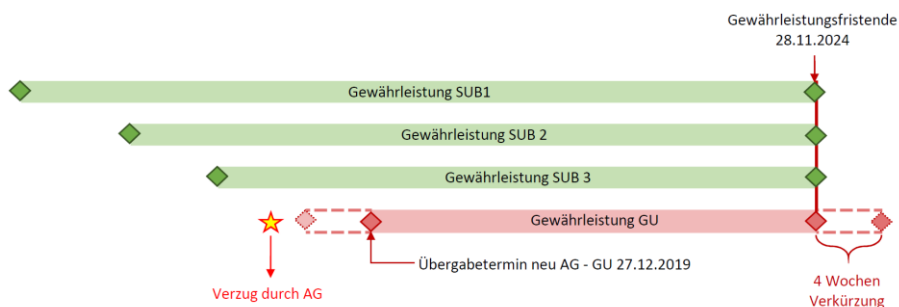


Bild 4.13 Verkürzung der Gewährleistungsfrist des GU

#### 4.3.2.2 Einplanung von Pufferzeiten bei fixierten Übergabeterminen der Subunternehmer

Nach einem schuldhaften Verhalten des Generalunternehmers oder einer seiner Erfüllungsgehilfen bei der Verursachung des Verzuges kann eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist des GU natürlich nicht gefordert werden. Entstand die Leistungsfristverlängerung in der Sphäre des GU und seinem Leistungsteil, müssen die daraus entstehenden Konsequenzen und Risiken hingenommen werden.

Der GU sollte für seinen Teil der Leistung eigene Puffer einplanen, sowie auch der SUB bei ausreichend viel Zeit eine Reserve für sich einplant. Um etwaige Verzögerungen bei der Erbringung der Subleistungen nochmals entgegenwirken zu können, sollte der GU, wie auch schon in Kapitel 3.4.2 bei Vertragsstrafen erwähnt, Reservezeiten für diese Teile der Leistung bereits vor Vergabe an die Subunternehmer einplanen und diesen somit „weniger“ Zeit zu Verfügung zu stellen.

Kommt es zu Komplikationen bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers, kann die dafür zurückgehaltene Zeitreserve genutzt werden und somit eine Leistungsfristverlängerung verhindert werden. Wichtige Termine, wie der Fertigstellungstermin des gesamten Bauobjektes, können eingehalten werden und der Übergabetermin kann, wie zuvor vereinbart, stattfinden. Mögliche Pufferzeiten sind in Bild 4.14 dargestellt.



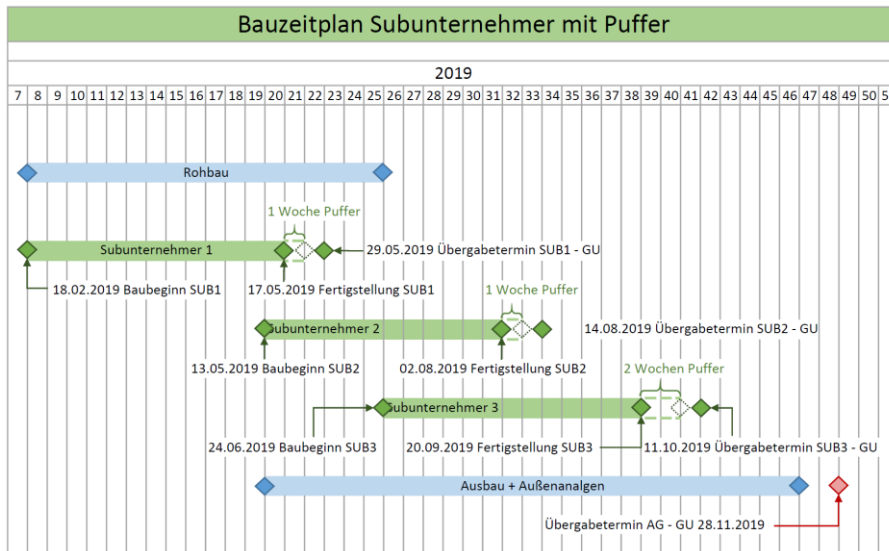


Bild 4.14 Bauzeitplan SUB mit Puffer

Bei der Planung der Pufferzeiten sollte darauf geachtet werden, dass für jeden Subunternehmer und seinen Teil der Leistung Zeitreserven einkalkuliert werden. Dies verhindert, dass bei Anbrauchen eines Puffers durch den SUB 1, der darauffolgende SUB2 seinen Leistungszeitraum maßgeblich, aufgrund der nicht vorhandenen Reserven, überschreitet und somit eine Verzögerung der Gesamtleistung hervorruft. Ist für jeden Erfüllungsgelhilfen ein Puffer eingeplant, ist der ganze Terminplan flexibler. Eine kleine Überschreitung alleine führt somit nicht zum Verzug des Endfertigstellungstermins. Selbstverständlich ist dies bei einem Verzug von mehreren Wochen nicht der Fall. Je länger die Verzögerung ist, desto eher besteht das Risiko, dass am Ende auch die vorsorglich eingeplanten Pufferzeiten nicht für eine Kompensation der verlorenen Tage ausreichen und der Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden kann.

#### 4.4 Handlungsempfehlung

Das Einstehenmüssen für mangelhafte Leistungen über die Gewährleistung ist eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung und deshalb für den GU riskanter als etwaige andere Haftungsgrundlagen. Ein vorwerfbares schuldhaftes Verhalten ist für die Geltendmachung der Gewährleistung nicht von Bedeutung. Der GU muss für jeden Mangel an seiner vertraglich vereinbarten Leistung gerade stehen und diesen gegebenenfalls ausbessern, austauschen oder andere schadensminimierende Maßnahmen ergreifen.

Das Gewährleistungsrecht ist ein gesetzlich geregeltes Recht und dies macht es schwierig, das Risiko des Generalunternehmers zu minimieren. Gegenüber dem AG sind dem GU die Hände gebunden, vor allem wenn es sich um einen Konsumenten im Sinnen des KSchG handelt. Dabei lässt das Gesetz keine benachteiligenden Änderungen für den AG zu. Jegliche Einschränkung oder Verkürzung der Gewährleistungsfrist wäre jedenfalls sittenwidrig und hätte als Vertragsbestandteil keine Gültigkeit.

Darüber hinaus steht es dem AG frei, die Gewährleistungsregelungen und vor allem Fristen zu seinem Vorteil zu ändern. Unverhältnismäßige Gewährleistungsfristen durch den AG und gegen den GU sollten grundsätzlich vermieden werden, da auch die Weitergabe des Risikos an die Erfüllungsgehilfen in Form von längeren Fristen dadurch ein Problem werden könnte. Demnach sollte eine der ersten Maßnahmen der Risikominimierung die Ausverhandlung von vorteilhafteren Bedingungen im GU-Vertrag sein. Eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist ist jedenfalls ein Gewinn für den GU und bringt ihn auch in eine bessere Ausgangsposition, wenn es zu Verhandlungen mit dem SUB kommt. Auch Subunternehmer werden versuchen ihre Gewährleistungsfrist so gering wie nur möglich zu halten, um den Zeitraum der schuldlosen Erfolgshaftungen ehestmöglich zu beenden.

Bei der Weitergabe des Risikos an die einzelnen Subunternehmer ist auf ihre Leistungsfristen zu achten. Gewährleistungsansprüche für die jeweilige Leistung der Erfüllungsgehilfen entstehen, sofern keine Mängel aufgetreten sind, ab der Übernahme der erbrachten Leistung. Dabei gibt es mehrere Möglichkeiten das Risiko des Generalunternehmers zu minimieren. Die erste Möglichkeit wäre, die Aufteilung der Gesamtleistung in Teilleistungen mit eigenem Übergabetermin. Dies sollten bereits bei der Vergabe des Projektes zwischen AG und GU Bestandteile des Vertrages sein, den nur vertraglich vereinbarte Teilleistungen im GU-Vertrag werden nach Fertigstellung auch als solche übernommen. Diese Teilleistungen werden an Subunternehmer weitergegeben und dabei möglichst gleich gehalten, sodass keine neuen Spaltungen der Leistung mit neuen Leistungsfristen entstehen. Dabei ergibt sich der gleiche Übergabetermin der Teilleistungen aus dem GU-Vertrag zwischen AG und GU und den Sub-

leistungen aus dem Vertrag zwischen GU und SUB. Die Gewährleistungsfrist beginnt je Teilleistung für alle Beteiligten gleichzeitig zu laufen. Die Gewährleistungsfristen für den GU und den SUB können somit mit gleicher Länge vereinbart werden und es besteht kein längerer Gewährleistungsanspruch durch den AG und somit auch kein erweitertes Risiko für den GU.

Die zweite Möglichkeit zur Risikominimierung beinhaltet die Verschiebung der Übergabe der Subleistungen auf den Übergabetermin der Gesamtleistung. Dabei entsteht ebenfalls der gleiche Gewährleistungsstarttermin. Der Zeitraum zwischen der Fertigstellung der Leistung des Subunternehmers und dem Übergabetermin der Gesamtleistung durch den AG liegt jedoch im Risikobereich des Subunternehmers. Dies ist zwar aus Sicht des GU von Vorteil, jedoch wird der Subunternehmer unter gewissen Umständen diese vertragliche Vereinbarung nicht unterzeichnen. Eine Möglichkeit dem SUB entgegenzukommen ist, einen vertraglichen Gefahrenübergang bei vorzeitiger Begutachtung und Nutzung der Leistung durch den GU oder Dritte zu vereinbaren. Die Subleistungen sind meist voneinander abhängig und so werden die Leistungen des SUB 1 von SUB 2 benutzt oder gar verbaut oder die Subleistungen 3 durch den GU weiterbearbeitet. Bei bereits verbauten Leistungen ist eine Mängelbegutachtung bei einer späteren Übernahme nicht mehr möglich. Deshalb sollte eine Mängelbeschau nach Fertigstellung der Teilleistung erfolgen. Dies jedoch mit der ausdrücklichen Festlegung, dass diese Begehung nicht als Übernahme zu sehen ist und diese zum vertraglich vereinbarten Termin stattfindet.

Sollte der GU dem Subunternehmer die Gefahr der Beschädigung der Leistung in dieser Zwischenzeit abnehmen, ist zu bedenken, dass auch dies ein weiteres Risiko für den GU darstellt. Tut er dies nicht und fordert dennoch vertraglich die Übernahme über längere Zeit nach hinten zu verschieben, bewegt er sich mit dieser Vertragsklausel im sittenwidrigen Bereich. Der Subunternehmer kann seine Leistung in diesem Zeitraum zwischen Fertigstellung und Übernahme nicht vor Beschädigungen schützen, da er mit größter Wahrscheinlichkeit nicht mehr auf der Baustelle tätig ist. Deshalb würde ihn eine solche Vertragsbestimmung grob benachteiligen. Im Gegensatz zum GU, welcher über die ganze Bauzeit mit Ausführungsarbeiten oder Koordinierungstätigkeiten tätig ist, kann der SUB einen womöglich eintretenden Schaden nicht verhindern. Diese Vertragsbestimmung könnte somit als unwirksam erklärt und das Risiko demnach in die Sphäre des GU übergehen.

Die wirksamste und einfachste Lösung scheint die Verlängerung der Gewährleistungsfrist der Subunternehmer zu sein. Einfacher deshalb, da das Gesetz keine Einschränkung bei der Anpassung von Fristen vorsieht, sofern es sich nicht um einen Konsumenten bei dem Vertragspartner handelt. Eine Verlängerung des Gewährleistungsanspruches sollte um den

Zeitraum, „Gewährleistungsende SUB bei gleichbleibender Länge bis Gewährleistungsende GU“ erfolgen, um das Risiko des GU im Falle eines Gewährleistungsmangels bei einer Subleistung auszuschließen. Der GU steht somit nicht nach Ende der Gewährleistungsfrist der SUB alleine für den Mangel ein, sondern kann die Mängelbehebung über die Gewährleistungsrechte von seinem SUB fordern.

Unsicherheiten sind bei der Angabe des genauen Übergabetermins zwischen GU und AG zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses immer gegeben. Diesen Unsicherheiten kann jedoch entgegengewirkt werden. Eine Möglichkeit wäre, die Gewährleistungsfristen der SUB noch weiter auszuweiten um mögliche Verzögerungen und die Verschiebung des Übergabetermins AG-GU zu kompensieren. Eine stark verlängerte Gewährleistungsfrist der SUB ist jedoch im Sinne der partnerschaftlichen Zusammenarbeit nicht von Vorteil, da das Verhältnis mit Subunternehmern für weitere Aufträge in der Zukunft wichtig ist. Für die Übertragung des Risikos zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen reicht die Verlängerung der Frist um die Zeitspanne zwischen Fertigstellung der Subleistung und Gesamtübergabetermin aus, sofern keine Verzögerungen zu erwarten sind.

Um dennoch den Terminplan flexibler zu gestalten und Leistungsfristverlängerungen aufnehmen zu können, sollte der GU für seinen Teil der Leistung Zeitreserven einplanen und auch bei der Weitergabe von Leistungen an die Erfüllungsgehilfen Puffer generieren. Der GU sollte für jeden Subunternehmer Zeitreserven zuvor einplanen, um im Falle des Verzugs eines Subunternehmers nicht eine Fristüberschreitung von anderen Subleistungen zu verursachen oder gar den Endtermin nicht einhalten zu können.

Acht zu geben ist auf Vertragsverhältnisse, welche einen Konsumenten beinhalten. Konsumenten sind durch die gesetzlichen Bestimmungen im KSchG geschützt. Dieses schreibt vor, dass die Rechte der Gewährleistung für Konsumenten nicht eingeschränkt werden dürfen. Somit ergibt sich für einige Maßnahmen eine Unzulässigkeit bei den Vertragsklauseln, wenn ein Konsument Vertragspartner ist. Der wie zuvor erwähnte mögliche Versuch des GU bei den Vertragsverhandlungen mit dem AG eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist auszuhandeln, ist bei einem Konsumenten als AG nur bedingt möglich. Ist eine Gewährleistungsfrist für den GU über die gesetzliche Frist hinaus vorgesehen, kann diese lediglich auf die gesetzliche Mindestfrist, demnach auf drei Jahren bei unbeweglichen Sachen, gesenkt werden. Eine Verkürzung darunter wäre sittenwidrig und hätte somit eine unzulässige Vertragsbestimmung zur Folge.

Alle vertraglichen Änderungen zur Risikominimierung in den SUB-Verträgen unterliegen nicht dem KSchG, da es sich hierbei um BtB-Verhältnisse handelt. Würde dennoch ein BtC-Verhältnis vorliegen, wären Gewährleistungsverlängerungen jedenfalls möglich. Verkürzungen sind ein Problem, da diese die Rechte des Konsumenten einschränken. Ebenso die Ver-

schiebung des Übergabetermins der SUB auf den Tag des Gesamtübergabetermins wäre nach KSchG unzulässig, denn nach § 6 Abs. 1 KSchG ist eine unangemessen lange Frist, während der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist, unzulässig:

*„Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen*

*1. sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist; [...].“<sup>96</sup>*

Eine Verschiebung des Übergabetermins wäre eine Verlängerung der Vertragsbindung, denn erst ab dem Zeitpunkt der Übernahme gilt der Vertrag, sofern keine Mängel entstanden sind, als erfüllt. Da diese Maßnahme aufgrund der Benachteiligung gegenüber einem Vertragspartner zur Sittenwidrigkeit der Vertragsklausel führen kann, sollte davon generell Abstand genommen werden, ob es sich nun um einen Konsumenten oder einem Unternehmer als Vertragspartner handelt.

Bei der Risikominimierung auf Seiten des GU sollte somit bei den Gewährleistungsregelungen das Augenmerk auf Fristen und Zeitspannen gelegt werden. Sind die Vertragsregelungen im GU-Vertrag fixiert, kann an der Risikoübertragung auf Subunternehmer und diesem Vertrag gearbeitet werden. Verlängerungen der Gewährleistungsfristen von Erfüllungsgehilfen bringen die schnellste Lösung bei dem Risikoübertrag. Eine kluge Zeiteinteilung der SUB mit genügend Pufferzeiten ist jedenfalls vorzunehmen um vertraglich festgelegte Fristen nicht zu überschreiten und das Leistungsziel rechtzeitig zu erreichen, demnach das Bauprojekt innerhalb der vorgegebenen Zeit abzuschließen.

Neben den Maßnahmen, welche sich ausschließlich mit Gewährleistungs- und Leistungsfristen beschäftigen, sollte darauf geachtet werden, keine mangelhafte Leistung zu produzieren. Dies sollte schon bei der Wahl der Erfüllungsgehilfen bedacht werden, denn auch die Qualität der Subunternehmer spielt hierbei eine entscheidende Rolle. Wurden bereits mehrere Projekte mit einem Subunternehmer abgewickelt und leistete dieser gute Arbeit, kann auch die Beauftragung dieses Unternehmers für weitere Projekte risikominimierend sein. Auch die Kontrolle der Leistungen während der Bauausführung kann Mängel vor Eintreten des Gewährleistungsanspruchs eliminieren und somit eine vorbeugende Wirkung haben.

---

<sup>96</sup> § 6 Abs. 1 KSchG

## 5 Schadenersatz

Das Schadenersatzrecht befasst sich nach *Bydlinski*, neben dem Gewährleistungsrecht, ebenfalls mit Mängeln und entstandene Schäden. Der große Unterschied zwischen dem Gewährleistungsanspruch und den Schadenersatzanspruch ist, dass das Gewährleisten von bestimmten Eigenschaften unter die Erfolgshaftung fällt und die Haftung im Sinne des Schadenersatzrechtes unter die Verschuldenshaftung. Um Schadenersatzansprüche geltend machen zu können, muss ein Verschulden an dem Schaden oder Mangel vorliegen. Für die Begründung des Schadenersatzes müssen somit belastende Vorfälle auf der Seite des Schädigers vorgekommen sein.<sup>97</sup>

Der Ausgleichsgedanke zwischen AG und AN spielt auch im Schadenersatzrecht eine große Rolle. Wie schon in Kapitel 4 erwähnt, errechnet sich jeder Beteiligte einen Wert für die herzustellende Leistung. Wird dieser Wert der Sache durch Mängel oder Schäden verletzt, ergibt sich ein Nachteil für einen Beteiligten und ein Ungleichgewicht entsteht. Der Schadenersatz dient dem Ausgleich dieser Benachteiligung und fungiert somit zum Teil als Ausgleichsfunktion.<sup>98</sup>

Grundsätzlich trifft der Schaden denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er auftritt und derjenige trägt die Verantwortung selbst, außer jemand ist für diesen entstandenen Nachteil haftpflichtig.<sup>99</sup> Regelungen ab wann und wer schadenersatzpflichtig ist, beinhaltet das Schadenersatzrecht.<sup>100</sup>

Das Schadenersatzrecht beinhaltet auch den Präventionsgedanke.<sup>101</sup> Um Schäden oder Rechtsverstöße zu verhindern, werden bereits im Vorhinein Sanktionen angedroht.<sup>102</sup> Neben dem Schadensausgleich und der Schadensprävention spielt noch der Vergeltungsgedanke eine Rolle bei Schadenersatzansprüchen.<sup>103</sup> Der entstandene Schaden soll wieder gut gemacht werden.<sup>104</sup>

<sup>97</sup> BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 250 f

<sup>98</sup> Vgl. BARTH, P.; DOKALIK, D.; POTYKA, M.: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen Auflage 24. S. 698 ff & WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. S. 68 f

<sup>99</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 250

<sup>100</sup> Vgl. Ebd.

<sup>101</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>102</sup> Vgl. Ebd.

<sup>103</sup> Vgl. Ebd.

<sup>104</sup> Vgl. Ebd.

## 5.1 Vertragstext

Schadenersatzansprüche können über die Vertragshaftung oder die Deliktshaftung geltend gemacht werden (dazu in Kapitel 5.2 mehr). Aus diesem Grund entsteht auch ein Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegenüber dem SUB und dies, obwohl kein direktes Vertragsverhältnis, wie in Bild 5.1 dargestellt ist, besteht. Auch im Thema Schadenersatz gilt es, das Konsumentenschutzgesetz und die Regelungen des Unternehmensgesetzbuches zu beachten.

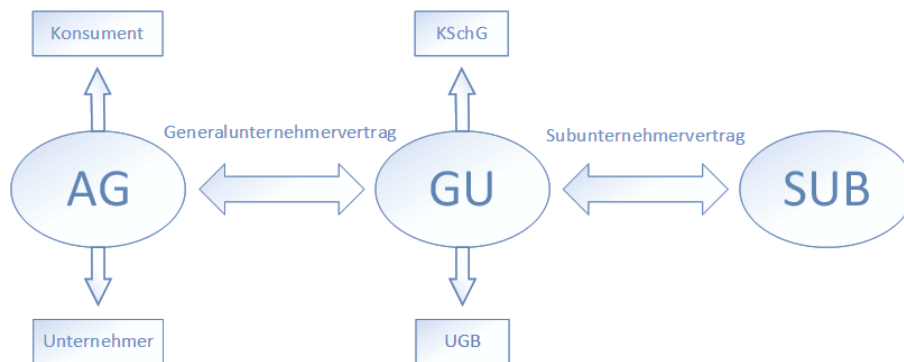


Bild 5.1 Vertragspartner Schadenersatz

### 5.1.1 Generalunternehmervertrag

Der Generalunternehmer wird im nachfolgenden Text Auftragnehmer (AN) genannt.

- 4.1 Der AN haftet für alle Schäden die in Zusammenhang mit der vertraglich vereinbarten Leistung und generell diesem Vertrag entstehen sowie für die Einhaltung aller zum Schutz der Arbeitnehmerschaft und dritte Personen erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen und Vorschriften.
- 4.2 Der AN haftet insbesondere für die Missachtung der Rügepflicht, demnach für das Verschweigen von Umständen, die eine ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages beeinträchtigen. Eine Hinderung an der vertragsgemäßen Ausführung ist unverzüglich dem AG schriftlich mitzuteilen. Eine Haftung seitens des AG ist bei Nichteinhalten der Rügepflicht ausgeschlossen.
- 4.3 Durch die Kontrolle oder etwaige Tätigkeiten des AG oder einer seiner beauftragten Organe ist der AN nicht von seiner Haftung befreit oder diese eingeschränkt.
- 4.4 Der AN haftet dem AG für den Ersatz sämtlicher Schäden, welche bei Ausführung seiner Leistung durch ihn oder einen seiner Erfüllungsgehilfen entstanden ist.

- 4.5 *Der AN haftet ebenfalls für etwaige entstandene Nachbarschäden nach §§ 364 ff ABGB.*
- 4.6 *Eine Mithaftung der Erfüllungsgehilfen des AN, welcher jedenfalls zur ungeteilten Hand für den gesamten Schaden haftet, befreit den AN nicht von der Ersatzpflicht.*
- 4.7 *Der AN haftete uneingeschränkt für Vermögensschäden und den entgangenen Gewinn des AG bei einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages.*
- 4.8 *Etwaige Haftungsbeschränkungen des AN sind nicht zulässig.*
- 4.9 *Die Haftung des AG, soweit dies gesetzlich zulässig ist, wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.*
- 4.10 *Die Haftung des AG für entgangene Gewinne, Folgeschäden, indirekte Schäden und Drittschäden wird ausgeschlossen.*
- 4.11 *Der AN ist verpflichtet, eine ausreichende Haftpflichtversicherung für Personen-, Sach-, Vermögensschäden abzuschließen und dem AG durch Vorlage eines entsprechenden Versicherungsnachweises das Bestehen einer solchen Versicherung zu bestätigen. Die Deckungssummen dieser Versicherung müssen pro Schadensfall mindestens betragen:*
- *für Personenschäden € 1.000.000,00,- pro Schadensfall und Person*
  - *für alle sonstigen Schäden, insbesondere Sach- und Vermögensschäden € 800.000,00,- pro Schadensfall*
- 4.12 *Der AN verpflichtet sich, den Versicherungsschutz während der gesamten Dauer des Vertrages aufrecht zu erhalten. Den Versicherungsschutz hat der AN durch eine von seinem Versicherungsgeber ausgestellte Versicherungsbestätigung nachzuweisen.*
- 4.13 *Der AN verpflichtet sich, sämtliche Ansprüche gegenüber den Versicherungen über schriftliche Aufforderung an den AG abzutreten. Der AN ist mit Vertragsabschluss verpflichtet, der Versicherung die Verpflichtung zur Abtretung der Versicherungsansprüche an den AG mitzuteilen und eine schriftliche Bestätigung der Versicherung vorzulegen, aus der hervorgeht, dass mit dem AN kein Abtretungsverbot vereinbart wurde.*

### **5.1.2 Subunternehmervertrag**

Der Generalunternehmer wird im nachfolgenden Text Auftragnehmer (AN) genannt.



