

Aktuelles aus dem Bau-Vertragsmanagement

ÖNORM B 2110 vs. ABGB Festpreise und veränderliche Preise

Vortrag von Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
16.02.2023

bw-b

Vortragender

- Bauwirtschaftlicher Gutachter in den Bereichen Bauwesen, Kalkulation sowie Bauvertrags-, Vergabe- und Nachtragsmanagement
- Vortragender in den vorgenannten Bereichen
- Prokurist der „Bauwirtschaftliche Beratung GmbH“
 - gail@bw-b.at
 - www.bw-b.com
 - 2380 Perchtoldsdorf, Salitergasse 26/2/2
 - Tel.: +43 1 86 99 680
 - Mobil :+43 676 7538768

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com
gail@bw-b.at

2

Agenda

- Rückblick
- Force Majeure - Höhere Gewalt
- Allgemeine Rechtsgrundlage
- (Bau-) Vertragstypen
- Unterschied Festpreis und veränderlicher Preis
- Generelles zur ÖNORM B 2110
- Leistungsabweichungen (ÖNORM B2110)
- Sphärenverteilung
- Literaturmeinungen
- Resümee
- Abschließender Ausblick

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

3

Rückblick

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

4

Preisanstieg (Inflation)

„Wir sind mitten in einer heftigen Inflation in Europa“

(Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Werner Sinn, Präsident a.D. des ifo Instituts; ÖAW Vortrag 10.03.2022)

Ursachen

- Zustandekommen des Preisanstieges durch unterschiedliche Umstände:
 - COVID-19 Pandemie
 - Lockdown
 - Quarantänemaßnahmen
 - Hafensperrungen in China
 - Energiepreisanstieg (Erdgas / Erdöl)
 - Bauboom (ca ab 2010)
 - Exzessive Staatsverschuldung
 - Kriegerische Auseinandersetzungen in der Ukraine

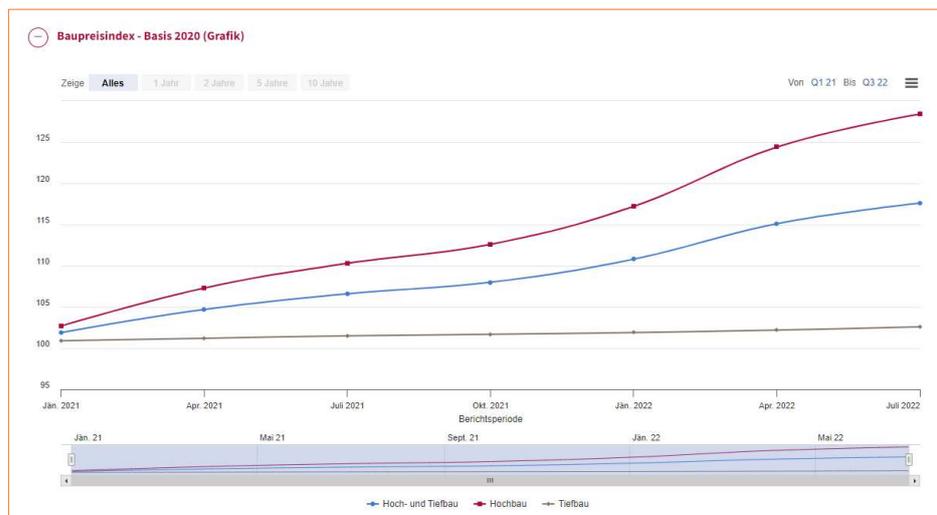
Auswirkungen

- Inflation erzeugt ein Güterhorten, was wiederum zu noch einer höheren Inflation führt, was wiederum zu noch mehr Güterhorten führt!
- Bei beschränktem Angebot aber unveränderter Nachfrage → Nachfrageüberhang, der automatisch zu Preissteigerungen führt
 - Etwa weil Firmen, die eine lange Warteschleife nach ihren Produkten sehen, nun Gewinn daraus schlagen möchten und die Preise erhöhen!
 - Angebot an Waren wird beschränkt (im Wesentlichen bei Zwischenprodukten)
 - Firmen fehlen Vorprodukte für die eigene Erzeugung
- Daraus folgen weltweite Lieferengpässe bei:
 - Stahl, Holz, Magnesium, Aluminium, Chips

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

7

Baupreisindex (01/2021 – 12/2022)

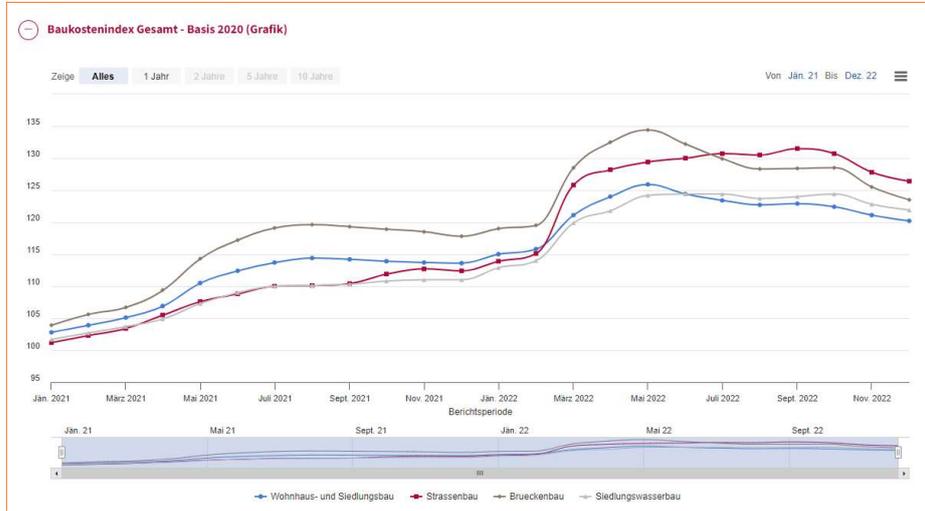


Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

8

Baukostenindex (01/2021 – 12/2022)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com
gail@bw-b.at

