

## Editorial

Diese Ausgabe von *bau aktuell* hat den Schwerpunkt „Baukalkulation“. Anstatt der üblichen Vorstellung der Beiträge im Editorial, erlaubt sich der Verfasser einige sehr persönliche Anmerkungen über die Problematik von Bauprozessen, die behinderungsbedingte Nachtragsforderungen zum Gegenstand haben.

Das Problem stellt sich wie folgt dar: Die Auftragnehmerseite bedient sich zur Darstellung ihrer behinderungsbedingten Mehrkostenforderungen zunehmend eines bauwirtschaftlichen Sachverständigen. Dieser erstattet ein umfangreiches Gutachten und ermittelt die aus seiner Sicht durch die Behinderung entstandenen Mehrkosten. Das Gericht bestellt daraufhin ebenfalls einen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Baubetriebswirtschaft und lässt die vom Privatgutachter ermittelte Höhe überprüfen. In vielen Fällen kommt der Gerichtsgutachter zu einem anderen Betrag als der Privatgutachter.

Beide Gutachten haben zumeist die Besonderheit, dass sie für die am Prozess beteiligten Juristen (Rechtsanwälte und Richter) in keinsten Weise mehr nachvollziehbar sind. Die juristische Auseinandersetzung reduziert sich auf der anwaltlichen Ebene allein auf die Darstellung von werkvertraglichen Allgemeingrundsätzen, die keinerlei Bezug zum konkreten Sachverhalt haben. Die abstrakten, rechtlichen Ausführungen der Parteien sind häufig unstrittig. Ob sie im konkreten Fall von den Sachverständigen richtig angewendet werden, kann vom Juristen und somit auch vom Gericht nicht oder nur schwer nachvollzogen werden. Das entscheidende Gericht legt in der Regel die Ausführungen des Gerichtsgutachters der Entscheidung ungefiltert zugrunde.

Da so mancher Privat- und Gerichtsgutachter mit Wonne nicht nur die Höhe des Anspruchs ermittelt, sondern bereits rechtliche Vorfragen zu klären versucht, folgt daraus, dass die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts nicht mehr durch das Gericht, sondern im Wesentlichen durch den Sachverständigen erfolgt, weil die Berechtigung dem Grunde und der Höhe nach zumeist so eng verwoben sind, dass eine Trennung vielfach unmöglich ist. Daher sind weder die Parteienvertreter noch das Gericht in der Lage, die Berechtigung dem Grunde nach – dies ist allein die Aufgabe der Juristen – einer Überprüfung zu unterziehen.

Konkret: Nachträge werden in der Regel auf den Werklohnanspruch nach § 1168 ABGB oder auf Schadenersatz gestützt. Mitunter kommt auch eine Irrtumsanfechtung in Betracht. Zentrale rechtliche Elemente sind das Vorliegen eines Nachteils (oder Schadens) und die Kausalität zwischen Behinderung (Ursache) und eingetretenem Nachteil (Wirkung). Selbst ein Jurist, der bauwirtschaftliche Kenntnisse besitzt, ist in der Regel aufgrund der Komplexität nicht in der Lage, seine Aufgabe mit angemessenem Aufwand wahrzunehmen. In aller Regel wird daher zur Widerlegung der Gutachten auf der Gegenseite ein weiteres Privatgutachten in Auftrag gegeben, bei dem sich aber letztlich wieder die gleiche Problematik stellt.

Lässt man diese Beschreibung zunächst so stehen, könnte man verleitet sein, hämisch anzumerken, dass Juristen „eben zu blöd“ sind, komplexe bauwirtschaftliche Sachverhalte zu verstehen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass sich der Privatsachverständige in monatelanger Kleinarbeit mit dem konkreten Fall befassen muss, um überhaupt ein Gutachten erstellen zu können. Wie intensiv die Befassung des Gutachters ist, drückt sich sehr plastisch in den Kosten aus, die für derartige Gutachten verrechnet werden, die in weiterer Folge als Schadenersatz (!) gegen die Auftraggeberin geltend gemacht werden. Seit wann ist die Rechnungslegung ein „Schaden“ für den Auftragnehmer? Natürlich ist jeder Jurist in der Lage, solche Gutachten zu entschlüsseln und den „Code“ zu knacken. Wenn man sich vor Augen führt, dass solche Gutachten durch bauwirtschaftlich ausgebildete Fachleute erstattet werden und diese selbst Monate dafür benötigen, kann man sich leicht vorstellen, wie lange der Jurist für das Nachvollziehen solcher Gutachten benötigt. Er müsste vermutlich ein halbes Jahr in Klausur gehen, um im Detail alles nachzuvollziehen und auf seine rechtliche Berechtigung hin zu überprüfen. Dieser Aufwand steht in keiner Relation mehr zu den geltend gemachten Ansprüchen und ist für alle Beteiligten völlig unwirtschaftlich, außer natürlich für den Gutachter selbst.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich Folgendes: Ansprüche sind zunächst dem Grunde und dann der Höhe nach zu prüfen. Die Prüfung dem Grunde nach hat durch den Juristen, die Prüfung der Höhe nach durch den Sachverständigen zu erfolgen. Daraus folgt, dass die Berechtigung dem Grunde nach in einem Bauprozess so darzustellen und zu verbalisieren ist, dass sie für den Juristen mit angemessenem Aufwand erfolgen kann. Andernfalls ist dem Auftraggeber die Waffengleichheit genommen, die ein Grundprinzip jedes Zivilprozesses ist. Zur Prüfung des Anspruchs müsste sich der Jurist tagelang in Klausur begeben, um dessen Berechtigung durch mathematische Entschlüsselung des Sachverständigengutachtens zu prüfen. Dies ist unzumutbar und widerspricht den Grundprinzipien des Zivilprozesses und des Zivilrechts. Und nochmals: Es kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein, dass der Auftraggeber selbst sachverständige Baubetriebswirte zur Widerlegung der gegnerischen Gutachten und des Gerichtsgutachtens heranziehen muss, um überhaupt einen Schriftsatz verfassen zu können.

Daraus folgt, dass Ansprüche, die nur mit unangemessenem Aufwand überprüft werden können, nicht prozesskonform dargestellt sind. Die Behauptungslast liegt allein beim Anspruchsteller. Er hat seine Behauptungen so zu formulieren, dass sie für die Gegenpartei und deren anwaltliche Vertretung mit angemessenem Aufwand nachvollziehbar sind. Verbalisierung ist gefragt, nicht „Mathematisierung“!

Dr. Georg Karasek  
für das Herausgeber-Team



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

Institut für Baubetrieb und  
Baubetriebswirtschaft, Technische  
Universität Graz



Dr. Georg Karasek  
Rechtsanwalt



Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr.  
techn. Arnold Tautschnig

Institut für Konstruktion und  
Materialwissenschaften,  
Universität Innsbruck

# Die Preisbasis und die Preisgrundlagen des Vertrages

Georg Karasek



Dr. Georg Karasek  
ist Rechtsanwalt in Wien.

Die ÖNORMEN des Verdingungswesens B 2110 und B 2118 ordnen an, dass der Auftragnehmer bei Leistungsänderungen und Nachtragsansprüchen wegen Störungen der Leistungserbringung die neuen Preise auf der Preisbasis und den Preisgrundlagen des Vertrages zu ermitteln hat. Dieser Beitrag untersucht, was die Preisbasis und die Preisgrundlagen des Vertrages sind und wie die Anpassung vorzunehmen ist.

