

AUFSÄTZE

Gefahrtragung beim Werkvertrag nach der ÖNORM B 2110

Deskriptoren: Werkvertrag, Gefahrtragung, Vereitlung, Vereitelung, Beschädigung, Zerstörung, Behinderung, Erschwernis, ÖNORM B 2110; §§ 915, 918, 920 f, 1168 f, 1447 ABGB.

Von Hermann Wenusch

1. Gefahrtragung beim Werkvertrag nach ABGB

Da die ÖNORM B 2110 das allgemeine Zivilrecht nicht zur Gänze ersetzt, seien zunächst die Gefahrtragungsregelungen nach ABGB und darauf aufbauend die Regelungen der ÖNORM B 2110 dargestellt.

In Zusammenhang mit der Gefahrtragung beim Werkvertrag wird im Allgemeinen zwischen der Vereitlung der Werkerrichtung und dem Untergang des Werkes unterschieden. Zum Thema Gefahrtragung ist aber auch noch die Frage zu zählen, wen eine allfällige Erschwernis der Werkerrichtung trifft.

1.1. Vereitlung

Als Vereitlung wird der Umstand bezeichnet, dass das betroffene Werk vom Werkunternehmer (WU) nicht mehr hergestellt werden kann (nachträgliche Unmöglichkeit). Der Begriff Vereitlung beschränkt sich nicht nur auf faktische, sondern umfasst auch rechtliche Gründe. Faktisch unmöglich wird die Erfüllung eines Werkvertrages, wenn der WU den Erfolg keinesfalls mehr herstellen kann; wenn also zB das zu lackierende Fahrzeug verschrottet wurde oder die zu fotografierende Person verstorben ist. Dem gleich zu halten ist eine rechtliche Unmöglichkeit, etwa wenn ein Bauwerk nicht mehr errichtet werden kann, weil die Baugenehmigung erloschen ist.

Ein Lehrbuchfall für die Unmöglichkeit der Leistung ist die „Erledigung“ – dh der gewünschte Erfolg tritt von selbst ein: Das auf eine Sandbank gelaufene Schiff kommt durch günstige Verhältnisse von selbst frei, bevor der bestellte Bergeskahn eintrifft. Eine solche Erledigung kann aber auch durch den WB erfolgen: Das Freischleppen erfolgt durch den Schiffseigner selbst oder durch ein anderes, ebenfalls bestelltes Bergeunternehmen. Als Erledigung iwS kommt aber wohl auch eine Abbestellung in Frage, bei der vom Werkbesteller (WB) auf den angestrebten Erfolg verzichtet wird. Nach der Judikatur ist dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ zu-

wider eine solche Abbestellung unproblematisch, weil es dem WU nicht um die Erstellung des Werks an sich, sondern „in der Regel nur um die Vergütung für die Herstellung des Werkes geht“.¹ Tatsächlich macht es ja kaum einen Unterschied, ob das Freischleppen des Schiffes durch einen anderen Unternehmer geschieht oder das Freischleppen bloß deshalb abbestellt wird, weil das gestrandete Schiff einfach aufgegeben wird (oder aufgegeben werden muss).

Der Inhalt der Schuld des WU ist nicht „die Ablieferung“ eines Werkes schlechthin, sondern dessen Errichtung: Die Errichtung eines Werkes unterscheidet sich aber von der Errichtung eines ansonsten völlig übereinstimmenden Werkes, wenn sich die Umstände, unter denen die Errichtung erfolgt, ändern. Die Schuld des WU ist insbesondere beim Bauwerkvertrag nicht die von der Umwelt abgekoppelte Ablieferung eines Werks² – sie ist nicht bloß durch die Merkmale des Werks (Ausmaß und Beschaffenheit) definiert: Die Montage von Antennen auf einem Sendemast im Hochgebirge ist im Sommer etwas ganz anderes, als im Winter; die Errichtung eines Gebäudes im innerstädtischen Gebiet ist etwas anderes als „auf der grünen Wiese“; die Errichtung eines Gebäudes in einem Zeitraum von drei Monaten ist etwas anderes, als wenn dazu mehrere Monate zur Verfügung stehen. Wenn von Unmöglichkeit gesprochen wird, ist also immer auf die implizit vereinbarten Umstände zu achten. Würde zB die zeitliche Dimension außer Acht gelassen, so gäbe es keine (endgültige) rechtliche Unmöglichkeit, weil sich die Rechtslage immer ändern kann. Kann die vom WU geschuldete Leistung nicht mehr erbracht werden, so stellt sich die Frage nach der Leistungsgefahr nicht mehr, sondern stattdessen die Frage der Preisgefahr.

Hier ist nach dem Grund für die Vereitlung zu fragen. Die folgenden Überlegungen spannen sich vom (alleinigen) Verschulden des WU am einen Ende des Spektrums über diverse „Zwischenschritte“ bis zum (alleinigen) Verschulden des WB.

1 OGH 5.6.1991, 1 Ob 642/90, SZ 64/71.

2 Vgl dazu Wenusch, Des einen Traum, des anderen Albtraum: Nachträge beim Bauwerkvertrag, bbl 2006, 169: „Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass beim Werkvertrag nicht das Werk, sondern dessen [...] Erstellung geschuldet wird. Das scheint auf den ersten Blick vielleicht rabulistisch, doch macht es die Abhängigkeit von der Umwelt deutlich“.

Trifft den WU das (alleinige) Verschulden an der Vereitlung, so kann der WB gemäß § 920 ABGB entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrag zurücktreten: § 920 Satz 1 ABGB gibt dem Gläubiger ein Wahlrecht: „*Er kann seine eigene Leistung erbringen und vom Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren (Austauschanspruch [...]). Der Gläubiger kann auch vom Vertrag zurücktreten und erhält dann vom Schuldner wie beim Rücktritt nach § 918 [ABGB] den Differenzanspruch nach § 921 [ABGB]*“.³

Das Gleiche gilt, wenn den WU zwar kein Verschulden trifft, die Vereitlung aber auf einen „von ihm zu vertretenden Zufall“ zurückzuführen ist. Es ist natürlich die Gretchenfrage, wann denn jemand Zufall zu vertreten hat. Zur Lösung dieser Frage sind möglicherweise die Begrifflichkeiten des Schadenersatzrechts hilfreich:

- „Zu vertreten“ hat einmal sicher jeder ein Risiko, das sich aus einer von ihm geschaffenen Gefahr ergibt⁴ (genau genommen liegt hier ohnehin Verschulden vor, weshalb sich die Frage nach der Zurechnung von Zufall eigentlich gar nicht stellt).
- Weiters „zu vertreten“ sind Konstellationen, wo das Schadenersatzrecht das Erfordernis des Verschuldens durch Gefährdung substituieren würde.
- „Zu vertreten“ sind wohl überhaupt alle Resultate von eigenen Handlungen oder Unterlassungen. Anders als im Schadenersatzrecht begrenzt der Schutzzweck einer allenfalls übertretenen Norm die Haftung hier wohl nicht.⁵
- Die Resultate von Unterlassungen sind auch ohne Pflicht zum Handeln „zu vertreten“ – es reicht, dass das Tun ein anderes Ergebnis hervorgebracht hätte.

Mitunter wird jedenfalls in der Lehre vertreten, dass die Vorhersehbarkeit dazu führt, dass der Zufall von jemandem zu vertreten ist.⁶ Dabei stellt sich allerdings sicher die Frage, wie denn Zufall vorhersehbar sein soll, ohne dass dessen wesentliches Merkmal – nämlich die Ungewissheit – verloren geht.

§ 920 ABGB spricht von „zu vertretendem Zufall“, § 1168 ABGB spricht von Umständen, die auf irgendjemandes Seite liegen. Damit drängt sich die Frage auf, ob die beiden unterschiedlichen Formulierungen dasselbe meinen. Dies sei hier aber nicht weiter erörtert.

Ist der Zufall von niemandem zu vertreten, so führt dies gemäß § 1447 ABGB dazu, dass alle bezüglichlichen Verbindlichkeiten – also einerseits die Pflicht zur Werkleistung, andererseits die Pflicht zur Entgeltleistung – aufgehoben werden (ob dies von selbst geschieht oder nicht, ist strittig, mag hier aber nicht weiter zu interessieren). Prinzipiell fällt der Vertrag in seiner Gesamtheit weg – er wird nicht auf das zwischenzeitig bereits Erbrachte reduziert: „*Werden vom Unternehmer erbrachte Teilleistungen wegen Unmöglichkeit der Erfüllung der übrigen vom Unternehmer übernommenen Verpflichtungen für den Besteller wertlos, dann sind die erwähnten Teilleistungen selbst dann, wenn sie sich als notwendige Vorarbeiten darstellen, nicht zu vergüten*“.⁷ Wenn allerdings bereits erbrachte Leistungselemente für den WB von Wert sind, dann steht dem WU sehr wohl ein Entgelt dafür zu.

Die Lehre⁸ und Rechtsprechung⁹ scheinen allerdings § 1447 ABGB in Zusammenhang mit Werkverträgen zu negieren, obwohl die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze natürlich auch auf einen Werkvertrag anzuwenden sind, soweit nicht die werkvertraglichen Sonderbestimmungen eine abschließende Regelung treffen.¹⁰

Gemäß § 1168 ABGB hat der WU Anspruch auf das (allenfalls um Ersparnisse gekürzte) Entgelt, wenn die „Ausführung des Werks“ (gemeint ist aufgrund der Überschrift ohne Zweifel die Vereitlung) durch Umstände, die auf der Seite des WB liegen (mit den Worten der Sphärentheorie: Wenn diese Umstände aus seiner Sphäre stammen), unterbleibt, sofern der WU leistungsbereit war. Abermals sei nicht darauf eingegangen, ob ein Unterschied besteht zwischen „Umständen auf einer Seite“ und „zu vertretendem Zufall“ (siehe oben).