- 4.1 Der AN haftet für alle Schäden die in Zusammenhang mit der vertraglich vereinbarten Leistung und generell diesem Vertrag entstehen sowie für die Einhaltung aller zum Schutz der Arbeitnehmerschaft und dritte Personen erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen und Vorschriften.
- 4.2 Der AN haftet insbesondere für die Missachtung der Rügepflicht, demnach für das Verschweigen von Umständen, die eine ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages beeinträchtigen. Eine Hinderung an der vertragsgemäßen Ausführung ist unverzüglich dem AG schriftlich mitzuteilen. Eine Haftung seitens des AG ist bei Nichteinhalten der Rügepflicht ausgeschlossen.
- 4.3 Durch die Kontrolle oder etwaige Tätigkeiten des AG oder einer seiner beauftragten Organe ist der AN nicht von seiner Haftung befreit oder diese eingeschränkt.
- 4.4 Der AN haftet nicht für den entgangenen Gewinn des AG.
- 4.5 Der AN haftet ebenfalls nicht für den entgangenen Gewinn Dritter, mit denen der AG im Vertragsverhältnis steht.
- 4.6 Die Haftung des AN ist mit € 500.000,- begrenzt.
- 4.7 Der AN ist verpflichtet, eine ausreichende Haftpflichtversicherung für Personen-, Sach-, Vermögensschäden für dieses Projekt abzuschließen und dem AG durch Vorlage eines entsprechenden Versicherungsnachweises das Bestehen einer solchen Versicherung zu bestätigen. Die Deckungssummen dieser Versicherung müssen pro Schadensfall mindestens betragen:
- für Personenschäden € 500.000,00,- pro Schadensfall und Person
  - für alle sonstigen Schäden, insbesondere Sach- und Vermögensschäden € 500.000,00 pro Schadensfall
- 4.8 Der AN verpflichtet sich, den Versicherungsschutz während der gesamten Dauer des Vertrages aufrecht zu erhalten. Den Versicherungsschutz hat der AN durch eine von seinem Versicherer ausgestellte Versicherungsbestätigung nachzuweisen.
- 4.9 Der AN verpflichtet sich, sämtliche Ansprüche gegenüber den Versicherungen über schriftliche Aufforderung an den AG abzutreten. Der AN ist mit Vertragsabschluss verpflichtet, der Versicherung die Verpflichtung zur Abtretung der Versicherungsansprüche an den AG mitzuteilen und eine schriftliche Bestätigung der Versicherung vorzulegen, aus der hervorgeht, dass mit dem AN kein Abtretungsverbot vereinbart wurde.

## 5.2 Gesetzeslage

Der § 1293 ABGB beschreibt den Schaden als einen Nachteil, den der Geschädigte erleidet und teilt den Schaden in Vermögensschäden, Personenschäden und Schäden an Rechten ein. Zusätzlich kann dem Beschädigten auch ein Gewinn, welchen er im Normalfall zu erwarten hätte, entgangen sein.<sup>105</sup> Nach § 1294 ABGB entstehen Schäden aus Zufall, aus widerrechtlichen Handlungen oder Unterlassung einer Person, demnach Personen, welche einem Schaden nicht entgegenwirken. Eine widerrechtliche Beschädigung unterteilt sich laut ABGB in willkürliche und unwillkürliche Handlungen und wird Verschulden genannt. Ist der Schaden wesentlich gewollt entstanden, demnach durch eine böse Absicht, ist dieser den willkürlichen Beschädigungen zuzuordnen. Zu den willkürlichen Handlungen gehören auch Schäden, welche aus mangelnder gehöriger Aufmerksamkeit, aus mangelndem gehörigen Fleiß oder schuldbarer Unwissenheit entstanden sind.<sup>106</sup>

ABGB  
Allgemeines

*Bydlinski* kommentiert den § 1295 ABGB dahingehend, dass jeder Beschädigte berechtigt ist, den Ersatz des zugefügten Schadens zu fordern. Dabei wird in Schäden durch die Vertragspflichtverletzung und Schädigungen ohne Bezug auf den Vertrag unterschieden. Letzteres fällt nicht unter die Vertragshaftung sondern unter die Deliktshaftung. Der Eintritt eines Schadens ist, im Gegensatz zu den Vertragsstrafenregelungen, die erste Voraussetzung der Verschuldenshaftung.<sup>107</sup>

1. Voraussetzung: Eintritt eines Schadens

Die Art der Schädigung unterteilt *Kurbos* in<sup>108</sup>

Schadensarten

- Realer Schaden  
Der reale Schaden ist die tatsächliche Veränderung der Sache selbst.
- Vermögensschaden  
Wird durch das schädigende Ereignis das Vermögen verringert oder kommt es zu einem Gewinnentgang, fällt dieser Schaden unter Vermögensschäden. Ein Schaden, der in Geld messbar ist.
- Drittschaden  
Schäden, die im Vermögen Anderer und nicht in Vertragsbeziehung Zueinanderstehenden eintreten.
- Ideeller/immaterieller Schaden  
Schaden, der nicht in Geld messbar ist.
- Nichterfüllungsschaden

<sup>105</sup> Vgl. § 1293 ABGB

<sup>106</sup> Vgl. § 1294 ABGB

<sup>107</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 251 f

<sup>108</sup> Vgl. KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis Auflage 6. S. 185 ff

Schaden, welcher bei Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten entsteht.

- Vertrauensschaden

Vertraute ein Vertragspartner auf die Gültigkeit einer Erklärung oder das Zustandekommen eines Vertrages und tritt dies nicht ein, so entsteht ein Vertrauensschaden.<sup>109</sup>

Aus § 1293 des ABGB ergibt sich die primäre Funktion des Schadenersatzrechts, nämlich der Ausgleich des entstandenen Nachteils des Beschädigten.<sup>110</sup> Das Ausgleichsprinzip ist eines von drei Schadenersatzrechtsprinzipien und besagt, dass dem Beschädigten nicht mehr als der erlittene Schaden vergütet werden soll.<sup>111</sup> Der Präventionsgedanke ist das zweite Prinzip des Schadenersatzrechts. Durch das Androhen von Ersatzpflichten soll ein Schaden im Vorhinein verhindert werden und somit ein sorgfältigeres Verhalten oder die Vermeidung von Schäden ausgelöst werden.<sup>112</sup> Neben dem Präventionsprinzip, welches Rechtsverstöße möglichst vorbeugend verhindern soll, befasst sich das dritte Schadenersatzrechtsprinzip mit dem Vergeltungsgedanke. Gleiches soll mit Gleichem vergeltet werden. Dies bedeutet, dass der zugefügte Schaden des Geschädigten und der daraus entstandene Nachteil, auch in einer Form dem Schädiger zugefügt werden soll bzw. dass der Schädiger diesen Schaden wiedergutmachen soll.<sup>113</sup>

Ausgleichsprinzip

Präventionsprinzip

Vergeltungsprinzip

Das Verschuldensprinzip des Schadenersatzrechtes gründet sich auf § 1294 und § 1306 des ABGB. *Bydlinski* schreibt, das zu Schadenersatz jener verpflichtet ist, dem ein schuldhaftes Verhalten an der Schädigung nachgewiesen werden kann. Die stärkste Form des schuldhaften Verhaltens ist der Vorsatz und beinhaltet das bewusste in Kauf nehmen eines Schadens und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens.<sup>114</sup> Eine weitere Einteilung des Verhaltens hinsichtlich dem Grad des Verschuldens ist die Einordnung des Handelns in grob oder leicht fahrlässig. Ob jemand fahrlässig gehandelt hat, hängt nach *Bydlinski* davon ab, ob er die gehörige Aufmerksamkeit nicht aufgebracht hat und wissen hätte müssen, dass er mit diesem Verhalten fremde Güter gefährdet (§ 1297 ABGB). Grobe Fahrlässigkeit ist ein Sorgfaltsverstoß, welchen einem durchschnittlich ordentlichen Menschen nicht passiert wäre. Handelt

2. Voraussetzung: Verschulden

<sup>109</sup> Vgl. KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis Auflage 6. S. 185 ff

<sup>110</sup> Vgl. § 1293 ABGB

<sup>111</sup> Vgl. BARTH, P.; DOKALIK, D.; POTYKA, M.: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen Auflage 24. S. 699

<sup>112</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 250

<sup>113</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>114</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 256 f

eine Person leicht fahrlässig, so kann dieser Fehler jeder sorgfältigen Person einmal passieren.<sup>115</sup> Um überhaupt ein Verschulden eines Menschen prüfen zu können, muss dieser die Deliktsfähigkeit besitzen. Grundsätzlich wird diese bei gesunden Menschen ab dem 14. Lebensjahr angenommen.<sup>116</sup>

Neben dem Verschulden spielt auch die Rechtswidrigkeit im Verhalten des Schädigers eine Rolle. Wer nichts Unrechtes tut, ist auch zum Ersatz des Schadens nicht verpflichtet. Zu einem rechtswidrigen Verhalten zählen laut *Bydlinski*:

- die Verletzung absoluter Rechte,
- die Verletzung gesetzlicher Verhaltensnormen/Schutzgesetze,
- die Nichteinhaltung von Vertragspflichten,
- der Verstoß gegen die guten Sitten,
- der Rechtsmissbrauch.<sup>117</sup>

Der Grundsatz des Verhaltensunrechts ist nach *Bydlinski* ein wesentlicher Bestandteil des Schadenersatzrechtes. Ein rechtswidriges Verhalten setzt immer eine Handlung oder Unterlassung von Geboten, Verboten oder einen Verstoß gegen die guten Sitten voraus. Doch nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang (Lehre vom Schutzzweck der Norm) ist nicht jedes rechtswidrige Verhalten auch haftpflichtig. Darunter fallen rechtmäßige Alternativverhalten, wie z.B. die Notwehr oder wenn ein Schaden ohne dem rechtswidrigen Verhalten ebenso eingetreten wäre. Dabei wird nochmals geprüft, ob der Schädiger durch dieses Verhalten nicht eventuell einen derartigen Schaden vermeiden wollte.<sup>118</sup>

Neben dem Schaden selbst, einem Verschulden und der Rechtswidrigkeit muss noch eine vierte Schadensvoraussetzung vorliegen, die Kausalität. Nur wer einen Schaden verursacht, muss diesen auch ersetzen. Die Verursachung beschäftigt sich mit dem konkreten Tun des Schädigers oder seiner Unterlassung etwas gegen den Eintritt der Schädigung zu tun. Eine Ursache ist dann kausal, wenn der Schaden ohne diese nicht eingetreten wäre.<sup>119</sup> Zur Kausalität gehört auch die Prüfung der Adäquanz. Laut Adäquanztheorie ist die Ursache für Schäden, welche nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen entstanden sind und die der Natur nach nicht aus der Ursache entstehen hätte können, nicht kausal.<sup>120</sup>

3.Voraussetzung: Rechtswidrigkeit

4.Voraussetzung: Kausalität

<sup>115</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 257

<sup>116</sup> Vgl. Ebd.

<sup>117</sup> Vgl. a.a.O. S. 253

<sup>118</sup> Vgl. a.a.O. S. 253 f

<sup>119</sup> Vgl. a.a.O. S.255

<sup>120</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

Die Vertragshaftung und die Deliktshaftung sind zwei Möglichkeiten der Haftung in Schadenersatzfällen. Eine weitere ist die Haftung aus Verträgen mit Schutzwirkung Dritter, welche eine mittelbare Vertragsbeziehung erzeugt, die so nicht besteht.<sup>121</sup> Hierbei erleidet ein Dritter, einer der Leistungserbringung nahestehenden Person, einen Schaden und nicht der unmittelbare Vertragspartner. Obwohl keine Vertragsbeziehung besteht, haftet ein Dritter für diese Schäden im Sinne der Vertragshaftung.<sup>122</sup> Diese vertragliche Konstellation findet in der Vertragskette AG – GU – SUB keine Anwendung. Der OGH entschied, dass von einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht auszugehen ist, wenn der Dritte einen deckungsgleichen Schadenersatzanspruch zu seinem eigentlichen Vertragspartner hat.<sup>123</sup> Somit soll verhindert werden, dass die Vorteile der Vertragshaftung ausgenutzt werden.<sup>124</sup>

Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Der AG kann den Schadenersatz über die Vertragshaftung vom GU fordern und hätte, bei Vorliegen eines BtB-Verhältnisses, Anspruch auf die volle Genugtuung. Denselben Anspruch hätte der AG bei Bestehen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, da auch hier ein BtB-Verhältnis vorliegt.

Die Art der Verträge ist bedeutsam für den Zusammenhang der Kausalität und der Gehilfenhaftung. Grundsätzlich ist jemand nach § 1313 ABGB nicht für die widerrechtliche Handlung Fremder verantwortlich. Handelt es sich bei dem Fremden jedoch um einen Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB, gilt:

Gehilfenhaftung

Erfüllungsgehilfenhaftung

*„Wer einem andern zu seiner Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Person, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“<sup>125</sup>*

Wird ein Schaden durch einen Erfüllungsgehilfen verursacht, ist zwar nach Kausalitätsprüfung der Schaden nicht durch sein Verhalten selbst entstanden, jedoch ist jemand zum Ersatz des Schadens verpflichtet, welchen er sich durch die Gehilfenhaftung mitschuldig macht.

<sup>121</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>122</sup> Vgl. Ebd.

<sup>123</sup> [http://www.jusguide.at/index.php?id=71&tx\\_ttnews%5Bwords%5D=2%20Ob%20229%2F13k&tx\\_ttnews%5BbackPid%5D=36&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=15349&cHash=902652a0a3877045e5ec553f1de39496](http://www.jusguide.at/index.php?id=71&tx_ttnews%5Bwords%5D=2%20Ob%20229%2F13k&tx_ttnews%5BbackPid%5D=36&tx_ttnews%5Btt_news%5D=15349&cHash=902652a0a3877045e5ec553f1de39496). Datum des Zugriffs: 26.01.2019

Vgl.

<sup>124</sup> Vgl. JAGERHOFER, N.: Bauversicherungen richtig abschließen Auflage 1. S. 8 vgl. dazu auch 4 Ob 192/10d

<sup>125</sup> § 1313a ABGB

Die Haftung für Besorgungsgehilfen ist neben der Erfüllungsgehilfenhaftung eine weitere Möglichkeit der Gehilfenhaftung. Nach § 1315 ABGB

*„haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.“<sup>126</sup>*

Besorgungsgehilfenhaftung

Die zuvor erwähnte Unterscheidung in Vertragshaftung und Deliktshaftung spielt bei der Gehilfenhaftung eine entscheidende Rolle. Die Haftung durch Erfüllungsgehilfen ist eine Vertragshaftung, wohingegen die Haftung durch den Besorgungsgehilfen der Deliktshaftung zuzuordnen ist.<sup>127</sup> Im Falle einer Gehilfenhaftung kann der Schadenersatzanspruch des Dritten über Regress vom Gehilfen zurückgefordert werden.<sup>128</sup>

Sind laut ABGB mehrere Teilnehmer gemeinschaftlich, unmittelbar oder mittelbar, durch Verleiten und Drohen usw. an einem widerrechtlich zugefügten Schaden beteiligt oder haben sie unterlassen den Schaden zu verhindern, so haben sie dies gemeinsam zu verantworten.<sup>129</sup> Lassen sich die Anteile des im Versehen verursachten Schaden bestimmen, haftet nach § 1302 ABGB jeder Teilnehmer für seinen Anteil. Ist dies nicht der Fall, so haftet einer solidarisch für alle.<sup>130</sup> Der zur Rechenschaft gezogene kann über Regress den Schadenersatz von den anderen Beteiligten zurückfordern. Hat auch der Beschädigte Mitschuld, so haftet er für diesen Schaden verhältnismäßig und ansonsten zu gleichen Teilen.<sup>131</sup>

Mehrere Schädiger

Die Beweislast im Schadenersatzrecht nach ABGB und *Karasek* grundsätzlich beim Beschädigten selbst, da im Zweifelsfall davon ausgegangen wird, dass der Schaden ohne Verschulden eines Anderen entstanden ist. Bei der Vertragshaftung jedoch wird die Beweislast umgekehrt. Kommt es zur Verletzung von vertraglichen Pflichten, so muss der Schädiger beweisen, dass ihn keine Schuld trifft. Dies gilt aber nur bis 10 Jahre nach der Übernahme, danach wird die Beweislast wieder umgekehrt. Grundsätzlich muss ein grob fahrlässiges Verhalten des Schädigers durch den Geschädigten bewiesen werden. Wird jedoch vertraglich vereinbart, dass nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, so muss der Schädiger beweisen, dass es sich bei seinem Verhalten nicht um grobe Fahrlässigkeit handelt.<sup>132</sup>, <sup>133</sup>

Beweislast

<sup>126</sup> § 1315 ABGB

<sup>127</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>128</sup> Vgl. BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. S. 261

<sup>129</sup> Vgl. § 1301 ABGB

<sup>130</sup> Vgl. § 1302 ABGB

<sup>131</sup> Vgl. § 1304 ABGB

<sup>132</sup> Vgl. § 1296 & § 1298 ABGB

<sup>133</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 882 f

Zu den Arten des Schadenersatzes gehören nach § 1323 ABGB die Schadloshaltung und die volle Genugtuung. Ersteres ist das Zurückversetzen der beschädigten Sache in vorherigen Stand. Die volle Genugtuung ist das Ersetzen des entgangenen Gewinns und Tilgung der verursachten Beleidigung.<sup>134</sup> Letzteres ist nur von Belang, wenn es sich um eine böswillige absichtliche Beschädigung (Vorsatz) oder grobe Fahrlässigkeit handelt.<sup>135</sup> Bei Schäden, die aus reiner Schadenfreude, Mutwille oder strafgesetzlich verbotenen Handlung entstanden sind, kann auch der Wert der besonderen Vorliebe gefordert werden.<sup>136</sup>

Arten des Schadenersatzes

Zuerst kann laut § 933a Abs. 2 ABGB nur die Verbesserung oder der Austausch der beschädigten Sache verlangt werden. Ist dies unmöglich oder für den Beschädigten mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, so kann Geldersatz gefordert werden. Dies tritt ebenfalls ein, wenn die Mangelbehebung nicht in der angemessenen Frist vorgenommen wird oder für den Beschädigten unzumutbar ist. Geldersatz kann auch gefordert werden, wenn die Verbesserung oder der Austausch des Schadens für den Schädiger sehr untunlich ist. Die gleichen Bedingungen gelten für Mängel aus der Gewährleistung.<sup>137</sup>

Eine Verjährung, demnach der Rechtsverlust durch den Nichtgebrauch des Schadenersatzanspruches, tritt nach 30 Jahren ein.<sup>138</sup> Sind ein Schaden und der Schädiger dem Beschädigten bekannt und wird vom Recht des Schadenersatzes nicht Gebrauch gemacht, verjährt der Schadenersatzanspruch nach drei Jahren.<sup>139</sup> Dies gilt für die Vertragshaftung und Deliktshaftung.<sup>140</sup>

Verjährung

Besteht eine Vertragsbeziehung zwischen zwei Unternehmen (BtB) ergibt sich aus dem UGB eine andere schadenersatzrechtliche Bestimmung. Wo das ABGB den Ersatz des entgangenen Gewinns vorsieht, nämlich nur bei grober Fahrlässigkeit und böser Absicht, ist das UGB strenger. Nach § 346 UGB ist der entgangene Gewinn im zu ersetzenden Schaden enthalten und somit auch Teil des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit.<sup>141</sup>

UGB

KSchG

---

<sup>134</sup> Vgl. § 1323 ABGB

<sup>135</sup> Vgl. § 1324 ABGB

<sup>136</sup> Vgl. § 1330 Abs. 2 ABGB

<sup>137</sup> Vgl. § 933a Abs. 2 ABGB

<sup>138</sup> Vgl. § 1478 ABGB

<sup>139</sup> Vgl. § 1489 ABGB

<sup>140</sup> Vgl. Ebd.

<sup>141</sup> Vgl. § 346 UGB

Ist einer der Vertragsparteien ein Konsument, darf nach § 6 Z 9 KSchG die Haftung seitens des Unternehmers nicht eingeschränkt werden, außer eine Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit wird im Einzelnen ausgehandelt.<sup>142</sup>

Die Regelungen der ÖNORM B 2110:2013 zum Thema Schadenersatz beziehen sich auf die Verletzung der vertraglichen Pflichten, demnach der Vertragshaftung. Ebenfalls wie das ABGB setzt die ÖNORM Verschulden für den Schadenersatzanspruch voraus.

ÖNORM

Die Art des Schadenersatzes bei grober Fahrlässigkeit und bei Vorsatz erfolgt wie im ABGB durch den Ersatz des Schadens plus dem entgangenen Gewinn. Bei leichter Fahrlässigkeit sieht die ÖNORM Haftungsbeschränkungen vor, welche jedoch nicht für Personenschäden oder bei Rücktritt vom Vertrag gelten. In allen anderen Fällen wird der Schadenersatz auf € 12.500,- bis zu einer Auftragssumme von € 250.000,- und bei einer Auftragssumme, welche höher ist als € 250.000,-, auf 5 % der Auftragssumme bis höchstens € 750.000,- begrenzt.<sup>143</sup>

Haftungsbeschränkung

Sind mehrere Auftragnehmer auf der Baustelle beschäftigt, ergibt sich aus der ÖNORM eine besondere Haftung nach Punkt 12.4. Sie haften anteilmäßig im Verhältnis ihrer ursprünglichen Auftragssumme für Schäden, welche während ihrer Tätigkeiten an bereits übernommenen und nicht übernommenen Leistungen sowie am Baubestand aufgetreten sind. Voraussetzung dafür ist die fehlende Feststellung, wer die Urheber der Beschädigung sind. Die Haftung ist auf 0,5 % der jeweiligen Auftragssumme beschränkt.<sup>144</sup>

mehrere AN

Etwaige Beschädigungen sind nach Auffallen des Auftragnehmers dem Auftraggeber sofort bekannt zu geben. Die Schäden müssen hinsichtlich ihrer Art, ihres Umfangs und des Zeitpunktes dokumentiert werden. AN, die nach ÖNORM B 2110 Pkt. 12.4 für den Schaden in Betracht kommen, müssen ehestens in Kenntnis gesetzt werden. Jedem AN, welcher haftpflichtig ist, steht es zu, seine Unschuld oder die Unschuld seines Erfüllungsgehilfen zu beweisen.<sup>145</sup>

Mängelrüge

Bei Verletzung von Schutzrechten (z.B. Eigentum oder Leben von Personen<sup>146</sup>) haftet der AG für seine vorgeschriebenen Ausführungsarten, wenn er diese ohne Hinweise auf bestehende Schutzrechte angewiesen hat.<sup>147</sup>

Haftung bei Verletzung von Schutzrechten

<sup>142</sup> Vgl. § 6 Z 9 KSchG

<sup>143</sup> Vgl. ÖNORM B 2110 S. 42 Pkt. 12.3.1

<sup>144</sup> Vgl. ÖNORM B 2110 S. 42 Pkt. 12.4

<sup>145</sup> Vgl. ÖNORM B 2110 S. 42 Pkt. 12.4

<sup>146</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>147</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S.43 Pkt. 12.5



Der AG muss den AN gegenüber den Inhabern von Schutzrechten schadlos halten. Ist beiden Parteien ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen, haften beide im Verhältnis ihres Verschuldens. Ist dieses Verhältnis nicht nachzuweisen, haften beide zur Hälfte. In allen anderen Fällen haftet der AN.<sup>148</sup>

### 5.3 Folgen für den Generalunternehmer aufgrund der Vertragsbedingungen

Das größte Risiko bei Schadenersatzansprüchen entsteht durch Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen, demnach durch die einzelnen vertraglich vereinbarten Bestimmungen. Der GU sollte sich immer im Klaren sein, welche Haftpflicht er gegenüber dem AG hat und welchen Anspruch er gegenüber dem SUB geltend machen kann. Bestimmungen aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen sind somit genauestens zu analysieren.