## 1. Ermittlung neuer Preise

Punkt 7.4.2 der ÖNORM B 2110 und Punkt 7.4.2 der ÖNORM B 2118 lauten jeweils:

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

Die zitierten Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und der ÖNORM B 2118 (im Folgenden ÖNORM genannt) regeln gleichlautend die Ermittlung neuer Preise bei einer Leistungsabweichung. Der Begriff „Leistungsabweichung“ wurde erstmals in der Ausgabe vom 1. 3. 2009 als Oberbegriff für Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung (früher: Behinderungen) eingeführt. Die Ermittlung neuer Preise kann notwendig werden, wenn der Auftraggeber im Rahmen des Leistungsänderungsrechts Leistungen, die im Vertrag nicht vorgesehen waren, anordnet oder eine Störung der Leistungserbringung solche Leistungen erforderlich macht.

## 2. Preisbasis des Vertrages

Die ÖNORM sieht vor, dass die neuen Preise auf der Preisbasis des Vertrages zu ermitteln sind. Dies bedeutet: Sind zwischen Ende der Angebotsfrist (Vertragsabschluss) und Anordnung der Leistungsänderung oder dem Eintritt einer Störung der Leistungserbringung Lohn- und Materialpreiserhöhungen eingetreten, sind sie bei der Kalkulation der neuen Preise zu berücksichtigen.

### 2.1. Ein veränderlicher Preis ist vereinbart

Ist ein veränderlicher Preis nach Punkt 6.3.1 der ÖNORM B 2110 vereinbart, ist die Höhe der neuen Preise unter Berücksichtigung der Veränderung des oder der vereinbarten Indizes bei Vorliegen der Voraussetzungen der ÖNORM B 2111 zu berechnen. Sollten die Marktpreise von den so ermittelten neuen Preisen abweichen, gilt die Berechnung nach dem vereinbarten Index, wenn der Mehrkostenanspruch auf § 1168 ABGB oder auf die ÖNORM gestützt wird. Nach herrschender Meinung ist der auf diese Bestimmungen gestützte Anspruch ein Werklohnanspruch, der dem Auftragnehmer unabhängig von einem Verschulden des Auftraggebers an der Störung der Leistungserbringung zusteht. Es reicht, dass die Störung der Leistungserbringung in der Sphäre des Auftraggebers

eingetreten ist. Für die Berechnung der Höhe des Anspruchs sind dann die vertraglichen Regelungen maßgebend. Einen Anspruch auf allenfalls höhere Marktpreise kann der Auftragnehmer nur bei Verschulden des Auftraggebers geltend machen. Diesen Anspruch könnte der Auftraggeber nur durch den Beweis mangelnden Verschuldens abwehren (§ 1298 ABGB).

### 2.2. Ein Festpreis ist vereinbart

#### 2.2.1. Rechtslage nach ABGB

Ist ein Festpreis vereinbart, hat der Auftragnehmer zukünftige Kostensteigerungen bei der Angebotskalkulation abzuschätzen und in seine Preise – in der Regel im Wagniszuschlag – einzurechnen. Wird die geänderte oder zusätzliche Leistung während der vertraglich festgelegten Leistungsfrist erbracht, ist sie zu den Preisen des Angebots zu berechnen. Sind neue Preise zu ermitteln, sind sie mit dem Festpreiszuschlag des Angebots zu beaufschlagen. Wird die geänderte oder zusätzliche Leistung hingegen nach der vertraglich festgelegten Leistungsfrist erbracht, hat der Auftragnehmer einen gesetzlichen, aus § 1168 ABGB resultierenden Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn die Störung der Leistungserbringung in der Sphäre des Auftraggebers eingetreten ist.<sup>1</sup> Ob Kostenerhöhungen und eine damit verbundene Preisgleitung Teil der angemessenen Entschädigung ist, ist zu untersuchen.

Da der Festpreis für eine bestimmte vertragliche Dauer kalkuliert ist – der Auftragnehmer das Risiko allfälliger Preissteigerungen also lediglich für die Vertragsdauer kalkuliert hat –, ist es angemessen, ihm eine Abgeltung von Preissteigerungen zu gewähren, wenn die vertraglich vereinbarte Bauzeit aus Gründen, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen, überschritten wird.<sup>2</sup>

Für die Berechnung der angemessenen Entschädigung werden in diesem Beitrag drei Lösungen skizziert.

#### 2.2.1.1. Festpreiszuschlag

Die Rechtsprechung stellt bei der Vertragsanpassung auf die Beibehaltung der subjektiven Äquivalenz ab.<sup>3</sup> Vereinfacht gesagt, hat sie das „Dog-

<sup>1</sup> OGH 19. 3. 1985, 5 Ob 519/85.

<sup>2</sup> Eben dieser Gedanke findet sich auch in OGH 19. 3. 1985, 5 Ob 519/85.

<sup>3</sup> Vgl die Lehre und Rechtsprechung zur Vertragsanpassung wegen Irrtums: Im Wege der Vertragsanpassung ist die gestörte subjektive Äquivalenz wiederherzustellen. Angemessene Vergütung im Sinne des § 872 ABGB ist nicht Schadenersatz.

ma“ aufgestellt: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“<sup>4</sup> Darauf wird später noch eingegangen. Geht man von dieser Prämisse aus, würde im Falle einer Bauzeitverlängerung die aliquote Erhöhung des vom Auftragnehmer für den vertraglichen Leistungszeitraum kalkulierten Festpreiszuschlags für den Zeitraum zwischen Ende des vertraglichen Leistungszeitraums und dem tatsächlichen Bauende die subjektive Äquivalenz des vertraglichen Preisniveaus beibehalten. Ist der Festpreiszuschlag gesondert ausgewiesen, ist die Berechnung unproblematisch. Ist der Festpreiszuschlag im Wagniszuschlag enthalten, wird der Auftragnehmer den Ersatz des Festpreiszuschlags für den Zeitraum der Bauzeitverlängerung erhalten, wenn er Bauzeitverlängerungskosten geltend macht, weil diese Kosten mit dem Gesamtzuschlag (in dem der Wagniszuschlag enthalten ist) beaufschlagt werden. Das Gleiche gilt, wenn der Auftragnehmer Forcierungskosten geltend macht. Die so ermittelte „angemessene Entschädigung“ wird aber nicht immer mit dem zum Zeitpunkt der Leistungserbringung geltenden (höheren) Marktpreis übereinstimmen. Den könnte der Auftragnehmer nur über Schadenersatz geltend machen. In diesem Falle muss er sich den bereits im Rahmen von bewilligten Nachträgen für Bauzeitverlängerungs- oder Forcierungskosten erhaltenen Festpreiszuschlag anrechnen lassen.