Für den Fall, dass die Vereitlung vom WB verschuldet wird, findet sich keine explizite gesetzliche Regelung, weshalb mitunter auch vom Vorliegen einer Lücke gesprochen wird.¹¹ Diese Lücke ist vielleicht bei anderen als Werkverträgen gegeben. Für Werkverträge gibt es aber die Regelung des § 1168 ABGB und bei Verschul-

3 Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 920 Rz 13.

4 Vgl zum sog Ingerenzprinzip OGH 16.4.1996, 4 Ob 2030/96z. „Eine Pflicht zum Handeln kann [...] auch daraus folgen, daß jemand, wenn auch erlaubterweise, eine Gefahrenquelle schafft“.

5 AA Reischauer in Rummel ABGB³ § 920 Rz 5. Vgl dazu OGH 7.9.1988, 1 Ob 656/88: „Der Unternehmer, der infolge eines Streiks in Lieferverzug geriet, hat die Leistungsstörung jedenfalls dann zu vertreten, wenn die Arbeitsniederlegung wegen Nichtzahlung berechtigter Lohnforderungen seiner Arbeitnehmer erfolgte (Streikverschulden)“.

6 Vgl etwa Binder/Reidinger in Schwimann, ABGB³ § 920 Rz 8.

7 OGH 12.6.1980, 8 Ob 518/80.

8 ZB Welsch, Bürgerliches Recht II¹³ 264: „Wird [...] das Werk durch Umstände vereitelt, die nicht auf Seite des Bestellers liegen, so verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch. Weil er den Erfolg schuldet, gilt dies auch, wenn der hindernde Umstand zu einer ‚dritten Sphäre‘ gehört“.

9 OGH 7.4.1976, 1 Ob 576/76: „Der Entgeltanspruch des Unternehmers besteht zu Recht, wenn die Umstände, welche die Werkausführung unmöglich machten, der Sphäre des Bestellers zuzuordnen sind; nur Umstände, die in den sogenannten neutralen Kreis fallen, hat ebenfalls der Unternehmer zu vertreten. Darunter sind aber nur Umstände zu verstehen, die außerhalb der Ingerenz der Vertragsteile des Werkvertrages liegen“.

10 OGH 5.6.1991, 1 Ob 642/90, SZ 64/71.

11 Vgl zB Faistenberger et al, Österreichisches Schuldrecht AT² 107.

den reichen außerdem wohl die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen.

Mit der Unmöglichkeit verwandt ist die Unerschwinglichkeit: Mit entsprechendem Aufwand lässt sich nämlich (fast) alles bewerkstelligen – trotzdem wird ein unvorhergesehen enormer Aufwand unter bestimmten Umständen dem WU nicht abverlangt: „Eine der Unmöglichkeit gleichkommende «Unerschwinglichkeit» wird dann bejaht, wenn die Leistung zwar grundsätzlich möglich ist, dem Schuldner aber aufgrund einer nachträglichen Veränderung der Verhältnisse nicht mehr zugemutet werden kann, weil der zur Erwirkung der Leistung nötige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Gegenleistung steht, und sich dieser daher schon objektiv als unvernünftig, weil wirtschaftlich sinnlos darstellt (sog „Opfergrenze“)“.¹² Dabei wird als Voraussetzung judiziert, dass die Unerschwinglichkeit weder ursprünglich vorhersehbar noch irgendwie vom Leistungspflichtigen verschuldet wurde.¹³

1.2. Behinderung und Erschwernis

Der WU schuldet den Erfolg – wie er diesen herbeiführt ist alleine seine Sache – unvorhergesehene Schwierigkeiten treffen ihn gemäß § 1168 ABGB nur dann nicht, wenn es sich um Umstände handelt, die auf Seite des Bestellers liegen.

1.3. Untergang des Werks bzw seiner Vorstadien

Anders als bei der Vereitlung bleibt die Vertragserfüllung beim bloßen Untergang des Werks bzw dessen Vorstadien möglich: Stürzt eine Mauer des neu zu errichtenden Hauses ein, so kann sie erneut hochgezogen werden und das geschuldete Gebäude – bei entsprechender Anstrengung des WU – vielleicht sogar noch immer zeitgerecht abgeliefert werden.

Geht man nun davon aus, dass der WU einen Erfolg schuldet,¹⁴ so trägt der WU bis zur Übergabe das Risiko des zufälligen Untergangs des Werks bzw dessen Vorstadien, sofern das Werk noch immer errichtet werden kann – dies gilt allerdings nur für seine „eigene“ Leistung, weil der zufällige Verlust eines vom WB beigestellten Stoffes gemäß § 1168a ABGB diesen trifft (dies gilt wohl nicht nur für von diesem beigestellten Stoff, sondern jeden vom WB zu erbringenden Beitrag). Dies

ähnelt der Verpflichtung eines Verkäufers bei einer Gattungsschuld („genus non perit“) und ist daher wohl auch bei schon gänzlich fertig gestelltem aber noch nicht übergebenem Werk keine besondere Härte.¹⁵

Erinnert werden soll hier an die Frage, ob der durch den Untergang gezwungenermaßen eingetretene Zeitablauf dazu führt, dass die eigentlich vom WU geschuldete Leistung gar nicht mehr erbracht werden kann – womit Unmöglichkeit eingetreten wäre –, weil es sich aufgrund der Veränderung der Umstände bei der neuerlichen Errichtung um etwas anderes als das Versprochene handelt.¹⁶

Kurz ausgedrückt: Der WU trägt die Leistungsgefahr, sofern die von ihm geschuldete Leistung noch möglich ist – die Frage nach der Preisgefahr stellt sich daher nicht.¹⁷

2. Gefahrtragung bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110

2.1. Vorbemerkungen

2.1.1. Zur Auslegung der ÖNORM B 2110

ÖNORMen sind objektiv auszulegen.¹⁸ Damit steht ua zB die Unklarheitsregel des § 915 ABGB nicht zur Verfügung. Weiters ist damit eine Auslegung nicht statthaft, die einer Bestimmung keinen Anwendungsbereich mehr lassen würde.¹⁹

Die mangelhafte legistische Qualität der ÖNORM B 2110²⁰ machen deren Auslegung mitunter schwierig: Die ÖNORM B 2110 enthält nicht nur Regelungen, die das allgemeine Recht ergänzen, sondern sie stellt lehrbuchhaft das geltende Recht dar, was sogar soweit geht, dass Gesetzestext unverändert übernommen wird (so zB in Kap 12.2 die Bestimmungen des ABGB zur Gewährleistung). Mit ihr soll zu alledem auch noch für einen geordneten und ökonomischen Baubetrieb gesorgt werden, was wiederum dazu führt, dass zwar praktisch

12 Vgl Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1447 Rz 27.

13 Vgl OGH 30.11.2006, 8 Ob 86/06i: „Nur die vom Schuldner weder verschuldete noch vorhersehbare Unerschwinglichkeit der Leistung kann einer Unmöglichkeit gleichgesetzt werden“.

14 OGH 14.3.1984, 1 Ob 40/83, SZ 57/51: „Für den Werkvertrag ist kennzeichnend, daß der Werkunternehmer nicht nur eine bestimmte Bemühung, sondern den bedungenen Erfolg schuldet“.

15 So aber *Rebhahn* in Schwimann, ABGB³ § 1168 Rz 9 unter Berufung auf *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 1168a Rz 39.

16 Vgl dazu *Wensch*, Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen? ZRB 2013, 13.

17 Vgl *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht zum Begriff „Gefahrtragung“: „Die Frage der Preisgefahr stellt sich erst, wenn der Schuldner von seiner Leistungspflicht [...] frei wurde.“

18 Vgl OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m: „Nach der Rechtsprechung sind ÖNORMEN [...] objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände, [...] auszulegen“.

19 Vgl OGH 03.11.1981, 4 Ob 123/81: „Bei der wörtlichen Auslegung darf nicht stehengeblieben werden, wenn sich dadurch für einzelne Bestimmungen kein Anwendungsgebiet ergibt, sie also sinnlos blieben“.

20 Auch das dt Pendant zur ÖNORM B 2110, die VOB/B, wird übrigens diesbezüglich kritisiert – vgl etwa *Kniffka*, Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge? BauR 2012, 411.

sinnvolle, rechtlich jedoch unwirksame Bestimmungen enthalten sind (so zB die Regelung in Pkt 6.2.4.1, wonach Warnungen schriftlich zu erfolgen haben).

2.1.2. Die „Leistung“

Ein Bauwerkvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag, bei dem sich die Bauleistung des WU und die Entgeltleistung des WB gegenüberstehen.

Die ÖNORM B 2110 verwendet den Begriff „Leistung“ fast ausschließlich für die Bauleistung – so behandelt der mit „Leistung, Baudurchführung“ betitelte Abschnitt 6 ausschließlich die Bauleistung.²¹ Für die gegenständliche Betrachtung tut dies nichts weiter zur Sache, weil sowohl hinsichtlich der Vereitlung als auch des Untergangs ohnehin nur die Bauleistung in Frage kommt.