#### 5.3.1 Haftungsbestimmungen im Generalunternehmervertrag

Für den GU entsteht ein Risiko nicht nur durch die Vertragskette sondern bereits im GU-Vertrag selbst. Jeder AG wird versuchen, seine Haftung zu einem Teil oder zur Gänze auszuschließen oder zu beschränken. Im GU-Vertrag aus Kapitel 5.1.1 gibt es einige Bedingungen, welche sich mit den Haftungen des Auftraggebers befassen. Zum einen wäre die Bestimmung 4.9 aus dem GU-Vertrag:

*4.9 Die Haftung des AG, soweit dies gesetzlich zulässig ist, wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.*

Auch wenn der AG grundsätzlich der Geschädigte ist, bei Mitschuld an dem aufgetretenen Schaden trägt auch er eine Mitverantwortung. Mit dieser Vertragsbestimmung beschränkt er seine Haftung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Alle Schäden, welche durch leichte Fahrlässigkeit des Auftraggebers entstanden sind und somit eine solidarische Schuld zwischen AG und GU entsteht, fallen in den Bereich des Generalunternehmers. Durch die Vertragsbestimmung 4.8 haftet dieser gänzlich für alle Vermögensschäden inklusive entgangenem Gewinn. Eine Haftungsbeschränkung seitens des Generalunternehmers wurde ebenfalls ausgeschlossen.

*4.8 Der AN haftete uneingeschränkt für Vermögensschäden und den entgangenen Gewinn des AG bei einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages.*

*4.9 Etwaige Haftungsbeschränkungen des AN sind nicht zulässig.*

<sup>148</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 S.43 Pkt. 12.5

Die Haftung des Auftraggebers wird ebenfalls nach Art des Schadens begrenzt. Die Verantwortung über den entgangenen Gewinn, Folgeschäden, indirekte Schäden und mittelbare Schäden wird ebenfalls nicht übernommen. Der GU hingegen muss laut 4.12 GU-Vertrag für sämtliche Schäden, wie z.B. für Nachbarschäden, mittelbare Schäden, Folgeschäden, etc., die Haftung übernehmen:

*4.11 Die Haftung des AG für entgangene Gewinne, Folgeschäden, indirekte Schäden und mittelbare Schäden wird ausgeschlossen.*

*4.12 Der AN haftet dem AG für den Ersatz sämtlicher Schäden, welche bei Ausführung seiner Leistung durch ihn oder einen seiner Erfüllungsgehilfen entstanden ist.*

Der Haftungsausschluss des AG für Folgeschäden ist sehr risikoreich für den GU. Oftmals sind nach Eintritt eines Schadens die darauf folgenden Schäden von weitaus größerem Ausmaß. Der Haftungsausschluss des entgangenen Gewinns ist ebenso sehr risikobehaftet. Der Ersatz dieses Schadens kann beträchtlich sein und somit essentiell für die Existenz eines Unternehmers. Die alleinige Haftung bei derartigen Schäden durch den GU kann diesen in eine prekäre Lage bringen. Nach den Vertragsbestimmungen 4.11. und 4.12 des GU-Vertrags trägt der GU das alleinige Risiko und bleibt auf Folgeschäden, indirekte und mittelbar Schäden, sowie dem entgangenen Gewinn, auch bei Mitschuld des Auftraggebers, sitzen. Der Ausschluss der Haftung des AG von Drittschäden, welche Schäden im Vermögen Anderer sind, mit denen keine Vertragsbeziehung vorliegt<sup>149</sup> und indirekten Schäden ist weniger risikoreich, da die Haftung grundsätzlich nur für unmittelbare Schäden zu übernehmen ist. Kommt es jedoch zur Haftung für Drittschäden, sind diese meist schwerwiegender als der direkte Schaden selbst. Somit könnte es zu einer uferlosen Schadenersatzforderung kommen, welche ein sehr großes Risiko für den GU darstellen.

Nach genauerem Analysieren der Vertragsbedingungen des GU-Vertrags stellt sich ein sehr hohes Risiko in der Sphäre des Generalunternehmers dar. Wie in Bild 5.2 dargestellt, haftet der AG nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gegenüber Schäden des GU. Dieser Verschuldensgrad hätte, vorausgesetzt es handelt sich um ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Unternehmen (BtB) laut UGB, die Haftung des entgangenen Gewinns zur Folge und dies unabhängig davon, ob es sich um eine Vertragshaftung oder Deliktshaftung handelt. Der entgangene Gewinn und jegliche andere Arten des Schadens werden jedoch ebenfalls als Haftungsgrundlage ausgeschlossen. Der AG haftet gegenüber dem GU demnach nur für den reinen Vermögensschaden bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten, wohingegen der GU für jede Art des Schadens an dem AG unabhängig vom Verschuldensgrad die Verantwortung übernehmen muss.

<sup>149</sup> Vgl. KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis Auflage 6. S. 185 ff

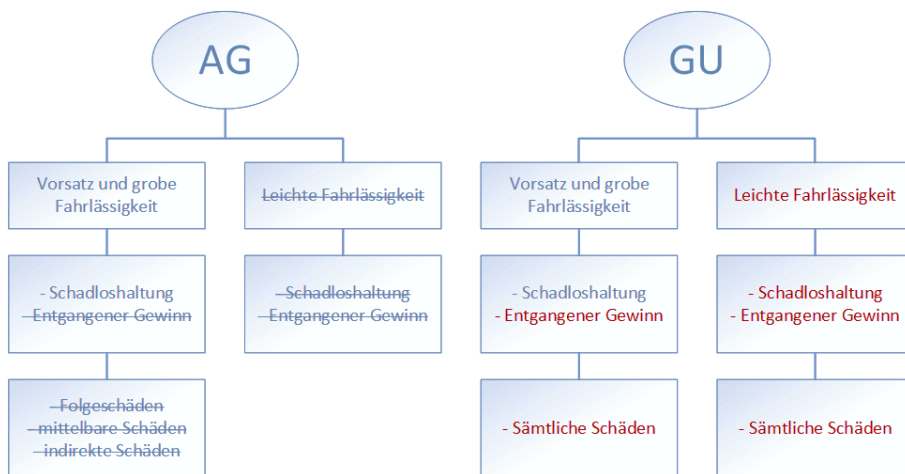


Bild 5.2 Haftung AG und GU laut GU-Vertrag

### 5.3.2 Haftungsbeschränkung der Subunternehmer und die Gehilfenhaftung des Generalunternehmers

Durch die § 1313a ABGB Gehilfenhaftung muss der GU gegenüber dem AG für die Schäden seiner Erfüllungsgehilfen einstehen. Ein direktes Verschulden trifft ihn zwar unter Umständen nicht, dennoch haftet der GU für diese Schäden, da er dem AG über den GU-Vertrag ein vereinbartes Leistungsziel schuldet, welches durch seinen SUB nicht erreicht wurde.

Wie schon zuvor in Kapitel 5.3.1 analysiert, haftet der GU gegenüber dem AG unabhängig vom Grad des Verschuldens für jeden eingetretenen Schaden. Die Schadenersatzansprüche, welcher der AG gegen dem GU stellt, kann dieser wiederum von seinem Erfüllungsgehilfen fordern. Die Regressforderung ist nur wirksam, sofern der SUB auch die Schuld an der Beschädigung trägt. Hierbei ergeben sich aus dem SUB-Vertrag einige Risiken seitens des Generalunternehmers.

*4.4 Der AN haftet nicht für den entgangenen Gewinn des AG.*

*4.5 Der AN haftet ebenfalls nicht für den entgangenen Gewinn Dritter, mit denen der AG im Vertragsverhältnis steht.*

*4.6 Die Haftung des AN ist mit € 500.000,- begrenzt.*

Der entgangene Gewinn ist bei einer Vertragspflichtverletzung zwischen zwei Unternehmen Teil des Schadenersatzanspruchs bei leichter und grober Fahrlässigkeit. Der AN schließt eine Haftung des entgangenen Gewinns durch den SUB-Vertrag auf der Seite seines Auftraggebers, dem GU, aus. Direkte Schadenersatzansprüche für den eigenen entgangenen Gewinn kann der GU somit nicht geltend machen. Der SUB schließt ebenfalls den entgangenen Gewinn des Auftraggebers des Generalunternehmers aus. Dies bedeutet, dass bei etwaige Regressforderungen, welche

den Wert des Schadens selbst und eine verhinderte Vermögensvermehrung beinhalten, nur der Ersatz des Schadens selbst gefordert werden kann. Der GU trägt somit das alleinige Risiko des entgangenen Gewinns seines Auftraggebers, auch wenn er keine direkte Schuld an der Beschädigung trägt.

Zusätzlich beinhaltet der SUB-Vertrag eine Haftungsbeschränkung des Erfüllungsgehilfen, welche bei € 500.000,- liegt. Schadenersatzansprüche können somit nur bis zu diesem Grenzwert gefordert werden. Darüber hinaus ist der SUB gegenüber dem GU nicht haftpflichtig. Ist der eingetretene Schaden selbst viel größer als die Haftungsbeschränkung des Subunternehmers, so kann dennoch nicht mehr als € 500.000,- gefordert werden.

Dasselbe gilt für Regressforderungen. Übersteigt der zu ersetzende Schaden des Auftraggebers die Haftungsbeschränkung des Subunternehmers, so muss der GU laut seinem GU-Vertrag für den gesamten Schaden des Auftraggebers aufkommen. Die Regressforderung bezieht sich jedoch nur auf die € 500.000,-. Somit trägt auch hier der GU das Risiko für den Haftbegrenzungswert übersteigenden Schaden. In Bild 5.3 sind die Haftungsverteilungen dargestellt.

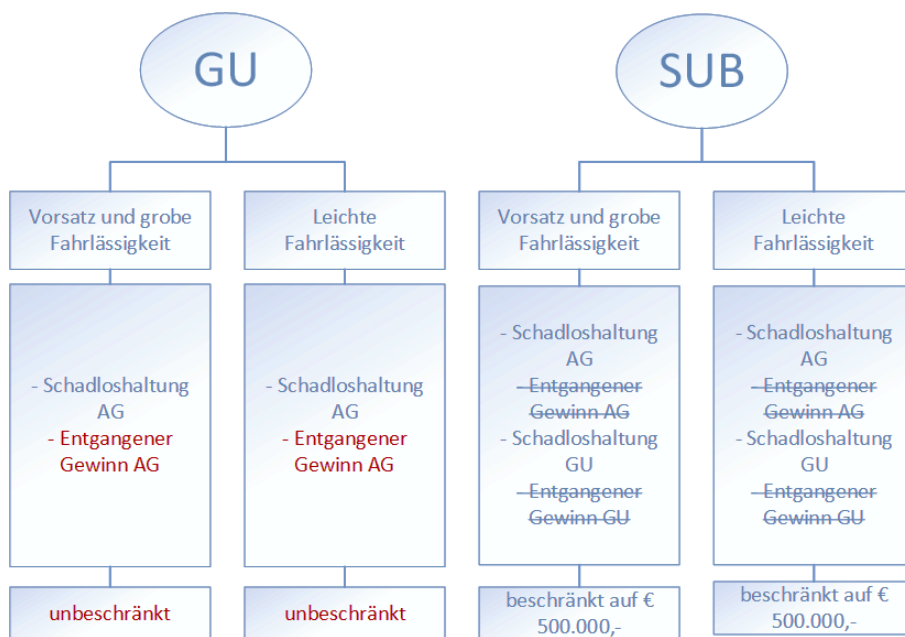


Bild 5.3 Haftung GU und SUB gegenüber dem AG

### 5.3.3 Nachbarschäden

Nachbarschäden sind Schäden, welche durch die Bauausführung an dem Eigentum angrenzender Nachbarn entstehen.<sup>150</sup> Das Risiko eintretender Nachbarschäden besteht für alle am Bau Beteiligten. Ein solches Risiko zuvor einzukalkulieren ist schwierig. Die Haftung bei entstandenen Schäden aus dem GU-Vertrag überträgt der AG auf den GU:

*4.5 Der AN haftete ebenfalls für etwaige entstandene Nachbarschäden nach §§ 364 ff ABGB.*

Diese Schäden beinhalten neben den offensichtlichen Bauschäden am Gebäude auch Lärm oder Staub. Die Tatsache, dass Nachbarschäden entstehen können und auch einen immensen Schadenersatzteil ausmachen können, ist allen Baubeteiligten bewusst. Bei einer schuldhaften Verursachung dieser Beschädigungen ist die Haftung für Nachbarschäden nicht nur über die Vertragshaftung gegeben. Der Nachbar kann Schadenersatzforderungen direkt an den GU stellen. Nach einer OGH-Entscheidung bestehen die Sorgfalts- und Schutzpflichten auch gegenüber Dritte, die der vertraglichen Leistung nahe stehen.<sup>151</sup> Eine andere Möglichkeit wäre, dass der Nachbar den Schadenersatzanspruch gegenüber dem AG geltend macht. Die Regressforderung stellt der AG wiederum an den GU.<sup>152</sup> Bei schuldhafter Beschädigung eines Nachbarobjektes durch den GU oder seinem SUB kann der GU jedenfalls dafür herangezogen werden.

### 5.3.4 Schadenersatzanspruch durch die Vertragshaftung vs. Schadenersatzanspruch durch die Deliktshaftung

Durch die Vertragsbeziehung zwischen AG und GU ergeben sich zwei Haftungsgrundlagen. Einerseits die Vertragshaftung und andererseits die Deliktshaftung. Voraussetzung für die Vertragshaftung ist, dass es sich bei dem Schaden ebenfalls um eine Vertragsverletzung hält. Dies muss der AG zuerst beweisen, um den Schadenersatz über die Vertragsbeziehung fordern zu können. In diesem Kapitel wird erläutert, dass ein Folgen für den GU, durch die Möglichkeit des AG Schadenersatzansprüche für deliktische Verletzungen über die Vertragsbeziehung geltend machen zu können, entsteht.

Handelt es sich bei dem erlittenen Schaden des AG um eine Verletzung von Schutzgütern, so steht es, sofern eine vertragliche Verletzung ebenfalls vorliegt, dem AG frei, den Schadenersatz über die Vertragshaftung oder die Deliktshaftung geltend zu machen. Bei der Wahl des AG für die Geltendmachung des Schadenersatzes über den Vertrag ergibt sich ein

<sup>150</sup> Vgl. HANDL, R.: Bauführerhaftung für Nachbarschäden. In: ecollex, 11/2007. S. 843

<sup>151</sup> OGH 2.8.2000, 2 Ob 136/99k

<sup>152</sup> Vgl. HANDL, R.: Bauführerhaftung für Nachbarschäden. In: ecollex, 11/2007. S. 843

Risiko für den GU. Die Deliktshaftung verlangt bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz einen Ersatz des Schadens selbst und dem entgangenen Gewinn. Bei leichter Fahrlässigkeit kann jedoch nur den Ersatz des Schadens gefordert werden. Sind AG und GU jedoch beide Unternehmer, so wird über die Vertragshaftung nicht zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit unterschieden. In beiden Fällen muss der entgangene Gewinn zusätzlich ersetzt werden. Demnach wird der Auftraggeber immer den Weg des geringeren Widerstands gehen und dieser ist der Weg über die Vertragshaftung. Hierbei muss er dem GU keine grobe Fahrlässigkeit nachweisen, da die Höhe des Schadenersatzes in beiden Fällen die gleiche ist. Über die Deliktshaftung müsste der AG zuerst ein grob fahrlässiges Handeln des AG bzw. eine böse Absicht nachweisen, um den entgangenen Gewinn fordern zu können. Dazu siehe Bild 5.4.



Bild 5.4 Umfang der Ersatzpflicht bei BtB

Hat der GU selbst den Schaden verursacht, kann er auch keine Regressforderung an einen der Erfüllungsgehilfen stellen. Der AG wird versuchen, jeglichen Schaden über die Vertragshaftung geltend zu machen. Der Zusatz im GU-Vertrag, dass eine Haftungsbeschränkung des GU unzulässig ist, lässt keinen risikominimierenden Maßnahmen in Form von Vertragsbestimmungen zu.

Wird der Schaden durch einen der Erfüllungsgehilfen (SUB) verursacht und handelt es sich gleichzeitig um eine Vertragsverletzung und um eine Verletzung der Schutzgüter des AG, so hat er wiederum ein Wahlrecht. Es besteht die Möglichkeit die Schadenersatzansprüche über die Vertragshaftung oder die Deliktshaftung geltend zu machen. Die weitere Entscheidung des AG könnte beeinflussen, ob der GU für seinen Gehilfen einzustehen hat oder der AG direkt den Ersatz des Schadens vom SUB fordert. Grundsätzlich hätte er im Sinne der Vertragsbeziehung über die Gehilfenhaftung für Schäden seiner SUB einzustehen, jedoch bleibt die Möglichkeit des Schadenersatzes über die Deliktshaftung, welcher nur direkt vom SUB, demnach vom direkten Verursacher, gefordert werden kann. Durch die zuvor erwähnte und in Bild 5.4 dargestellte Situation ist es für den AG abermals einfacher, den Schadenersatz über die Vertragshaftung zu for-

dern, denn hierbei erhält er die volle Genugtuung. Der Weg der Delikts- haftung führt nur durch den Beweis der groben Fahrlässigkeit zum Ersatz des Schadens und des entgangenen Gewinns. Der AG wählt somit mit größter Wahrscheinlichkeit den Schadenersatzanspruch über die Ver- tragshaftung und zieht den GU heran. Dieser kann über Regressforderun- gen den Schadenersatz vom „schuldigen“ SUB zurückfordern.

Regressforderungen verringern das Risiko des GU, indem der GU den bereits geltend gemachten Schadenersatz durch den AG von seinem SUB zurückfordern kann. Hierbei ist jedoch auf Haftungsbeschränkungen im SUB-Vertrag zu achten. Das gesamte Risiko, demnach der gesamte Schadenersatz, kann nur weiter gegeben werden, wenn für Teile des zu ersetzenden Schadens oder der Grad des Verschuldens keine Haftung ausgeschlossen wurde. Wie bereits in Kapitel 5.3.2 erwähnt, kann sich durch Haftungsbeschränkungen der SUB das Risiko für den GU deutlich erhöhen. Die möglichen Vorgehensweisen des AG und die dabei heran- gezogenen Schuldner des Schadenersatzes werden nachfolgend anhand einer Grafik zum besseren Verständnis dargestellt, siehe dazu Bild 5.5.

Der Worst-Case in diesem Fall wäre: Der AG zieht den GU für den Scha- denersatz an einer beschädigten Sache, welche einer seiner SUB zu ver- antworten hat, über die Gehilfenhaftung zur Verantwortung heran. Er for- dert volle Genugtuung, wenngleich leichte Fahrlässigkeit des SUB vor- liegt. Der § 346 UGB unterscheidet bei der Art des Schadenersatzes nicht nach dem Grad des Verschuldens. Da AG und GU beide Unternehmer sind und der GU für seinen SUB im Sinne der Gehilfenhaftung eintreten muss, ist die Schadenersatzforderung in der Höhe des reinen Vermögen- schadens und dem entgangenen Gewinn zu entrichten. Der GU will über den Regress den Schaden von seinem SUB zurückfordern. Dieser hat je- doch im SUB-Vertrag veranlasst, dass die Haftung für den entgangenen Gewinn des AG ausgeschlossen wird. Der GU bleibt somit auf diesen Teil des Schadens sitzen.

Im Ablaufdiagramm in Bild 5.5 ist gut erkennbar, dass der AG sich bei Vertragsverletzungen, obwohl diese auch über die Deliktshaftung geltend gemacht werden könnte, eher an den GU wenden wird. Die Beweislast im Falle einer Schadenersatzforderung mit dem Umfang der vollen Genugtu- ung ist über die Vertragshaftung um einiges einfacher zu erbringen.

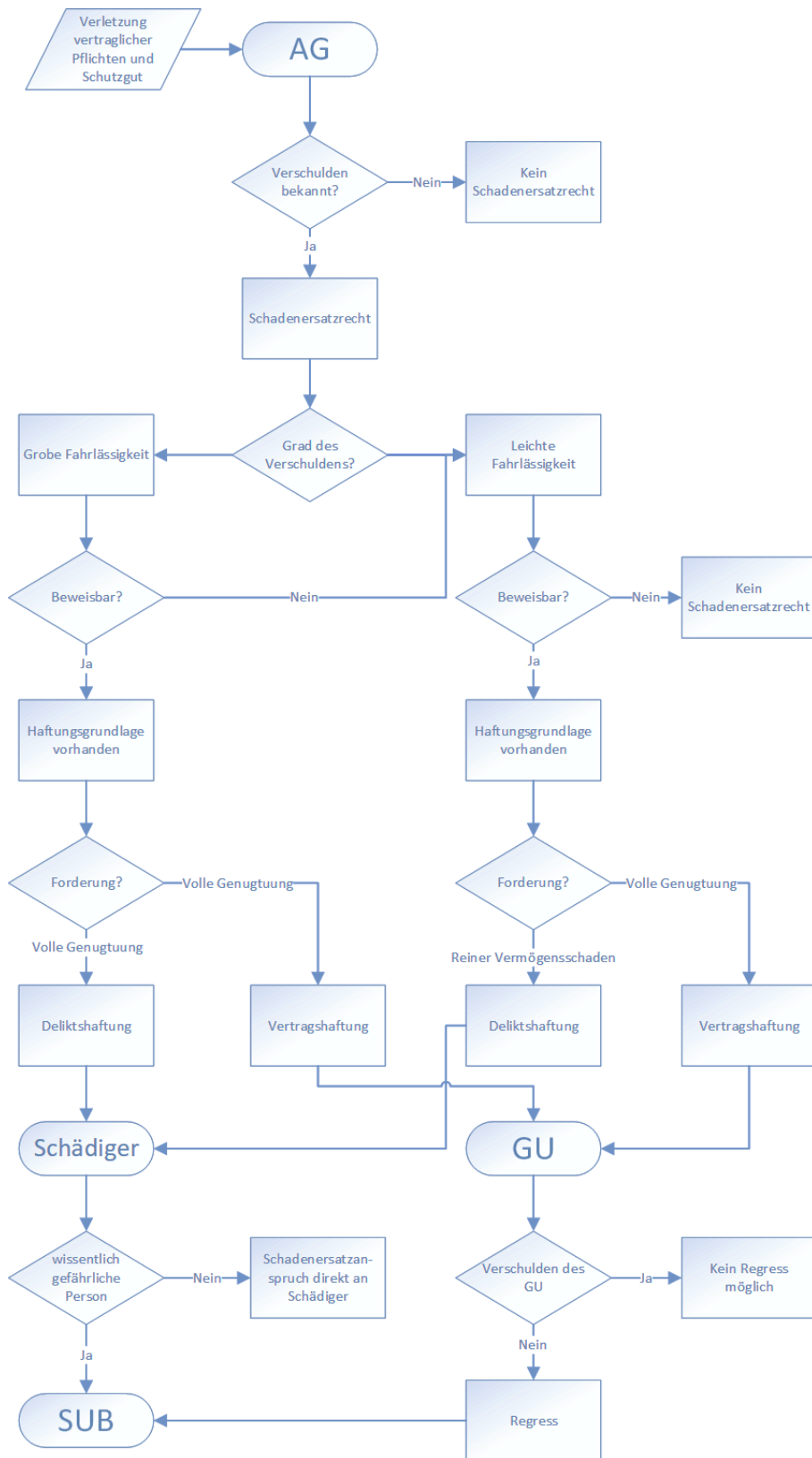


Bild 5.5 Mögliche Vorgehensweisen des AG bei Schadenersatzansprüchen für eine Verletzung der Schutzgüter



## 5.4 Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen

Das Schadenersatzrecht ist gut durchdacht und sehr umfangreich. Eine Risikominimierung ist hier nur durch einige wenige wirksame Maßnahmen möglich. Der Schadenersatzanspruch zieht sich auch über die gesamte Länge des Bauprojektes und kann nicht allgemein ausgeschlossen werden. Ein Risiko besteht hier immer für den GU über die gesamte Zeit, bis zur Verjährung des Schadenersatzanspruchs. Wie schon in Kapitel 5.3 erwähnt, vermindert sich das Risiko auch schon damit, dass der GU die genauen Haftungsbestimmungen für den AG, sich selbst und seinem SUB kennt. Durch die unterschiedlichen Haftungsbeschränkungen und Ausschlüsse kann er seine Position in der Vertragskette deuten und daraus auf ein gewisses Risiko schließen.

### 5.4.1 Vertragliche Änderungen

Die Risikominimierung bei Schadenersatzbestimmungen kann für den GU nicht ohne vertragliche Änderungen erfolgen. Haftungsbegrenzungen und Haftungsausschlüsse sind ein wesentlicher Teil der risikominimierenden Maßnahmen hinsichtlich Vertragsveränderungen und gleichzeitig auch die wirksamsten Methoden. Hat der GU für gewisse Schäden nicht zu haften, entsteht bei Eintreten dieser Schäden auch keine Folgen. Bei der Beschränkung der Haftung entsteht die Ersatzpflicht nur für Schäden bis zur Haftungsgrenze.