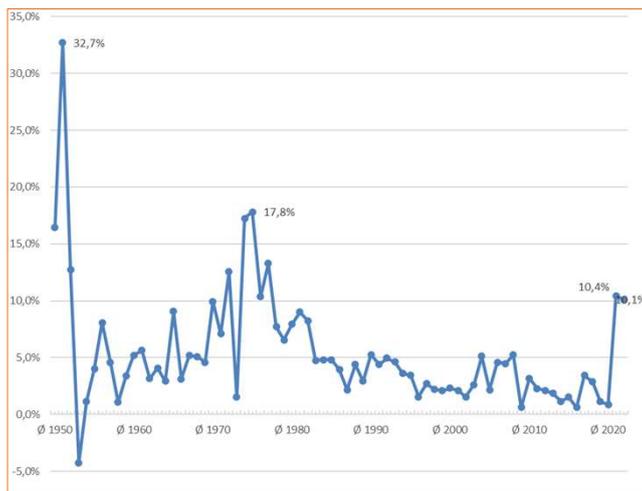


Quelle: Statistik Austria

9

Baukostenindex für den Wohnungsbau - Veränderung ab 1950 (Basis Mai 1945)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com
gail@bw-b.at



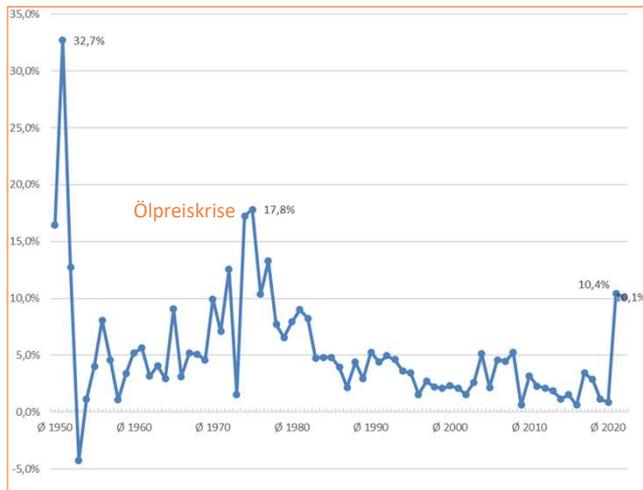
Werte immer im Vergleich zum Durchschnitt des Vorjahres gerechnet
zB: 1960 zu 1959
(prozentualer Zuwachs)

Quelle: Statistik Austria

10

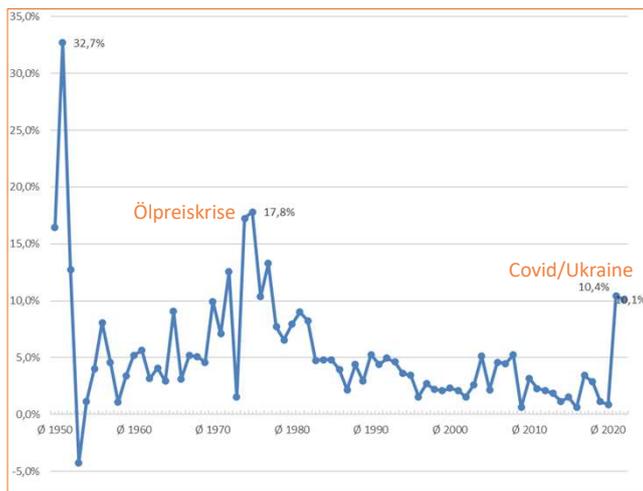
Baukostenindex für den Wohnungsbau - Veränderung ab 1950 (Basis Mai 1945)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at



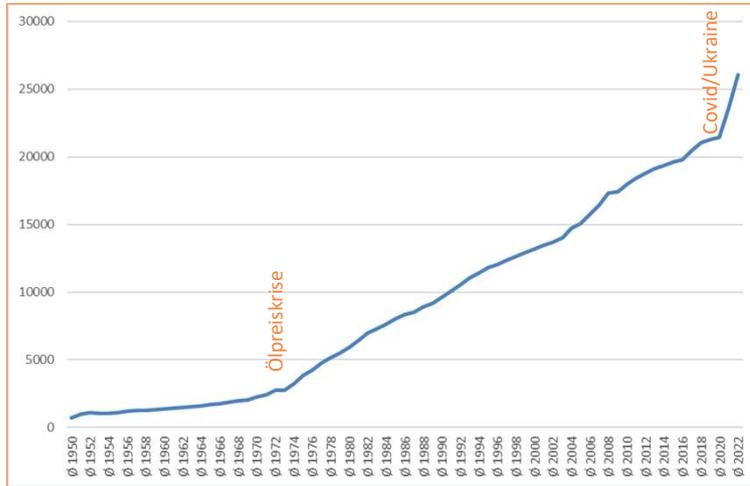
Baukostenindex für den Wohnungsbau - Veränderung ab 1950 (Basis Mai 1945)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at



Baukostenindex für den Wohnungsbau - Veränderung ab 1950 (Basis Mai 1945)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at