2.1.3. Der „Rücktritt“ gemäß Kap 5.8

In Kap 5.8 („Rücktritt vom Vertrag“) lautet Pkt 5.8.1 („Allgemeines“ zu „Rücktritt vom Vertrag“): „*Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären*“, worauf sechs mögliche Voraussetzungen genannt werden. Es handelt sich dabei aber nicht um das, was juristisch im Allgemeinen als solcher bezeichnet wird (nämlich die ex tunc Auflösung des Vertrages²² samt Rückabwicklung), sondern vielmehr um eine Kündigung (nämlich die Auflösung bloß ex nunc). Pkt 5.8.3 („Folgen des Rücktritts vom Vertrag“) lautet nämlich ua „5.8.3.1 *Alle vertragsgemäß erbrachten Leistungen sind zu übernehmen, in Rechnung zu stellen und abzugelten*“. Weiters wird hier immer von einer Kündigung gesprochen, wenn eine Auflösung gemäß Pkt 5.8.1 gemeint wird – dadurch wird eine deutliche Unterscheidung zum Rücktritt nach allgemeiner Rechtslage möglich.²³

Wie gesagt sind im Falle einer Kündigung gemäß Pkt 5.8.3.1 alle „vertragsgemäß erbrachten Leistungen“ zu übernehmen und zu bezahlen. Damit stellt sich natürlich sofort die Frage, ob bis zur Kündigung vom WU erbrachte Leistungselemente überhaupt als „vertragsgemäß erbrachte Leistungen“ iSd Bestimmung anzusehen sind – nach allgemeiner Rechtslage ist ja nur das vollendete Werk „vertragsgemäß“. Der Bestimmung bliebe jedenfalls dann kein Anwendungsbereich, wenn die vor der Kündigung erbrachten Leistungselemente

nicht als „vertragsgemäß erbracht“ gelten würden – was sollte dann übernommen und in Rechnung gestellt werden?

Auch ein weiteres Argument spricht dafür: Bei Untergang bereits erbrachter Leistungselemente erhält der WU dafür ein Entgelt, wenn am Vertrag festgehalten wird (dazu siehe unten). Es wäre nun ein unerklärbarer Wertungswiderspruch, wenn er im Falle einer Kündigung nichts dafür erhielte: Einmal müsste der WB für untergegangene Leistungselemente bezahlen, einmal nicht (um Missverständnisse zu vermeiden: Wird am Vertrag festgehalten, so muss der WB „doppelt“ zahlen: zunächst für die untergegangenen und dann nochmals für die an deren Stelle tretenden Leistungselemente).

Die Abrechnung aufgrund einer Kündigung erfolgt entweder gemäß Pkt 5.8.3.2, wenn die Umstände, die zur Kündigung des WB geführt haben, auf der Seite des WU liegen, oder gemäß Pkt 5.8.3.3, wenn Umstände, die zum Rücktritt des WU geführt haben, auf der Seite des WB liegen.

2.1.3.1. Kündigung durch den WB wegen Umständen, die auf der Seite des WU zu Grunde liegen

Bei einer Kündigung durch den WB, der Umstände auf der Seite des WU zu Grunde liegen (Pkt 5.8.3.2), ist zunächst so vorzugehen, als entspräche der Leistungsstand bei Kündigung dem vom WU Geschuldeten. Wenn die ÖNORM B 2110 im Plural von den „vertragsgemäß erbrachten Leistungen“ spricht, so wird offensichtlich der Einheitspreisvertrag als Standardtyp²⁴ betrachtet und das Entgelt soll dabei entsprechend der bis zur Kündigung erbrachten Positionen ermittelt werden.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die ÖNORM B 2110 Bestimmungen für die Fälle enthält, dass entweder weniger Mengen geleistet werden oder dass das rechnerisch ermittelte Entgelt nicht unwesentlich unter dem zunächst Vorhergesehenen liegt: Die „20%-Klausel“ in Pkt 7.4.4 („Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung“) sieht vor, dass bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge eines Leistungselements („einer Position“) mit Einheitspreis um mehr als 20% jeder Vertragspartner einen neuen Einheitspreis verlangen kann, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung („*unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung*“) zurückzuführen ist. Die „5%-Klausel“ in Pkt 7.4.5 („Nachteilsabgeltung“) sieht vor, dass dem WU der Nachteil, der ihm bei Unterschreitung des zunächst erwarteten Entgelts um mehr als 5% („*durch Minderung oder Entfall von Tei-*

21 Auch der OGH sieht im Zusammenhang mit der ÖNORM B 2110 den Begriff der Leistung offenbar auf Leistungen des WU eingeschränkt (vgl zB OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m).

22 Vgl *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht zum Begriff „Rücktritt“.

23 Auch die VOB/B spricht (in den §§ 6 und 8 f) bei vergleichbarer Rechtslage von „Kündigung“.

24 Vgl *Jodl et al*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft zum Begriff „Einheitspreisvertrag“.

len einer Leistung“) entsteht, abzugelten ist. Näheres zur 5%- bzw 20%-Klausel siehe unten.

Im Falle einer Kündigung erscheint es zwingend, dass weniger Leistungselemente vom WU erbracht werden und dass dementsprechend das Entgelt hinter dem Erwarteten zurück bleibt. Im Falle einer Kündigung durch den WB, der Umstände auf der Seite des WU zu Grunde liegen, sind beide Klauseln wohl unanwendbar: Ihr Sinn ist, für den WU negative Auswirkungen zu vermeiden, die sich daraus ergeben, dass der Entgeltsberechnung geringere Mengen als vorgesehen zu Grunde gelegt werden. Bei Anwendung der Klauseln für den Fall, dass die Gründe, die zur Kündigung durch den WB führen, auf der Seite des WU liegen, so würde letzterer entlastet und der WB entsprechend belastet, womit dieser immer – mehr oder weniger – das gesamte Risiko tragen würde, was nicht sachgerecht sein kann und wohl auch nicht so gemeint ist.

Aufgrund der Ähnlichkeit zu Einheitspreisverträgen ergibt sich bei Regiepreisverträgen wohl kaum ein Problem. Wie aber gegebenenfalls bei Pauschalpreisverträgen zu verfahren ist, ist fraglich, sei jedoch hier dahingestellt.

Von dem im ersten Schritt ermittelten Betrag sind die Mehrkosten, „die durch die Vollendung der Leistung entstehen“, abzuziehen. Die Formulierung ist völlig missglückt, weil danach jener Betrag, den der WU aufgrund der Kündigung eben nicht mehr erhält, ihm angelastet wird. Das wäre natürlich überhaupt nicht sachgerecht und ist so auch sicher nicht gemeint. Vielmehr sind wohl jene Mehrkosten abzuziehen, die aufgrund der Kündigung für die Fertigstellung auflaufen.

Nachdem eine Fertigstellung im Fall einer Vereitelung nicht denkbar ist, scheidet in diesen Fällen ein solcher Abzug aber aus. MaW: Selbst dann, wenn die Errichtung des Werks durch Umstände auf der Seite des WU vereitelt wird, erhält er ein Entgelt für die von ihm erbrachten Leistungselemente, obwohl diese für den WB wohl wertlos sein dürften.

2.1.3.2. Kündigung durch den WU wegen Umständen, die auf der Seite des WU zu Grunde liegen

Bei einer Kündigung durch den WU, der Umstände auf der Seite des WU zu Grunde liegen (Pkt 5.8.3.3), erhält dieser den „allenfalls eingeschränkten Werklohn gemäß § 1168 ABGB“. Weder die 5%- noch die 20%-Klausel sind daher anwendbar.

2.1.4. Die Sphärenzuordnung der ÖNORM B 2110 (Pkt 7.2)

Die ÖNORM B 2110 regelt die Risiko- und Sphärenzuordnung nach der sog „Sphärentheorie“ (die – wohl durchaus zu Recht

– mitunter kritisiert wird²⁵): Ein Risiko soll danach von demjenigen zu tragen sein, in dessen Sphäre es angesiedelt ist.

Nach dem Konzept der Sphärentheorie gibt es neben den Sphären der beiden Vertragsparteien keine „neutrale“ Sphäre, für welche besondere Regelungen gelten würden: Die eine Sphäre ist gleichsam die Komplementärmenge der anderen. Die ÖNORM B 2110 wird diesem Anspruch jedoch wohl nicht gerecht: In Pkt 12.1.1 ist von „unabwendbaren Ereignissen“ die Rede, wobei kein Bezug zu einer Sphäre hergestellt wird.

2.1.4.1. Natürliche Sphärenzuordnung

Die ÖNORM B 2110 teilt auch eigene Handlungen den einzelnen Sphären zu. Selbst wenn dies nicht prinzipiell falsch wäre, wäre es überflüssig: Wem außer dem, der zB eine Erklärung abgibt, soll diese denn sonst zugeordnet werden? Wem, außer dem, der sich pflichtwidrig verhält, soll dieses Verhalten denn zugerechnet werden? Weil die Zuordnung dieser Handlungen und Unterlassungen zwingend erscheinen muss, wird sie hier als „natürliche“ Sphärenzuordnung bezeichnet.²⁶

In Pkt 7.2.1 („Zuordnung zur Sphäre des AG“) wird zunächst festgelegt, dass dem WB

- alle eigenen Beiträge sowie
 - die Folgen des Unterlassens der in Pkt 4.2.1.3 geforderten vorvertraglichen Information²⁷
- zuzurechnen sind.

In Pkt 7.2.2 („Zuordnung zur Sphäre des AN“) wird dann festgelegt, dass alle nicht in die Sphäre des WB gehörenden Ereignisse der Sphäre des WU zuzurechnen sind.

Im Einzelnen wird angeführt, dass das Kalkulationsrisiko des WU, seine Dispositionen sowie die von ihm ge-

25 ZB Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1168 Rz 4: „man [erkennt] sehr schnell, dass die «Sphärentheorie» keinen eigenständigen Erkenntniswert hat. Vielmehr stellt sich immer nur ein und dieselbe Frage, nämlich wer auf Grund des Vertrages oder auf Grund des dispositiven Gesetzesrechts das Risiko zu tragen hat, das sich in concreto verwirklicht hat“.

26 Vgl OGH 06.11.1981, 1 Ob 569/81: „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, sind Handlungen oder Unterlassungen des Bestellers oder seiner Leute, Ereignisse in der Person des Bestellers, in seiner Unternehmung oder Wirtschaft oder die Beschaffenheit der [...] von ihm beigegebenen Stoffe und Sachen. Für die Zuordnung der Gefahr bei Vereitelung der Ausführung entscheidet demnach die Herkunft des Hindernisses“.