#### 5.4.1.1 Haftungsausschluss des Generalunternehmers für Drittschäden

Um die Thematik um Drittschäden verstehen zu können, wird vorerst die Begriffsdefinition erörtert:

*„Drittschäden sind mittelbare Schäden, welche nicht direkt aus dem schadhafte Verhalten selbst, sondern durch Seitenwirkung der schuldhaften Handlung entstanden sind.“<sup>153</sup>*

*„Mittelbare Schäden befinden sich auch nicht in der Sphäre des direkten Vertragspartners, sondern schädigen das Interesse eines Dritten.“<sup>154</sup>*

*„Vermögensschäden, die einem Dritten, der gar nicht am Schadensfall beteiligt war, entstehen, sind im Allgemeinen nicht ersatzfähig.“<sup>155</sup>*

Neben dem Ersatz des tatsächlichen Schadens und dem Ersatz des entgangenen Gewinns, treibt die weitere Forderung des Drittschadenersatzes den Schadenersatzanspruch auf eine enorme Höhe. Somit werden

<sup>153</sup> <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>154</sup> Ebd.

<sup>155</sup> KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis Auflage 6. S. 188

Drittschäden durch die Rechtsprechung (kurz: Rsp) stark eingeschränkt, da sie Schadenersatzforderungen ins Uferlose ausweiten können und somit auch bei leichter Fahrlässigkeit die Existenz des „schuldigen“ Unternehmers gefährdet sein kann.<sup>156</sup> Wenn der Schaden jedoch nicht vom unmittelbaren Geschädigten zu tragen ist, sondern nur vom geschädigten Dritten, so ist der Drittschaden auch zu ersetzen.<sup>157</sup>

Somit sind Drittschäden eine große Gefahr, da sie bei gerichtlicher Anerkennung in den Schadenersatzanspruch fallen könnten. Obwohl der eigentliche Schaden nicht so groß ist, kann ein enormer Drittschaden entstehen. Mittelbare Schäden sind meist nicht zu ersetzen. Dies ist jedoch von der Entscheidung des Gerichtes abhängig und kann nicht explizit für alle Fälle angenommen werden. Um das Risiko abweisen zu können, sollte von vornherein die Haftung des GU für Drittschäden im GU-Vertrag ausgeschlossen werden.

#### 5.4.1.2 Haftungsausschluss des Generalunternehmers für den entgangenen Gewinn

Der entgangene Gewinn kann einen Großteil des zu ersetzenden Schadens ausmachen und stellt demnach ein großes Risiko dar. Vor allem wenn der SUB die Haftung für den entgangenen Gewinn von Dritten ausschließt, ist der Schadenersatzanspruch durch Regress an den SUB um den Teil des entgangenen Gewinns vermindert und stellt ein enormes Risiko für den GU dar. Der GU bleibt somit auf einem Schaden sitzen, welchen er bei Verschulden des SUB unter Umständen nicht verursacht hat.

Um dieses Haftungsrisiko minimieren zu können, sollte die Haftung für den entgangenen Gewinn ausgeschlossen werden. Dies sollte jedenfalls für Schäden aus leicht fahrlässigem Verhalten festgelegt werden, sofern es sich um ein BtB-Vertragsverhältnis handelt, denn nur dann beinhaltet die Schadenersatzforderung bei leichter Fahrlässigkeit auch den Gewinnentgang. Der Ausschluss der Haftung für den entgangenen Gewinn ist für Schäden aus vorsätzlichem Verhalten jedenfalls unzulässig. Der Haftungsausschluss für den Gewinnentgang bei grober Fahrlässigkeit ist wieder abhängig von der Schwere des Schadens bzw. ob es sich um krass grobe oder nur schlicht grobe Fahrlässigkeit handelt.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>157</sup> Vgl. Ebd.

<sup>158</sup> Vgl. [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung\\_im\\_Vertragsrecht\\_-\\_allgemeiner\\_Ueber.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung_im_Vertragsrecht_-_allgemeiner_Ueber.html). Datum des Zugriffs: 26.01.2019

#### 5.4.1.3 Haftungsausschluss des Generalunternehmers für Nachbarschäden

Das Risiko, bei Eintreten von Nachbarschäden herangezogen zu werden, sofern auch die Schuld daran bewiesen werden kann, ist groß. Gutachten, welche das Gegenteil beweisen sind laut *Handl* für gerichtliche Verhandlungen jedenfalls von Vorteil. Die alleinige Behauptung, dass die Beschädigung nicht durch die Arbeit des GU oder einer seiner SUB entstanden sein kann, ist gefährlich. Stellt sich heraus, dass die Nachbarschäden doch durch Erfüllungsgehilfen oder den GU selbst entstanden sind, handelt es sich um eine schuldhaft wahrheitswidrige Aufklärung des AG und führt zu einer Haftung über den Schaden hinaus, nämlich auch für die Verfahrenskosten und Verzugszinsen des AG.<sup>159</sup>

Um etwaige Risiken durch Nachbarschäden zu vermindern, sollte im Sinne der Prüf- und Warnpflicht auf eventuell eintretende Schäden zuvor hingewiesen werden. Beharrt der AG dennoch auf die Ausführung, so besteht eine Möglichkeit, die Haftung durch Anwendung der Prüf- und Warnpflicht zu minimieren. Ein Ausschluss der Haftung durch die Prüf- und Warnpflicht kann nicht erreicht werden, da es sich bei Nachbarschäden meist um eine Beschädigung von absolut geschützten Rechtsgüter handelt z.B. dem Eigentum des Nachbarn. Bei Gefahr des Eintretens solcher Schäden darf die Leistung trotz Anweisung des AG nicht ausgeführt werden.<sup>160</sup> Eine Weitergabe des Risikos in Form einer Vertragsbestimmung im SUB-Vertrag ist dennoch möglich. Die Regressforderung könnte der GU jedoch auch ohne diese Vertragsbestimmung stellen, sofern der SUB den Schaden verursacht hat.

Um das Risiko der Haftung bei Nachbarschäden gänzlich zu eliminieren, müsste ein Haftungsausschluss im GU-Vertrag für diese Beschädigungen vereinbart werden. Auf solche Haftungsausschlüsse wird sich der AG vermutlich nicht einlassen. Auftraggeber sind meist der dominierende Part von den vorhandenen Vertragspartnern bei den Vertragsverhandlungen.

Haftungsausschlüsse und Beschränkungen zeigen keine befriedigende Wirkung bei der Risikominimierung für den GU. Es besteht noch die letzte Möglichkeit, etwaiges Risiko durch Nachbarschäden in das Wagnis miteinzukalkulieren. Somit kann der Schadenersatz durch diese Position ausgeglichen werden.

<sup>159</sup> Vgl. HANDL, R.: Bauführerhaftung für Nachbarschäden. In: *ecolex*, 11/2007. S. 843 ff

<sup>160</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 309

#### 5.4.1.4 Haftungsbegrenzungen für den Generalunternehmer

Um das Risiko eines unbegrenzten Schadenersatzanspruches auszuschließen, sollte der GU eine Haftungsbegrenzung seinerseits aushandeln. Die Beschränkung der Haftung wird nach dem Grad des Verschuldens unterschieden. Der OGH teilt neben der leichten Fahrlässigkeit und dem Vorsatz, die grobe Fahrlässigkeit nochmals in krass grob und schlicht grob ein.<sup>161</sup>

*„[...] Eine unterlaufene Fahrlässigkeit ist krass, wenn mit einem derartigen Verhalten nach der Erfahrungen des täglichen Lebens und nach redlicher Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann, so dass, die grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichzustellen, gerechtfertigt erscheint.“<sup>162</sup>*

Demnach würde es unterschiedliche Haftungen für leichte Fahrlässigkeit und einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigem Handeln geben. Ein vorsätzliches oder krass grobes Handeln zieht auch eine unbeschränkte Haftung mit sich. Für leichte Fahrlässigkeit und schlicht grobes Handeln könnte eine Haftungsbeschränkung ausgehandelt werden.

Wird die Haftungsbeschränkung nach dem Grad des Verschuldens aufgeteilt, könnten die vertraglichen Vereinbarungen im GU-Vertrag wie folgt lauten:

*4.1 Die Haftung des AN ist mit € 1.000.000,- bei schlicht grobe Fahrlässigkeit begrenzt.*

*4.2 Die Haftung des AN ist mit € 500.000,- für Schäden aus leicht fahrlässigem Handeln begrenzt.*

Haftungsbegrenzungen sind grundsätzlich zulässig. Ausnahmen gibt es für die Beschränkung des Schadenersatzanspruches bei Personenschäden. Diese ist sittenwidrig und ebenfalls vom Grad des Verschuldens unabhängig. Dasselbe gilt für Haftungsbeschränkungen in einem BtC-Verhältnis, da diese bei einem Vertrag zwischen Konsument und Unternehmer im Sinne des KSchG bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz jedenfalls ungültig sind. Bei leichter Fahrlässigkeit ist der Ausschluss möglich, jedoch nur begrenzt und muss eigens für den Einzelfall ausgehandelt sein.

<sup>161</sup> Vgl. [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung\\_im\\_Vertragsrecht\\_-\\_allgemeiner\\_Ueber.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung_im_Vertragsrecht_-_allgemeiner_Ueber.html). Datum des Zugriffs: 26.01.2019

<sup>162</sup> OGH 12.07.1966, 8 Ob 182/66, RS0016582

#### 5.4.1.5 Haftungsausschluss des Generalunternehmers für leichte Fahrlässigkeit

Bei Haftungsausschlüssen lässt das Zivilgesetz ebenfalls keine freie Hand. Hierfür gibt es streng einzuhaltende Regelungen. Haftungsausschlüsse für das krass grob fahrlässige oder vorsätzliche Verschulden eines Schadens sind jedenfalls unzulässig, sowie der Ausschluss der Haftung für Personenschäden. In einem BtC-Verhältnis gelten wieder dieselben Regeln wie für Haftungsbeschränkungen. Bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz ist eine Begrenzung unzulässig. Bei leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich auch, es könnte jedoch im Rahmen des Erlaubten ein Haftungsausschluss bei leicht fahrlässigem Handeln gültig sein. Um auf der sicheren Seite zu sein, ist von Haftungsausschlüssen bei einem Konsument als AG eher abzuraten.

Handelt es sich bei dem AG und dem GU um zwei Unternehmer, so gelten die Bestimmungen des KSchG nicht und ein Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit ist nicht sittenwidrig. Das gleiche gilt für schlicht grobe Fahrlässigkeit. Ein Haftungsausschluss für zumindest leichte Fahrlässigkeit kann dem GU ein bedeutendes Risiko nehmen, da er über die Vertragshaftung unabhängig vom Grad des Verschuldens für den Schaden selbst und dem entgangenen Gewinn haftet. Bei Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit müsste der AG, um volle Genugtuung fordern zu können, zuerst grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz nachweisen können. Somit käme diese Vorgehensweise jener der Deliktshaftung gleich.

#### 5.4.1.6 Haftungsbegrenzung der Subunternehmer erweitern

Wie in Kapitel 5.3.2 erörtert, führen Haftungsbeschränkungen der SUB, wenn der GU unbegrenzt für Schäden gegenüber dem AG haftet, zu einer Vergrößerung des Risikos in der Sphäre des GU. Demnach sollte versucht werden, dieses Risiko mit einer Erweiterung der Haftungsbegrenzung zu minimieren. Um die Haftung gänzlich übertragen zu können, muss die Haftungsbeschränkung ausgenommen werden und der SUB ebenfalls unbegrenzt für von ihm verursachte Schäden haften.

Diese Maßnahme ist nur schwer anzuwenden. Subunternehmer werden sich auf unbegrenzte Haftungen, vor allem wenn es sich um kleine SUB handelt, nur schwer einlassen. Solche Haftungsbestimmungen gefährden im Falle eines Schadens die Existenz eines Unternehmens enorm. Demnach sollte durch die Einführung einer Haftungsbeschränkung des GU im GU-Vertrag und der Erweiterung der Haftung des SUB auf die gleiche Höhe bzw. zumindest die Haftung ausgeglichen werden. Das Verbinden dieser beiden Maßnahmen ist eine sinnvolle und gerechte Methode bei der Risikominimierung, denn auch der SUB sollte eine Haftung für verschuldete Schäden übernehmen und den GU nicht in die Lage bringen,

für sein schuldhaftes Verhalten allein einstehen zu müssen. Die Existenz aller Unternehmen sollte dennoch gewahrt werden.

#### **5.4.1.7 Haftungsausschlüsse der Subunternehmer herausnehmen**

Das vorige Kapitel 5.4.1.6 beinhaltet das Problem, welches bei unausgeglichene Haftungen für den GU entsteht. Dazu wird eine Maßnahme zur Risikominimierung vorgeschlagen, bei welcher der GU versuchen sollte, seine Haftung gegenüber dem AG zu verringern. Dadurch wird auch bei dem Versuch ein ausgeglichenes Haftungsverhältnis zwischen SUB und GU herzustellen, der SUB nicht in eine unbegrenzte Haftung gezwungen. Eine ausgleichende gerechte Maßnahme ist auch hier anzuwenden.

Der SUB hat in dem fiktiven Vertrag aus 5.1.2 die Haftung für den entgangenen Gewinn des GU und den entgangenen Gewinn von Dritten ausgeschlossen. Deshalb muss auch bei der Streichung dieser Vertragsbestimmungen zwischen diesen unterschiedlichen entgangenen Gewinnen differenziert werden.

Haftungsausschlüsse des SUB für den entgangenen Gewinn des AG sollten verhindert werden, sofern der GU in seinem Vertrag mit dem AG diese Bestimmung nicht vereinbart hat. Hat der SUB einen Schaden, welcher einen entgangenen Gewinn nach sich zieht, zu verschulden, muss der GU für diesen einstehen. Hat auch der GU in seinem Vertrag die Haftung für den entgangenen Gewinn des AG ausgeschlossen, ist ein Haftungsausschluss für diesen Fall im SUB-Vertrag ebenfalls möglich und erhöht dadurch nicht das Haftungsrisiko für den GU.

#### **5.4.1.8 Übersicht Haftungsbeschränkungen und Ausschlüsse**

Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse sind vom Grad des Verschuldens abhängig. Demnach gibt es unterschiedliche Voraussetzungen für leichte Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Des Weiteren gibt es Einschränkungen bei einem BtC-Verhältnis. Das KSchG beinhaltet zusätzliche Regelungen im Falle eines Konsumenten als Vertragspartner. Eine Übersicht der Möglichkeiten sind in Bild 5.6 dargestellt.

Dabei muss abschließend noch angemerkt werden, dass die Gültigkeit von Haftungsausschlüssen und Beschränkungen meist eine Frage des Einzelfalls sind. Auch die Beschränkung der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit kann für gewisse Fälle ungültig sein. Im Grunde können jedoch diese Möglichkeiten angenommen werden. Auf weitere Ursachen für unzulässige Haftungsbeschränkungen und Ausschlüsse wird nicht eingegangen.

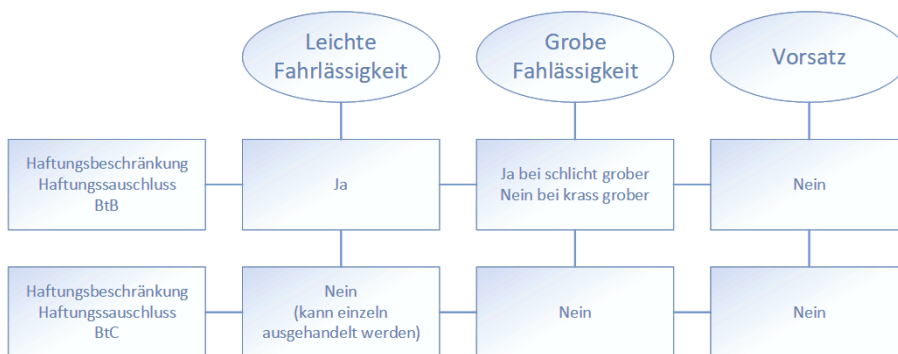


Bild 5.6 Übersicht Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse

#### 5.4.2 Bauwirtschaftliche und baubetriebliche Überlegungen

Baubetriebliche Lösungen für die Minimierung der Folgen des GU bei Schadenersatzforderungen gibt es keine. Pufferzeiten oder die Verschiebung der Übergabetermine verhindern nicht den Eintritt eines Schadens oder den Schadenersatzanspruch. Generell kann der Schadenersatzanspruch ab (und in gewissen Fällen auch vor) der Vertragsunterzeichnung laut § 1478 ABGB bis 30 Jahre nach Übernahme geltend gemacht werden. Hierbei ist der Anspruch nicht auf eine Dauer von wenigen Jahren beschränkt, wie etwa im Gewährleistungsrecht. Beschränkt ist jedoch die Zeitspanne in welcher der Schadenersatz für Vertragsverletzung ab dem Bekanntwerden des Schadens und des Schädigers gefordert werden kann. Diese Frist beträgt laut § 1498 ABGB drei Jahre. Diese Fristen sind gesetzlich geregelt und können nicht verschoben werden. Denn laut § 1295 ABGB ist grundsätzlich jeder jederzeit zum Ersatz des Schadens verpflichtet, sofern er diesen verursacht hat.

Zwar können baubetriebliche Maßnahmen die Folgen des GU nicht beeinflussen, jedoch tragen bauwirtschaftliche Überlegungen dazu bei, die Folgen des GU zu minimieren. Zu diesen gehören das Einkalkulieren von einem Wagnis und das Abschließen von Versicherungen.

### 5.4.2.1 Wagnis

Das Einkalkulieren eines Wagnisses zählt zu den bauwirtschaftlichen Maßnahmen zur Minimierung der möglichen negativen Folgen.

*„Unter Wagnis wird die Gefahr eines Verlustes oder einer Fehlentscheidung verstanden. Das allgemeine Unternehmerwagnis ist beispielsweise bei jeder gewerblichen Tätigkeit vorhanden und wird bei der Kostenermittlung durch einen prozentuellen Aufschlag (Wagniszuschlag) auf die Kosten der Leistungserbringung aufgeschlagen. Es soll Kosten abdecken, die für den Bauunternehmer nicht vorhersehbar waren.“<sup>163</sup>*

Das Einkalkulieren von Risiken ist ein wichtiger Bestandteil der bauwirtschaftlichen Überlegungen. Einerseits besteht die Chance, Risiken, welche durch andere Maßnahmen nicht verringert werden konnten, hiermit zu vermindern. Andererseits ist ein Vorausschauen und somit die Abschätzung des eventuell eintretenden Schadens schwierig. Dennoch sollte immer ein Teil für die Risikominimierung bei Schadenersatzforderungen einkalkuliert werden.

|                                   |
|-----------------------------------|
| Einzelkosten der Teilleistungen   |
| + Gemeinkosten der Baustelle      |
| <hr/>                             |
| = Herstellkosten                  |
| + Allgemeine Geschäftskosten      |
| <hr/>                             |
| = Selbstkosten                    |
| + Wagnis                          |
| + Gewinn                          |
| <hr/>                             |
| = Angebotssumme ohne Umsatzsteuer |
| + Umsatzsteuer                    |
| <hr/>                             |
| = Angebotssumme mit Umsatzsteuer  |

Bild 5.7 Zuschlagskalkulation<sup>164</sup>

Die Risikominderung des GU erfolgt durch das Wagnis als Bestandteil der Auftragssumme (siehe Bild 5.7). Je höher das Wagnis angesetzt wird, desto kleiner wird das Risiko des GU. Der Nachteil aus dieser Methode ist, dass je größer der Wagnis-Anteil, desto höher fällt die Angebotssumme aus. Demnach verschlechtert sich durch die Einkalkulierung eines großen Risikos die Ausgangsposition gegenüber anderen Unternehmen im Ringen um den Auftrag (siehe Zusammensetzung der Angebotssumme in Bild 5.7.).

In Branchen, in denen ein sehr hohes Risiko bekannt ist, sollte diese Maßnahme jedenfalls vorgenommen werden. Ein Beispiel dazu wäre der Bau von Unterfangungen und das Thema mit Nachbarschäden. Bei Bauprojekten im innerstädtischen Bereich mit beengten Platzverhältnissen kann

<sup>163</sup> HOFSTADLER, C.; KUMMER, M.: Chancen- und Risikomanagement in der Bauwirtschaft. S. 40

<sup>164</sup> BERNER, F.; KOCHENDÖRFER, B.; SCHACH, R.: Grundlagen der Baubetriebslehre 1 Auflage 2. S. 150



ein eigentlicher Schutz des Nachbargebäudes vor Einstürzen in die danebenliegende Baugrube in Form von Unterfangungen auch gleichzeitig zu Schäden führen. Diese Nachbarschäden sind somit kaum zu vermeiden, da diese Unterfangung notwendig ist und auch keine andere Möglichkeit besteht. Trotz Hinweisen auf mögliche Schäden muss diese Baumaßnahme durchgeführt werden. Alle Beteiligten sind sich des Risikos bewusst und vor allem die bauausführenden Unternehmen sollten das Risiko als Wagnis in der Angebotssumme abdecken. Unternehmen, welche öfter mit dieser Art von Sicherungsmaßnahmen zu tun haben, können dieses Risiko besser abschätzen und werden versuchen, dies auch teilweise einzukalkulieren.

#### 5.4.2.2 Versicherungen

Eine weitere Möglichkeit das Risiko auf der Seite des GU zu minimieren, ist das Abschließen von Versicherungen. Einerseits sollte der GU eine eigene Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben. Andererseits sollte der GU auch im SUB-Vertrag einen Abschluss der Haftpflichtversicherung für Schäden der SUB vertraglich fordern. Grundsätzlich gibt es verschiedene Haftpflichtversicherungen, nachfolgend wird jedoch nur auf die Betriebshaftpflichtversicherungen eingegangen.

Betriebshaftpflichtversicherungen schützen den GU vor Schadenersatzansprüchen des AG und den SUB vor Ansprüchen des GU. Durch die Versicherungen werden Schäden aus Schadenersatzverpflichtungen übernommen, sofern im vereinbarten versicherten Risiko die Art des Schadens beinhaltet ist. Grundsätzlich übernimmt der Versicherer Schadenersatzverpflichtungen aus Personenschäden, Sachschäden und Vermögensschäden.<sup>165</sup> Der Vermögensschaden muss auf einen versicherten Personen- oder Sachschaden zurückzuführen sein.<sup>166</sup> Das Leistungsversprechen beinhaltet Schadenersatzverpflichtungen, welche auf gesetzliche Haftpflichtbestimmungen mit privatrechtlichem Inhalt zurückzuführen sind.<sup>167</sup>

Haftungen aus Verletzungen von vertraglichen Verpflichtungen sind vertragsrechtlichen Inhalts. Der Schadenersatz aus der Vertragshaftung wird demnach nicht von der Versicherung gedeckt. Um einen Versicherungsschutz dafür zu erhalten muss in den Bestimmungen die Übernahme des Schadens aus Vertragshaftungen beinhaltet sein.<sup>168</sup>

Einige weitere Schadenersatzverpflichtungen sind grundsätzlich nicht im Versicherungsschutz enthalten. Zu diesen gehören vor allem Schadener-

<sup>165</sup> Vgl. JAGERHOFER, N.: Bauversicherungen richtig abschließen Auflage 1. S. 59

<sup>166</sup> Vgl. Ebd.

<sup>167</sup> Vgl. a.a.O. S. 55

<sup>168</sup> Vgl. a.a.O. S. 66

satzverpflichtungen, welche kein Verschulden voraussetzen wie z.B. Haftungen aus der Vertragsstrafe, da der Versicherungsschutz nur gesetzliche Haftungen abdeckt. Aufgezählt werden nachfolgend nur Schäden, welche durch die Ausführung oder innerhalb eines Vertragsverhältnisses entstehen können. Zu den ausgeschlossenen Schadenersatzverpflichtungen gehören noch einige mehr.