### 2.2.1.2. Ergänzende Vertragsauslegung

Diese Lösung wird allerdings dann nicht anwendbar sein, wenn der Auftragnehmer trotz einer Festpreisvereinbarung keinen Festpreiszuschlag kalkuliert hat. Bei dieser Konstellation bietet sich eine Lösung durch ergänzende Vertragsauslegung an. Ist ein Festpreis vereinbart, wird sich im Vertrag in der Regel keine Vereinbarung eines Preisindex finden. Dann liegt eine Vertragslücke vor, weil das dispositives Recht keine Regelung für den Fall vorsieht, wie die angemessene Entschädigung bei einer Festpreisvereinbarung zu berechnen ist. In diesen Fällen muss der Richter entscheiden, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss die nicht geregelte Frage vorgelegt hätten. Da die ÖNORM im Konsens zwischen allen am Baugeschehen beteiligten Verkehrskreisen zustande gekommen ist, bietet sich die unten dargestellte Lösung des Punktes 6.3.1.2 der ÖNORM an. Die Vertragsparteien hätten wohl eine Preisgleitung vereinbart. Da aber in aller Regel kein Index vereinbart sein wird (der aber Grundlage für die Berechnung der Preisgleitung ist), ist auch diese weitere Vertragslücke durch das Gericht zu schließen, das dann wohl auf einen verkehrsüblichen Index zurückgreifen müssen wird.

sondern Anpassung des Vertrages an die wahren Gegebenheiten (Apaty/Riedler in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 872 Rz 3; Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 872 Rz 5; OGH 7. 2. 1973, 5 Ob 14/73, JBl 1974, 144; 22. 2. 1995, 3 Ob 564/94) und bei der Preisminde- rung (vgl. Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>13</sup> [2006] 159; OGH 2. 9. 1980, 5 Ob 573/80; 9. 6. 1981, 5 Ob 768/80; 10. 11. 1981, 5 Ob 592/81, SV 4/1984, 29; 6. 4. 1989, 7 Ob 554/89; 26. 3. 1996, 1 Ob 2012/96f; 19. 5. 1998, 1 Ob 32/98g).

4 Siehe dazu den Beitrag von Helmuth Duve in diesem Heft.

### 2.2.2. Rechtslage nach der ÖNORM

Ist die ÖNORM vereinbart, ist nach Punkt 6.3.1.2 vorzugehen: „Wird bei Verträgen mit Festpreisen die vertraglich festgelegte Leistungsfrist aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, überschritten, sind jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen.“ Diese Bestimmung wirft mehrere Probleme auf.

Zum einen stellt sich die Frage, ob dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Preisgleitung zusteht, wenn die Störung der Leistungserbringung aus der neutralen Sphäre stammt. Nach herrschender Meinung ist die neutrale Sphäre bei einem Vertrag, dem das ABGB zugrunde liegt, dem Auftragnehmer zuzurechnen.<sup>5</sup> Punkt 6.3.1.2 der ÖNORM sieht allerdings vor, dass der Auftragnehmer nur dann Anspruch auf Preisgleitung hat, wenn die Verlängerung der Leistungsfrist aus Gründen eingetreten ist, die „der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat“. Dieser Regelung ist aber nicht zu entnehmen, welchem Vertragsteil die neutrale Sphäre zuzuordnen ist. Diese Bestimmung ist zusammen mit Punkt 7.2.1 Abs 3 Z 2 zu lesen, der das Risiko für Verzögerungen – anders als § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB – dem Auftraggeber zuordnet, wenn das Ereignis unvorhersehbar und vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abwendbar ist. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, liegt das aus der neutralen Sphäre kommende Risiko beim Auftraggeber.

Zum anderen stellt sich die Frage, welcher Index (oder welche Indizes) der Berechnung zugrunde zu legen ist (sind). Auch hier gilt, dass das Gericht einen geeigneten Index durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln hat.

Schließlich ist noch zu klären, ob der Auftragnehmer den gegebenenfalls im Rahmen von Bauzeitverlängerungs- oder Forcierungskosten erhaltenen Festpreiszuschlag um die Preisgleitung beaufschlagen darf. Dies ist zu verneinen, weil der Festpreiszuschlag das Risiko von Preiserhöhungen während der Baudauer abgelten soll.

Auch bei Vereinbarung der ÖNORM kann der Auftragnehmer einen (höheren) Marktpreis als Schadenersatzanspruch geltend machen. Die Schadensbegrenzungen der ÖNORM bei leichter Fahrlässigkeit sind aber zu beachten.

## 3. Preiskomponenten und Preisgrundlagen des Vertrages

### 3.1. Die Begriffe

Die Ermittlung der neuen Preise hat unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebots) des Vertrages zu erfolgen. Auf den ersten Blick scheint die ÖNORM die Begriffe „Preiskomponenten“ und „Preisgrundlagen“ synonym zu verwenden, weil das Wort „Preisgrundlagen“ in Klammer gesetzt wurde. Anders als Gesetze sind ÖNORMEN nach der Rechtsprechung objektiv, unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außer-

5 Karasek, ÖNORM B 2110<sup>2</sup> (2009) Rz 1177; OGH 7. 4. 1976, 1 Ob 576/76; 10. 3. 1982, 6 Ob 551/82.



halb des Textes liegende Umstände, auszulegen, weil es sich bei der ÖNORM weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten AGB noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien handelt, sondern um „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite – dem Österreichischen Normungsinstitut – herausgegeben werden.<sup>6</sup> Der Begriffsinhalt beider Worte ist daher durch Wortinterpretation zu ermitteln.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff „Grundlage“ die „Basis“, das „Fundament“ und unter dem Begriff „Komponente“ ein „Teil“ verstanden.<sup>7</sup>

Auch in der baubetriebswirtschaftlichen Literatur werden beide Begriffe verwendet. *Oberndorfer/Jodl* definieren im „Handwörterbuch der Bauwirtschaft“ (3. Auflage, 2010) die Begriffe wie folgt:

„Preiskomponente: Durch das Aufrechnen des Gesamtzuschlages auf die Kostenkomponenten ergeben sich Preiskomponenten. Dabei unterscheidet man (siehe ÖNORM B 2061 Pkt 8):

- den Mittellohnpreis,
- den Materialpreis,
- den Gerätepreis und
- zusammengesetzte Preiskomponenten.“

„Preisgrundlagen: Unter Preisgrundlagen werden die Grundlagen, auf denen die Preisermittlung aufgebaut ist, und bei deren Änderung mitunter eine Preisumrechnung durchgeführt wird, verstanden. Es wird zwischen objektgebundenen (zB Mittellohnpreis, Gesamtzuschlag, Preiskomponenten) und allgemeine, überbetriebliche Preisgrundlagen (zB Kollektivverträge, Österreichische Baugeräteleiste, Preislisten, Tarife) unterschieden.“

Aus diesen Definitionen ergibt sich, dass der Begriff „Preisgrundlagen“ weiter ist als der Begriff „Preiskomponenten“. Eine „Basis“ ist immer breiter als ein „Teil“ oder eine „Komponente“ einer Gesamtheit. Auch die bauwirtschaftliche Definition deutet in diese Richtung, weil die „Preisgrundlagen“ nicht nur die objektbezogenen, sondern auch die überbetrieblichen Grundlagen erfassen.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als auch nach der betriebswirtschaftlichen Literatur die beiden Begriffe einen unterschiedlichen Bedeutungsinhalt haben. Sie sind nicht synonym.

Um im Zuge der Kalkulation die drei wesentlichen Preiskomponenten Lohn, Material und Geräte zu ermitteln, muss der Auftragnehmer zunächst seine Preisgrundlagen festlegen. Für die Ermittlung der Preiskomponente „Lohn“ erforderlich sind etwa die anzuwendenden Kollektivverträge, insbesondere die Lohngruppen der zum Einsatz kommenden Mitarbeiter, eine allfällige überkollektivvertragliche Bezahlung, das für die Baustelle geplante Arbeitszeitmodell, die Arbeitszeit (Normalarbeitszeit oder Mehrstunden) und die geplante Baudauer. Für die Ermittlung der Preiskomponente „Material“ benötigt der Auftragnehmer etwa Preislisten der Lieferanten für die Bestimmung der Materialpreise und

Preise für Subunternehmerleistungen. Für die Ermittlung der Preiskomponente „Geräte“ muss er die in der Österreichischen Baugeräteleiste veröffentlichten Gerätepreise kennen ebenso wie deren Alter und Einsatzdauer oder gegebenenfalls aktuelle Mietpreise von Geräteverleihern oder Herstellern.