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

wählten Lieferanten und Subunternehmer seiner Sphäre zugeordnet sind (nur am Rande sei hier erwähnt, dass die Formulierung wohl als ziemlich verunglückt zu bezeichnen ist).

Insbesondere wird bestimmt, dass das Unterlassen der Besichtigung der zukünftigen Baustelle (Pkt 4.2.1.4) den WU belastet. Ebenso gilt dies für zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativ- oder Abänderungsangeboten ergeben.

2.1.4.2. Definierte Sphärenzuordnung

Über die „selbstverständliche“ Zuordnung hinaus, werden der Sphäre des WB alle Ereignisse zugeordnet, die

1. die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich²⁸ machen, oder
2. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar²⁹ waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.

Eine vergleichbare Risikoanordnung findet sich – wohl völlig unsystematisch – in Pkt 12.1.1. („Gefahrtragung“), wonach der WB „die Gefahr trägt“, wenn das schädigende Ereignis unabwendbar ist und der WU alle zur Abwehr der Folgen zumutbaren Maßnahmen getroffen hat.

Die Zuordnung zu den Sphären erfolgt nicht danach, auf wessen Seite die Wurzeln des Risikos liegen, sondern nach

- der Möglichkeit, das Werk zu errichten (Auswirkungen des verwirklichten Risikos)
- der Möglichkeit, die Verwirklichung des Risikos abzuwenden,
- der Vorhersehbarkeit.

Dies kann zu einer völligen Umkehr dessen führen, was allgemein unter der Sphärenverteilung verstanden wird: Wird die Herstellung eines Tunnels bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbart und verhindert dies der (nicht vorhersehbare) Defekt der vom WU eingesetzten Tunnelfräse, so ist dieses Ereignis nach dem Wortlaut der Regelung der Sphäre des WB zuzurechnen: Die „vertragsgemäße Ausführung“ (die Ausführung in der vereinbarten Zeit) der vom WU geschuldeten Leistung ist nämlich „objektiv unmöglich“ (wenn sich die Maschine nicht rechtzeitig reparieren oder austauschen lässt). Es käme also selbst dann zu einer Sphärenverla-

gerung, wenn die Zurechnung des Ereignisses zur Sphäre des WU äußerst ausgeprägt ist.

Dies wäre natürlich überhaupt nicht sachgerecht und kann so wohl auch nicht gemeint sein, weil dadurch das Regime der Gefahrtragung, dessen Prinzipien in Pkt 10.6.1 und 12.1.1 Z 1 festgeschrieben werden, völlig auf den Kopf gestellt würde!

Tatsächlich sind „Ereignisse“, die „vorrangig“ der Sphäre des WU zuzurechnen sind, keinesfalls dem WB zuzuordnen. Die Sphäre des WU ist nämlich nicht bloß definiert als Komplementärmenge („alles andere“) der Sphäre des WB. Sie umfasst Ereignisse,

- die Folgen seiner Disposition sind,
- die sonst ausdrücklich ihm zugeordnet werden (hier vor allem die Folgen einer unterlassenen Besichtigung der zukünftigen Baustelle).

Die Ermittlung dessen, was als der Disposition des WU entspringend anzusehen ist, kann dabei natürlich schwierig sein. Um beim obigen Beispiel zu bleiben: Wessen Sphäre ist das Risiko zuzurechnen, wenn ein zum Betrieb der Tunnelfräse erforderliches Betriebsmittel plötzlich und unvorhergesehen nicht mehr erhältlich ist? Wenn es die Disposition des WU war, eine Tunnelfräse einzusetzen, dann ist der Stillstand wohl diesem zuzurechnen. Doch was, wenn diese Vortriebsart vom WB vorgegeben wurde? Ist zu fragen, ob das Betriebsmittel für alle möglichen Tunnelfräsen nicht erhältlich ist, oder genügt es, dass nur das Betriebsmittel für die konkret eingesetzte Tunnelfräse betroffen ist? Spielt es vielleicht eine Rolle, wenn konkret ein exotisches Modell eingesetzt wurde und nur ein Betriebsmittel, das ausschließlich für dieses benötigt wird, nicht verfügbar ist? Macht es einen Unterschied zu dem Fall, dass ein konventionelles und weit verbreitetes Modell eingesetzt wurde, für das das Betriebsmittel nicht mehr verfügbar ist, während das entsprechende Betriebsmittel für ein völlig exotisches Modell sehr wohl noch verfügbar wäre?

Die Zahl der möglichen Konstellationen ist wohl so groß, dass eine Entscheidung nur im Einzelfall getroffen werden kann. Bei der Abgrenzung, ob man von einer Disposition sprechen kann, ist wohl von Bedeutung, ob vernünftigerweise von einer bewussten Entscheidung des WU gesprochen werden kann oder ob von einem selbstverständlichen Reflex auszugehen ist.

Im gegebenen Zusammenhang stellen sich aber auch folgende Fragen:

- Was ist ein (relevantes) Ereignis?
- Besteht ein Unterschied zwischen der „Abwehr eines Ereignisses“ und der „Abwehr der Folgen dieses Ereignisses“ (und was ist gegebenenfalls der Unterschied)?
- Welche Anstrengungen zur Abwehr sind dem WU zumutbar?

28 An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass „echte“ Unmöglichkeit kaum jemals tatsächlich gegeben sein dürfte, weil sich mit entsprechendem Aufwand fast alles bewerkstelligen lässt (siehe oben) – wenn die ÖNORM B 2110 von Unmöglichkeit spricht, ist also auch an Unerschwinglichkeit zu denken.

29 Die Vorhersehbarkeit wird quantifiziert als: „Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart“.

Zur Frage, was als Ereignis im Sinne der ÖNORM B 2110 zu verstehen ist, ist zunächst festzuhalten, dass dies wohl keinesfalls Handlungen der Vertragspartner sein können – dies schon alleine deshalb, weil sich diesbezüglich niemals die Frage der Abwehrbarkeit stellen könnte. Abgesehen von den Handlungen der Vertragspartner kommen aber wohl alle möglichen Geschehnisse in Frage: Naturereignisse (zB Erdbeben) ebenso wie soziale Phänomene (zB Generalstreik) oder legislative Eingriffe (zB LKW-Tonnenbeschränkung). Um ein gegenständlich relevantes Ereignis darzustellen, ist aber wohl eine Betroffenheit mit einer bestimmten Intensität zu verstehen: Bei einem Vertragsverhältnis zwischen Unternehmen stellt die Änderung des Umsatzsteuersatzes wohl kein relevantes Ereignis dar.

Zur Frage, ob ein Unterschied zwischen der Abwehr des Ereignisses und der Abwehr dessen Folgen besteht und was gegebenenfalls dieser Unterschied ist. Dabei ist zu beachten, dass ein Ereignis mitunter Auslöser eines anderen Ereignisses sein und der Unterschied zwischen Ereignis und Folge völlig verschwinden kann: Sintflutartige Niederschläge bewirken ein Ansteigen des Wasserpegels eines Flusses und dies wiederum allgemeines Hochwasser. Die Überschwemmung der Baugrube, welche sich als Folge des allgemeinen Hochwassers ergibt, ist nun ebenfalls ein Ereignis, allerdings eines, das sich vielleicht sehr wohl abwenden lässt. Die Argumentation, der Starkregen sei ein unabwendbares Ereignis, weshalb (auch eine allenfalls leicht vermeidbare Überflutung) der Baugrube jedenfalls der Sphäre des WB zuzuordnen ist, ist aus diesem Grunde verfehlt.

Ausschlaggebend kann wohl nur sein, was die Leistung unmittelbar betrifft, also ein Ereignis mit unmittelbaren Folgen (im Beispiel: die Überflutung der Baugrube). Eine Unterscheidung zwischen Abwendbarkeit eines Ereignisses und Abwendbarkeit der Folgen dieses Ereignisses ist daher nicht zielführend.

Zur Frage, welche Anstrengungen zur Abwehr einem WU zumutbar sind, um ein Ereignis nicht in die Sphäre des WB zu verschieben. Grundsätzlich ist zu bedenken, dass niemandem ein Nachteil zugemutet werden kann, dessen allfällige Tragung dieser nicht auf sich genommen hat. Die Einrichtung einer Wasserhaltung mit Pumpen ist dem WU wohl nur dann zumutbar, wenn er sich dazu (wenn auch bloß als Reflex („Rechtsfolge“) des Vertragsabschlusses) verpflichtet hat. Das macht klar, dass die Bestimmung der ÖNORM B 2110 zu einem Zirkel führt, wenn man den Begriff wörtlich nimmt: Der WU ist verpflichtet, die Folgen eines Ereignisses auf sich zu nehmen, wenn ihm die Abwehr zumutbar ist – zumutbar ist ihm aber nur, wozu er verpflichtet ist.

Der Begriff der Zumutbarkeit muss wohl anders ausgelegt werden. Dies findet eine gewisse Stütze in Pkt 7.4.1, wo bestimmt wird, dass „alles Zumutbare aufzuwen-

den“ ist, „sofern daraus keine Mehrkosten entstehen“ – offensichtlich versteht die ÖNORM B 2110 die Zumutbarkeit unabhängig von Kosten. Der Aufwand, der zur Abwehr erforderlich ist, ist also in ein Verhältnis mit der subjektiven Leistungsfähigkeit des WU im betreffenden Augenblick zu setzen, wobei wohl auch der Aufwand der Abwehr und die drohende Gefahr zu berücksichtigen sind. Durch dieses „bewegliche System“ ist im Einzelfall zu ermitteln, in wessen Sphäre ein Ereignis fällt. Die ÖNORM B 2110 scheint an den „gesunden Menschenverstand“ zu appellieren – dem Wunsch eine praktikable und leicht anwendbare Regelung für Praktiker zur Verfügung zu stellen, wird sie aber wohl nicht gerecht.