Hier aufgezählt werden nach *Jagerhofer* ausgeschlossene Ansprüche aus:<sup>169</sup>

- der Gewährleistung für mangelhafte Leistungen,
- Schäden an der eigenen Leistung,
- vorsätzlichem Verhalten,
- Inkaufnahme des Schadens,
- bewusstem Zuwiderhandeln gegen Gesetze, Verordnung, behördliche Vorschriften und Anweisungen des AG,
- Verwahrungsschäden (beigestellte Materialien),
- Schäden an beweglichen Sachen,
- Tätigkeiten an einer unbeweglichen Sache,
- Allmählichkeitsschäden,
- Erweiterten Produkthaftpflichtversicherung,
- Rettungskosten/Schadensminderungskosten,
- Mängelbeseitigungsnebenkosten,
- Umweltstörung,
- Reiner Vermögensschaden,
- Überschreitung der Gewerbeberechtigung,
- Freizeichnungsklauseln/Verkaufs- und Lieferbedingungen,
- Arbeitsmaschinen/Fahrtrisiko auf öffentlichem Gut,
- Schwerer Personenschaden eines Dritten.<sup>170</sup>

Für all diese Schadenersatzverpflichtungen sollte versucht werden, diese auch in den Versicherungsschutz einzubinden. Für einige gelingt dies leichter als für andere. Ob die Schadenersatzverpflichtung in den Deckungsumfang der Versicherung reingenommen wird, hängt stark vom Versicherungssteller und der Höhe der Versicherungsprämie ab. Der Einschluss von Schadenersatzverpflichtungen infolge Vertragsverletzungen und aus Tätigkeiten an unbeweglichen Sachen sollten jedenfalls einge-

<sup>169</sup> Vgl. a.a.O. S. 63 ff

<sup>170</sup> Vgl. JAGERHOFER, N.: Bauversicherungen richtig abschließen Auflage 1. S. 63 ff

bunden werden. Im Vertragsverhältnis und bei der Herstellung eines Bauprojektes sind dies die gängigsten Beschädigungen, auf welche ein Schadenersatzanspruch durch eine Partei erfolgt. Dasselbe gilt für reine Vermögensschäden.

Schadenersatzansprüche aus der Gewährleistung sind nicht Teil des Versicherungsschutzes, deshalb muss vorerst abgegrenzt werden, ob es sich um eine Gewährleistungsfall oder Schadenersatzanspruch handelt. Über die Versicherung von Mangelbeseitigungskosten könnten Teile der Gewährleistungsschäden mitversichert werden.<sup>171</sup>

Die wichtigste Bestimmung im Versicherungsvertrag zwischen GU und seinem Versicherer ist die Deckung von Schadenersatzansprüchen, welche durch die schuldhafte Beschädigung durch einen Subunternehmer entstehen. Wie schon zuvor erwähnt, deckt die Versicherung nur Schäden, welche schuldhaft durch den Versicherungsnehmer, demnach der GU, verursacht worden sind. Hat der SUB einen Schaden zu verantworten, wird der GU über die Gehilfenhaftung für Schadenersatzansprüche durch den AG herangezogen. Die Versicherung des GU könnte diesen Versicherungsfall ablehnen, da der GU kein direktes Verschulden trägt. Somit muss die Übernahme von Schadenersatzansprüchen von Schäden, entstanden durch das schuldhafte Verhalten eines SUB, explizit in den Versicherungsvertrag aufgenommen werden. Welcher Grad des Verschuldens, leichte oder grobe Fahrlässigkeit sowie Vorsatz, von der Versicherung gedeckt wird, hängt ebenfalls von den ausverhandelten Bedingungen ab.

Versicherungen können nach den eigenen Vorstellungen abgeschlossen und mit dem jeweiligen Versicherer ausgehandelt werden. Es wird nicht weiter auf den Umfang des Versicherungsschutzes eingegangen, da nachfolgend von einem ausreichenden Versicherungsschutz im Sinne der Schadenersatzverpflichtungen des GU und des SUB ausgegangen wird.

Ein Versicherungsschutz für Schadenersatzansprüche minimiert nicht nur das Risiko des GU, sondern auch das Risiko in der Sphäre des AG. Hohe Schadenersatzforderungen können die Existenz eines Unternehmens gefährden. Zur Absicherung und Abminderung dieses Risikos fordert der AG eine Haftpflichtversicherung vom GU. Die vertragliche Vereinbarung im GU-Vertrag dazu sieht folgendermaßen aus:

*4.11 Der AN ist verpflichtet, eine ausreichende Haftpflichtversicherung für Personen-, Sach-, Vermögensschäden abzuschließen und dem AG durch Vorlage eines entsprechenden Versicherungsnachweises das Bestehen einer solchen Versicherung zu bestätigen. Die Deckungssummen dieser Versicherung müssen pro Schadensfall mindestens betragen:*

---

<sup>171</sup> Vgl. a.a.O. S. 64 f

- für Personenschäden € 1.000.000,- pro Schadensfall und Person
- für alle sonstigen Schäden, insbesondere Sach- und Vermögensschäden € 800.000,- pro Schadensfall

4.12 Der AN verpflichtet sich, den Versicherungsschutz während der gesamten Dauer des Vertrages aufrecht zu erhalten. Den Versicherungsschutz hat der AN durch eine von seinem Versicherer ausgestellte Versicherungsbestätigung nachzuweisen.

4.13 Der AN verpflichtet sich, sämtliche Ansprüche gegenüber den Versicherungen über schriftliche Aufforderung an den AG abzutreten. Der AN ist mit Vertragsabschluss verpflichtet, der Versicherung die Verpflichtung zur Abtretung der Versicherungsansprüche an den AG mitzuteilen und eine schriftliche Bestätigung der Versicherung vorzulegen, aus der hervorgeht, dass mit dem AN kein Abtretungsverbot vereinbart wurde.

Der AG fordert vom GU eine Versicherung mit einer Deckungssumme von € 1.000.000,- sowie € 8.000,- für die oben genannten Schadensfälle. Wie hoch die Deckungssumme des Versicherungsschutzes ist, ergibt sich aus dem ausgehandelten Versicherungsvertrag zwischen GU und seinem Versicherer. Für diesen Bauauftrag muss jedoch die Versicherungssumme mindestens eine Million Euro für Personenschäden und € 800.000,- für Sach- und Vermögensschäden betragen. Der AG fordert ebenfalls die Abtretung der Versicherungsansprüche an ihn. Grundsätzlich liegt bei Versicherungsverträgen ein Abtretungsverbot vor. Somit muss dies eigens ausgehandelt sein um eine Abtretung der Ansprüche aus der Versicherung an den AG möglich zu machen. Dazu muss der Versicherer zustimmen und auch darüber informiert werden an wen die Versicherungsansprüche abgetreten wurden.

Der GU tut gut daran, dasselbe auch von seinem SUB zu fordern, denn auch das Risiko des GU verringert sich bei dem Vorliegen eines Versicherungsschutzes des SUB und der Abtretung der Versicherungsansprüche an den GU. Im SUB-Vertrag finden sich folgende Bestimmungen über die Forderung einer Haftpflichtversicherung:

4.7 Der AN ist verpflichtet, eine ausreichende Haftpflichtversicherung für Personen-, Sach-, Vermögensschäden für dieses Projekt abzuschließen und dem AG durch Vorlage eines entsprechenden Versicherungsnachweises das Bestehen einer solchen Versicherung zu bestätigen. Die Deckungssummen dieser Versicherung müssen pro Schadensfall mindestens betragen:

- für Personenschäden € 500.000,00,- pro Schadensfall und Person
- für alle sonstigen Schäden, insbesondere Sach- und Vermögensschäden € 500.000,00 pro Schadensfall

*4.8 Der AN verpflichtet sich, den Versicherungsschutz während der gesamten Dauer des Vertrages aufrecht zu erhalten. Den Versicherungsschutz hat der AN durch eine von seinem Versicherer ausgestellte Versicherungsbestätigung nachzuweisen.*

*4.9 Der AN verpflichtet sich, sämtliche Ansprüche gegenüber den Versicherungen über schriftliche Aufforderung an den AG abzutreten. Der AN ist mit Vertragsabschluss verpflichtet, der Versicherung die Verpflichtung zur Abtretung der Versicherungsansprüche an den AG mitzuteilen und eine schriftliche Bestätigung der Versicherung vorzulegen, aus der hervorgeht, dass mit dem AN kein Abtretungsverbot vereinbart wurde.*

Im Grunde befinden sich dieselben Vertragsbestimmungen im GU-Vertrag wie auch im SUB-Vertrag. Der einzige Unterschied ist die geringere Deckungssumme in der vertraglichen Vereinbarung zwischen SUB und GU. Dies kann die Folge einer niedrigeren Versicherung oder Auftragssumme des SUB sein. Deckungssummen hängen stark vom ausgehandelten Versicherungsvertrag und dem finanziellen Stand und der Größe des Unternehmens ab. Die Höhe der Versicherungsprämie wirkt sich ebenfalls auf die Deckungssumme und auch auf den Versicherungsumfang aus. Ebenso spielen bereits mehrfach verursachte Schäden und dadurch entstandene Versicherungsfällen eine Rolle für die Höhe der Deckungssumme. Die Differenz zwischen den Deckungssummen könnte bei höheren Schadenersatzforderungen ein Risiko darstellen, da der SUB über die Deckungssumme steigende Forderungen selbst vergüten muss.

Versicherungen zählen zu den wirksamen risikominimierenden Maßnahmen und sollten jedenfalls abgeschlossen werden. Der GU sollte eine ausreichenden Versicherungsschutz für sich selbst haben und diesen auch von all seinen Erfüllungsgehilfen fordern. Ein Versicherungsschutz hilft jedoch nicht vor Schäden, welche nicht im Schutz und somit Versicherungsvertrag enthalten sind. Somit ist der Vertrag mit dem Versicherer so auszulegen, dass mögliche Schadenersatzansprüche, welche durch den Bau eines Projektes oder durch die Vertragsbeziehung entstehen können, abgedeckt sind. Dazu gehören vor allem der Einschluss der Ansprüche aus Vertragsverletzung, des entgangenen Gewinns (reine Vermögensschäden) und die Schäden aus Tätigkeiten an unbeweglichen Sachen. Weiteres ist darauf zu achten, dass der Versicherungsschutz Schäden durch SUB ebenfalls deckt.

## 5.5 Handlungsempfehlung

Das gesetzliche Schadenersatzrecht ist im Gegensatz zum Gewährleistungsrecht nicht verschuldensunabhängig. Generell gibt es einige Voraussetzungen um einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Diese wären der Eintritt eines Schadens, das Vorliegen eines Verschuldens, das Vorkommen einer Rechtswidrigkeit und der kausale Zusammenhang zwischen Schaden und der Handlung des Schädigers.

Grundsätzlich hat laut § 1295 ABGB jedermann das Recht auf Ersatz seines Schadens<sup>172</sup>, wenn der Schädiger jedoch nicht bekannt ist oder ein schuldhaftes Verhalten nicht nachgewiesen werden kann, gibt es auch keine Haftungsgrundlage. Nach ständiger Rsp ist der Begriff „jedermann“ ebenfalls nicht ganz richtig.<sup>173</sup> Schadenersatzforderungen sind in gewisser Weise begrenzt. So sagt die Rsp, dass grundsätzlich nur unmittelbar Schäden zu ersetzen gefordert werden kann.<sup>174</sup> Für Drittschäden, demnach mittelbare Schäden und Folgeschäden, welche die Schadenersatzforderung ausufern lassen würden, gibt es grundsätzlich keinen Schadenersatz.<sup>175</sup> Demnach ist die Frage ob ein Schaden zu ersetzen ist, abhängig von der Art des Schadens und der Entscheidung vor Gericht.

Generell wird in Schäden unterschieden, welche durch eine Vertragsverletzung entstehen können, wie der Nichterfüllungsschaden oder Vertrauensschaden und Schadensarten, die diese Beschädigungen mit sich ziehen können. Diese wären reale Schäden, Vermögensschäden, Drittschäden, Folgeschäden und immaterielle Schäden.

Der Schadenersatz dient zum Ausgleich des entstandenen Nachteils des Beschädigten. Neben dem Ausgleichsprinzip dient das Schadenersatzrecht auch der Schadensprävention und der Wiedergutmachung.

Die Haftung, welche sich für den GU ergeben kann, teilt sich einerseits in Vertragshaftung, Deliktshaftung und Haftung aus Verträgen zugunsten Schutzwirkung Dritter. Bei der Vertragshaftung haftet er für die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung, sowie über die Gehilfenhaftung für die Schäden durch seine Erfüllungsgehilfen. Über die Deliktshaftung haftet er persönlich für Schäden an den absoluten Schutzgütern, wie Leben oder Eigentum. Zusätzlich entsteht eine Haftung für Besorgungsgehilfen, wenn dieser untüchtig oder gefährlich ist und trotzdem wissentlich durch den GU eingestellt wurde.

<sup>172</sup> Vgl. § 1295 ABGB

<sup>173</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

<sup>174</sup> Vgl. Ebd.

<sup>175</sup> Vgl. Ebd.

Das Risiko auf Seiten des GU entsteht durch die Haftungsregelungen im GU-Vertrag und SUB-Vertrag an sich. Diese sollten genau gelesen werden und die Verantwortung die daraus zu tragen ist, bewusst wahrgenommen werden.

Haftungsausschlüsse und Beschränkungen sind zwar gesetzlich begrenzt, bei leichter Fahrlässigkeit oder auch bei schlicht grober Fahrlässigkeit jedoch möglich. Etwaige Haftungsbeschränkungen des AG sollten begutachtet werden, um genauestens über die Risiken Bescheid zu wissen, die damit auf den GU übertragen werden. Für die Vertragsverhandlungen des GU-Vertrages gilt, Haftungsbeschränkungen des AG auszuschließen und Haftungsbeschränkungen des GU einzuführen. Ersteres ist sehr schwierig zu bewerkstelligen, da der AG meist bei Vertragsverhandlungen eine Vormachtstellung hat. Haftungsbeschränkungen und Ausschlüsse seinerseits wird der AG nicht ausschließen, da er dadurch sein eigenes Risiko erhöhen würde.

Nach Beenden der Vertragsverhandlungen und Unterzeichnung des GU-Vertrags sollte der GU sein Risiko ausloten und sich im Klaren sein, welche Pflichten er auf den SUB übertragen will. Auch SUB nehmen keine uferlosen Risiken in Kauf und werden ebenfalls einige Haftungsbeschränkungen fordern. Wichtig dabei ist, eine gerechte Vertragspartnerschaft herzustellen, denn auch der SUB sollte für seine Fehler in gleicher Weise einstehen, sowie der GU gegenüber dem AG zu verantworten hat. Wurden Haftungsbeschränkungen des GU mit dem AG ausgehandelt, können dergleichen auch im SUB-Vertrag eingebaut werden. Ansonsten ist von Haftungsausschlüssen und Beschränkungen der SUB abzuraten, da der AG jedenfalls den Schadenersatzanspruch vom GU über die Vertragshaftung geltend macht und der GU ausgeschlossene Schadenersatzansprüche nicht über den Regress von den Erfüllungsgehilfen fordern kann.

Haftungsbeschränkungen und Haftungsausschlüsse können nicht willkürlich erfolgen. Das Gesetz sieht hierzu einige Regeln vor. Ist einer der Vertragspartner ein Konsument, ist nach KSchG selbst der Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit unzulässig. Gegebenenfalls kann diese jedoch für Einzelfälle ausgehandelt werden. Der Haftungsausschluss/-beschränkung bei Vorsatz und krass grober Fahrlässigkeit ist jedenfalls sittenwidrig, unabhängig ob es sich um ein BtC- oder BtB-Verhältnis handelt.

Der GU sollte sich auch im Klaren sein, dass der AG, falls neben einem Delikt eine Vertragsverletzung ebenfalls vorliegt, den Schadenersatz immer über die Vertragshaftung fordern wird. Dies gilt auch für Schäden, welche durch den SUB verursacht wurden. Bei BtB-Verhältnissen kann die volle Genugtuung, demnach der Ersatz des Schadens inklusive entgangenem Gewinn, unabhängig vom Grad des Verschuldens, gefordert werden. Im Normalfall und über die Deliktshaftung ist dies nur bei Nachweis eines grob fahrlässigen Verhaltens möglich. Dadurch ist der GU einem großen Risiko ausgesetzt, denn selbst im Falle einer deliktischen Schädigung wird die Schadenersatzforderung zuerst an ihn gestellt. Der

GU kann diese zwar über Regress von seinem SUB fordern, dieser darf jedoch dafür keine Haftungsbeschränkungen vereinbart haben, da der GU ansonsten auf dem Schaden sitzen bleibt. Auch deshalb ist ein ausgeglichenes Risikoverhältnis wichtig.

Der Worst-Case-Fall demnach wäre, wenn der SUB die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit gänzlich ausschließt und der GU dies für ihn nicht vereinbart hat. Kommt es zu einer Beschädigung des AG durch ein leicht fahrlässiges Verhalten des SUB, welche sowohl deliktisch als auch vertragsverletzend ist, stellt der AG über die Gehilfenhaftung den Schadenersatzanspruch an den GU. Durch den Schaden entgeht dem AG zusätzlich noch ein Gewinn, da sich der End-Fertigstellungstermin verzögert. Der GU muss ihn selbst bei leichter Fahrlässigkeit ersetzen, da dies das UGB bei einem BtB-Verhältnis vorsieht. Der GU versucht über Regress seinen SUB zur Verantwortung zu ziehen. Dieser weist jedoch darauf hin, dass er die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen hat. Somit ist der GU zum alleinigen Ersatz eines Schadens verpflichtet, welchen er nicht verursacht hat.

Es besteht keine Möglichkeit die Haftung als Risiko selbst zu beseitigen. Es ist jedoch möglich, das Risiko durch Einkalkulieren zu vermindern. Im Anteil Wagnis und Gewinn befindet sich ein einkalkuliertes Risiko, welches auf die Angebotssumme prozentual aufgerechnet wird. Der Wagnisanteil ergibt sich aus Erfahrungswerten des Kalkulanten und kann mögliche Schadenersatzansprüche durch den AG abdecken. Befindet sich der GU in einer Branche, welche durch ihre Tätigkeit die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Schäden vergrößert, so ist auch das Wagnis dementsprechend anzupassen und ein größeres Risiko damit einzukalkulieren. Der Nachteil aus dieser risikominimierenden Maßnahme ist, dass durch das Steigen des Anteils Wagnis und Gewinn die Angebotssumme steigt und somit die Ausgangslage vor der Zuschlagverteilung maßgebend beeinflusst wird.

Neben dem Einkalkulieren des Risikos ist eine weitere wirksame Maßnahme das Abschließen einer Haftpflichtversicherung. Haftpflichtversicherungen sollte nicht nur jeder GU selbst, sondern auch jeder seiner SUB abgeschlossen haben. Dies sollte im SUB-Vertrag gefordert werden. Bei Versicherungen sollte darauf geachtet werden, dass üblicherweise Schäden, welche in der Baubranche üblich sind, wie z.B. Schäden durch Tätigkeiten an unbeweglichen Sachen, nicht im Versicherungsschutz enthalten sind. Solche müssen in den Deckungsumfang mitaufgenommen werden. Versicherungen schützen nur vor Schadenersatzansprüchen durch Personen- und Sachschäden privatrechtlichen Inhalts und vor Vermögensschäden dies sich aus einem dieser Schäden ergeben. Jeder Versicherungsvertrag sollte individuell ausgehandelt und das Augenmerk auf mögliche Schäden in der Branche gelegt werden. Somit sind z.B. Gewährleistungsansprüche aus mangelhafter Leistung üblicherweise ausgenommen



und müssen in den Versicherungsvertrag explizit vereinbart werden. Dasselbe gilt für Schäden, die der SUB verursacht hat. Versicherungen decken üblicherweise nur selbst verschuldete Schäden und demnach hat der GU Schäden aus schuldhaftem Verhalten einer seiner Erfüllungsgehilfen nicht eigens verursacht. Dies muss jedoch jedenfalls im Versicherungsschutz beinhaltet sein, vor allem wenn die Leistung zur Gänze an SUB übergeben wird.

Deckungssummen spielen ebenfalls eine wichtige Rolle bei der Risikominimierung. Demnach sollten diese in den Versicherungsverträgen so hoch wie möglich vereinbart werden. Höhere Deckungssummen führen zu einem besseren Versicherungsschutz. Diese sind jedoch maßgeblich von der finanziellen Situation bzw. Größe des Unternehmens und der Tatsache, wie oft es zu Schadenersatz gekommen ist, abhängig. Die Deckungssumme von Versicherungen ist je nach Unternehmen unterschiedlich und ein großer GU wird vermutlich eine höhere Deckungssumme haben als ein kleiner SUB. Hierbei entsteht immer das Risiko, dass der SUB bei sehr hohen Schadenersatzforderungen keine Deckung des Schadens durch seine Versicherung erreicht und selbst dafür einstehen muss. Dies kann im schlimmsten Fall die Existenz eines kleinen Unternehmens maßgebend beeinflussen.

Nicht nur Versicherungen sollten auf die Schadenersatzrate eines Unternehmens schauen, auch der GU sollte sich über den SUB und die Qualität seiner Arbeit informieren. Immerhin entstehen Schadenersatzforderungen aus schuldhaft entstandenen Schäden und diese könnten bei ordnungsgemäßer Arbeit vermieden werden. Demnach gilt der gleiche Grundsatz, wie bei Gewährleistungsfällen, dass alt bewehrte SUB wieder eingesetzt werden sollten. Für die Risikominimierung ist es von Vorteil, wenn bekannt ist, dass der SUB gute Qualität liefert und die Zusammenarbeit funktioniert. Denn auch so können Schäden im Vorhinein vermieden werden.

## 6 Insolvenz

Materielle Insolvenzen entstehen aus Unternehmensrisiken und sind keine Seltenheit. Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens muss einer der folgenden Gründe vorliegen

- Zahlungsunfähigkeit
- Überschuldung.<sup>176</sup>

Ein Insolvenzverfahren kann als Konkursverfahren und Sanierungsverfahren geführt werden.<sup>177</sup> Nach Insolvenzeröffnung verfügt der Insolvenzverwalter über das Massevermögen und tritt somit an die Stelle des insolventen Vertragspartners.<sup>178</sup>

Ein eröffnetes Insolvenzverfahren über einen der Vertragspartner alleine ist kein berechtigter Grund die Auflösung des Vertrages. Der § 25a Insolvenzordnung (kurz: IO) beinhaltet folgende Bestimmung:

*„(1) Wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte, können Vertragspartner des Schuldners mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen. Nicht als wichtiger Grund gilt*

1. *eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners und*
2. *Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen.*

*(2) Die Beschränkungen des Abs. 1 gelten nicht,*

1. *wenn die Auflösung des Vertrags zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist,*
2. *bei Ansprüchen auf Auszahlung von Krediten und*
3. *bei Arbeitsverträgen.“<sup>179</sup>*

Mit den Gründen aus § 25a Abs. 2 IO und anderen weiteren wichtigen Gründen kann eine Vertragsauflösung von beiden Seiten erzielt werden. Ansonsten ist die Vertragsbeziehung aufrecht und muss erfüllt werden. Kommt es zu einem Konkursverfahren während des Vertragsverhältnisses, kann der Insolvenzverwalter unabhängig von diesen Gründen eine

<sup>176</sup> Vgl. § 1 IO

<sup>177</sup> Vgl. Ebd.

<sup>178</sup> Vgl. HEESSEN, B.; WIESER-LINHART, V.: Basiswissen Insolvenz, S. 20

<sup>179</sup> § 25 a IO

Vertragsauflösung fordern oder den Vertrag erfüllen, siehe dazu § 21 Abs. 1 IO:

*„Ist ein zweiseitiger Vertrag von dem Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.“<sup>180</sup>*

Die ÖNORM B 2110 sieht ein gescheitertes Insolvenzverfahren und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Grund für den Rücktritt aus dem Vertrag vor. Letzteres allerdings nur, wenn es dem rechtlichen Rahmen entspricht:

*„Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären:*

*[...]*

*2) wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen oder ein solches Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens aufgehoben worden ist;*

*3) wenn über das Vermögen des anderen Vertragspartners ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und die gesetzlichen Vorschriften den Rücktritt vom Vertrag nicht untersagen; [...]"<sup>181</sup>*

Ein generelles Rücktrittsrecht bei Verträgen nach allgemeinem Zivilrecht gemäß § 918 ABGB liegt vor, wenn der Schuldner in Verzug ist. In Verzug ist der Schuldner dann, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung nicht rechtzeitig, am falschen Ort oder nicht auf die vereinbarte Weise ausgeführt wird.<sup>182</sup> Der Gläubiger kann die Erfüllung des Vertrags verlangen und Schadenersatzanspruch aufgrund der Verspätung geltend machen oder innerhalb einer Frist zur Nachholung vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz aufgrund des Nichterfüllungsschadens verlangen.<sup>183</sup> Die Berechtigung zur Forderung des Schadenersatzes ist zwar gut für den GU, wenn diese allerdings auf der Grundlage des Werklohnausfalls basiert, wird auch eine Schadenersatzforderung durch das insolvente Unternehmen nicht vergütet werden können.