Der Begriff „Preisgrundlage“ umfasst alle Kostenfaktoren, die im weitesten Sinne Bestandteil der Preisberechnung sind und auf die Kosten des Auftragnehmers bei der Ausführung der Leistung wirksam werden.<sup>9</sup> Kurz gesagt: Erst wenn der Auftragnehmer die Preisgrundlagen festgelegt hat, kann er die Preiskomponenten Lohn, Material und Geräte, die zum Angebotspreis führen, ermitteln. Legt man dieses Verständnis zugrunde, wird auch klar, dass der Auftragnehmer bei der Bildung neuer Preise nicht alleine von der Aufgliederung des Positionspreises in die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ ausgehen darf, sondern von allen kalkulationsrelevanten Parametern, die in seine Kalkulation Eingang gefunden haben.

### 3.2. Preiskomponenten des Vertrages und Preisgrundlagen des Angebots

Auffällig ist, dass die ÖNORM zwischen den Preiskomponenten des Vertrages und den Preisgrundlagen des Angebots unterscheidet. Um dieses scheinbare Paradoxon aufzuklären, muss nochmals auf den Begriff „Preiskomponenten“ zurückgekommen werden.

Preiskomponenten sind Teile des Gesamtpreises. Welche Teile des Gesamtpreises zu Preiskomponenten zusammengefasst werden, kann entweder durch allgemeine betriebswirtschaftliche Ordnungüberlegungen (zB in der Definition von *Oberndorfer/Jodl* die Aufgliederung in Lohn, Material und Geräte) oder durch den Vertrag determiniert sein. Auch die ÖNORM B 2061 gliedert Kosten und Preise in Kosten- und Preiskomponenten (vgl. Punkte 3.11, 3.17, 3.21 und 7). Das Ausschreibungsleistungsverzeichnis wird in der Regel vom Auftraggeber verfasst und dient den Bietern zur Kalkulation. Zumeist wird es in den einzelnen Positionen in die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ aufgliedert. Der Auftragnehmer ist dann verpflichtet, nicht nur den Einheitspreis für die Position anzugeben, sondern auch den Preis für die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“. In diesem Falle sind die Anteile „Lohn“ und „Sonstiges“ Preiskomponenten des Angebots, die nach Auftragserteilung Preiskomponenten des Vertrages werden. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen beispielsweise auch festlegen, dass die Geschäftsgemeinkosten in die Leistungspositionen einzukalkulieren sind, oder dafür eigene Positionen vorsehen. Sind die Geschäftsgemeinkosten aufgrund der Vorgaben des Auftraggebers in der Ausschreibung in einer eigenen Leistungsgruppe des Leistungsverzeichnisses zusammenzufassen, sind sie eine Preiskomponente. Eine vom Auftraggeber vorgegebene Gliederung des Leistungsverzeichnisses führt daher immer zu einer Offenlegung von Preis-

6 OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98w; 17. 5. 2001, 7 Ob 110/01d, ÖGEBAU-Journal 2/2001, 182 [Karasek].

7 Österreichisches Wörterbuch<sup>3</sup> (2003).

8 Karasek, ÖNORM B 2110<sup>2</sup>, Rz 1343 ff.

9 *Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB<sup>11</sup> (2008) § 2 VOB/B Rz 119; *Keldings in Ingenstau/Korbion*, VOB<sup>16</sup> (2007) § 2 VOB/B Rz 277.

komponenten im Angebot. Durch die Annahme des Angebots werden sie Preiskomponenten des Vertrages. Dies bedeutet aber noch nicht, dass auch die „Preisgrundlagen“, die zu den Preisen der „Preiskomponente“ geführt haben, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offengelegt waren.

Die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen (Preisgrundlagen) bei Vertragsabschluss ist aber die wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Geltendmachung eines Kalkulationsirrtums. Es kann also der Fall eintreten, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber bei Vertragsabschluss Preiskomponenten, nicht aber die Preisgrundlagen offengelegt hat. Eine Anpassung des Vertrages wegen eines Kalkulationsirrtums wird dann scheitern.

Dies bedeutet aber noch nicht, dass sich der Auftragnehmer nicht auf andere Anspruchsgrundlagen stützen kann. Macht der Auftragnehmer einen Preisanpassungsanspruch gestützt auf § 1168 ABGB oder Punkt 7 der ÖNORM geltend, muss er zwar seine Kalkulationsannahmen unter Beweis stellen, deren Offenlegung bei Vertragsabschluss ist aber nicht Anspruchsvoraussetzung, wie dies beim Kalkulationsirrtum Voraussetzung wäre. Von welchen Kalkulationsgrundlagen der Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausgegangen ist, ist eine Beweisfrage, aber keine Anspruchsvoraussetzung. Um Beweisprobleme zu vermeiden, ist der Auftragnehmer gut beraten, die Kalkulationsgrundlagen spätestens bei Vertragsabschluss offenzulegen, was in der Baupraxis durch die Übergabe der K-Blätter geschieht. Eine spätere Offenlegung ist möglich; ob sie vertragliche Kalkulationsgrundlage war, unterliegt aber der richterlichen Beweiswürdigung.

Zusammenfassend scheint die ÖNORM mit der Unterscheidung zwischen Preiskomponenten des Vertrages und Preisgrundlagen des Angebots nur Selbstverständliches ausdrücken zu wollen: Bei der Bildung neuer Preise sind nicht nur vertraglich festgelegte und bei Vertragsabschluss offengelegte Preisaufgliederungen (also die Preiskomponenten) heranzuziehen, sondern alle vom Auftragnehmer bei der Kalkulation herangezogenen Preisgrundlagen, die zum Angebotspreis geführt haben, auch wenn sie bei Vertragsabschluss nicht offengelegt waren. Die Beweispflicht liegt dann freilich beim Auftragnehmer. Die Geltendmachung eines Kalkulationsirrtums setzt aber immer eine Offenlegung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses voraus.

### 3.3. Angebotskalkulation oder Auftragskalkulation?

Die ÖNORM stellt auf die Preisgrundlagen des Angebots ab. Dies könnte zum voreiligen Schluss verleiten, dass die Angebotskalkulation und nicht die Auftragskalkulation immer für die Herleitung neuer Preise maßgebend ist. Dies ist aber nicht zwingend, weil sich durch Vertragsverhandlungen Änderungen der Angebotspreise ergeben können. In der Praxis tritt immer wieder das Problem auf, dass die Kalkulationsgrundlagen in Form von K-Blättern mit dem Angebot abzugeben sind, die ihre Aussagekraft aber durch Vereinbarung geänderter Preise im Zuge von Vertragsverhandlungen verlie-

ren. Werden Preise vor Vertragsabschluss geändert, deren Herleitung nicht durch neue K-Blätter dokumentiert wird, können sich für den Auftragnehmer im Zuge von Nachtragsangeboten Probleme beim Nachweis der Kalkulationsgrundlagen ergeben. Er muss dann die Herleitung des Vertragspreises unter Beweis stellen, ohne auf eine vor Vertragsabschluss erstellte und offengelegte Urkunde (zB ein K-Blatt) zurückgreifen zu können. Ist die Angebotskalkulation mit der Auftragskalkulation nicht ident, sind nicht die Preisgrundlagen des Angebots (Angebotspreises), sondern des Vertrages (Vertragspreises) heranzuziehen. Punkt 7.4.2 der ÖNORM ist einschränkend auszulegen, weil er nur Anwendung findet, wenn die Angebots- und die Vertragspreise ident sind. Gelingt dem Auftragnehmer der Beweis der Kalkulationsgrundlagen seiner Vertragspreise nicht, muss er im schlechtesten Fall damit rechnen, seinen Anspruch nicht unter Beweis stellen zu können. Die zivilprozessuale Frage, ob der Auftragnehmer seine Vertragskalkulation beweisen muss oder ob eine sachverständige „Plausibilisierung“ genügt, muss einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben.