13

force majeure - Höhere Gewalt

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

14

Definition „force majeure“ – „Höhere Gewalt“

- *Höhere Gewalt ist ein von außen einwirkendes elementares Ereignis, das auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt nicht zu verhindern war, und so außergewöhnlich ist, dass es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist.* (Koziol, Haftpflichtrecht II²)
- *Höhere Gewalt ist ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis, das unvorhersehbar ist und selbst bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmers nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Unternehmer in Kauf genommen und vertreten werden muss.* (Karasek, ÖNORM B 2110³, Rz 1189)

- *Höhere Gewalt ist ein von außen einwirkendes ... → betriebsfremdes Ereignis*
 - Betriebsfremde Ereignisse sind Katastrophen, Streik, Auswirkungen von kriegerischen Ereignissen und damit verbundenen Materialverknappungen udgl.
Sie treffen jedermann (Hochwasser macht auch vor anderen nicht halt).
- *... unvorhersehbar ... → nicht vorhersehbare Ereignisse sind Witterung und Naturereignisse, aber auch Streik, Auswirkungen von kriegerischen Handlungen (zB Lieferschwierigkeiten oder Materialverknappung) udgl. Auch die COVID-19-Pandemie.*
- Unterscheidung ob ÖNORM-Vertrag oder ABGB-Vertrag relevant

Allgemeine Rechtsgrundlagen

Allgemeine Rechtsgrundlagen

- Allgemeine Rechtsgrundlage ist
 - Das ABGB
 - Sonderrechte für Unternehmer im UGB
 - Sonderrechte für Konsumenten im KSchG
- Entspricht der sogenannten „gesetzliche Normallage“
- Man unterscheidet
ZWINGENDES ↔ DISPOSITIVES Recht (= Vertragsfreiheit)
- Werkvertragsrecht grundsätzlich dispositiv (dh Regelungen im Bauvertrag von den Vertragspartnern grundsätzlich frei vereinbar)
 - Wichtige Ausnahme: § 1170b, § 879, § 864 ABGB, KSchG
- ÖNORM B 2110 ist eine allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) die für ihre Geltung zu vereinbaren ist! Das gilt auch für die ÖN B 2118 bzw RVS 10.01.11 aber auch für die Werkvertragsnormen der Serie B 22xx und H 22xx!

Prinzip der Privatautonomie

- Werkvertragsrecht ist durch das Gesetz iW nicht eingeschränkt (gesetzliche Normallage ist weitgehend dispositiv); es gilt:
 - Abschlussfreiheit
 - Formfreiheit (mündlich, schriftlich oder eine strengere Form; Einschränkungen nur für wenige Vertragsarten – zB Ehevertrag, Immobilien)
 - Gestaltungsfreiheit (mit Einschränkungen)
 - Beendigungsfreiheit (für Verträge die für unbestimmte Laufzeit gelten; irrelevant für Bauwerkverträge; sie sind im Zweifel innerhalb angemessener Frist zu beenden)

Voraussetzung für einen gültigen Vertrag

- persönliche Fähigkeit
- übereinstimmend erklärter Wille
- die Möglichkeit und Erlaubtheit des Inhalts (Grenzen der Privatautonomie)
- wenn vorgeschrieben eine bestimmte Form

Übereinstimmender Wille (1/2)

- Kommt idR durch rechtzeitige Annahme eines Offerts (Angebot) zustande
- Rechtzeitig = innerhalb der Bindungsfrist an das Angebot („zum Angebot stehen müssen“)
- Keine Angebotsbindung besteht für den Offerenten wenn
 - nach Ablauf einer vereinbarten Frist (Zuschlagsfrist gem Ausschreibung oder Bindungsfrist lt Angebot (Unser Angebot gilt bis zum ...))
 - Im Zweifelsfall, also wenn nichts geregelt ist, nach Ablauf einer angemessenen Frist
 - Bei einem „freibleibenden“ Angebot (Angebot freibleibend)
- Ein nicht gelesener Vertrag kann wegen Irrtum nicht bekämpft werden.
 Unternehmer: Achtung bei vom Angebot abweichenden Schlussbriefen, neuen Vertragsurkunden kurz vor Vertragsabschluss etc.

Übereinstimmender Wille (2/2)

- Mündliche Angebote müssen sofort zugeschlagen werden
- Stillschweigende Annahme möglich (konkludente Handlung)
- Solange verhandelt wird → keine Willensübereinkunft
 - Achtung: neue Umstände die während der Verhandlungsdauer eintreten sind vor Vertragsabschluss geltend zu machen

EXKURS: Kollidierende AGB

- Mitunter können AGB kollidieren, wenn im Zuge des Vertragsabschlusses beide Teile auf ihre eigenen AGB verweisen.
- Der „Theorie des letzten Wortes“ folgend, kommen jene AGB zum Zug, die dem letzten Angebot oder Gegenangebot vor Vertragsabschluss zugrunde lagen. Abwehrklauseln versuchen oftmals das zu verhindern.
- Die „Theorie des ersten Wortes“ wird verfolgt, indem schon im Erstante Angebot oder in der Ausschreibung klargestellt wird, dass ein späteres Gegenangebot der anderen Seite ungültig ist, wenn es auf andere AGB verweist.
- Es kann Unterschiede zwischen Ausschreibung und Angebot geben. Weicht das Angebot von den Bedingungen der Ausschreibung ab, gilt grundsätzlich das „letzte Wort“, somit das Angebot. In all diesen Fällen können „Schutzklauseln“ in AGB vor Überraschungen schützen (zB: *„Abweichende Bedingungen im Angebot bedürfen zu ihrer Geltung der ausdrücklichen Zustimmung“*).