Insolvenzen können jeden in der Vertragskette zwischen AG, GU und SUB treffen. Nachfolgend werden jedoch nur die Insolvenz des AG und die Insolvenz des SUB behandelt. Die Folgen durch die Insolvenz des SUB sind abhängig vom Zeitpunkt der Insolvenz. Ergibt sich eine Zahlungsunfähigkeit des SUB während des Vertragsverhältnisses oder nach dessen Beendigung (nach der Übernahme), ergeben sich dadurch unterschiedliche

<sup>180</sup> § 21 Abs. 1 IO

<sup>181</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 15 Pkt. 5.8

<sup>182</sup> Vgl. § 918 Abs. 1 ABGB

<sup>183</sup> Vgl. <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

Folgen für den GU (siehe dazu Kapitel 6.2.1). Eine Insolvenz des AG wirkt sich ausschließlich während des Vertragsverhältnisses negativ aus.

## 6.1 Insolvenz des Auftraggebers

Bauherreninsolvenzen während des aufrechten Vertragsverhältnisses stellen ein großes Risiko für den GU dar. Meldet der AG nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (nach der Übernahme und nach bereits beglichener Schlussrechnung) ein Insolvenzverfahren an, hat diese Insolvenzeröffnung weniger Auswirkungen auf den GU, da die Leistung bereits erbracht und vergütet wurde und somit das Vertragsverhältnis beendet ist. In Bild 6.1 ist die Dauer des Vertragsverhältnisses zwischen AG und GU und der Eintritt der Insolvenz, welche behandelt wird, dargestellt.



Bild 6.1 Insolvenz des AG

### 6.1.1 Folgen für den Generalunternehmer bei einer Insolvenz des Auftraggebers

Eine mögliche Folge für den GU aus der Insolvenz des AG zum Zeitpunkt vor Vertragsende, ist der Werklohnentgang. Der AG ist insolvent, wenn er unfähig ist, weitere Zahlungen an Gläubiger zu leisten. Der GU schuldet zwar den Leistungserfolg, der AG jedoch die Vergütung der Leistung. Da eine Insolvenzeröffnung kein Grund für einen Rücktritt aus dem Vertrag ist, muss dieser weiter erfüllt werden, demnach muss die Leistung durch den GU oder seine Erfüllungsgehilfen weiter erbracht werden. Hat auch der Insolvenzverwalter beschlossen, dass Vertragsverhältnis aufrecht zu erhalten, kann der Vertrag erst sechs Monate nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne wichtige Gründe aufgelöst werden. Nach § 918 ABGB kann der Vertrag erst nach angemessener Frist, in welcher die Erfüllung des Vertrages verlangt wurde, gekündigt werden. So oder so muss der GU die vertraglich vereinbarte Leistung weiter erbringen, vor allem wenn dabei pönalisierte Termine vereinbart wurden. Diese müssen dennoch eingehalten werden.

Vorab muss differenziert werden, ob die Werklohnforderung eine Masseforderung oder Insolvenzforderung ist. Forderungen, welche vor Insolvenzeröffnung an den AG gestellt wurden, sind Insolvenzforderungen. In-

solvenzforderungen werden im Laufe des Insolvenzverfahrens nur quotenmäßig gedeckt.<sup>184</sup> Demnach sind bereits gestellte Abschlagsrechnungen, welche noch nicht bezahlt wurden, Teile der Insolvenzforderungen. Forderungen, welche nach Insolvenzeröffnung gestellt wurden, sind Masseforderungen und werden gänzlich befriedigt.<sup>185</sup> Herangezogen wird dabei das verbliebene Massevermögen.<sup>186</sup> Der Insolvenzverwalter stellt somit sicher, dass offene Projekte weiterlaufen und Forderungen beglichen werden können. Somit können auch Vertragsverhältnisse weiter aufrechterhalten werden.

Das eigentliche Risiko besteht somit nicht in der Fortführung des Vertragsverhältnisses. Die vertraglich vereinbarte Leistung kann unbedenklich weiter erbracht werden. Die nach Insolvenzeröffnung gestellten Teilrechnungen werden jedenfalls durch den Insolvenzverwalter beglichen. Eine Folge der Insolvenz des AG ist dennoch, dass der GU seine bis dato erbrachte Leistung nur zum Teil bekommt. Dies trifft nur ein, wenn ein Sanierungsverfahren angestrebt wird und versucht wird, die Tätigkeiten des Unternehmens aufrecht zu erhalten. Geht der AG in Konkurs, so könnte es auch zum gesamten Werklohn ausfall der bereits erbrachten Leistung und gestellten Teilrechnungen vor Insolvenzeröffnung kommen.

Durch die Vertragskette verschlimmert sich diese Situation immens. Der SUB ist der eigentliche Ausführer der Leistung und erbringt diese aufgrund des Vertragsverhältnisses zwischen GU und SUB. Nach Fertigstellung der Subleistung kann der GU die Werklohnforderung an den AG stellen. Zur selben Zeit fordert der SUB seinen Werklohn vom GU. Durch die ordnungsgemäße Leistungserbringung ist der GU verpflichtet, diese Leistung dem SUB zu vergüten. Stellt sich zu diesem Zeitpunkt jedoch heraus, dass der AG der Werklohnforderung nicht nachkommen kann, da durch die Überschuldung keine Liquidität mehr vorliegt, erleidet der GU einen Verlust aufgrund der Bezahlung des SUB. Neben dem Anteil des SUB bleibt auch der GU-Zuschlag infolge Koordinierungsaufwand aus, denn dieser würde sich nur aus der Werklohnvergütung durch den AG ergeben.

### 6.1.2 Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen

Die Maßnahmen zur Risikominimierung auf der Seite des GU im Falle einer Insolvenz des AG befassen sich mit dem Ausfall des Werklohns. Einerseits gibt es die Möglichkeit, einer Forderung von Sicherstellungen nach ABGB und andererseits die Vereinbarung von Vorauszahlungen

<sup>184</sup> Vgl. HEESSEN, B.; WIESER-LINHART, V.: Basiswissen Insolvenz. S. 22

<sup>185</sup> Vgl. Ebd.

<sup>186</sup> Vgl. Ebd.

nach ÖNORM B 2110. Ebenso kann sich der GU durch einen Eigentumsvorbehalt vor möglichen Folgen einer Insolvenz des AG schützen, siehe dazu Bild 6.2.

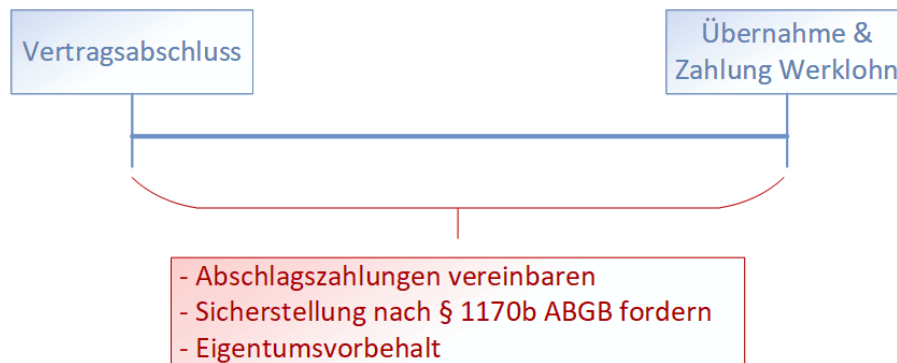


Bild 6.2 Maßnahmen zur Risikominimierung bei einer Insolvenz des AG

### 6.1.2.1 Sicherstellung

Eine Maßnahme zur Risikominimierung in der Sphäre des GU ergibt sich aus der Gesetzeslage. Das ABGB versucht den GU vor der Insolvenz des AG durch die Bestimmung des § 1170b Abs. 1 zu schützen:

*„Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon kann vom Besteller ab Vertragsabschluss für das noch ausstehende Entgelt eine Sicherstellung bis zur Höhe eines Fünftels des vereinbarten Entgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zur Höhe von zwei Fünfteln des vereinbarten Entgelts, verlangen. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden. Als Sicherstellung können Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen. Die Kosten der Sicherstellung hat der Sicherungsnehmer zu tragen, soweit sie pro Jahr zwei von Hundert der Sicherungssumme nicht übersteigen. Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.“<sup>187</sup>*

Sollte eine Insolvenz des AG drohen, kann der GU eine Sicherstellung in der Höhe eines Fünftels des vereinbarten Entgelts verlangen. Dies kann er, sobald der Vertrag unterzeichnet wurde. Das allgemeine Zivilrecht stellt somit dem GU eine Möglichkeit zu Verfügung, sich finanziell abzusichern.

Die geforderte Sicherstellung nach ABGB muss der AG innerhalb einer angemessenen Frist, welche durch den GU festgelegt wird, in Form von Bargeld, Garantien oder Versicherungen an den GU ableisten. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann der GU die Leistung verweigern. Nach Ablauf einer Nachfrist kann der GU den Vertrag mit dem AG aufheben. Zu beachten ist, dass diese Sicherstellung im Falle einer drohenden

<sup>187</sup> § 1170b Abs. 1 ABGB

Insolvenz des AG nicht gefordert werden kann, wenn der AG ein Konsument oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Gemeinden, Staat, öffentliche Sparkassen, etc.) ist.<sup>188</sup>

Sollte es zu einer Insolvenz des AG kommen, kann die Sicherstellung nach § 1170b ABGB für die Risikominimierung herangezogen werden. Der Zahlungsausfall des AG kann durch die Sicherheit kompensiert werden. Somit kann auch die Leistung der SUB zur Gänze oder teilweise mithilfe der finanziellen Deckung durch die Sicherstellung vergütet werden. Laut *Oppel* ist zu beachten, dass die Sicherstellung nur herangezogen werden darf, wenn es zum Verzug bei der Werklohnentrichtung auf Seiten des AG kommt. Demnach ist die Sicherstellung nicht mit einer Vorauszahlung des Werklohns gleichzustellen.<sup>189</sup>

### 6.1.2.2 Teil- oder Vorauszahlungen

Die ÖNORM B 2110:2013 sieht in Punkt 8.3.2.1 die Möglichkeit der Vereinbarung einer Abschlagszahlung durch den AG vor:

*„Der AN ist berechtigt, während der Ausführung entsprechend den erbrachten Leistungen, wozu auch auftragsspezifische Vorfertigungen (z.B. Werkstättenleistungen) des AN zählen, mittels Abschlagsrechnungen oder nach einem vereinbarten Zahlungsplan Abschlagszahlungen (Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer) zu verlangen.“<sup>190</sup>*

Abschlagszahlungen können nach *Oppel*, je nach Eigenschaften, in Teilzahlungen oder Vorauszahlungen eingeteilt werden. Ersteres liegt vor, wenn eine vollständig und ordnungsgemäß erbrachte Teilleistung vergütet wird. Somit erhält der GU die Teilzahlung erst, nachdem die Leistung erbracht wurde. Eine Vorauszahlung ist im Gegensatz dazu nicht von einer zu erbringenden Leistung abhängig und muss demnach auch geleistet werden, wenn eine Leistung mangelhaft ist.<sup>191</sup>

Ein Vorteil gegenüber der gesetzlichen Sicherstellung ist, dass über Teil- oder Vorauszahlungen auch verfügt werden kann, wenn kein Verzug des Werklohns vorliegt.<sup>192</sup> Teilzahlungen und Vorauszahlungen können unabhängig von einer drohenden Insolvenz gefordert werden. Diese dienen auch dazu, dass der GU genügend finanzielle Mittel hat, um einen weiteren Bauablauf absichern zu können. Vor allem bei hohen Auftragssummen ist es von Vorteil, das gesamte Entgelt nicht erst am Ende zu erhalten.<sup>193</sup>

<sup>188</sup> Vgl. § 1170b ABGB

<sup>189</sup> Vgl. OPPEL, A.: Finanzielle Sicherungen (FN 1 Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, 1/2017. S. 39

<sup>190</sup> ÖNORM B 2110:2013 Pkt. 8.3.2.1 S. 33

<sup>191</sup> Vgl. OPPEL, A.: Finanzielle Sicherungen (FN 1 Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, 1/2017. S. 39

<sup>192</sup> Vgl. Ebd.

<sup>193</sup> Vgl. Ebd.

### 6.1.2.3 Eigentumsvorbehalt nach ÖNORM B 2110

Der Eigentumsvorbehalt ist nach Pkt. 8.5.2 der ÖNORM B 2110:2013 wie folgt definiert:

*Für den Fall, dass der Leistungsgegenstand (oder Teile desselben) auch nach der Erfüllung noch eine bewegliche Sache darstellt und der AG eine entsprechende Sicherstellung nicht beigebracht hat, behält sich der AN bis zur vollständigen Erfüllung aller finanziellen Verpflichtungen des AG (mit Ausnahme vertraglich vereinbarter Sicherstellungen, z. B. Deckungsrücklass, Haftungsrücklass) das Eigentumsrecht an dem Leistungsgegenstand (oder an Teilen desselben) vor. Der AN ist verpflichtet, diesen Eigentumsvorbehalt durch entsprechende Kennzeichen ersichtlich zu machen.<sup>194</sup>*

Ein Beispiel hierfür wären Kältemaschinen aus dem Bereich der Gebäudetechnik. Kommt der AG der geforderten Sicherstellung nach § 1170b ABGB nicht nach, kann sich der GU das Eigentumsrecht an diesem Leistungsgegenstand vorbehalten, sofern dieser Leistungsteil bereits erbracht wurde, demnach die Kältemaschine bereits aufgebaut wurde.

Ein Problem ergibt sich hierbei für Leistungsgegenstände, welche mit dem Baugrund (wenn auch nur kurzzeitig) verbunden sind, z.B. Spundbohlen. Durch Verbindung von Materialien mit einem im Eigentum des AG befindlichen Bauwerk oder Baugrund, kann für diesen Leistungsgegenstand kein Eigentumsrecht vorbehalten werden.<sup>195</sup> Werden Spundbohlen nach Herstellung der Untergeschoße wieder gezogen, wären sie nicht Bestandteil der späteren Übernahme und des Eigentumübergangs an den AG. Wird der AG vor Übernahme insolvent, kann jedoch kein ein Eigentumsvorbehalt auf die Spundbohlen gestellt werden. Die eingebauten Spundbohlen gehören somit zur Insolvenzmasse des AG. Dem GU bleibt nur die Chance den möglicherweise ausstehenden Werklohn anteilmäßig nach erreichter Quote vergütet zu bekommen.

---

<sup>194</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 35 Pkt. 8.5.2

<sup>195</sup> Vgl. HÖRKER, D.; KLETEČKA, A.: ABGB-ON § 1170 b ABGB. [https://rdb.manz.at/document/1102\\_abgb\\_103\\_p1170b](https://rdb.manz.at/document/1102_abgb_103_p1170b). Datum des Zugriffs: 14.03.2019



## 6.2 Insolvenz des Subunternehmers

Eine Insolvenz des SUB während dem Vertragsverhältnis und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses haben unterschiedliche Auswirkungen für den GU. In den drei Fällen ergeben sich unterschiedliche Folgen, einerseits eine mögliche Terminüberschreitung und andererseits der Wegfall von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen gegenüber den SUB. Zur Darstellung der Zeitpunkte der Insolvenz des SUB siehe Bild 6.3.

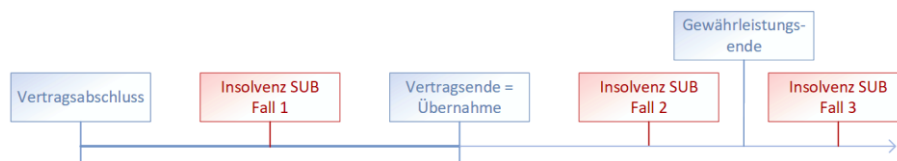


Bild 6.3 Insolvenz des SUB

### 6.2.1 Folgen für den Generalunternehmer bei einer Insolvenz des Subunternehmers

Bei einer Insolvenz des SUB während dem Vertragsverhältnis (Fall 1) zwischen diesen und dem GU könnte eine mögliche Terminüberschreitung zur Folge haben. Bei Zahlungsausfällen an die Arbeiter des SUB oder durch die Ungewissheit über den Arbeitsplatz kann es auch zu Arbeitsausfällen und somit zu einer Leistungsverzögerung kommen. Dadurch kann womöglich ein Termin nicht gehalten werden und eine Vertragsstrafe fällig werden. Der AG fordert diese vom GU, wohingegen die Vertragsstrafenforderung an den SUB womöglich im Falle eines Konkurses nicht beglichen wird.

Eine Vertragsauflösung ist bei Verzug erst nach drängen auf Erfüllung des Vertrages und einer angemessenen Frist laut § 918 ABGB möglich. Somit muss dem SUB auch die Möglichkeit gegeben werden, den Vertrag weiter zu erfüllen und die Leistung zu erbringen.

Eine weitere mögliche Folge eines Insolvenzverfahrens des SUB ist, dass dieser womöglich nicht mehr in der Lage ist, das Projekt fertig zu stellen und seine Leistung zu erbringen. Der Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt bei welchem der Konkurs des SUB feststeht und dem Beauftragen eines neuen SUB, kann ebenfalls einen Verzug nach sich ziehen und eine Vertragsstrafe zur Folge haben.

Bei der Beauftragung eines neuen SUB entsteht ebenfalls das Risiko eines höheren Preisniveaus. Der Konkurs eines Unternehmens wird meist in der jeweiligen Branche bekannt sein und auch diese Unternehmen werden wissen, dass der GU den Auftrag über den Rest der Leistung neu vergeben muss. Da er auf einen neuen SUB angewiesen ist, kann es

durchaus sein, dass das Preisniveau um einiges höher liegt, als dieses von seinem in Konkurs gegangenen SUB zuvor. In Bild 6.4 sind die Folgen aus der Insolvenz eines SUB während dem Vertragsverhältnis dargestellt.

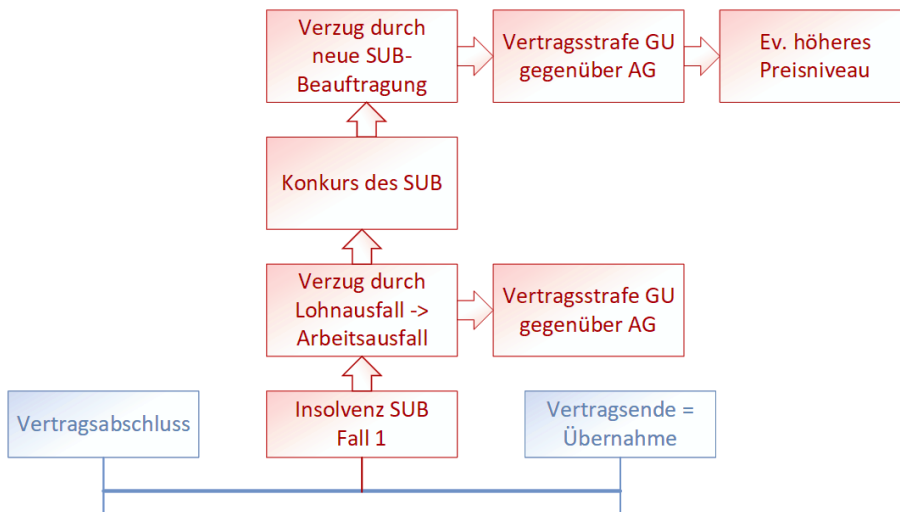


Bild 6.4 Folgen aus der Insolvenz eines SUB während dem Vertragsverhältnis

Bild 6.4 beinhaltet die Folgen bei einer Insolvenz des SUB während dem Vertragsverhältnis. Kommt es zu einem Konkurs des SUB nach der Übernahme, demnach nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (Fall 2 & Fall 3), hat dies andere Folgen. Ein Verzug kann dabei nicht entstehen, denn die Leistung ist zu diesem Zeitpunkt bereits erbracht und übernommen. Auch durch einen Lohnentfall sowie Leistungsausfall entsteht für den GU kein Risiko. Sehr wohl jedoch hat dies Auswirkungen auf Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen des GU gegenüber dem SUB. In Bild 6.5 sind die Zeitspanne und die Folgen einer Insolvenz und infolgedessen Konkurs des SUB nach Vertragsende dargestellt.

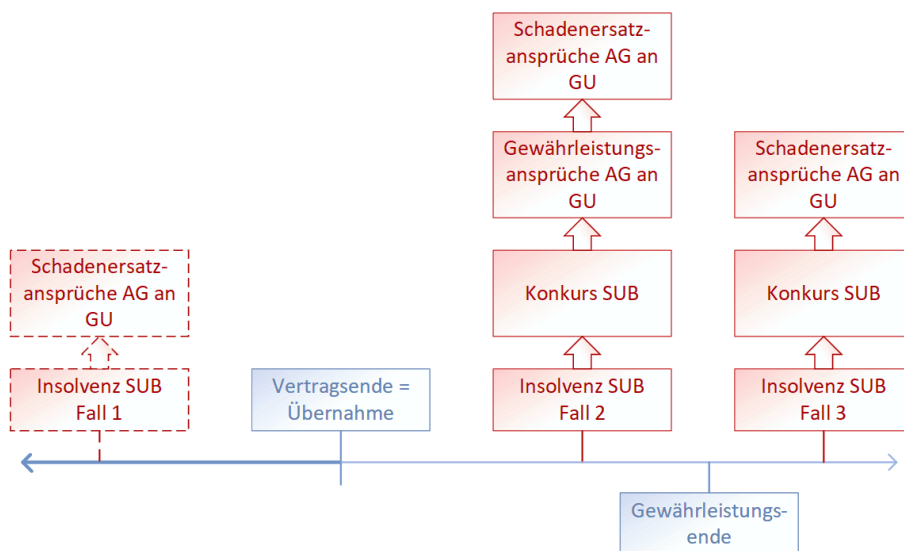


Bild 6.5 Folgen aus der Insolvenz eines SUB nach dem Vertragsverhältnis

Auch nach Beendigung des Vertrages mit der Übernahme der Subleistung (Fall 2 & Fall 3) entstehen für den GU Verpflichtungen gegenüber dem AG und für den SUB Verpflichtungen gegenüber dem GU. Innerhalb der Gewährleistungsfrist hat der GU Anspruch auf Verbesserung der mangelhaften Leistung durch den SUB. Dies ist nicht möglich, wenn das Unternehmen des SUB nicht mehr vorhanden ist (Fall 2). Die Gewährleistungsansprüche des AG gegenüber dem GU bleiben jedoch bestehen. Im Falle einer mangelhaften Leistung muss der GU für den Austausch oder die Verbesserung der Leistung aufkommen und kann dies nicht von dem in Konkurs gegangenen SUB zurückfordern.

Dasselbe gilt für Schadenersatzforderungen. Diese können auch nach Gewährleistungsfristende entstehen. Hat der SUB einen Schaden schuldhaft verursacht, kann der GU, nachdem der AG den Schadenersatz von ihm gefordert hat, eine Regressforderung an seinen SUB stellen. Ein insolventer, in Konkurs gegangener SUB wird den Schadenersatzforderungen des GU an ihn jedoch nicht nachkommen können (Fall 3). Der GU erleidet somit über die Gehilfenhaftung einen Verlust durch den Schadenersatzanspruch des AG an ihn. Schadenersatzansprüche sind auch bei Konkurs eines SUB während dem Vertragsverhältnis ein Problem (Fall 1). Denn auch im Fall 1 kann der Anspruch des GU an diesen SUB nicht durchgesetzt werden.

Die Insolvenzeröffnung über das Unternehmen eines SUB stellt ein geringeres Problem dar. Die Folgen für den GU entstehen erst ab einem Konkurs des SUB. Entscheidet der Insolvenzverwalter das Vertragsverhältnis weiter aufrecht zu erhalten (Fall 1) und das Projekt abzuschließen, wird auch versucht werden, die Leistung weiter zu erbringen und somit den Vertrag zu erfüllen. Wird der SUB erst nach der Übernahme insolvent und kommt es zu einem Sanierungsverfahren, können auch Gewährleistungsansprüche und Schadenersatzansprüche an den SUB gestellt werden. Erst nach Eintreten des Konkurses des SUB entstehen auch die Folgen für den GU.

### **6.2.2 Maßnahmen zur Minimierung der Folgen aus den Vertragsbedingungen**

Zur Risikominimierung in der Sphäre des GU zählen vor allem Sicherstellungen. Während Deckungsrücklass und Haftrücklass von Abschlags- und Schlussrechnung einbehalten werden, kann die Erfüllungsgarantie z.B. in der Form einer Bankgarantie hinterlegt werden. Ebenso kann sich der GU durch einen Eigentumsvorbehalt an technischen Ausrüstungen absichern.