## 4. Herleitung von Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages

### 4.1. Mengen- und Leistungsansätze

Punkt 7.4.2 der ÖNORM sieht vor, dass die Ermittlung der neuen Preise unter Herleitung von Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages (offenbar gemeint: „aus vergleichbaren Positionen des Vertrages“) zu erfolgen hat. Eine Definition dieser Begriffe findet sich in Punkt 3.11 der ÖNORM B 2110:

„Mengen und Leistungsansatz:

*Kalkulatorischer Ansatz für Materialbedarf, Lohn- und Gerätestunden sowie Fremdleistungen je Positionseinheit.“*

*Oberndorfer/Jodl definieren im „Handwörterbuch der Bauwirtschaft“ die Begriffe wie folgt:*

„Mengenansatz: *Kalkulatorischer Ansatz für Materialbedarf, Lohn- und Gerätestunden sowie Fremdleistungen je Positionseinheit. In der bauwirtschaftlichen Terminologie ist damit der Aufwandswert (Anm: zB Stunden pro Meter) gemeint.“*

„Leistungsansatz: *Kalkulatorischer Ansatz für die Produktion einer Arbeits- oder Gerätegruppe in einer Zeiteinheit. In der bauwirtschaftlichen Terminologie ist damit der kalkulative Ansatz für einen Leistungswert (Anm: zB Meter pro Stunde) gemeint.“*

### 4.2. Herleitung der neuen Preise aus vergleichbaren Positionen des Vertrages nur soweit möglich

Bei Leistungsabweichungen (Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung) sind folgende Fallgruppen, die neue Preise erforderlich machen können, zu unterscheiden:

- der Leistungsgegenstand (die in der Positionsbeschreibung umschriebene Art der Leistung) ändert sich;

- zusätzliche Leistungen;
- die Umstände der Leistungserbringung ändern sich;
- die Bauzeit ändert sich;
- die Vordersätze (Mengen) ändern sich.

Alle Fälle können zu einer Änderung der Mengen- und Leistungsansätze führen. Deren Herleitung aus vergleichbaren Positionen des Vertrages ist aber nur in den ersten beiden Fällen denkbar und möglich. Selbst in diesen beiden Fällen könnten vergleichbare Positionen des Vertrages nicht zur Verfügung stehen.

Zu denken ist etwa an eine Störung der Leistungserbringung, die zwar nicht zu einer Änderung der Art der Leistung führt, aber eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung zur Folge hat. Führt etwa ein unerwartet hoher Grundwasserandrang zu einer Änderung der vom Auftragnehmer vorgesehenen Gründungs- oder Abdichtungsmaßnahmen, kann eine Änderung des Einheitspreises notwendig werden, ohne dass sich die in der Positionsbeschreibung definierte Leistung (zB ein dichter Keller) ändert. Dann kann der Auftragnehmer einen „neuen“ Preis verlangen, ohne dass bei dessen Ermittlung auf „vergleichbare“ Positionen des Vertrages zurückgegriffen werden kann und muss. Ob der Auftragnehmer bei einer derartigen Konstellation einen Anspruch dem Grunde nach hat, hängt vom geschuldeten Erfolg ab: Ist es ein dichter Keller oder eine bestimmte Abdichtung? Diese Frage soll hier nicht näher erörtert werden. Wir unterstellen aber, dass ein derartiger Anspruch besteht. Aus dem Wortlaut von Punkt 7.4.1 ergibt sich, dass diese Bestimmung nur Fälle regelt, bei denen die Herleitung eines neuen Preises aus vergleichbaren Positionen des Vertrages notwendig ist. Die Einschränkung in Punkt 7.4.1 der ÖNORM, dass die Herleitung der Mengen- und Leistungsansätze aus vergleichbaren Positionen des Vertrages nur soweit möglich vorzunehmen ist, ist daher sachgerecht.

Eine Regelung, wie vorzugehen ist, wenn eine Herleitung der Mengen- und Leistungsansätze aus vergleichbaren Positionen des Vertrages nicht möglich ist, fehlt in der ÖNORM. Dies ist aber kein Problem, weil die ÖNORM nur subsidiär gilt. Dann ist eben auf das allgemeine Zivilrecht zurückzugreifen. Punkt 7.4.2 der ÖNORM hat den Zweck, das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das die Parteien bei Vertragsabschluss festgelegt haben, aufrechtzuerhalten. Wie bereits dargestellt, gilt der Grundsatz: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“ Dieser Grundsatz gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs der ÖNORM. Auch der Werklohnergänzungsanspruch des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB knüpft an den Angebotspreisen nach dem Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ an. Schon bisher war – insbesondere in der bauwirtschaftlichen Literatur – allgemein anerkannt, dass es bei Mehrkostenforderungen aufgrund von Leistungsänderungen oder Störung der Leistungserbringung immer auf die Preisgrundlage des Vertrages – auf

die Urkalkulation – ankommen muss,<sup>10</sup> damit das Wettbewerbsergebnis beibehalten wird. Der Auftraggeber darf sein Leistungsänderungsrecht nicht dazu benutzen, für den Auftragnehmer „gute“ Preise zu reduzieren und „schlechte“ Preise auszunutzen<sup>11</sup> und umgekehrt. Beide Vertragspartner haben an den Preisen nach dem Motto „Ein guter Preis bleibt ein guter Preis, ein schlechter ein schlechter“ festzuhalten.<sup>12</sup> Ganz in diesem Sinn hat auch der OGH jüngst ausgesprochen, dass sich das zusätzliche Entgelt (wegen Behinderung oder Leistungsänderung) an der in der Vereinbarung, also an der im „Grundpreis“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz zu orientieren hat.<sup>13</sup>

Dieser Grundsatz gilt aber nur, wenn sich der Auftragnehmer auf § 1168 ABGB oder auf Punkt 7.4.2 der ÖNORM als Anspruchsgrundlage stützt. Stützt er sich auf Schadenersatz, ist ein Vermögensvergleich sowohl bei abstrakter als auch bei konkreter Schadensberechnung anzustellen. Stützt sich der Unternehmer auf Schadenersatz, ist er an „Preise“ nicht gebunden, weil Schadenersatz an „Kosten“ anknüpft. Denkbar wäre, dass bei erheblichen Zeitverzögerungen geplante Subunternehmer nicht mehr zur Verfügung stehen und neue Subunternehmerverträge zu höheren Preisen abgeschlossen werden müssen. Diese höheren Kosten stellen einen positiven Schaden dar. In solchen Fällen kann es sich für den Auftragnehmer günstiger erweisen, seinen Anspruch auf Schadenersatz zu stützen. Der Auftragnehmer hat jedoch bei einem ÖNORM-Vertrag die Einschränkungen der Höhe nach bei leichter Fahrlässigkeit zu bedenken.

Ist die Herleitung eines neuen Preises aus vergleichbaren Positionen des Vertrages nicht möglich, dann muss er unter Beachtung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, das die Parteien bei Vertragsabschluss festgelegt haben, neu berechnet werden.

### 4.3. Die neuen Preise sind „sachgerecht“ herzuleiten

Die ÖNORM B 2110 sieht vor, dass die neuen Preise „sachgerecht“ herzuleiten sind. Was sachgerecht ist, ist zunächst eine rechtliche, letztlich aber eine bauwirtschaftliche Frage.