2.2. Vereitlung

2.2.1. Das Kündigungsrecht bei Vereitlung in Kap 5.8

Die ÖNORM B 2110 stellt aufgrund der Definition des Begriffs „Leistungsumfang“ klar, dass nicht die Ablieferung eines Werkes schlechthin, sondern dessen Errichtung „unter den [...] objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung“ vom WU geschuldet wird. Dies ist zu beachten, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob die geschuldete Leistung überhaupt noch erbracht werden kann. Erinnert sei hier daran, dass Verzögerungen durch Behinderungen sehr wohl dazu führen können, dass die vom WU geschuldete Leistung unmöglich wird: Ändern sich nämlich die (Vertragsinhalt gewordenen) Umstände der Leistungserbringung, so ist diese logischerweise unter den ursprünglichen Umständen nicht mehr möglich: Wird die Leistung im März eines bestimmten Jahres geschuldet, so kann dies im darauf folgenden Oktober nicht mehr geschehen.

Pkt 5.8.1 lautet: „Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären[,] wenn Umstände vorliegen, welche die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat“. Es drängt sich aber die Frage auf, ob die durch die ÖNORM B 2110 geschaffene Kündigungsmöglichkeit neben die Möglichkeit des Rücktritts gemäß § 920 ABGB treten oder diese ersetzen soll. Die Wortfolge „ist berechtigt“ spricht zusammen mit dem Umstand, dass in Pkt 5.8.1 sicher keine abschließende Regelung geschaffen werden soll, wohl dafür, dass eine zusätzliche Lösungsmöglichkeit geschaffen wird. Es finden sich dort zB keine Bestimmungen zum besonderen Rücktrittsrecht des WU wegen mangelnder Mitwirkung des WB gemäß § 1168 Abs 2 ABGB, ohne dass zu vermuten wäre, dass dieses durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110 abbedungen werden soll.

Die praktischen Schwierigkeiten einer Rückabwicklung bei einem Bauwerkvertrag machen einen („echten“) Rücktritt aber wohl ohnehin zu einer kaum attraktiven Variante.

Welche Umstände eine Vertragspartei zu vertreten hat bzw welche Umstände auf der Seite einer Vertragspartei liegen,³⁰ ist nach der Sphärentheorie in Kap 7.2 („Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner“) zu beantworten. Auch wenn sich die Ausführungen des Abschnitt 7 („Leistungsabweichung und ihre Folgen“) primär auf die Leistungsabweichungen konzentrieren, so ist zu bedenken, dass die Problematik jener der Vereitlung ähnelt: Da wie dort geht es um die Konsequenzen, die sich ergeben, wenn der Vertrag nicht wie zunächst beabsichtigt erfüllt werden kann.

Vergleicht man gegenständlich die Positionen der Vertragsparteien nach allgemeiner Rechtslage und bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110, so ergibt sich folgendes Bild: Dadurch, dass die ÖNORM B 2110 eine (zufällige) Vereitlung der Sphäre des WB zurechnet, schrumpft der „Risikobereich“ des WU im Vergleich zur allgemeinen Rechtslage. Auch wenn die Vereitlung der Ausführung der Sphäre des WU zuzurechnen ist, so wird er bei einer durch die ÖNORM B 2110 ermöglichten Kündigung von allfälligen Pflichten befreit und erhält gemäß Pkt 5.8.3.1 trotzdem zumindest einen Teil des Entgelts, was nach der allgemeinen Rechtslage nicht unbedingt der Fall wäre.

2.2.2. Das Leistungsänderungsrecht

Häufig weichen die tatsächlichen Gegebenheiten so weit von den Erwartungen der Parteien beim Vertragsabschluss ab, dass der Vertrag gar nicht mehr erfüllt werden kann, bzw dass die Vertragserfüllung zu einem für den WB augenscheinlich zwecklosen Ergebnis führen würde. Dies wäre bspw der Fall, wenn

- die erforderlichen Genehmigungen von Erwartungen abweichen
- der Baugrund Grundwasser führt, womit ein Keller mit dem zunächst vereinbarten Mauerwerk aus Schalsteinen unbenutzbar wäre.

Um den WB vor der Notwendigkeit einer Abbestellung mit den für ihn wohl einschneidenden Konsequenzen zu bewahren, ist die ÖNORM B 2110 bestrebt, ihm die gewünschte Funktion durch entsprechende Anpassung des Schuldinhalts („Leistungsänderungsrecht“) des WU zu sichern: „*Der AG ist berechtigt den Leistungsum-*

fang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist“.³¹

Als Leistungsziel ist die vom WB erkennbar gewünschte Funktion des Werkes zu verstehen (zB ein trockener Keller). Hier soll aber nicht näher auf den Begriff des Leistungsziel eingegangen werden, weil dies zur Genüge bereits wo anders geschehen ist.³² Zur Zumutbarkeit ist auf das oben Gesagte zu verweisen.

Ohne entsprechende Änderung der Gegenleistung führt eine Leistungsänderung zu einer Verzerrung, die die ÖNORM B 2110 dem davon wohl negativ betroffenen WU nicht zumutet: „*Mit dem vereinbarten Entgelt ist der [gemeint wohl: ursprüngliche] Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungszieles abgegolten*“.³³ Eine Änderung der geschuldeten Bauleistung führt zu einer Änderung des geschuldeten Entgelts.

Die Leistungsänderung soll die sich aus dem Vertrag ergebende Äquivalenz des Austauschverhältnisses nicht verändern: „*Die in Folge einer Leistungs[änderung] erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages [...] durchzuführen*“.³⁴ An anderer Stelle: „*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*“.³⁵

Was das bedeutet, ist allerdings unklar, weil unter einer Fortschreibung eines Vertrages viel verstanden werden kann: Die Beibehaltung des Gewinns des WU als absoluter Betrag, die Beibehaltung des Gewinns des WU im Verhältnis zum vom WB zu zahlenden Entgelt, die Beibehaltung oder die Herleitung von Kalkulationsansätzen (was immer das sein mag), etc. Hier soll aber nicht näher auf das Problem der Vertragsfortschreibung eingegangen werden, weil dies zur Genüge bereits wo anders geschehen ist.³⁶

Von einer Leistungs- und Preisgefahr kann aufgrund der Vertragsanpassung eigentlich nicht gesprochen werden.

30 Pkt 5.8.3 („Folgen des Rücktritts vom Vertrag“) spricht von Umständen, die entweder „auf Seiten“ des WU oder des WB liegen. Pkt 5.8.1 („Allgemeines“ zum „Rücktritt vom Vertrag“) spricht von „Umständen, die eine Vertragspartei zu vertreten hat“. Trotz der unterschiedlichen Wortwahl ist wohl dasselbe gemeint.

31 Pkt 7.1 („Allgemeines“ zu „Leistungsabweichung und ihre Folgen“) Satz 1.

32 Vgl zB *Hagen/Oberzaucher*, Über die vergabe- und zivilrechtliche Zulässigkeit von Leistungsänderungen im Anwendungsbereich der ÖNORMen B 2110 und B 2118, ZRB 2012, 16; *Hayek*, Der Begriff des „Leistungsziels“ in der ÖNORM B 2110 und dessen Rezeption in Literatur und Praxis, ZRB 2012, 173.

33 Pkt 7.1 („Allgemeines“ zu „Leistungsabweichung und ihre Folgen“) Satz 2.

34 Pkt 7.1 („Allgemeines“ zu „Leistungsabweichung und ihre Folgen“) Satz 4.

35 7.4.1 („Ermittlung“ zu „Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts“).

36 Vgl zB *Wensch*, Fortschreibung des Vertrages auf dessen Preisgrundlagen? ZRB 2013, 13.

2.3. Behinderung und Erschwernis

2.3.1. Das Kündigungsrecht bei länger dauernden schwerwiegenden Behinderungen in Kap 5.8

Eine Kündigung des Werkvertrages ist nicht nur bei endgültiger Vereitlung sondern auch möglich, „sobald sich herausstellt, dass durch eine Behinderung, die länger als 3 Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich ist“,³⁷ wobei „[j]ahreszeitlich bedingte bzw. vertraglich vorgesehene Unterbrechungen [...] nicht zu berücksichtigen“ sind.

Dass die ÖNORM B 2110 Behinderungen als Kündigungsgrund anerkennt, zeigt, dass sie beim Bauwerkvertrag nicht von einer unbedingten Erfolgsverbindlichkeit ausgeht (es wird also nicht bloß ein nach der Beschaffenheit definiertes Werk geschuldet). Allerdings setzt sie auch eine länger dauernde Behinderung nicht – gleichsam automatisch – mit einer Vereitlung gleich.

Eine dauerhafte Behinderung bedeutet eine Vereitlung – das gilt auch für eine zwar nicht endgültige, aber trotzdem sehr lange Behinderung (wobei als solche Behinderungen zu verstehen sind, bei deren Kenntnis zumindest eine Partei den Vertrag nicht bloß geringfügig anders geschlossen hätte). Die Konsequenzen sind daher bei einer sehr lange dauernden Behinderung die gleichen, wie bei einer Vereitlung.

Was als Behinderung der Bauleistung anzusehen ist, ergibt sich aus dem Wortlaut der ÖNORM B 2110 nicht unmittelbar. Der Begriff wird jedenfalls als eine Form der „Störung der Leistungserbringung“ dargestellt.³⁸ Dabei wird eine „Störung der Leistungserbringung“ als „Leistungsabweichung, deren Ursache nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers (AN) stammt und die keine Leistungsänderung ist“ definiert, was gegenständlich so weit hilfreich ist, dass als eine Behinderung nur Umstände aus der Sphäre des WB bezeichnet werden können.