Grenzen der Privatautonomie

Voraussetzung für einen gültigen Vertrag ist ua die Möglichkeit und Erlaubtheit des Vertragsinhaltes – das sind die Grenzen der Privatautonomie

- Verstoß gg die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot (§ 879 (1) ABGB)
- gröblich benachteiligende Klausel in AGB oder Vertragsformblätter (§ 879 (3))
- versteckte Klausel in AGB oder Vertragsformblätter (§ 864a)
- Führt die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nicht zum Ausschluss der beanstandeten Bestimmung, dann beginnt die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB.
- (Sittenwidrigkeit oder) gröbliche Benachteiligung kann dann unterstellt werden, wenn Risiken überwältigt werden, die sich der Kalkulierbarkeit entziehen. Es wird darauf ankommen, ob das Risiko mit einer vernünftigen, also objektivierbaren Erwartungshaltung noch vorhersehbar ist.
- Eine Vertragswidrigkeit kann durch eine Klausel die derjenige geschaffen hat der die Vertragswidrigkeit begeht nicht saniert werden
- Beurteilung der Sittenwidrigkeit/Benachteiligung grundsätzlich nur für den Einzelfall möglich. Kriterien sind ua Sinn und Zweck der Gesetzsetzung!

Inhalts- und Geltungskontrolle

- *§ 879 (1): Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.*
- *§ 879 (3): Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.*
- *§ 864a: Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.*

Details

- Eine solche gröbliche Benachteiligung ist nach dem OGH dann gegeben, wenn *die AGB des Auftraggebers ein unkalkulierbares und nach oben hin unbegrenztes Baugrundrisiko auf den Auftragnehmer abwälzen, sodass im Ergebnis zwischen der geschuldeten Leistung des Auftragnehmers und dem hierfür bezahlten Entgelt ein auffallendes Missverhältnis droht* (vgl OGH 10.09.1997, 7 Ob 2382/96, ecolex 1998, 204)
- Um Missverständnissen von vornherein zu begegnen: Keinesfalls darf generalisierend die Meinung vertreten werden, dass alle Bedingungen, die ungünstig sind, auch automatisch sittenwidrig oder gröblich benachteiligend sein müssen. Das gilt insbesondere für besondere übernommene Risiken (zB Übernahme des Baugrundrisikos ist per se nicht sittenwidrig).
- Kritisch sind Klauseln die Ansprüche ohne sachlichen Grund abwehren (zB *unsachlich kurze Fristen*) oder den Anspruch erschweren wollen (zB *jede einzelne Behinderung ist umfassend zu dokumentieren*), die die Folgen eigenes Fehlverhalten auf den Vertragspartner abwälzen wollen (*ungeachtet des Grundes, hat der AN Mehrkosten zufolge Verlängerung bis zu 3 Monate selbst zu tragen*) udgl

Formerfordernis

- Für Bauwerkverträge grundsätzlich keine, jedoch ist auf Individualbestimmungen zu achten:
- Sieht das Auftragschreiben vor, dass Abänderungen und Ergänzungen dieses Auftragschreibens zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedürfen und dies (auch) für den Fall einer Vereinbarung des Abgehens von der Schriftform gilt, kann nach dem sehr strengen Maßstab des § 863 ABGB ("kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln") aus dem Umstand allein, dass eine mündliche Vereinbarung mit Handschlag bekräftigt wurde, nicht mit der erforderlichen Sicherheit abgeleitet werden, dass man sich über ein Abgehen vom Schriftformerfordernis geeinigt habe.
- OGH 23. 4. 2008, 7 Ob 35/08k, ecolex 2008/257 (728).

(Bau-) Vertragstypen

Vertragstypen

- Bauvertrag ist ein Werkvertrag über einzelne Prototypen
- Der AN schuldet einen Erfolg (BAU-SOLL) zu einem vereinbarten Preis für ein Werk, das erst nachfolgend errichtet wird
- Leistungsbeschreibung erfolgt meist vom AG
- Unsicherheiten im Kostenverzehr weil
 - Umstände der Leistungserbringung oft wenig bekannt sind
 - das Ausschreibungs-LV keine oder unzutreffende Angaben enthält
 - die Leistungsfähigkeit falsch eingeschätzt wird
 - usw
- Daraus entwickelt sich – auch – die Problemstellung Kalkulationsrisiko und Dispositionsrisiko (als AN-Risiko) versus Beschreibungsrisiko und Koordinationsrisiko (als Risiko des AG)

Im Bauwesen übliche Vertragsarten

- Einheitspreisvertrag basiert auf einem konstruktiven Leistungsverzeichnis
 - als unverbindlicher Kostenvoranschlag iSd § 1170a (2) ABGB
 - Regelfall, wenn das LV vom AG vorgegeben ist!
 - als verbindlicher Kostenvoranschlag iSd § 1170a (1) ABGB
- Pauschalvertrag
 - auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung = Globalpauschalvertrag
 - auf Basis einer konstruktiven Leistungsbeschreibung = Detailpauschalvertrag (auch unechter Pauschalvertrag genannt)
- Viele Sonder- und Mischformen; Vertragstypen eventuell durch Garantien überlagert
 - Vollständigkeitsgarantie / Mengengarantie / ...