In rechtlicher Hinsicht ist etwa die materiellrechtliche Frage zu klären, welcher Sphäre eingetretene Mehrkosten zuzuordnen sind. Auch die Kausalität kann – je nach Lage des Falles – zu prüfen sein. Schließlich sind prozessrechtliche Fragestellungen zu lösen, etwa welche Behauptungslast den Auftragnehmer trifft, insbesondere wie konkret seine Prozessbehauptungen zu den Kalkulationsgrundlagen und den tatsächlich eingetretenen Mehrkosten sein müssen. Neben der Behauptungslast ist auch die Beweislast der Parteien zu klären,

10 Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (1999) 99; Kropik, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in FS Jodl (2007) 183 (188 ff); Göllies/Link, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker (2002) 33.

11 Vgl Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen, 99.

12 Vgl Wenusch, ÖNORM B 2110 (2009) Pkt 7 Rz 158.

13 OGH 29. 4. 2009, 2 Ob 203/08d; ebenso M. Bydliński in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1168 Rz 7.



insbesondere ob der Unternehmer beweisen kann, von welchen Kalkulationsgrundlagen er ausgegangen ist, oder ob ein Anscheinsbeweis des Auftragnehmers für die Mehrkosten ausreicht und – bejahendenfalls – wie ihn der Auftraggeber entkräften kann. Schließlich spielt noch die Abgrenzung zum Erkundungsbeweis eine Rolle, wenn sich der Auftragnehmer auf einen Sachverständigenbeweis beruft. Erst wenn diese Rechtsfragen geklärt sind, wird sich ein Sachverständiger mit der wirtschaftlichen Herleitung der neuen Preise zu befassen haben. Im Rahmen dieser Arbeit wird lediglich auf materiell-rechtliche Fragestellungen eingegangen. Prozessrechtliche Fragen müssen einer eigenen Arbeit vorbehalten werden. Da auf die Sphärenzuordnung bereits eingegangen wurde, bleibt an dieser Stelle nur noch die Kausalität abzuhandeln.

Um dem Grunde nach höhere Preise durchzusetzen, muss der Auftragnehmer die Kausalität der vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderung oder der Störung der Leistungserbringung für die Mehrkosten nachweisen. Das soll anhand des folgenden Beispiels erläutert werden:

Ausgeschrieben und beauftragt wurden Bewehrungen mit vier verschiedenen Gruppen von Stabdimensionen im Gesamtausmaß von 2.500 Tonnen. Nach Vertragsabschluss erhöht sich wegen eines Ausschreibungsfehlers das Gesamtausmaß auf 4.000 Tonnen und es verschieben sich die Mengen zwischen den vier Gruppen. Zu ermitteln sind die Auswirkungen auf die der Kalkulation zugrunde gelegten Preisgrundlagen. Die Leistungsänderung wird nicht nur Auswirkungen auf den Materialpreis haben, sondern auch auf den Aufwandswert. Unter dem Aufwandswert (Stundenansatz) wird der Quotient von Produktionszeit zu Produktionsmenge verstanden (zB Stunden je Tonne Bewehrung). Ändern sich die Gruppenmen-

gen für die vier Bewehrungsdimensionen und die Gesamtmenge, wird sich auch der kalkulierte Aufwandswert ändern. Was aber gilt, wenn der Auftragnehmer bei seiner Kalkulation von gleichen Aufwandswerten in allen Bauteilen ausging und trotz des unterschiedlichen Bewehrungsgehalts in den Bauteilen und unabhängig vom Stabdurchmesser einen mittleren Preis für das Verlegen kalkuliert hat? Nehmen wir an, der kalkulierte Aufwandswert betrug 10 Stunden je Tonne und der Mittellohnpreis € 35,-. Der Lohnanteil in der Angebotskalkulation betrug daher € 350,- pro Tonne. Der Sachverständige hat ermittelt, dass der Aufwandswert vom Unternehmer falsch ermittelt wurde. Er hätte nicht 10 Stunden, sondern 15 Stunden je Tonne für die ausgeschriebene Menge von 2.500 Tonnen kalkulieren müssen. Die Differenz von 5 Stunden je Tonne ist auf einen Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers zurückzuführen. Er kann daher nicht die gesamte Differenz von € 700.000,- (5 Stunden x 4.000 Tonnen x € 35,-) geltend machen. Da der Sachverständige unter Berücksichtigung der Gruppenverschiebungen für die tatsächlich geleistete Menge von 4.000 Tonnen einen gerechtfertigten Aufwandswert von 17 Stunden je Tonne berechnet hat (anstatt 15 Stunden bei richtiger Berechnung im Zuge der Angebotskalkulation), erhält der Auftragnehmer lediglich € 280.000,- (2 Stunden x 4.000 Tonnen x € 35,-). Bei kalkulatorischer Herleitung aus den Preisgrundlagen sind nur jene Mehrkosten vom Auftraggeber zu ersetzen, die durch die falsche Ausschreibung kausal verursacht wurden. „Sachgerecht“ bedeutet, dass die Kalkulationsgrundlagen und die Mengen- und Leistungsansätze nicht immer eins zu eins für die Preisermittlung geänderter oder zusätzlicher Leistungen herangezogen werden können.

## Gravierende Änderungen durch umfassendes Gesetzespaket! Stand 11.2012



**Wolf**  
3., akt. Aufl. 2012, 352 Seiten kart.  
ISBN 978-3-7073-1892-0  
EUR 58,-

Mit 1. Juli 2011 wurde die Tiroler Bauordnung umfassend geändert und in weiterer Folge als Tiroler Bauordnung 2011 wieder verlaubar, gleichzeitig wurden das Tiroler Raumordnungsgesetz und das Tiroler Verkehrsaufschliessungsabgabengesetz umfassend geändert und wieder verlaubar.

Dieses Gesetzespaket war unmittelbarer Anlass für die 3. Auflage des „Tiroler Baurechts“.

- Tiroler Bauordnung und Verkehrsaufschliessungsabgabengesetz 2011: Umfassende Änderungen!
- Den einzelnen Paragraphen des Gesetzes werden jeweils die dazugehörenden Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage gegenübergestellt
- Berücksichtigung der gesamten Rechtsentwicklung
- U.v.m.

# Kein Mitverschulden des Auftraggebers bei vereinbarter Überprüfung der Planunterlagen durch den Auftragnehmer?

## Eine merkwürdige Entscheidung

Georg Karasek



Dr. Georg Karasek ist Rechtsanwalt in Wien.

In der Entscheidung vom 20. 12. 2012, 4 Ob 137/11t,<sup>1</sup> hat sich der OGH mit der Frage des Mitverschuldens des Auftraggebers bei vertraglich vereinbarter Überprüfung der Planunterlagen durch den Auftragnehmer beschäftigt. Er entschied kurzerhand, dass in diesen Fällen dem Auftraggeber ein Mitverschulden nicht anzulasten ist. Dieses überraschende Ergebnis soll in dieser Entscheidungsbesprechung näher untersucht werden.

### 1. Sachverhalt

Die Erstbeklagte hatte die Klägerin mit der Lieferung und Montage der Heizungs-, Kühlungs- und Lüftungsanlage in ihrem neuen Betriebsgebäude beauftragt. Der Nebenintervenient ist Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen jenes Ingenieurbüros, das die Pläne für die Anlage erstellt hatte. Die Parteien streiten über das Begehren der Klägerin auf Zahlung eines restlichen Werklohns, weil die Anlage wegen zu geringer Dimensionierung der Luftkanäle nicht geeignet ist, bei hohen Außentemperaturen (32 Grad) die erforderliche Kühlung auf nach „Behaglichkeitskriterien“ angemessene 26 Grad zu gewährleisten. Obwohl die Klägerin die zu geringe Dimensionierung hätte erkennen können, wies sie die Erstbeklagte nicht darauf hin.