Generell kann gesagt werden, dass das Risiko einer Insolvenz des SUB nicht gemindert werden kann, denn dieses besteht immer. Die daraus resultierenden Folgen, wie Verluste, können jedoch vermindert werden. Zusammenfassend ergeben sich folgende Maßnahmen, welche in Bild 6.6 dargestellt sind.

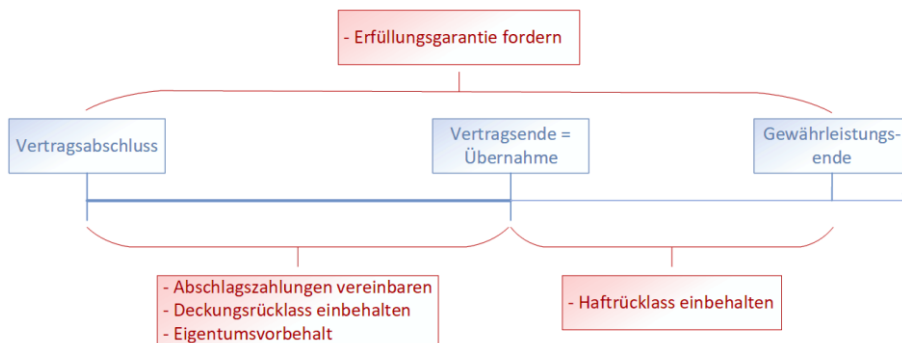


Bild 6.6 Maßnahmen zur Risikominimierung bei einer Insolvenz des SUB

### 6.2.2.1 Deckungsrücklass

Der Deckungsrücklass dient zur Sicherstellung gegen Überbezahlung bei Abschlagsrechnungen und ist in der ÖNORM B 2110 Pkt. 8.7.2 geregelt. Diese sieht einen Einbehalt von fünf Prozent des Rechnungslegungs Betrags der erbrachten Teilleistung vor.<sup>196</sup>

Nach der Stellung der Schlussrechnung geht der Deckungsrücklass üblicherweise in einen Haftungsrücklass über. Daher ist der Deckungsrücklass nur ein wirksames Sicherstellungsmittel während der Vertragsdauer. Der Deckungsrücklass vermindert zwar nicht das Risiko der Insolvenz eines SUB oder die Folgen, die daraus entstehen. Dieser vermindert jedoch die mögliche Überzahlung der Leistung. Der GU kann sich somit sicher sein, dass auch nur die hergestellte Leistung vergütet wurde. Bei Überzahlung und womöglich Auflösung des SUB-Vertrags würde es nicht zu einer Fertigstellung der überbezahlten Leistung kommen.

### 6.2.2.2 Hafrücklass

Der Deckungsrücklass geht bei Legung der Schlussrechnung in einen Hafrücklass über. Laut Pkt. 8.7.3 ÖNORM B 2110 beträgt dieser zwei Prozent. Die restlichen einbehaltenen drei Prozent auf die fünf Prozent Deckungsrücklass werden über die Schlussrechnung an den SUB ausbezahlt. Der Hafrücklass kann herangezogen werden, wenn es innerhalb der Gewährleistungsfrist zu Mängeln kommt. Demnach ist dieser auch nach Beendigung der Gewährleistungsfrist, wenn keine Mängel aufgetreten sind, gänzlich an den SUB zu übermitteln.

Treten innerhalb der Gewährleistungsfrist Mängel auf, wird der Hafrücklass für die Mängelbehebung herangezogen. Dies mindert das Risiko, bei einer Insolvenz des SUB auf Mängelbehebungskosten sitzen zu bleiben.

<sup>196</sup> Vgl. ÖNORM B 2110:2013 Pkt. 8.7.2

Liegen jedoch die Mängelbehebungskosten des SUB höher als der einbehaltene Haftungsrücklass, kann der Rest nach der Schließung des Unternehmens des SUB ebenfalls nicht von diesem gefordert werden. Der Haftungsrücklass dient nur als Sicherstellungsmittel während der Gewährleistungsfrist.

### 6.2.2.3 Erfüllungsgarantie

Eine Erfüllungsgarantie wird oftmals abgeschlossen, um sich vor Insolvenzen oder auch anderen Vertragsverletzungen der Vertragspartner zu schützen. Diese dient als Sicherstellung für eine ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Pflichten. Neben der Insolvenz und somit möglichen Nichterfüllung des Vertrages kann diese auch für die Mängelbehebung nach Gewährleistungsrecht und jegliche anderen vertraglichen Pflichtverletzungen herangezogen werden.

Die Erfüllungsgarantie dient als Sicherstellungsmittel ab Abschluss des Vertrages bis zum Ende der vertraglichen Leistungsfrist des AN, der Übernahme.<sup>197</sup> Der Vorteil gegenüber dem Deckungsrücklass und dem Haftungsrücklass ist, dass die Erfüllungsgarantie nicht von dem eigentlichem Entgelt einbehalten wird. Des Weiteren gilt die Erfüllungsgarantie nicht nur zum Schutze der Überbezahlung oder Sicherstellung für Gewährleistungsmängel, sondern für jegliche Art der vertraglichen Pflichtverletzung.

Erfüllungsgarantien dürfen ohne Eintreten einer Schlecht- oder Nichterfüllung des Vertrages nicht abgerufen werden.<sup>198</sup> Die Garantie dient nur zur Sicherstellung im Falle eines vertragsverletzenden Verhaltens des Vertragspartners.<sup>199</sup> Bei einer Insolvenz des SUB ist ein Abgehen von vertraglichen Pflichten eine mögliche Folge. Bei Eintreten eines Leistungsausfalls und somit Terminüberschreitungen, welche Vertragsstrafen nach sich ziehen, kann die Erfüllungsgarantie abgerufen werden. Bei Konkurs des SUB während dem Vertragsverhältnis und somit Vertragsauflösung wird die Erfüllungsgarantie aufgrund Nichterfüllung des Vertrages herangezogen. Nach Ablauf der Erfüllungsgarantie ist dies nicht möglich.

Die möglichen Maßnahmen gegen die Folgen einer Insolvenz des SUB sind hauptsächlich bei einem aufrechten Vertragsverhältnis und in Einzelfällen während der Gewährleistungsfrist wirksam (Fall 1 & Fall 2). Kommt es zu Schadenersatzforderungen des AG an den GU nach dem Gewährleistungsfristende (Fall 3) und ist der SUB in Konkurs, ist der GU durch die Erfüllungsgarantie, den Deckungsrücklass oder Haftungsrücklass nicht geschützt.

<sup>197</sup> Vgl. KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. S. 738 f

<sup>198</sup> Vgl. OPPEL, A.: Finanzielle Sicherungen (FN 1 Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht, 1/2017. S. 42

<sup>199</sup> Vgl. Ebd.

#### 6.2.2.4 Eigentumsvorbehalt nach ÖNORM B 2110

Der Eigentumsvorbehalt ist nach Pkt. 8.5.1 der ÖNORM B 2110:2013 wie folgt definiert:

*Für den Fall, dass der AG seine Zahlungen gemäß 8.3.2 geleistet und der AN eine entsprechende Sicherstellung nicht beigebracht hat, hat der AG zur Besicherung seiner Zahlungen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der erstellten Anlage bzw. am Anlagenteil. Eine solche Eigentumsübertragung ist durch geeignete Kennzeichen (z. B. Aufkleber) an den betreffenden Gegenständen ersichtlich zu machen. Die Anbringung dieser Kennzeichen erfolgt gemeinsam durch AG und AN. Der Übergang der Gefahr wird hierdurch nicht ausgelöst.<sup>200</sup>*

Die ÖNORM schlägt hier eine Sicherstellung für die Insolvenz eines SUB in Form von einem Eigentumsvorbehalt vor. Voraussetzung dafür ist, dass der GU seinen Werklohnforderungen nachgekommen ist, der SUB jedoch die geforderte Sicherstellung nicht erbracht hat. Ein Beispiel hierbei wäre wieder das Übertragen des Eigentums an einer Kälteanlage (vgl. Kapitel 6.1.2.3), welche sich im Leistungsteil des insolventen SUB befindet und welcher bereits von ihm ausgeführt wurde.

Auch hierbei ergibt sich wiederum das Problem, dass für Leistungsgegenstände, welche mit dem Eigentum des AG verbunden sind, kein Eigentumsrecht vorbehalten werden kann. Auf Spundbohlen z.B. kann kein Anspruch auf Eigentumsvorbehalt gestellt werden.

---

<sup>200</sup> ÖNORM B 2110:2013 S. 35 Pkt. 8.5.1

### 6.3 Handlungsempfehlung

Als Handlungsempfehlung bei einer möglich eintretenden Insolvenz eines Vertragspartners kann gesagt werden, sich möglichst gut für diesen Fall abzusichern. Es kann zwar nicht von vorne herein davon ausgegangen werde, dass dieser Fall eintritt. Sicherheiten tragen jedoch neben der Folgenminimierung bei Insolvenzfällen auch zur Minimierung der Folgen bei z.B. Verzügen bei. Generell kann eine Insolvenz des AG oder SUB niemals ausgeschlossen werden. Lediglich die daraus entstehenden Folgen können vermindert werden. Sicherstellungen und Garantien sind Varianten, welche bei nicht Eintreten einer Insolvenz den AG oder SUB nicht schaden oder ihn benachteiligen. Demnach werden Sicherstellungen als Vertragsbestimmung jedenfalls möglich sein.

Die Sicherstellung laut § 1170b ABGB, welche der GU vom AG fordern kann, sollte jedoch nicht bereits bei den Vertragsverhandlungen gefordert werden. Eine solche Sicherstellung zuvor bereits vom AG zu verlangen, könnte die Ausgangsposition im Ringen um den Auftrag verschlechtern. Es ist auch möglich, diese während der Vertragsbeziehung bei drohender Insolvenz und somit später zu verlangen. Auch wenn der AG diese Art von Sicherstellung im Vertrag auszuschließen versucht, ist eine Sicherstellungsforderung jedenfalls möglich. Das Recht auf Absicherung des AN ist ein unabdingbares Recht und kann somit nicht ausgeschlossen werden.

Abschlagszahlungen sollten im GU-Vertrag jedenfalls vereinbart werden. Die Aufteilung der Leistung und Zahlung nach einem Zahlungsplan gibt eine Übersicht über die zu erhaltenden Zahlungen und gleichzeitig einen Nachweis bei Werklohnaustritten. Des Weiteren ist die Vereinbarung von Teilzahlungen bei großen Auftragssummen von Vorteil, da nicht die ganze Leistung vorfinanziert werden muss und somit der GU finanziell entlastet wird. Dies ist auch von Vorteil, wenn der AG kurz vor Ende des Bauprojektes insolvent wird, da somit womöglich bereits ein großer Teil der Leistung bezahlt wurde. Wurden keine Abschlagszahlungen vereinbart, könnte der Fall eintreffen, dass die gesamte Leistung unvergütet bleibt.

Für das Vertragsverhältnis zwischen SUB und GU hat die Insolvenz des SUB je nach Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung unterschiedliche Risiken zur Folge. Bei einer Insolvenzeröffnung des SUB während dem Vertragsverhältnis könnte es durch mögliche Lohnaustritten oder durch die Ungewissheit über Arbeitsplätze zu einem Leistungsausfall bei den Arbeitern des SUB und somit Leistungsverzug kommen. Sind davon pönalisierte Termine betroffen, hat dies neben der Vertragsstrafenforderung des AG auf den SUB auch weitere negative Einflüsse auf den GU. Kommt es wirklich zu einer Schließung des Unternehmens, kann eine Vertragsstrafe vom SUB nicht mehr gefordert werden. Somit erleidet der GU neben dem eigentlichen Leistungsverzug, den es natürlich aufzuholen gilt, auch einen finanziellen Verlust. Bei einem Konkurs des SUB und einem womöglich

nicht weitergeführten Unternehmen muss ein Ersatz für den Erfüllungsgehilfen gefunden werden, um diesen Leistungsverzug so schnell wie möglich auszugleichen zu können. Je länger diese Zeitspanne zwischen dem Rücktritt aus dem Vertrag und dem Beginn des neuen Erfüllungsgehilfen dauert, desto größer wird das Risiko für weitere Verzögerungen und Strafzahlungen. Der Druck einen neuen SUB zu finden und die Leistungserbringung so schnell wie möglich wieder aufnehmen zu können, wirkt sich auch auf das Preisniveau der Angebote aus. Auch andere Unternehmen wissen, dass durch die Insolvenz eines Unternehmens während der Ausführungsdauer, dem GU nichts anderes übrig bleibt als schnellst möglichst einen neuen SUB zu beauftragen.

Das Verzugsproblem könnte womöglich auch durch Verwenden der eingeplante Puffer gelöst werden. Herrscht jedoch enorme mangelnde Arbeitsbereitschaft und scheitert das Sanierungsverfahren, wird auch ein Puffer nicht ausreichen um einen Verzögerung aufzuhalten. Eine schnelle Entscheidung des Insolvenzverwalters wäre dabei von Vorteil.

Für den möglichen Konkurs des SUB könnte sich der GU bei SUB-Verträgen durch Sicherstellungen absichern. Hierbei gäbe es die Möglichkeit zum Einbehalt des Deckungsrücklasses auf Abschlagszahlungen oder den Einbehalt des Haftrücklasses bei der Schlussrechnung. Ersteres schützt vor Überzahlung des SUB und letzteres wird für Gewährleistungsmängel herangezogen. Unabhängig vom Eintreten einer Insolvenz des SUB sollten diese beiden Sicherstellungsmittel jedenfalls vereinbart werden. Damit ist nicht nur ein kleiner Teil im Falle einer Insolvenz abgesichert, sondern auch Gewährleistungsmängel trotz guter finanzieller Lage des SUB.

Die Erfüllungsgarantie sollte vom SUB in Form einer Bankgarantie gefordert werden. Diese dient als Sicherstellung für jegliche Schlecht- oder Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten. Die Erfüllungsgarantie kann bei Insolvenz des SUB während dem Vertragsverhältnis auf der Grundlage des Nichterfüllens von vertraglich vereinbarten Pflichten herangezogen werden. Geht die Dauer der Erfüllungsgarantie über die Übergabe bis zum Ende der Gewährleistungsfrist hinaus, können auch Gewährleistungsmängel damit verbessert oder beglichen werden. Dabei ist wichtig, dass die Erfüllungsgarantie nach dem Auflösen des Unternehmens erlischt. Somit muss diese bereits davor abgerufen werden.

Erfüllungsgarantien sind meist in Form einer Bankgarantie eingerichtet und demnach stark abhängig von der finanziellen Lage des SUB. Die Höhe der geforderten Erfüllungsgarantie sollte demnach der Größe des Unternehmens und des Auftrags angepasst werden. Ebenfalls kann durch das Bereitstellen einer Erfüllungsgarantie auf die finanzielle Lage des SUB geschlossen werden. Wurde eine Garantie durch die Bank nicht genehmigt, ist eventuell die finanzielle Lage des Unternehmens weniger zufriedenstellend und der GU sollte überlegen, ob mit diesem SUB überhaupt ein Vertrag geschlossen werden sollte.



## 7 Schlussfazit

Bei Betrachtung des Vertragsverhältnisses zwischen Bauherrn, Generalunternehmer und Subunternehmer ist ersichtlich, dass der Generalunternehmer das Mittelglied der Vertragskette ist. Durch diese Position in der Vertragskette ergeben sich einerseits Folgen durch die Stellung als Auftragnehmer gegenüber dem Bauherrn und andererseits als Auftraggeber gegenüber dem Subunternehmer. Die Aufgabe für den Generalunternehmer besteht darin, Benachteiligungen aus dem Generalunternehmervertrag herauszufiltern und vor Vertragsunterzeichnung durch vertragliche Änderungen entgegenzuwirken. Bei der Vergabe von Leistungen an Subunternehmer muss der Generalunternehmer darauf achten, das Risiko durch benachteiligende Vertragsinhalte an den Subunternehmer zu übertragen. Sind vertragliche Änderungen nicht zu erreichen, können durch bauwirtschaftliche und baubetriebliche Maßnahmen die möglichen eintretenden Folgen minimiert werden.

Der Eintritt von möglichen negativen Folgen ist von den Beteiligten der Vertragskette abhängig. Um dem entgegenzuwirken, werden sich Auftraggeber an Generalunternehmer wenden, welche bereits große Projekte erfolgreich abgeschlossen haben. Generalunternehmer werden Subunternehmer beauftragen, mit denen sie bereits gute Erfahrungen gemacht haben und zwischen denen eine gute Zusammenarbeit herrscht. Zuverlässigkeit und Erfahrung spielen bei der Auswahl der Unternehmen eine große Rolle und können auch so die Eintrittswahrscheinlichkeit der negativen Folgen beeinflussen.

Bauverträge bergen für alle Beteiligten in der Vertragskette mögliche negative Folgen. Für den Generalunternehmer gilt es in erster Linie benachteiligende Vertragsinhalte und die daraus resultierenden negativen Folgen für ihn zu erkennen. Ist er sich den möglichen eintretenden Folgen bewusst, kann zielgerichtet gehandelt werden. Möglichkeiten dabei wären die benachteiligende Vertragsbestimmung zu eliminieren, die Folgen zu minimieren oder das Risiko weiterzugeben. Dies erfordert vor allem eine gute Kenntnis über rechtliche Bestimmungen sowie gutes Verhandlungsgeschick, um die Forderungen bei Vertragsverhandlungen durchzusetzen. Nicht alle negativen Folgen können eliminiert oder weitergegeben werden. Für diese gilt, die Eintrittswahrscheinlichkeit so gering wie möglich zu halten und dementsprechend zu handeln.

Bei Vertragsverhandlungen und generell bei der Zusammenstellung eines Vertrages zwischen zwei Parteien sollte auf ein ausgeglichenes Risikoverhältnis geachtet werden. Dies unterstützt gleichzeitig sowohl eine partnerschaftliche Zusammenarbeit als auch und eine Vertragsbeziehung auf Augenhöhe. Mit einem ausgeglichenen Risikoverhältnis ist gemeint, dass jeder für Fehler, die er zu verantworten hat, auch einstehen sollte. Stark benachteiligende Vertragsbestimmungen können den Vertragspartner in

eine schwierige und womöglich existenzgefährdende Lage bringen. Dies entspricht keiner Vertragsbeziehung auf Augenhöhe.

Ein ausgeglichenes Risikoverhältnis ist bei der Erstellung des Subunternehmervertrages leichter zu erreichen als bei der Generierung des Generalunternehmervertrages. Bauherren haben oftmals eine Vormachtstellung, da mehrere Unternehmen um den Auftrag buhlen. Dies führt schneller zu einem benachteiligenden Vertrag für die Seite des Generalunternehmers. Werden gewisse Bestimmungen nicht akzeptiert, kommt der Vertrag nicht zustande und der Nächste wird für den Auftrag herangezogen. Zwischen Sub- und Generalunternehmer liegt oftmals ein länger andauerndes Arbeitsverhältnis, da bei guter Zusammenarbeit der Generalunternehmer auf zuverlässige Subunternehmer zurückgreifen wird. Demnach werden auch die Vertragsbedingungen in diesen Subunternehmerverträgen nicht einseitig benachteiligend gestaltet werden, um die gute Zusammenarbeit nicht zu gefährden.

Um ein ausgeglichenes Risikoverhältnis in der Vertragskette zu erhalten, müssen Sub- an Generalunternehmerverträge angepasst werden. Demnach ändern sich für jedes Projekt die ausverhandelten Vertragsbestimmungen, trotz womöglich mehrmaliger Zusammenarbeit mit den Vertragspartnern. Somit sind die Risiken für den Generalunternehmer nicht gleichbleibend, sondern variieren je nach Bauprojekt, Bauherr bzw. Subunternehmer.

### **7.1 Zeitliche Darstellung der Folgen für den Generalunternehmer**

Die Folgen, die sich aus den Vertragsinhalten der ausgewählten Kapitel Vertragsstrafe, Gewährleistung, Schadenersatz und Insolvenz ergeben, entstehen zwar grundsätzlich aus vertraglich vereinbarten Bedingungen, haben jedoch zusätzlich eine zeitliche Komponente. Eine übersichtliche Darstellung der ausgewählten Kapitel in Abhängigkeit der zeitlichen Komponenten ist dem Bild 7.1 zu entnehmen.

Einige Folgen entstehen während dem Vertragsverhältnis, demnach zwischen Vertragsunterzeichnung und Übernahme. Zu diesen Folgen gehört die Vertragsstrafe aufgrund eines Terminverzuges. Zu Störungen in der Leistungserbringung kann es nur während der Bauausführung und somit während des bestehenden Auftragsverhältnisses kommen. Terminverzögerungen verzögern auch das Ende der Vertragsbeziehung, denn erst nach Vollendung der Leistung kann eine Übergabe und somit Übernahme stattfinden. Eine mögliche Insolvenz des Auftraggebers hat ebenfalls nur negative Auswirkungen auf den Generalunternehmer, wenn dies während dem Vertragsverhältnis geschieht. Nachfolgend können die Rechte der Gewährleistung und des Schadenersatzes auf andere übertragen werden

und bleiben somit bestehen. Eine Vertragshaftung des Generalunternehmers gegenüber dem Auftraggeber und dem Subunternehmer ist ebenfalls vom Vertragsverhältnis abhängig. Die Gehilfenhaftung für die Erfüllungsgehilfen und die Vertragshaftung gegenüber dem Subunternehmer ist an den SUB-Vertrag gekoppelt.

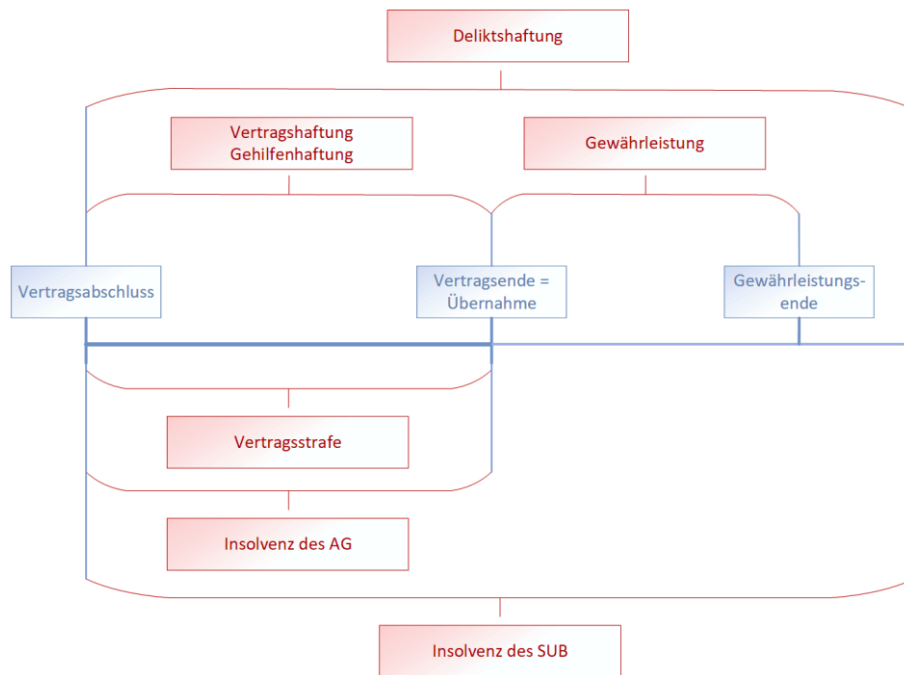


Bild 7.1 Die ausgewählten Kapitel und ihr zeitlicher Einflussbereich

Alle Folgen der Gewährleistung entstehen zum Zeitpunkt der Übernahme, welche ebenso der Start der Gewährleistungsfrist ist. Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ist der Anspruch auf dieses Recht verjährt und somit haben die Folgen aus Gewährleistungsfällen keine weiteren negativen Auswirkungen auf den Generalunternehmer.

Schadenersatzansprüche aufgrund von Verletzungen an Schutzgütern können unabhängig vom Vertragsverhältnis geltend gemacht werden. Eine Deliktshaftung hat demnach – wie auch die Insolvenz des Subunternehmers – keine zeitliche Beschränkung. Eine Insolvenzeröffnung über das Unternehmen des Subunternehmers hat direkte negative Auswirkungen auf den Generalunternehmer während des Vertragsverhältnisses und indirekte Auswirkungen nach dem Vertragsverhältnis, wenn es zu Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüchen kommt.