Zum Kostenvoranschlag (KV) (= Einheitspreisvertrag) Verbindlicher Kostenvoranschlag

§ 1170a ABGB

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

- Jedenfalls bedeutsam, wenn Leistungsbeschreibung und Preis vom Unternehmer kommt!
- Die Möglichkeit zur Abwehr bzw. Durchsetzung einer Mehrkostenforderung wird durch die Risikoordnung festgelegt
 - Ein verbindlicher KV wälzt das Baugrundrisiko (= beigestellter Stoff; Risiko des beigestellten Bestandes) nicht auf den AN ab
- Allerdings: Die Kosten (Preis) erklärt der Bieter als verbindlich → Endsumme des KV wird Vertragsbestandteil → Feststellung des Umfanges der „veranschlagten Arbeiten“ (= BAU-SOLL) notwendig

Unverbindlicher Kostenvoranschlag (1/2)

§ 1170a ABGB

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

- Anzeige beträchtlicher Erhöhungen (10%-15%) durch den AN → die Anzeige sichert dem AG unter Umständen ein Rücktrittsrecht (Rücktrittsrecht ergibt sich nicht bei jeder Ursache als Grund für eine Kostenüberschreitung – %)

Unverbindlicher Kostenvorschlag (2/2)

- ev. hat eine fehlende Ankündigung keine nachteiligen Folgen für den AN
 - Grundsatz in der Judikatur: Wenn die Änderung die zu den Mehrkosten führt, nicht zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen würde; das ist der Fall, wenn die Umstände für die Mehrkosten in der AG-Sphäre liegen
 - OGH 14.4.1999, 9 Ob 66/99t: Keine Warnpflichtverletzung, weil AG seine Eigenleistung nur eingeschränkt erbrachte und Zusatzaufträge erteilte
 - OGH 7.4.2000, 7 Ob 67/00d: Beigestellter Gleisschotter war stark verunreinigt; Verzögerung fällt nicht in die AN-Sphäre (siehe auch § 1168 ABGB)
- Nach erfolgter Anzeige: Vergütungspflicht durch AG od. Rücktritt des AG
- Verfristungsklauseln sind in vielen Verträgen zu finden! Sachliche Regelungen (wegen der Kostensteuerung) sind mE zulässig u nicht sittenwidrig.
Eine Anmeldung von Mehrkosten und Fristveränderung stellt eine formale Anspruchsgrundlage dar!

Exkurs **KSChG** - Verträge mit Verbrauchern

- Nach § 5 Abs 2 KSChG: ist ein Kostenvorschlag gegenüber Verbrauchern stets verbindlich, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt ist.
- Nach § 6 Abs 1 Ziffer 5 KSChG: steht dem Unternehmer kein höheres als das bei Vertragsabschluss vereinbarte Entgelt zu
(außer ausdrücklich im Vertrag sachlich geregelt)

Einheitspreisvertrag

- Ist wie ein Kostenvoranschlag zu behandeln; kann daher ein
 - verbindlicher oder
 - unverbindlicher KV sein.
 - Im Zweifelsfall gilt: Wenn die Angaben die der Kalkulation dienen vom AG kommen (das ist das LV u Mengenangaben) besteht ein unverb. KV!
 - Abrechnung nach tatsächlich ausgeführten Mengen; beim verb. KV ist die Abrechnungssumme „gedeckt“ (für die „vereinbarten Arbeiten“)
- Einheitspreis ist jedenfalls verbindlich
 - Einheitspreisisiko trägt der AN; EHP ist wie „kleine Pauschale“
- Aber: Grenzen der Bindung an den EHP
 - Änderung der Umstände der Leistungserbringung
 - Bsp. Schalung bei Raumhöhe > 3,20m
 - EHP für Künnettenaushub; weitere Position: ...lfm händisches Freilegen eines längsführenden Kabels.
 - Mengenänderungsklausel in der ÖN B 2110 (20%-Klausel)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

35

Pauschalvertrag

- Pauschalpreisvereinbarungen stellen sich mitunter als sehr komplex dar. Das auch deshalb, weil ihre Zuordnung mitunter nicht ganz einfach ist.
- Versuch einer Gliederung:
 - Echter Pauschalvertrag
 - Detailpauschalvertrag
 - Globalpauschalvertrag
 - Unechter Pauschalvertrag = zu behandeln wie ein verbindlicher Kostenvoranschlag (dh mit Abrechnung!)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

36

Grundsatz: Bindung an den Pauschalpreis

- Der Auftraggeber und der Auftragnehmer sind an einen vereinbarten Pauschalpreis gebunden. Das ist das Wesen eines Pauschalvertrages. Es erfolgt keine detaillierte Abrechnung. Als Vergütung steht die Pauschale zu, nicht mehr aber auch nicht weniger
- Leitsatz 1 (OGH 19. 12. 2001, 9 Ob 242/01f, bbl 2002/68): Pauschalpreisvereinbarungen sind auch bei erheblicher Über- oder Unterschreitung der Kosten der übernommenen Arbeiten grundsätzlich verbindlich.
- Leitsatz 2 (OGH 29. 8. 2006, 5 Ob 151/06a, bbl 2007/25): Pauschalpreisvereinbarungen sind auch bei erheblicher Unterschreitung der Kosten der übernommenen Arbeiten grundsätzlich verbindlich (hier: (Glas-) Fassadenausbildung).