Die für den Rechtsstreit maßgebende Bestimmung lautet wie folgt:

„3. Leistungsumfang

3.1. Der Auftragnehmer schuldet

...

3.1.4. Die Überprüfung der vom Fachplaner bereits erstellten kompletten technischen Planung sowie die Überprüfung sämtlicher Berechnungs- und Planunterlagen, Erstellung der Ausführungs-, Werkstatt- und Freigabepläne, in Abstimmung mit dem Auftraggeber, inkl. Zeichnungsüberarbeitung nach den Prüfvorgängen.“

### 2. Entscheidung der Unterinstanzen

Das Erstgericht sprach aus, dass der Klägerin lediglich ein Drittel des Werklohns zustehe, weil das Werk durch ihr Verschulden (Warnpflichtverletzung) mangelhaft geblieben sei. Die Kürzung um zwei Drittel ergebe sich „billigerweise“ daraus, dass die Beklagte wegen des Zurverfügungstellens der mangelhaften Pläne ein Mitverschulden von einem Drittel treffe.

Das Berufungsgericht änderte das angefochtene Urteil ab und sprach aus, dass die Klägerin ihre Prüf- und Warnpflicht verletzt habe. Da die Prüfung der Pläne ausdrücklich vereinbart gewesen sei, sei das Verschulden des Planverfassers den Beklagten nicht als Mitverschulden anzurechnen.

### 3. Entscheidung des OGH

Der OGH bestätigte in diesem Punkt die Entscheidung des Berufungsgerichts mit folgender Begründung:

„Die (teilweise) Untauglichkeit des Werks beruht auf den von der Erstbeklagten beigegebenen Plänen. Dies mindert aber nicht den Ersatzanspruch der Erstbeklagten gegen die Klägerin.

Der Oberste Gerichtshof hat zwar in älteren Entscheidungen ganz allgemein ausgesprochen, dass der Werkbesteller auch im Fall einer Warnpflichtverletzung für die Untauglichkeit der von ihm beigegebenen Pläne einzustehen hat; das Verschulden des dafür herangezogenen Planers sei ihm zuzurechnen (1 Ob 769/83 = SZ 57/18; RIS-Justiz RS0021646). Später hat er das jedoch dahin präzisiert, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigegebenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss; vielmehr kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-Justiz RS0021766; zuletzt etwa 6 Ob 229/10k = ZVB 2011, 435 [Parusel]). Diese Auffassung wird von der überwiegenden Lehre geteilt (Rebhahn in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1168 Rz 17; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00, § 1168a Rz 61 f; Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung – Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 67; alle mwN). Die Beiziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Auftraggebers; entscheidend ist vielmehr, ob ihm diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen hätten.

Zu prüfen ist daher, ob die Erstbeklagte als Werkbestellerin verpflichtet war, der Klägerin einen fachgerecht ausgearbeiteten Plan vorzulegen. Dabei kann hier offenbleiben, ob eine solche Pflicht oder Obliegenheit besteht, wenn der Werkunternehmer das Werk nach ihm übergebenen Plänen auszuführen hat und der Vertrag dazu keine näheren Regelungen enthält (vgl dazu Kletečka und

<sup>1</sup> Bau aktuell 2012/4.



Vollmaier, aaO, mwN). Denn im vorliegenden Fall ergibt sich die Lösung aus der konkreten Vereinbarung zwischen den Parteien. Darin ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat. Die Erstbeklagte lehnte es damit – für die Klägerin erkennbar – ab, für die Richtigkeit dieser Pläne einzustehen. Damit lässt sich aus dem Vertrag auch keine Obliegenheit ableiten, fachgerechte Pläne zu übergeben. Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen. Die Rechtslage ist hier nicht anders, als wenn die Erstbeklagte einen Dritten zur Prüfung der Pläne herangezogen hätte.

Das fahrlässige Verhalten des Planverfassers begründet daher kein Mitverschulden der Erstbeklagten. Vielmehr haften der Planverfasser und die Klägerin der Erstbeklagten solidarisch. Dass allfällige Regressansprüche der Klägerin (§ 896 ABGB) an der Insolvenz des Planverfassers scheitern könnten, kann an dieser Rechtslage nichts ändern.“

#### 4. Kritische Anmerkungen

Richtig ist der Hinweis, dass der OGH in älteren Entscheidungen dem Auftraggeber das Verschulden des Planers „ganz allgemein“ als Mitverschulden angerechnet hat, und er beruft sich hierzu auf die Entscheidung vom 25. 1. 1984, 1 Ob 769/83. Erstaunlich ist aber, dass der OGH nicht die Entscheidung vom 4. 3. 1981, 6 Ob 545/81,<sup>2</sup> erwähnt, die nicht „ganz allgemein“, sondern ganz konkret einen gleich gelagerten Fall gegenteilig entschieden hat. Dem damaligen Bauvertrag lag die ÖNORM B 2110 zugrunde, die vorsieht, dass der Auftragnehmer die ihm vom Auftraggeber übergebenen Ausführungsunterlagen vor Beginn der bedungenen Leistungen zu prüfen und die bei Anwendung pflichtgemäßer Obsorge erkennbaren Mängel gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen hat. Der OGH hat ein Mitverschulden des Auftraggebers angenommen. Ebenso unerwähnt blieb die Entscheidung vom 9. 4. 1981, 8 Ob 504/81,<sup>3</sup> die ebenfalls eine Vertragsklausel enthielt, die den Auftragnehmer zur Überprüfung der Planunterlagen verpflichtete. Auch dort wurde ein Mitverschulden des Auftraggebers angenommen.

Euphemisch ist daher die Behauptung, die Rechtsprechung habe frühere Entscheidungen dahin „präzisiert“, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen müsse und dass ein Mitverschulden nur dann in Betracht komme, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt habe, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst träfen oder die er nachträglich übernommen habe. Tatsache ist, dass in Lehre<sup>4</sup> und Rechtsprechung<sup>5</sup> zunehmend die Meinung vertreten wird, dass ein

Fehler eines Architekten bei der Planung und der Erteilung von Anweisungen dem Auftraggeber im Verhältnis zum Unternehmer nicht zuzurechnen sei. Dieser Lehrmeinung zu folgen ist keine „Präzisierung“ älterer Entscheidungen, sondern eine glatte Kehrtwende.

Anscheinend wollte der 4. Senat die aus dem Schrifttum kommende Meinung, der Unternehmer haften bei einer Warnpflichtverletzung wegen fehlerhafter Planung alleine, nicht übernehmen, sondern hat es mit einer eigenen Begründung versucht. Weil im Vertrag ausdrücklich vorgesehen war, dass die Auftragnehmerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat, sei für sie erkennbar gewesen, dass der Auftraggeber für die Richtigkeit der Pläne nicht einstehen wollte. Diese Begründung ist sehr weit hergeholt. Fest steht, dass der Auftraggeber Pläne übergeben hat. Ebenso steht fest, dass der Auftragnehmer nicht mit der Planung der Anlage beauftragt war. Es liegt daher nahe, dass der Auftraggeber es als seine Verpflichtung (oder zumindest als Obliegenheit) angesehen hat, Pläne anzufertigen. Warum hätte er sie dem Auftragnehmer sonst übergeben sollen, wenn er dies nicht als seine vertragliche Pflicht gesehen hätte? Fest steht auch, dass der 4. Senat nach seiner eigenen Begründung ein Mitverschulden annimmt, wenn der Auftraggeber eine eigene Verpflichtung oder Obliegenheit verletzt. Sorry! Diese Begründung ist nicht überzeugend.