Nicht jede Erschwernis berechtigt zur Kündigung, sondern nur eine Behinderung, welche die Erbringung „wesentlicher Bauleistungen“ verhindert. Was „wesentlich“ ist, ist wohl nur im Einzelfall zu entscheiden – wobei jeweils wohl das Verhältnis der betroffenen Leistungselemente zur Gesamtleistung zu betrachten ist. Da sich dazu wohl keine allgemein gültigen Aussagen treffen lassen, soll hier nicht weiter untersucht werden, wie das Verhältnis herzustellen ist: Denkbar ist ein Vergleich der Preise, der in einem Bauzeitplan vorgesehenen Baudauer, etc.

Es ist aber jedenfalls zu bedenken, dass faktische Gründe kaum jemals geeignet sind, eine Bauleistung endgültig

zu verhindern: Mit entsprechendem Aufwand lässt sich fast alles bewerkstelligen – durch zB Einhausungen lässt sich ein Parkplatz auch bei Starkregen betonieren und eine Straße bei Minusgraden asphaltieren. Da Naturscheinungen aber sehr wohl als relevant angesehen werden, weil ansonsten die Ausnahme jahreszeitlich bedingter Unterbrechungen nicht notwendig wäre, ist hier der Begriff der Behinderung weit aufzufassen: Er umfasst gegenständlich wohl alle Umstände, bei denen redlicherweise vom WU nicht verlangt würde, mit seiner Leistung fortzufahren (Unerschwinglichkeit; siehe oben). Vergleicht man gegenständlich die Positionen der Vertragsparteien nach allgemeiner Rechtslage und bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110, so ergibt sich folgendes Bild: Dadurch, dass die ÖNORM B 2110 eine zufällige Behinderung der Sphäre des WB zurechnet, schrumpft der „Risikobereich“ des WU im Vergleich zur allgemeinen Rechtslage. Ein Bauwerkvertrag, in dem die ÖNORM B 2110 vereinbart wurde, schafft keine unbedingte Erfolgsverbindlichkeit.

2.3.2. Behinderungen, die sich durch eine Änderung der Leistung bewältigen lassen

Häufig weichen die tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung von den Erwartungen der Parteien beim Vertragsabschluss so weit ab, dass der Vertrag gar nicht mehr erfüllt werden kann, obwohl sich das vom WB gewünschte Ergebnis doch noch irgendwie – aber eben nicht mehr durch die vom WU geschuldete Leistung – herstellen lässt (gemeint sind Fälle, die weit über das hinaus gehen, was in § 1168 ABGB bloß als „Zeitverlust“ genannt wird). Prinzipiell könnte man solch eine Konstellation durchaus als Vereitlung betrachten: Die Erfüllung des Vertrags ist eben nicht mehr möglich (siehe oben).

Die ÖNORM B 2110 geht aber davon aus, dass beim Bauwerkvertrag manches anders kommt, als gedacht – auch in diesen Fällen soll der WB das von ihm gewünschte Werk nach Tunlichkeit erhalten. Sie macht den Bauwerkvertrag damit gewisser Weise zu einem dynamischen Instrument. Geradezu als selbstverständlich wird vorausgesetzt, dass nicht alle Störungen als Vereitlung (der Vertragserfüllung) anzusehen sind. Obwohl sie andererseits ausdrücklich festhält, dass die Umstände der Leistungserbringung von Bedeutung sind und damit keine Erfolgsverbindlichkeit des WU besteht, die vom WB gewünschte Funktion um das vereinbarte Entgelt herzustellen.

Als Konsequenz gibt es nach der ÖNORM B 2110 nicht nur eine Vereitlung der Leistung, sondern auch deren Behinderung. Wie in den Fällen, in welchen eine Vereitlung vermieden werden soll, gewährt die ÖNORM B 2110 dem WB auch in den Fällen, in denen bloß eine

³⁷ Pkt 5.8.1 Z 1.

³⁸ Was sich daraus ergibt, dass Behinderungen als Beispiel für Störungen der Leistungserbringung angeführt werden (so in der Definition des Begriffs und den Pkt 7.1 und 7.3.2).

Behinderung bewältigt werden soll, das Leistungsänderungsrecht. Es kann diesbezüglich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

2.3.3. Behinderungen, die sich ohne Mehrkosten bewältigen lassen

*„Droht eine Störung der Leistungserbringung (z. B. Behinderung) oder ist eine solche eingetreten, hat jeder Vertragspartner alles Zumutbare aufzuwenden, um eine solche zu vermeiden oder deren Folgen so weit als möglich abzuwehren, sofern daraus keine Mehrkosten entstehen“.*³⁹

Diese Bestimmung der ÖNORM B 2110 ist wohl nur programmatisch zu verstehen: Die Vertragsparteien sollen sich redlich verhalten, also im „Sinne der Sache“, wenn es sie nichts kostet.

Konkret ist jedenfalls kein Fall denkbar, in dem eine Behinderung ohne Mehrkosten abgewendet werden kann, weil zusätzlich zur geschuldeten Leistung eine weitere Leistung (nämlich jene zur Vermeidung der Behinderung) zu erbringen ist – und durch diese zusätzliche Leistung entstehen wohl zwingend Mehrkosten.

Denkbar sind allenfalls Fälle, in welchen die Folgen einer bereits eingetretenen Behinderung ohne Mehrkosten abzuwehren sind, doch sind auch diese wohl nur theoretischer Natur.

Weil insbesondere bei objektiver Auslegung keine Bestimmung so ausgelegt werden darf, dass ihr kein Anwendungsbereich verbleibt (siehe oben), stellt sich die Frage, ob der Begriff „Mehrkosten“ nicht so ausgelegt werden kann, dass sich doch ein (praktischer) Anwendungsbereich ergibt.

Die ÖNORM B 2110 spricht ganz allgemein von Mehrkosten – sie drückt insbesondere nicht aus, ob Mehrkosten angesprochen sind, die auf einer Seite anfallen, oder solche, die von dieser Seite zu tragen sind (Mehrkosten, die auf der einen Seite anfallen, können durchaus von der anderen Seite zu tragen sein, wenn sie von dieser zu vergüten sind). Doch selbst durch eine Differenzierung gelangt man zu keinem sinnvollen Ergebnis, weshalb die Bestimmung – abgesehen von der erwähnten programmatischen Wirkung – als inhaltsleer legislativ missglückt ist.

2.4. Untergang und Beschädigung

2.4.1. Die allgemeine Regelung der Gefahrtragung in Kap 10.6 und 12.1

Zunächst ist zu konstatieren, dass die ÖNORM B 2110 (wohl überflüssigerweise, weil bloß die allgemeine

Rechtslage wiedergegeben wird) in Kap 10.6 („Rechtsfolgen der Übernahme“) die allgemeine Rechtslage wiedergibt: „10.6.1 Mit der Übernahme durch den AG [...] geht die Gefahr über“. Mit der Gefahr, die mit der Übernahme übergeht, ist die Gefahr des zufälligen Untergangs gemeint.⁴⁰ Konkretisiert wird dies dann an anderer Stelle, nämlich in Kap 12.1 („Gefahrtragung und Kostentragung“), dessen Pkt 12.1.1 („Gefahrtragung“) wie folgt lautet:

„1) Bis zur Übernahme trägt der AN in der Regel die Gefahr für seine Leistungen. Hierunter fallen insbesondere Zerstörung (Untergang), Beschädigung oder Diebstahl. Dies gilt auch für beigestellte Materialien, Bauteile oder sonstige Gegenstände, die der AN vertragsgemäß vom AG oder von anderen AN übernommen hat“.

Doch erfolgt dort zugleich eine Einschränkung:

„2) Werden jedoch die Bauleistungen oder Teile hiervon oder vom AG dem AN übergebene Materialien, Bauteile oder sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände durch ein unabwendbares Ereignis beschädigt oder zerstört und hat der AN alle zur Abwehr der Folgen solcher Ereignisse notwendigen und zumutbaren Maßnahmen getroffen, trägt der AG die Gefahr“.

Dies gilt allerdings „unbeschadet der in 12.4 getroffenen Sonderregelungen“, welche den „allgemeinen Bauschaden“ („Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer“) betreffen (siehe unten).

Die ÖNORM B 2110 nimmt hier nicht Bezug auf die Sphärentheorie, sondern stellt davon isoliert auf die Unabwendbarkeit in Verbindung mit der Zumutbarkeit für Abwehrmaßnahmen ab. Tatsächlich stimmt die Bestimmung fast⁴¹ wörtlich mit jener überein, die in der letzten Ausgabe vor Aufnahme der Sphärentheorie (nämlich jener von 2002) zu finden war. Die Gefahrtragungsregel des Kap 12.1 harmoniert jedenfalls nicht mit der Sphärenzuordnung in Kap 7.2, wie folgende Gegenüberstellung zeigt:

Pkt 12.1.1 Z 2 (WB trägt Gefahr)	Pkt 7.2.1 Z 2 (Sphäre des WB)
<ul style="list-style-type: none"> unabwendbare Ereignisse, wenn der WU die ihm zumutbaren Abwehrmaßnahmen getroffen hat 	<ul style="list-style-type: none"> Ereignisse, die vom WU nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind soweit sie nicht vorhersehbar sind

³⁹ Pkt 7.1 („Allgemeines“ zu „Leistungsabweichung und ihre Folgen“) Satz 3.

⁴⁰ Vgl Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht zum Begriff „Gefahrtragung“: „Bei der Gefahrtragung geht es um die Frage, welche Vertragspartei das Risiko der zufälligen Verschlechterung bzw des zufälligen Untergangs der geschuldeten Sache trägt“.