Pauschalpreis und zusätzliche Leistungen (Leistungsänderungen)

- OGH 15. 7. 1997, 1 Ob 192/97k
- Pauschalpreisvereinbarungen sind auch bei erheblicher Überschreitung oder Unterschreitung der Kosten der übernommenen Arbeiten grundsätzlich verbindlich. Kommt es aber nachträglich zu Änderungen des vereinbarten Leistungsinhalts, so wirken sich diese auf die Höhe des Pauschalpreises aus. Der Besteller schuldet für die in Abänderung des Vertragsinhalts zu erbringenden Mehrleistungen ein angemessenes Entgelt, das nicht schon im *Pauschalpreis* inbegriffen ist. Der *Pauschalpreis* gilt demnach idR nur für die vertraglich vereinbarten Leistungen, nicht aber für jene, die in Abänderung des Vertrags später vereinbart wurden. Es entspricht dem Willen redlicher Vertragsteile, dass vom Preis der Zusatzleistungen jener Anteil des Pauschalpreises abgezogen wird, der auf die dadurch ersparten ursprünglich vereinbarten Leistungen entfällt.

Unterschied Festpreis und veränderlicher Preis

Preisarten – Festpreis

- Ein Festpreis ist ein Preis, der ohne Rücksicht auf etwa eintretende Änderungen der Kostengrundlagen (zB Kollektivvertragslöhne, Materialpreise, soziale Aufwendungen) unveränderlich bleibt.
- § 2 Z 26 lit c BVerG:
 - *Festpreis ist ein Preis, der auch beim Eintreten von Änderungen der Preisgrundlage (wie insbesondere Kollektivvertragslöhne, Materialpreise) für den vereinbarten Zeitraum unveränderlich bleibt.*

Preisarten – Veränderlicher Preis

- Ein veränderlicher Preis ist ein Preis, der bei Änderungen vereinbarter Grundlagen unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden kann.
- § 2 Z 26 lit c BVerG:
 - *Veränderlicher Preis ist der Preis, der bei Änderung vereinbarter Grundlagen geändert werden kann.*

Preisarten – Risikotragung

- Festpreis
 - Kostensicherheit für den AG
 - Festpreiszuschlag = Abgeltung des Risikos möglicher Kostenveränderungen
- veränderlicher Preis
 - (weitgehender) Risikoausgleich

Geltung von Festpreisen bzw veränderlichen Preisen

- Vorrangig gilt die vertragliche Vereinbarung
 - öffentlicher AG → muss sich ans BVerG halten
 - § 29 Abs 5 Satz 2 BVerG: *Der Zeitraum für die Geltung fester Preise darf grundsätzlich zwölf Monate nicht übersteigen.*
 - privater AG → Vertragsautonomie
- Ohne ausdrücklicher individueller vertraglicher Vereinbarung
 - Grundsätzlich Festpreise bei ABGB-Vertrag
 - Bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110 (B 2118) → Regel für Zweifelsfall

Regelung ÖNORM B 2110

- Generelle Regel für den „Zweifelsfall“

6.3.1 Festpreise und veränderliche Preise

6.3.1.1 Sofern aus dem Vertrag nicht erkennbar ist, ob Festpreise oder veränderliche Preise vereinbart sind, gelten

- 1) Leistungen, die nach dem Vertrag innerhalb von 6 Monaten nach Ende der Angebotsfrist zu beenden sind, als zu Festpreisen abgeschlossen,
- 2) Leistungen auch dann als zu Festpreisen abgeschlossen, wenn im Vertrag keine Leistungsfrist vereinbart ist und die Leistungen innerhalb von 6 Monaten nach Ende der Angebotsfrist beendet werden,
- 3) alle übrigen Leistungen als zu veränderlichen Preisen abgeschlossen.

Ist keine Angebotsfrist vorgesehen, beginnt die in 1) und 2) angegebene Frist mit dem Datum des Angebotes zu laufen.

- Die Klausel sagt aber nicht: „6 Monate Festpreise, danach veränderliche Preise“

Regelung ÖNORM B 2110

- Maßgebend ist die Frist von 6 Monate ob
 - veränderliche Preise oder
 - Festpreise gelten.
- Eine zeitliche Trennung sieht die ÖNORM B 2110 nicht vor (*6 Monate Festpreise, danach veränderliche Preise*)
- Weiters setzt die ÖNORM B 2110 die ÖNORM B 2111 in Kraft (5.1.1)
- Es gelten Normen in jener Fassung, die zum Zeitpunkt des Beginnes der Angebotsfrist (bzw Datum des Angebote) Gültigkeit hatten (5.1.3)

Anpassung von Festpreisen bei Verlängerung

6.3.1.2 Wird bei Verträgen mit Festpreisen die vertraglich festgelegte Leistungsfrist aus Gründen, die der AN nicht zu vertreten hat, überschritten, sind jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen.

Kann aus den Vertragsbestandteilen keine sachlich zutreffende Preisbasis für die Umrechnung ermittelt werden, so ist die Mitte des Zeitraumes zwischen dem Ende der Angebotsfrist und dem vertraglichen Fertigstellungstermin als solche anzusetzen. Ist keine Angebotsfrist festgelegt, tritt an ihre Stelle das Datum des Angebotes.