Zusammenfassend werden die negativen Folgen für den Generalunternehmer in Bild 7.2 den ausgewählten Kapiteln Vertragsstrafe, Gewährleistung, Schadenersatz und Insolvenz zugeordnet. Durch die Vertragsbestimmungen des General- und des Subunternehmervertrags bezüglich der Vertragsstrafe bei Verzug von pönalisierten Terminen ergibt sich eine negative Folge aufgrund der unterschiedlichen Auftragssummen des General- und des Subunternehmers. Die Vertragsstrafe ist abhängig von der Berechnungsgrundlage, demnach der Auftragssumme. Dies hat unterschiedlich hohe Vertragsstrafen zur Folge.

Benachteiligende Vertragsinhalte im Generalunternehmervertrag in Kapitel 4 sind die Ausdehnung der Vermutungsregel sowie die Ausdehnung der Gewährleistungsfrist über die Mängelrüge. Negative Folgen für den Generalunternehmer haben die unterschiedlichen Leistungszeiträume der Subunternehmer. Dadurch entstehen unterschiedliche Zeitpunkte für die Übernahme der Subleistung, was sich wiederum auf die Gewährleistungsfrist auswirkt.

Die Haftungsbestimmungen im General- und im Subunternehmervertrag können Benachteiligungen für den Generalunternehmer beinhalten. Die Gehilfenhaftung des Generalunternehmers für Fehler der beauftragten Subunternehmer kann negative Folgen für den Generalunternehmer haben. Die Haftung durch eine Vertragsbeziehung birgt ebenfalls eine Benachteiligung im Vergleich zur Vertragshaftung.

Mögliche negative Folgen, bei einer Insolvenz eines der Vertragspartner, sind der Werklohnanspruch aufgrund eines Insolvenzverfahrens über das Unternehmen des Auftraggebers sowie der Verzug von Terminen durch die Insolvenz eines Subunternehmers. Bei erneuter Vergabe der Subleistung durch ein aufgelöstes Vertragsverhältnis eines Subunternehmers könnte es zu einem Anstieg des Preisniveaus unter den Angeboten kommen.

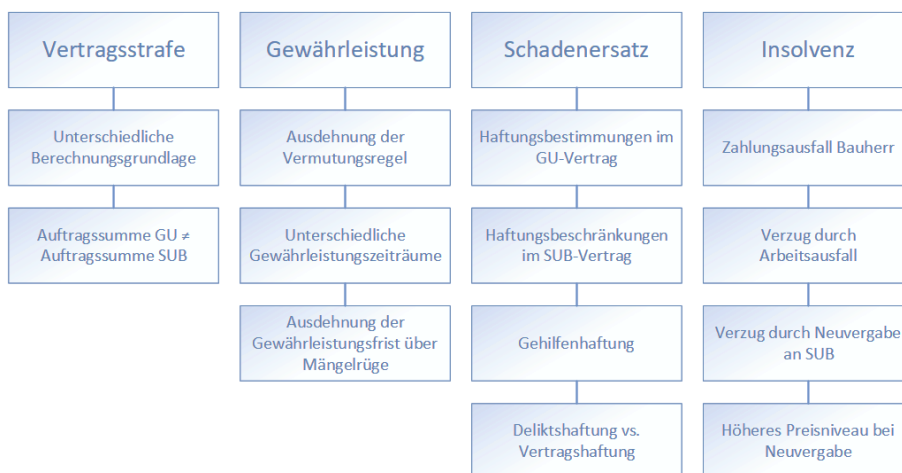


Bild 7.2 Zusammenfassung der möglichen negativen Folgen

Zu jeder Phase sollte sich der Generalunternehmer der möglichen eintretenden Folgen bewusst sein. Eine Zuordnung jeder negativen Folge aus den Vertragsinhalten einem ausgewählten Kapitel und somit einer Phase des Projektes gestaltet dieses Problem übersichtlicher. Ebenso können den Maßnahmen zeitliche Komponenten zugeordnet werden (siehe dazu Bild 7.3).

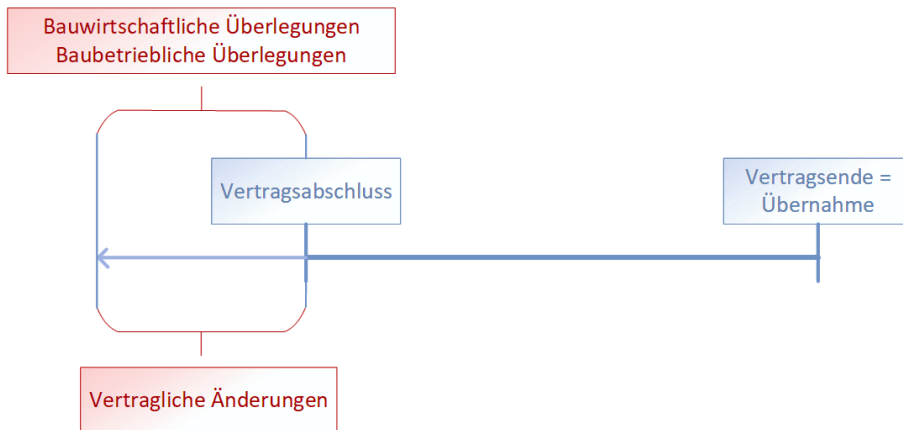


Bild 7.3 Zeitlicher Einflussbereich der Maßnahmen zur Folgenminimierung

Die Maßnahmen zur Folgenminimierung finden vor allem in der Zeit vor Vertragsabschluss statt, denn alle vertraglichen Änderungen können nur vor Vertragsunterzeichnung vorgenommen werden. Dies gilt auch für baubetriebliche und bauwirtschaftliche Überlegungen, denn diese müssen ebenfalls vor Auftragsvergabe feststehen, um Bauzeit, Übergabetermine oder sonstige Termine zu fixieren.

Bei der Gegenüberstellung der zeitlichen Darstellung des Einflussbereiches der ausgewählten Kapitel und der Maßnahmen zu Folgenminimierung ist gut erkennbar, dass mögliche Folgen erst später aufgrund nicht wahrgenommener Minimierungschancen entstehen. Der Einfluss auf die möglichen eintretenden Folgen für den Generalunternehmer, welche aus benachteiligenden Vertragsinhalten aus dem Bauvertrag entstehen, ist vor dem Vertragsabschluss maßgebend. Während dem Vertragsverhältnis, demnach während der Bauausführung, können nur noch durch Kontrolle und gute Koordination negative Folgen vermieden werden.

## 7.2 Zusammenfassung

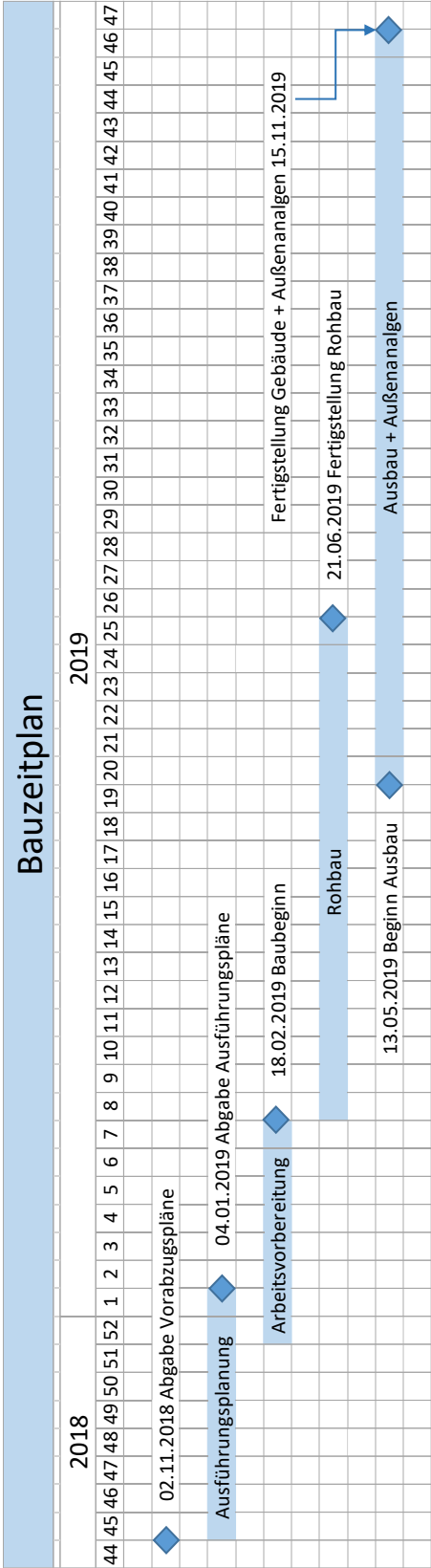
Einige negative Folgen für den Generalunternehmer, durch benachteiligende Vertragsinhalte, können nicht vermieden, andere hingegen zumindest verringert werden. Um vertragliche Benachteiligungen ausschließen oder minimieren zu können, darf vor einer Durchforstung des Bauvertrags und einer Analyse der Vertragsbestimmungen nicht zurückgeschreckt werden. Um dies ordnungsgemäß durchführen zu können, ist ein grundlegendes Know-how in Bezug auf allgemeines Zivilrecht, Unternehmensrecht und Konsumentenschutzrecht von Nöten. Sind ÖNORMEN vereinbart, gilt es auch deren Inhalt zu kennen.

Um sich Maßnahmen zur Folgenminimierung oder Eliminierung überlegen zu können, müssen benachteiligende Vertragsinhalte zuerst erkannt werden: Wann, wo und unter welchen Voraussetzungen entstehen welche Benachteiligungen und treten dadurch negative Folgen für den Generalunternehmer auf? Das Bewusstsein über mögliche Folgen ist der Grundstein für die weiterfolgende Handlung des Generalunternehmers.

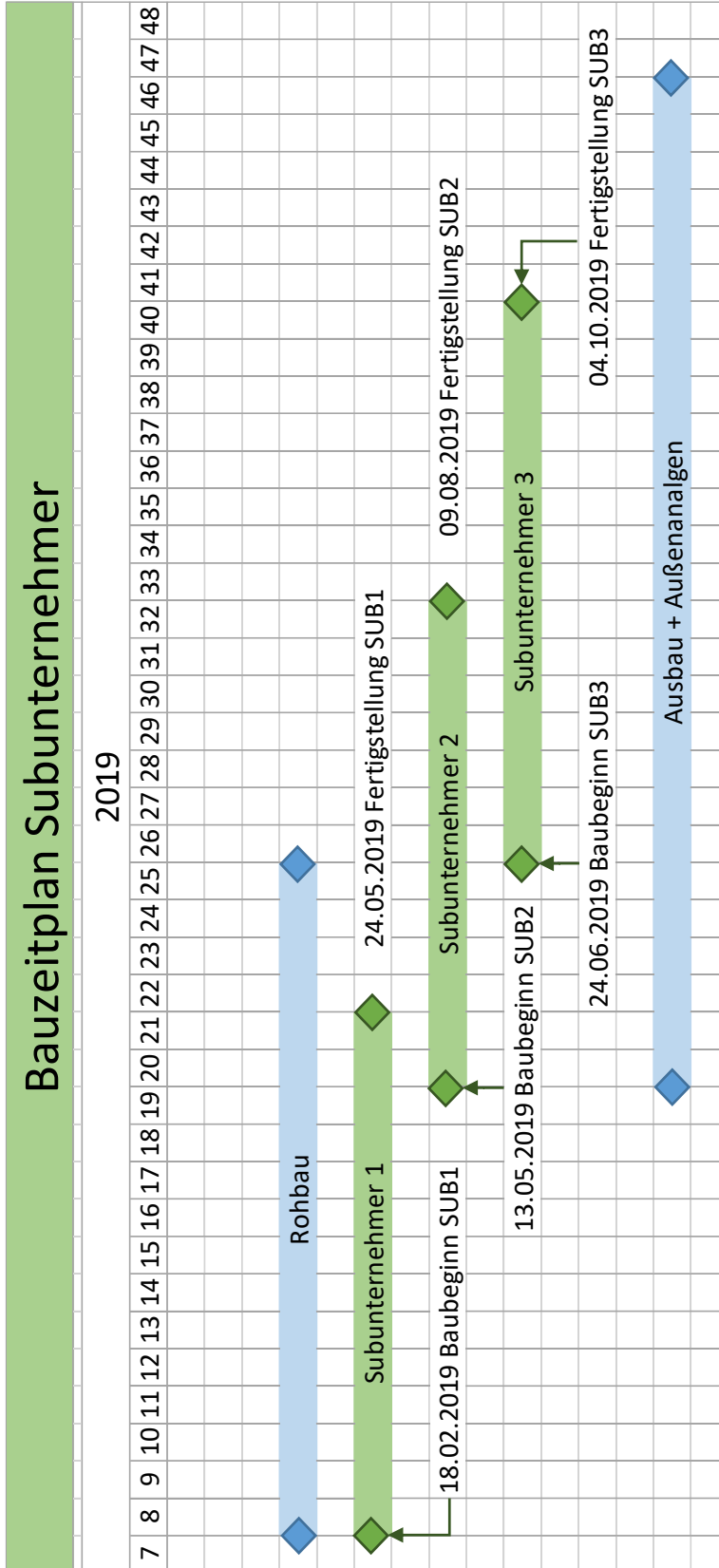
Auf Basis der gesammelten Information über mögliche negative Folgen können nachfolgend Überlegungen zur Eliminierung, Minimierung oder Übertragung der Folgen angestellt werden. Die vertragliche Änderung zugunsten des Generalunternehmers und somit folgenminimierend hinsichtlich benachteiligender Vertragsinhalte, ist die wirksamste und vielfältigste Maßnahme. Dabei sollte mit dem rechtlichen Wissen auf die Zulässigkeit von Vertragsbestimmungen geachtet und sittenwidrige Vertragsinhalte vermieden werden.

Das „Durchgängigmachen“ von Verträgen, demnach die Übertragung von Vertragsbestimmungen aus dem Generalunternehmervertrag auf den Subunternehmervertrag, sollte der Generalunternehmer jedenfalls versuchen. Die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien sollte bei der Aushandlung von Verträgen dennoch beachtet werden. Sehr benachteiligende Vertragsbedingungen bringen von Anfang an Unruhe in die Beziehung zwischen den Vertragspartnern. Deshalb sollte darauf geachtet werden, ein ausgeglichene Risikoverhältnisse zwischen den Parteien herzustellen und nicht alle negativen Folgen – ungeachtet des Verschuldens – auf eine Partei zu überwälzen. Die partnerschaftliche Zusammenarbeit spielt für den Erfolg eines Bauprojektes ebenfalls eine große Rolle, denn schließlich wünscht sich jeder Projektbeteiligte und somit jedes Glied der Vertragskette – Bauherr, Generalunternehmer und Subunternehmer – einen reibungslosen Projektablauf.

A.1 Bauzeitplan

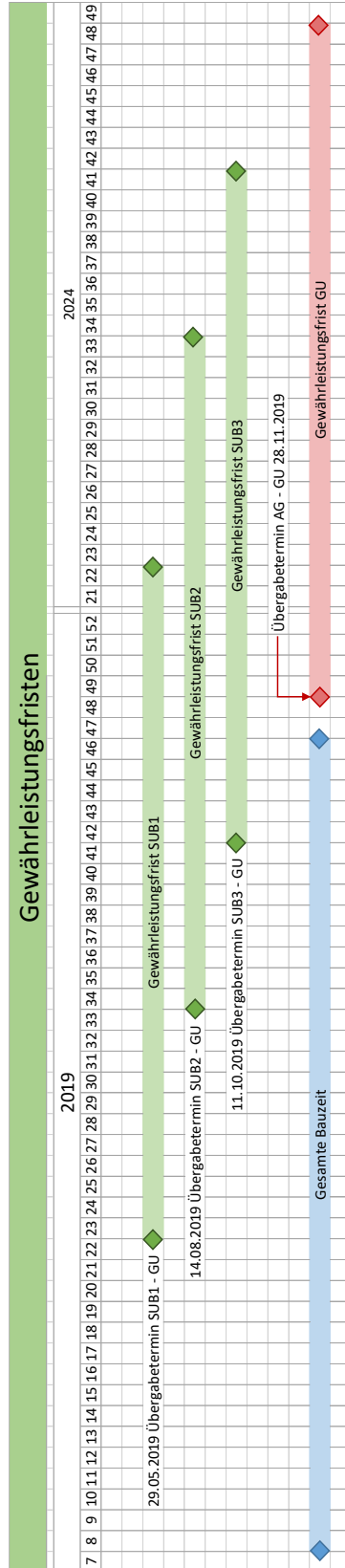


**A.2 Bauzeitplan Subunternehmer**

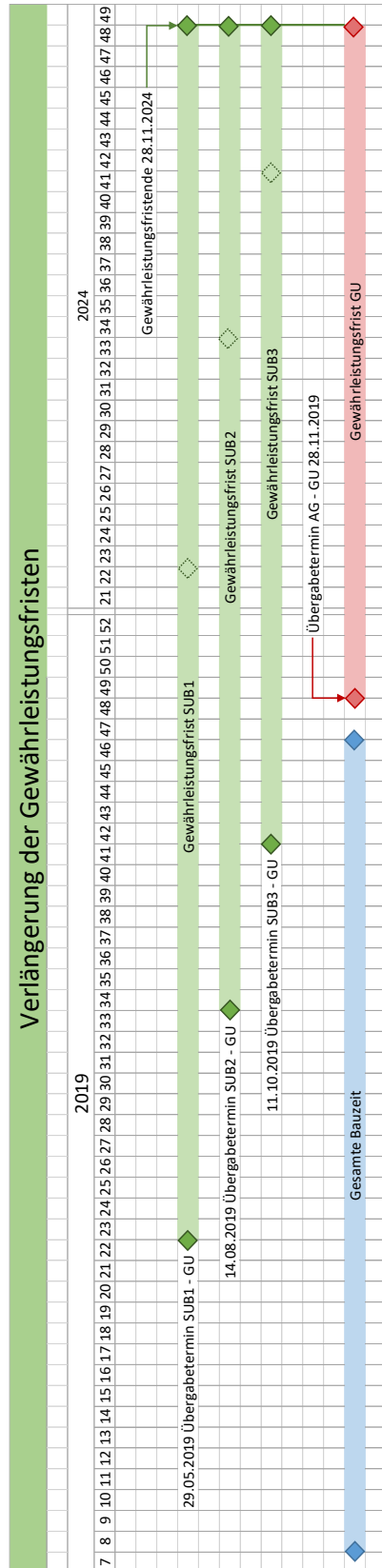




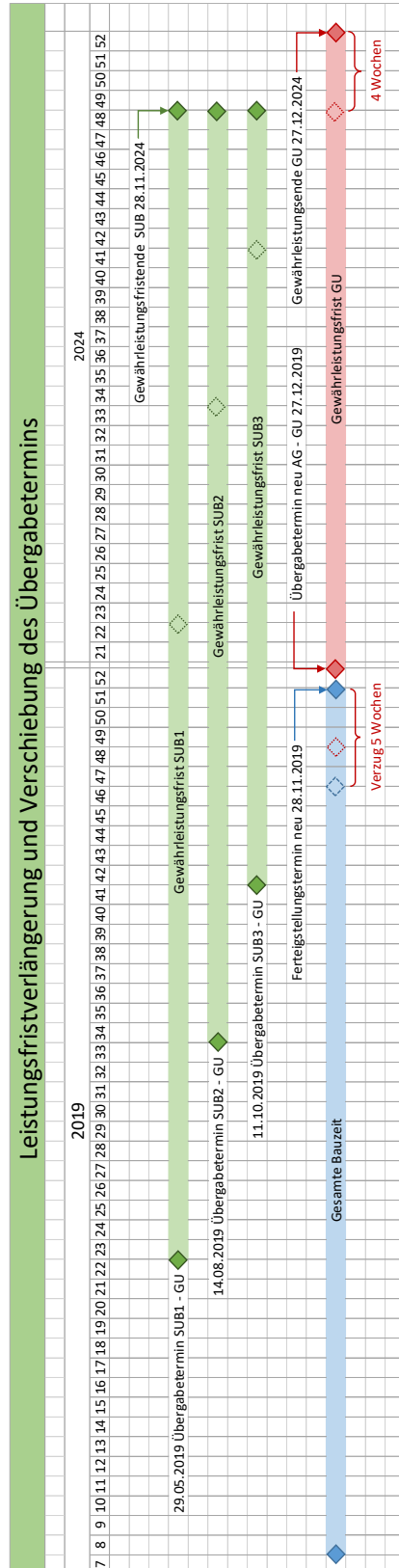
### A.3 Gewährleistungsfristen



## A.4 Verlängerung der Gewährleistungsfristen



## A.5 Leistungsfristverlängerung und Verschiebung des Übergabetermins



## Literaturverzeichnis

BARTH, P.; DOKALIK, D.; POTYKA, M.: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen Auflage 24. Wien. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014.

BERNER, F.; KOCHENDÖRFER, B.; SCHACH, R.: Grundlagen der Baubetriebslehre 1 Auflage 2. Wiesbaden. Springer, 2013.

BYDLINSKI, P.: Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis. Wien. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007.

HANDL, R.: Bauführerhaftung für Nachbarschäden. In: *ecolex*, 11/2007.

HEESEN, B.; WIESER-LINHART, V.: Basiswissen Insolvenz. Wiesbaden. Springer, 2018.

HOFSTADLER, C.; KUMMER, M.: Chancen- und Risikomanagement in der Bauwirtschaft. Vieweg. Springer, 2017.

HÖRKER, D.; KLETEČKA, A.: ABGB-ON § 1170 b ABGB. [https://rdb.manz.at/document/1102\\_abgb\\_103\\_p1170b](https://rdb.manz.at/document/1102_abgb_103_p1170b). Datum des Zugriffs: 14.03.2019.

JAGERHOFER, N.: Bauversicherungen richtig abschließen Auflage 1. Linde Verlag, 2018.

KARASEK, D. G.: Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 2. Wien. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009.

— : Kommentare zur ÖNORM B 2110 Auflage 3. Wien. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2016.

— : Bauvertrag und Generalunternehmervertrag. [https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_zivilrecht/Zoehling-Jud/Karasek/Skriptum\\_BV\\_GU\\_Vertrag\\_2018.pdf](https://zivilrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_zivilrecht/Zoehling-Jud/Karasek/Skriptum_BV_GU_Vertrag_2018.pdf). Datum des Zugriffs: 13.01.2019.

KURBOS, R.: Baurecht in der Praxis Auflage 6. Wien. Linde Verlag Wien, 2010.

OPPEL, A.: Finanzielle Sicherungen (FN 1 Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: *Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht*, 1/2017.

PETER, G.: Juristisches Denken. Wie denken Juristen?. In: *Privatrecht und Methode*, 2004.

STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band 1: Rechtssicher planen und Verträge schließen. Wien. Manz Verlag, 2000.

WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Bürgerliches Recht II Auflage 14. Wien. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015.

## Gesetzes- und Normenverzeichnis

RIS: Gesamte Rechtsvorschrift für Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), in der Fassung vom 12.11.2018

RIS: Gesamte Rechtsvorschrift für Bundesvergabegesetz (BVerG), in der Fassung vom 05.12.2018

RIS: Gesamte Rechtsvorschrift für Insolvenzordnung (IO), in der Fassung vom 06.02.2019

RIS: Gesamte Rechtsvorschrift für Konsumentenschutzgesetz (KSchG), in der Fassung vom 16.01.2019

RIS: Gesamte Rechtsvorschrift für Unternehmensgesetzbuch (UGB), in der Fassung vom 09.01.2019

ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT: ÖNORM B 2110:2013 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen: Werkvertragsnorm), in der Fassung vom 15.03.2013

## Linkverzeichnis

[1] <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>. Datum des Zugriffs: 15.01.2019

[2]

[http://www.jusguide.at/index.php?id=71&tx\\_ttnews%5Bwords%5D=2%20Ob%20229%2F13k&tx\\_ttnews%5BbackPid%5D=36&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=15349&cHash=902652a0a3877045e5ec553f1de39496](http://www.jusguide.at/index.php?id=71&tx_ttnews%5Bwords%5D=2%20Ob%20229%2F13k&tx_ttnews%5BbackPid%5D=36&tx_ttnews%5Btt_news%5D=15349&cHash=902652a0a3877045e5ec553f1de39496). Datum des Zugriffs: 26.01.2019

[3] [https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung\\_im\\_Vertragsrecht\\_-\\_allgemeiner\\_Ueber.html](https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Haftungsfreizeichnung_im_Vertragsrecht_-_allgemeiner_Ueber.html). Datum des Zugriffs: 26.01.2019

[4] <https://www.bauforum.at/bauzeitung/bauvertraglich-vereinbartegelung-von-oenormen-68275>. Datum des Zugriffs: 31.01.2019

[5] <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/vergaberechtsreformgesetz.pdf>. Datum des Zugriffs: 31.01.2019