In einer früheren Entscheidung<sup>6</sup> hat der OGH auch zutreffend darauf hingewiesen, dass der Werkunternehmer zwar alles, was der Werkbesteller für die Herstellung des Werks zur Verfügung stellt, auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen hat und etwaige Bedenken geltend machen muss. Es trifft ihn aber nicht die Pflicht, im gleichen Umfang wie der primär prüfpflichtige Werkbesteller eigene Untersuchungen anzustellen. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass der Bauunternehmer kostspielige Paralleluntersuchungen vornimmt oder in Auftrag gibt, es sei denn, es wäre dies besonders vereinbart oder hätte im Entgelt seinen Ausdruck gefunden. Es erstaunt daher, dass sich das Höchstgericht nicht mit den Grenzen der Warnpflicht auseinandergesetzt hat, weil die Überprüfung der richtigen Dimensionierung einer Lüftungsanlage einen hohen Aufwand erfordert.

Es ist auch ein schwacher Trost für den Auftragnehmer, dass er sich einen Teil des Schadens im Regressweg wiederholen kann, wie die leicht zynische Bemerkung des OGH, die Insolvenz des Planverfassers könne an dieser Rechtslage nichts ändern, deutlich macht. Mit dieser Entscheidung wird das Insolvenzrisiko des Planers, den sich der Auftragnehmer nicht ausgesucht hat, auf ihn überwälzt. Da darf dann in Zeiten der Überwälzung aller nur erdenklichen Risiken auf den Auftragnehmer auch der (begründungslose) Satz nicht fehlen: „Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen.“

<sup>2</sup> Korinek/Krejci, Handbuch der Bauwirtschaft, V/1.

<sup>3</sup> Korinek/Krejci, Handbuch, V/5.

<sup>4</sup> Rebhahn in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1168 Rz 17; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2010) § 1168a Rz 61 f.

<sup>5</sup> OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 283/98s, RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-Justiz RS0021766; zuletzt etwa OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 229/10k, ZVB 2011, 124 (Parusel).

<sup>6</sup> OGH 25. 8. 1998, 7 Ob 140/98h.

## Baurecht: Besonderheiten des Werkvertragsrechts

# Vergütungsansprüche des Auftragnehmers bei Entfall von Teilen der Leistung

Eine Besonderheit des Werkvertragsrechtes ist, dass der Auftraggeber jederzeit berechtigt ist, die gesamte Leistung oder Teile davon ohne Angabe von Gründen entfallen zu lassen. Dieses Recht des Auftraggebers ist an keine Voraussetzungen gebunden und wird damit begründet, dass ihm ein Vertragsrücktritt jederzeit möglich sein muss, weil es widersinnig wäre, den Auftraggeber an einen Vertrag zu binden, dessen Ergebnis ihm allein zu Gute kommen soll, und ihm ein Werk aufzudrängen, das seinen Interessen nicht mehr entspricht.

Das das Abbestellungsrecht des Auftraggebers an keine Voraussetzung gebunden ist, bedeutet aber nicht, dass die Abbestellung ohne Rechtsfolge bleibt: Der Auftragnehmer behält einen eingeschränkten Entgeltsanspruch, wenn die hindernden Umstände auf Seiten des Auftraggebers liegen, die Ausführung des Werkes endgültig unterbleibt und der Auftragnehmer leistungsbereit ist. Eingeschränkter Entgeltsanspruch bedeutet, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Werklohn abzüglich der Ersparnisse bezahlen muss. In wirtschaftlicher Hinsicht bedeutet dies, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den entgangenen „kalkulatorischen Gewinn“ ersetzen muss. Diese Regelung bezweckt die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts für den Auftragnehmer zu erhalten: Er soll durch die Abbestellung des Werkes keine Schlechterstellung, aber auch keine Besserstellung auf Kosten des Auftraggebers erfahren. Der Auftragnehmer soll so gestellt werden, wie wenn der Auftrag zur Ausführung gelangt wäre.



Eine Besonderheit des Werkvertragsrechtes ist das Recht des Auftraggebers, die Leistung ohne Angaben von Gründen entfallen zu lassen

Dr. Georg Karasek,  
KWR Karasek Wietzyk Rechtsanwälte GmbH



Zur Ersparnis zählen erspartes Arbeitsmaterial und nicht aufgewendete Arbeitslöhne. Hingegen zählen die ersparte Eigenleistung des Auftragnehmers und die Fixkosten, wie insbesondere die Geschäftsgemeinkosten nicht zur Ersparnis, da diese auch bei einem Entfall der ganzen Leistung oder Teilen davon anfallen.

Die Beweislast für die Höhe der Ersparnisse trägt nach ständiger Rechtsprechung der Auftraggeber. Der Auftragnehmer muss nicht von sich aus die Anrechnung vornehmen; vielmehr hat der Auftraggeber zu behaupten und zu beweisen, was sich der Auftragnehmer anrechnen lassen muss.

Der eingeschränkte Werklohnanspruch wird in dem Zeitpunkt fällig, in dem das Unterbleiben der Werkleistung feststeht.

Zu beachten ist, dass in der Praxis sehr oft Vertragsklauseln anzutreffen sind, die den eingeschränkten Entgeltsanspruch des Auftragnehmers einschränken oder gänzlich entfallen lassen. Nach der Rechtsprechung sind solche Klauseln nicht sittenwidrig. Sie sind daher zu beachten. Auch die häufig als Vertragsgrundlage vorgesehene ÖNORM B2110 sieht eine vom Gesetz abweichende Regelung vor:



## Dr. Georg Karasek

Dr. Georg Karasek ist Gründungspartner bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH. Er ist auf Baurecht, Vergaberecht, Immobilien- und Architektenrecht, sowie auf die Vertretung vor Gerichten und Schiedsgerichten spezialisiert. Er berät zahlreiche namhafte Bau- und Immobilienprojekte und ist neben seiner anwaltlichen Tätigkeit auch Lehrbeauftragter der Universität Wien und Mitglied der Gesellschaft für Baurecht. Neben zahlreicher laufender Vortragstätigkeit zu bau- und vergaberechtlichen Themen sowie zum Architektenrecht ist Dr. Georg Karasek auch Senatsmitglied im Bundeskommunikationssenat (seit 2001), Schiedsrichter bei der Wirtschaftskammer Österreich und dem Schiedsgericht des österreichischen Normungsinstituts sowie Autor zahlreicher Fachbücher und Artikel über Vertrags- und Baurecht.

Erwächst dem Auftragnehmer bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5% ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der Auftraggeber diesen Nachteil abzugelten. Liegt die Unterschreitung der Auf-

tragssumme unter 5%, hat der Auftragnehmer keine Ansprüche. Die ÖNORM stellt aber klar, dass die Kosten von projektbezogenen Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, jedenfalls (nämlich unabhängig von der 5% - Grenze) abzugelten sind.



Niederösterreichische Versicherung  
Bürogebäude St. Pölten

\*Wir setzen Ihre Pläne um > 2355 Wiener Neudorf  
IZ-NÖ-Süd, Straße 10, Objekt 42  
T: +43/0 22 36/ 62 620-0, F: DW16  
E-mail: office@blasch.at, www.blasch.at



**AKUSTIK  
BLASCH**

Stuckateur u. Trockenbau GmbH & Co KG