- Preisbasis „Mitte des Zeitraum“ führt zu ungerechtfertigten Ergebnissen (Arg.: Lohn erzeugt eine sprungfixe Veränderungslinie)
- Sachlich zutreffende Preisbasis kann dann nur irgendein nach Leistungssummen gewichteter Durchschnittswert sein
- ÖNORM B 2110 setzt eine Preisumrechnung nach B 2111 in Gang
- ALTERNATIV: Mehrkosten aus geänderten Umständen der Leistungserbringung (Abschnitt 7. ÖNORM B 2110)

Begriffe gemäß ÖNORM B 2111

- 3.5 Preisumrechnungsgrundlagen

Unterlagen (Indizes, Empfehlungen des Bundesministeriums für Finanzen (BMF) für die Berücksichtigung von Kostenveränderungen auf dem Lohnsektor, Bekanntgaben der Unabhängigen Schiedskommission beim Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA), Preislisten, objektbezogene Warenkörbe u. dgl.), von denen ausgehend die Veränderungsprozentsätze für die Umrechnung der veränderlichen Preise ermittelt werden

- Wertmesser für die Veränderung der Kosten und maßgebend für die Umrechnung der Vertragspreise
- Richtige Wahl der PUG ist ua maßgebend für eine zutreffende Anpassung der Vergütung
- Mögliche PUG im Anhang zur ÖNORM B 2111 aufgezählt

Preisumrechnungsgrundlage gemäß Anhang B ÖNORM B 2111

- nicht objektbezogene PUG sind Indizes von
 - Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit; zB:
 - Index für Baugewerbe oder Bauindustrie
 - Index für Gas- und Wasserinstallationen
 - Statistik Austria; zB:
 - Baukostenindex für den Wohnhaus- und Siedlungsbau
 - Baukostenindex für den Straßenbau
- nicht als Indizes aber als (nicht objektbezogene) PUG gelten
 - Finanzministeriumsempfehlung
 - Beschlüsse der Unabhängigen Schiedskommission im BMWA

Beispiel Baukostenveränderungen

Indexansicht: „Schlosser - Konstr.Stahlbau – Gewerbe“

Werte **unverkettet** | verkettet

Basisjahre: Jänner 2000 = 100 | Dezember 2010 = 100 | Dezember 2015 = 100 | Dezember 2020 = 100 (dunkel hinterlegt)

Jahr		Jan	Feb	Mär	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dez
2015	Lo	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24	113,24
	So	86,84	85,58	85,91	85,67	86,37	85,99	85,31	85,31	83,48	81,55	79,43	76,95
2016	Lo	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40	101,40
	So	98,12	96,41	94,76	98,27	104,06	109,84	108,51	105,10	107,11	107,63	110,59	115,88
2017	Lo	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78	102,78
	So	122,45	124,59	125,46	124,98	123,97	120,76	118,45	121,50	123,92	127,92	129,02	129,46
2018	Lo	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39	105,39
	So	131,12	133,61	134,10	135,18	134,73	134,13	134,11	135,61	136,03	136,21	135,57	134,50
2019	Lo	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66	108,66
	So	132,65	127,78	126,69	127,88	124,78	123,56	121,74	120,76	118,64	116,78	115,28	115,21
2020	Lo	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20	111,20
	So	114,26	114,64	115,42	115,17	115,12	111,91	111,38	110,94	112,04	112,49	117,19	122,57
2021	Lo	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45	101,45
	So	113,18	121,67	126,03	136,97	161,78	185,79	193,07	194,64	187,89	177,50	171,03	168,15
2022	Lo	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44	104,44
	So	165,09	164,71	195,68	226,53	223,80	202,83	183,49	174,41	170,56			

Anwenderhinweis:
Verkettungsfaktoren
beachten

Quelle:
Wirtschaftskammer
Österreich
preisumrechnung.at

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

49

Baukostenindex

Jahr / Monat	Lohn	Veränderung in % gegenüber dem		Sonstiges	Veränderung in % gegenüber dem		Insgesamt	Veränderung in % gegenüber dem		
		Vormonat	Vorjahresmonat		Vormonat	Vorjahresmonat		Vormonat	Vorjahresmonat	
2021	1	101,0	0,5	2,0	104,6	3,5	4,5	102,8	1,9	3,3
	2	101,0	0,0	2,0	106,8	2,1	6,7	103,9	1,1	4,4
	3	101,0	0,0	2,0	109,1	2,2	9,2	105,1	1,2	5,6
	4	101,0	0,0	2,0	112,7	3,3	12,6	106,9	1,7	7,4
	5	102,6	1,6	2,1	118,1	4,8	18,5	110,5	3,4	10,3
	6	102,6	0,0	2,1	122,0	3,3	22,7	112,4	1,7	12,4
	7	102,6	0,0	2,1	124,4	2,0	25,2	113,7	1,2	13,7
	8	102,6	0,0	2,1	125,9	1,2	26,4	114,4	0,6	14,2
	9	102,6	0,0	2,1	125,5	-0,3	25,9	114,2	-0,2	14,0
	10	102,6	0,0	2,1	124,9	-0,5	24,8	113,9	-0,3	13,4
	11	102,6	0,0	2,1	124,4	-0,4	23,9	113,7	-0,2	13,1
	12	102,6	0,0	2,1	124,2	-0,2	22,8	113,6	-0,1	12,6
Ø	102,1		2,1	118,6		18,6	110,4		10,4	
2022	1	103,2	0,6	2,2	126,5	1,9	20,9	115,0	1,2	11,9
	2	103,2	0,0	2,2	128,0	1,2	19,9	115,8	0,7	11,5
	3	103,2	0,0	2,2	138,4	8,1	26,9	121,1	4,6	15,2
	4	103,2	0,0	2,2	144,1	4,1	27,9	124,0	2,4	16,0
	5	106,0	2,7	3,3	145,0	0,6	22,8	125,9	1,5	13,9
	6	106,0	0,0	3,3	142,2	-1,9	16,6	124,4	-1,2	10,7
	7	106,0	0,0	3,3	140,1	-1,5	12,6	123,4	-0,8	8,5
	8 ⁷⁾	106,0	0,0	3,3	138,8	-0,9	10,2	122,7	-0,6	7,3
	9 ⁷⁾	106,0	0,0	3,3	138,9	0,1	10,7	122,7	0,0	7,4