⁴¹ Statt bloß „Beschädigung“ heißt es nun „Beschädigung oder Zerstörung“ und statt „Anspruch auf das vereinbarte Entgelt [...]“ „Anspruch auf das vereinbarte Entgelt [...] und Verlängerung der Leistungsfrist“.

<ul style="list-style-type: none"> (obwohl die Vorhersehbarkeit hier nicht genannt wird, ist klar, dass der WB nicht von vorhersehbaren Ereignissen entlastet werden soll, was sich aus der Definition des Inhalts der Schuld des WU („Leistungsumfang“) in Pkt 3.8 ergibt: „alle Leistungen [...] unter den [...] objektiv zu erwartenden Umständen“) 	
---	--

Wenig glücklich ist der Umstand, dass Pkt 12.1.2 („Kostentragung der Wiederherstellung“) eine Kostentragungspflicht des WU bestimmt, die nicht mit der Gefahrtragung übereinstimmt:

Pkt 12.1.1 (WU trägt prinzipiell die Gefahr)	Pkt 12.1.2 („keine Haftung des WB“)
<ul style="list-style-type: none"> Bauleistungen oder Teile hiervon dem WU übergebene <ul style="list-style-type: none"> – Materialien – Bauteile – sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände 	<ul style="list-style-type: none"> Beschädigung oder Zerstörung der Baustelleneinrichtung des WB gelagerte Materialien, Fertigteile udgl andere Gegenstände (zB Gerüste), die nicht Bestandteil des zu errichtenden Bauwerks selbst sind Um- und Rücklagerung von Materialien Aufräumung auf Lagerplätzen und Baustraßen udgl

Nicht explizit regelt die ÖNORM B 2110, ob der WU verpflichtet ist, Beschädigungen, welche den WB treffen, zu beheben und untergegangene Elemente wiederherzustellen. Zweierlei ist Beleg dafür, dass die ÖNORM B 2110 davon ausgeht:

- Die Selbstverständlichkeit, mit welcher Pkt 12.1.2 von der „Vergütung von vom AG zu tragenden Wiederherstellungen und Wiederinstandsetzungen an dem zu errichtenden Bauwerk“ spricht,
- Pkt 5.8 (siehe unten) räumt für den Fall des Untergangs der bereits erbrachten Leistung ein Kündigungsrecht ein.

Die Vergütung hat übrigens – soweit vorhanden – „nach vereinbarten Einheits- und Regiepreisen“ zu erfolgen.

Fraglich ist freilich, ob die 20%-Klausel (Pkt 7.4.4; siehe unten) anzuwenden ist – aus naheliegenden Gründen scheidet die 5%-Klausel (Pkt 7.4.5; siehe unten) aus.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der WU die Leistungsgefahr trägt (er muss also nochmals leisten), doch trägt der WB trotzdem die Preisgefahr (er muss also auch für die untergegangene Leistung zahlen). Zu beachten ist, dass ein Untergang vielleicht zugleich eine Vereitelung bewirkt: Soll ein historisches Gemäuer lediglich neu verputzt werden und stürzt dieses im Zuge der Arbeiten ein, so geht natürlich der bereits aufgebrauchte Verputz unter – gleichzeitig wird das Verputzen aber auch vereitelt. Auch die Verzögerung, die sich durch den Untergang zwangsläufig ergibt, kann dazu führen, dass der Vertrag einfach nicht mehr erfüllt werden kann, weil sich die Umstände inzwischen soweit verändert haben, dass von einer anderen Herstellung gesprochen werden muss.

Abschließend ist zu bemerken, dass die ÖNORM B 2110 auch an anderen Stellen als in Pkt 7.2, Kap 10.6 und Pkt 12.1 Bestimmungen trifft, die für die Gefahrtragung wesentlich sind.

2.4.2. Das Kündigungsrecht bei Untergang der Leistung des WU in Kap 5.8

Eine Regelung, die die allgemeine Regelung der Gefahrtragung ändert, findet sich in Kap 5.8 („Rücktritt vom Vertrag“). Dort lautet es unter Pkt 5.8.1 („Allgemeines“ zu „Rücktritt vom Vertrag“): „Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären: 1) bei Untergang der bereits erbrachten Leistung; [...]“.

Geht dessen Vorstadium oder das fertige Werk noch vor der Übergabe unter, so kann also jeder der Vertragspartner den Bauwerkvertrag kündigen (dazu, dass es sich bei dem, was die ÖNORM B 2110 als Rücktritt bezeichnet, um eine Kündigung handelt, siehe oben). Dabei spricht die ÖNORM B 2110 wohl nur jene Fälle an, in denen die Errichtung des Werks noch möglich ist (es sich also nicht um eine Vereitelung handelt), weil ein Wahlrecht, das offensichtlich eingeräumt werden soll, dann keinen Sinn mehr macht, wenn ein Festhalten am Vertrag sinnlos ist.

Ob eine der Vertragsparteien den Vertrag tatsächlich kündigt, hängt natürlich wesentlich von den Erwartungen über das ökonomische Ergebnis ab.

Gemäß Pkt 12.1.1 hat der WU „im Falle der Beschädigung oder Zerstörung Anspruch auf das vereinbarte Entgelt für die bisher erbrachten Leistungen [und] auf Vergütung der zur allfälligen Wiederherstellung erforderlichen Leistungen“, wenn der WB die Gefahr trägt. Hat der WU in der Zeit bis zum Untergang erkannt, dass der Vertrag für ihn ökonomisch nicht profitabel ist,

so wird er das eingeräumte Kündigungsrecht ausüben. Hat der WB hingegen erkannt, dass das vereinbarte Entgelt überhöht ist, so wird er kündigen, wenn ihm die faktischen Umstände (also zB die zeitliche Dringlichkeit) dies gestatten. Dazu noch eine Anmerkung am Rande: Sollte der WU zur Erkenntnis gelangen, dass der Vertrag für ihn unerwünscht ist, so hat er wohl hohes Interesse an einem Untergang, weil er den Vertrag dann durch Kündigung beenden kann. Für den WB gilt dies natürlich spiegelverkehrt.

Schließlich sei erwähnt, dass das Kündigungsrecht wohl nur entsteht, wenn alle vom WU bis dahin erbrachten Leistungselemente restlos untergegangen sind – die ÖNORM B 2110 spricht nämlich unter Verwendung eines bestimmten Artikels im Singular vom „*Untergang der bereits erbrachten Leistung*“. Es wäre auch tatsächlich nicht einzusehen, weshalb jeder beliebige „Unfall“ (Untergang bloß eines einzelnen Leistungselements) beiden Parteien ein Kündigungsrecht verschaffen sollte.

2.4.3. Entgelt für Sicherungen der eigenen Arbeit gemäß Pkt 6.2.3

Eine höchst unklare Regelung zur Gefahrtragung findet sich in Pkt 6.2.3 („Nebenleistungen“).

Nebenleistungen sind „*verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen sind, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind, jedoch nur insoweit, als sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind und mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen*“,⁴² deren Erbringung gemäß Pkt 6.2.3 „*mit den vereinbarten Preisen [...] abgegolten*“ ist.

Die zwölfte der dann exemplarisch aufgezählten Nebenleistungen sind „*übliche Sicherungen der eigenen Arbeiten, z. B. gegen schädliche Witterungs- und Temperatureinflüsse, Beseitigung von Tagwasser*“.

Dies lässt sich wohl nur so verstehen, dass besondere – also unübliche – „*Sicherungen der eigenen Arbeiten*“ nicht als Nebenleistungen anzusehen sind. Gesichert werden die Ergebnisse der eigenen Arbeit des WU aber von diesem nicht im Interesse des WB, sondern aus Eigeninteresse, weil ja er die Gefahr der zufälligen Verschlechterung trägt. Legt man die Regelung also dahingehend aus, dass „unübliche Sicherungen“ vom WB zu bezahlen sind, weil sie eben keine „einzurechnende“ Nebenleistung sind, so ist das Ergebnis seltsam: Nimmt das hergestellte Vorstadium des zu errichtenden Werks durch irgendein Ereignis zufällig Schaden, weil der WU bloß die „üblichen Sicherungen“ besorgt hat, so trifft

dies den WU. Verhindert der WU den Eintritt dieses Schadens durch „unübliche Sicherungen“, so hat der WB für diese Kosten aufzukommen – womit er der von dem Ereignis Betroffene ist.

Die Regelung schafft sicher einen Anreiz für den WU, das Werk zu retten – mit den Regelungen der Gefahrtragung steht sie aber in Widerspruch. Sie ist als offensichtliches Redaktionsversehen wohl unbeachtlich (die Regelung wurde erstmals 2009 in die ÖNORM B 2110 aufgenommen – es wurde damals versucht, möglichst viele, in mehreren Werkvertragsnormen immer wiederkehrende Bestimmungen zusammen zu fassen).

2.4.4. Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer

Pkt 12.4 („Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer“) regelt die Haftung für Schäden, deren Verursacher unbekannt ist, wenn mehrere WU beschäftigt werden. Diese haften „*für die in der Zeit ihrer Tätigkeit entstandenen Beschädigungen an übernommenen und nicht übernommenen Leistungen sowie am vorhandenen Baubestand (z. B. Schäden an Stiegenstufen, an Verglasungen, durch Ablaufverstopfungen, durch Verunreinigungen)*“.

Wohl der Umstand, dass Beschädigungen an nicht übernommenen Leistungen genannt werden, ist der Grund dafür, dass die Bestimmung in der Praxis auch so verstanden wird, dass damit nicht nur Schäden des WB, sondern auch die Schäden anderer WU abgedeckt werden. Die Bestimmung wird also „zugunsten Dritter“ ausgelegt, woraus sich natürlich eine Verpflichtung des WB ergäbe, Schäden, die WU durch unbekannte Verursacher an ihrer Leistung erleiden, zu ersetzen.

Nicht zu übersehen ist die Regelung in Pkt 12.1.1 („Gefahrtragung“), wonach die Bestimmungen zur Gefahrtragung nur „*unbeschadet der in 12.4 getroffenen Sonderregelungen*“ gelten. Für die Frage, ob die „*Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer*“ auch WU zu Gute kommen soll, ist daraus allerdings nicht zu gewinnen: Die Regelung ist wohl nur als Hinweis zu deuten, dass die allgemeine Gefahrtragung durchbrochen werden kann. Aus dem Umstand alleine, dass so eine Durchbrechung möglich ist, ist aber nichts zu gewinnen, weil diese Durchbrechung sowohl nur dem WB, als auch WB und WU gleichermaßen zu Gute kommen kann.

Solch eine Verpflichtung wäre ziemlich kompliziert zu administrieren: Was, wenn die Summe an Schäden, die Summe an „Bauschadenabzügen“, die nämlich mit 0,5% des jeweiligen Entgelts begrenzt ist, übersteigt? Was, wenn die Summe an „Bauschadenabzügen“ verbraucht ist, bevor sich ein weiterer Schaden zeigt? Was, wenn die zunächst erwartete Summe an „Bauschadenabzügen“ verbraucht wird, bevor einem der beitragenden WU der zulässige Freibeweis gelingt (womit sich der Gesamtbetrag reduziert)?

42 Begriffsdefinition 3.15.

Abgesehen von diesen praktischen Schwierigkeiten – die in der Baupraxis „irgendwie“ gelöst werden – widerspricht eine solche Auslegung aber der allgemeinen Gefahrtragungsregel. Und auch der Umstand, dass nach dem Wortlaut auch Schäden an noch nicht übernommenen Leistungen gedeckt werden, bedeutet nicht zwingend, dass auch Schäden von WU zu decken sind: Der WB kann nämlich durchaus verpflichtet sein, Schäden vor der Übernahme zu tragen – etwa dann, wenn eine Benutzung vor Übernahme gemäß Abschnitt 9 („Benutzung von Teilen der Leistung vor der Übernahme“) vereinbart wird. Oder viel praktischer: Geht eine Leistung, die noch nicht übernommen wurde, unter, so kann dies gemäß Pkt 12.1.1 den WB treffen, wenn der WU alle „notwendigen und zumutbaren“ Maßnahmen getroffen hat.

Am Rande sei hier vermerkt, dass die Haftung mit 0,5% des jeweiligen Entgelts begrenzt ist und dass sich ein WU „freibeweisen“ kann, wenn er etwa zum Zeitpunkt der Schädigung gar nicht auf der Baustelle anwesend war. Nach der Judikatur ist eine entsprechende Regelung ohne der Möglichkeit des Freibeweises sittenwidrig,⁴³ was aber wohl nicht richtig sein kann: Schließlich ist kein Grund ersichtlich, weshalb die WU nicht verpflichtet werden dürfen, anteilmäßig für die Prämie einer Vermögensschadenversicherung aufzukommen, was im Ergebnis genau dasselbe wie der Ausschluss eines Freibeweises ist – mit dem Anteil an der Prämie werden auch die Perioden „abgedeckt“, in welchen der einzelne WU gar keinen Schaden zufügen kann.

2.4.5. Einzelne Aspekte des Kalkulationsrisikos

2.4.5.1. Die 20%-Klausel gemäß Pkt 7.4.4 („Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung“)

Beim Standardtyp des Bauwerkvertrags, dem Einheitspreisvertrag, gibt der WB in seiner Ausschreibung die Mengen der einzelnen Leistungselemente im Leistungsverzeichnis vor – diese werden wohl auch Vertragsinhalt, wenn auch mit der Maßgabe, dass diese nur einen Richtwert darstellen und dass schließlich die Mengen zur Abrechnung gelangen, die tatsächlich ausgeführt werden. Kommt es schließlich zu gravierenden Mengendifferenzen, stellt sich die Frage, von wem die nachteiligen Folgen zu tragen sind: Werden weniger Mengen abgerechnet als ausgeschrieben, so kann der WU die „umgelegten“ Fixkosten nicht gänzlich „verdienen“ – werden jedoch mehr Mengen abgerechnet, so erzielt er

einen zusätzlichen Profit dadurch, dass er eine „Überdeckung“ der Fixkosten erwirtschaftet.

Die ÖNORM B 2110 sieht nun vor, dass die für die einzelnen Leistungselemente vereinbarten Preise („Einheitspreise“) so lange gelten, als die jeweiligen Mengen um nicht mehr als 20% von der Ausschreibung abweichen (die Berechnung erfolgt „positionsweise“, dh separat für jedes Leistungselement). Bei größeren Abweichungen kann die negativ betroffene Vertragspartei eine Anpassung verlangen, wobei sich diese ausschließlich aus der Mengendifferenz ergeben darf.⁴⁴

Mengenänderungen können aber auch aus anderen Gründen, als der „Fixkostenumlage“ zu unerwünschten Effekten führen: Bietet der WU für Ladenhüter, die er gerne loswerden möchte, einen besonders günstigen Preis an, so ergibt sich für ihn ein Problem, wenn er aufgrund einer Mengenerhöhung plötzlich davon noch zu einem momentan exorbitanten Preis zukaufen muss. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die 20%-Klausel in einer solchen Konstellation nicht anwendbar sein sollte. Immerhin hätte es ja der WB in der Hand gehabt, die richtige Menge auszuschreiben.

2.4.5.2. Die Nachteilsabgeltung gemäß Pkt 7.4.5

Dem WU räumt die ÖNORM B 2110 einen Ausgleich ein, falls die Abrechnungssumme „*durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung*“ weniger als 95 % der ursprünglich gemeinsam vorhergesehenen Summe beträgt und ihm dadurch ein Nachteil entsteht. Ausgeglichen werden soll wohl der kalkulierte Anteil der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen, auch wenn die ÖNORM B 2110 – in ihrer legislativ sicher mangelhaften Ausdrucksweise – vorsieht, dass dies bloß eine (von mehreren) Nachteilsabgeltung sei, die einvernehmlich vereinbart werden kann.

44 Vgl OGH 22.2.2000, 2 Ob 248/05t: „Die 20 % Klausel ist dazu vorgesehen, kalkulativer begründete Änderungen von Einheitspreisen, die allein durch Mengenänderungen bedingt sind, bei sonstiger Unverändertheit der Art der Leistung und Umstände der Leistungserbringung, gegenüber dem Vertragspartner durchzusetzen. Damit fallen alle Mengenänderungen, die mit einer Änderung der Art der Leistung oder einer Änderung der Umstände der Leistungserbringung untrennbar verbunden sind, aus dem Anwendungsbereich der 20 % Klausel heraus. Die 20 % Klausel ist nicht dazu da, das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, jedenfalls bei größeren Mengenabweichungen zu ändern. Sie ist auch nicht geeignet, eine Ungleichwertigkeit des Leistungsaustausches, die schon mit Vertragsabschluss begründet wurde, nachträglich zu korrigieren“ und OGH 27.4.2006, 2 Ob 248/05t: „Alle Mengenänderungen, die mit einer Änderung der Art der Leistung oder einer Änderung der Umstände der Leistungserbringung untrennbar verbunden sind, fallen daher aus dem Anwendungsbereich [...] heraus“.

43 OGH 25.2.1999, 6 Ob 320/98x, SZ 72/38; OGH 17.1.2001, 6 Ob 98/00f.

Resümee und Fazit

Die Regelungen der ÖNORM B 2110 zur Gefahrtragung erwecken den Eindruck, als hätten sich die Autoren nicht besonders tief-schürfend damit befasst. Tatsächlich dürfte es das Ergebnis des Prozesses sein, mit welchem ÖNORMen geschaffen werden: Die Beteiligten vertreten Partikularinteressen und hängen an bestehenden Texten – jede Neuerung wird mit Argusaugen betrachtet, ohne das Gesamt-bild zu sehen.

Das Ansinnen der ÖNORM B 2110 ist jedenfalls, die Grenze der Sphären so zu verschieben, dass die Sphäre des WU kleiner wird: Der WU soll seine Leistung erbringen, ohne sich um irgendwelche Risiken „außerhalb des Kerns“ zu kümmern. Der WU soll von einem „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ ausgehen.

Dieses Ansinnen ist gesamtwirtschaftlich im Sinne eines lauterer Wettbewerbs auch durchaus sinnvoll: Zumindest bei idealen Verhältnissen trägt nämlich sowieso der WB das Risiko von zufälligen Ereignissen, die von keiner der Vertragsparteien beeinflusst wer-

den können: Entweder der WU preist das Risiko in das angebotene Entgelt ein, womit es – wenn auch nur mittelbar – sehr wohl vom WB zu tragen ist, oder der WB trägt das Risiko unmittelbar selbst. Bildlich gesprochen: Entweder der WB bezahlt die Versicherungsprämie direkt an den Versicherer oder diese Prämie ist Teil des an den WU zu zahlenden Entgelts, weil eben dieser die Versicherung abschließt.

Durch die Risikoverlagerung werden auch unredliche Spekulationen einzelner WU verhindert, was im Endeffekt durchaus wiederum dem WB zu Gute kommen kann: Vernachlässigt ein WU ein Risiko bei seiner Preisbildung (bildlich: er schließt die entsprechende Versicherung nicht ab), so „überlebt“ er den Eintritt des Risikos vielleicht nicht. Dass der WB zunächst einen Vertrag mit einem (zu) niedrigen Entgelt abgeschlossen hat, rächt sich dann wohl, weil die Folgekosten, die der Wegfall seines Vertragspartners mit sich bringt, durchaus enorm sein können.