Quelle: Baukostenindex für den
Wohnhaus- und Siedlungsbau -
Gesamtbaukosten der Statistik
Austria

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

50

Objektbezogene Preisumrechnungsgrundlage

- Neben den nicht objektbezogenen PUG gemäß Anhang B der ÖNORM B 2111 besteht die Möglichkeit einer objektbezogenen PUG
- objektbezogene PUG sind
 - individuell erstellte Warenkörbe
 - Mittellohnpreis (praktisch nie als PUG verwendet)

Generelles zur ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110

- Ist eine Vertragsnorm (gilt wie AGB)
- Muss für ihre Geltung (ausdrücklich) vereinbart sein; ob sie stillschweigend gilt, ist eine Auslegungsfrage im Einzelfall
- Basishorm für den bauwirtschaftlichen Mustervertrag
- Sonderregelungen für Verbraucher sind mit HINWEIS KSCHG gekennzeichnet

5.3 Geltung bei Verbrauchergeschäften

Wird die vorliegende ÖNORM einem Verbrauchergeschäft im Sinne des KSchG zu Grunde gelegt, sind jene Bestimmungen zu beachten, die als **HINWEIS KSCHG** einzelnen Abschnitten dieser ÖNORM zugeordnet sind.

- Beispiel - Hinweis zum Rücktritt vom Vertrag (5.8.1 lt Abs ÖN B 2110)

HINWEIS KSCHG:

Bei Verbrauchergeschäften ist ein Rücktritt des AN gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 KSchG nur zulässig, sofern dieser entweder im Einzelnen ausgehandelt wurde oder andernfalls durch die Ursache der Behinderung sachlich gerechtfertigt ist.

Der Aufbau der ÖNORM B 2110 - Abschnitte

- 1. Anwendungsbereich
- 2. Verweisungen
- 3. Begriffe
- 4. Verfahrensbestimmungen
 - Hinweise für die Ausschreibung und das Angebot
 - vorvertragliche Rechte & Pflichten
 - Interpretationshilfe
- 5. – 12 .Vertragsbestimmungen
 - nur dieser Teil ist dazu bestimmt Inhalt eines Vertrages zu werden

Leistungsabweichungen (Regime ÖN B 2110)

Leistungsänderungsrecht – ABGB

- Allgemein kennt das ABGB kein Leistungsänderungsrechts des Bestellers (AG) nach Vertragsabschluss. Hierfür bedarf es einer konkreten Vereinbarung.
- Ausnahmen:
 - Die Prüf- und Warnpflicht in § 1168a ABGB enthält aber eine gewisse Anordnungsbefugnis des AG, weil sonst wäre der AG an fehlerhafte Pläne gebunden (Fehlerkorrektur möglich).
 - Leistungsminderungsrecht gemäß § 1168 ABGB → AG kann bereits beauftragte Leistung entfallen lassen → AN hat Anspruch auf das vereinbarte Entgelt unter Abzug des Ersparten.
 - Auch geringfügige Mengenänderungen bei einem Einheitspreisvertrag sind zulässig.

ÖNORM B 2110

Begriffsbestimmungen (1/2)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

3.7

Leistungsabweichung

Veränderung des Leistungsumfangs entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungserbringung

3.7.1

Leistungsänderung

Leistungsabweichung, die vom Auftraggeber (AG) angeordnet wird

Beispiele sind vom AG angeordnete Qualitätsänderungen.

3.7.2

Störung der Leistungserbringung

Leistungsabweichung, deren Ursache nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers (AN) stammt und die keine Leistungsänderung ist

Beispiele sind vom Leistungsumfang abweichende Baugrundverhältnisse sowie Vorleistungen oder Ereignisse, wie Behinderungen, die der Sphäre des Auftraggebers (AG) zugeordnet werden.

57

ÖNORM B 2110

Begriffsbestimmungen (2/2)

Dipl.-Ing. Markus Gail, BSc
www.bw-b.com gail@bw-b.at

3.8

Leistungsumfang; Bau-Soll

alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z. B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden

3.9

Leistungsziel

der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN)

3.10

Mehr- oder Minderkostenforderung (MKF); Zusatzangebot

Forderung eines Vertragspartners auf terminliche und/oder preisliche Anpassung des Vertrags

- „Bau-SOLL“ inkludiert Qualitäten und Quantitäten aber auch die Bauzeit
- Die „**objektiv zu erwartenden Umstände**“ sind häufig Quelle von Auseinandersetzungen zw den Vertragspartnern
 - Umstände der zeitlichen Bauabwicklung, Arbeitseinsätze, Verfügbarkeit von Montageflächen usw; Welcher Baugrund ist erwartbar; welche Vorlaufzeiten für die Pläne usw

58

Leistungsabweichung und ihre Folgen ÖN B 2110

7 Leistungsabweichung und ihre Folgen

7.1 Allgemeines

Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist.

Mit dem vereinbarten Entgelt ist der Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungsziels abgegolten.

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.

Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen.

Einseitiges Leistungsänderungsrecht – ÖNORM B 2110

- Die ÖNORM B 2110 legt ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des AG fest.
- Einschränkung durch Zumutbarkeit für den AN und mit der Notwendigkeit das Leistungsziel (Abschnitt 3.9) zu erreichen.
- Störungen sind, soweit wie möglich, abzuwehren; Mehrkosten müssen dafür nicht übernommen werden.
- Vertragsanpassungen (Leistungsfrist, Entgelt) sind ehestens durchzuführen → MKF.

Vertragsänderungen

- Typ „Leistungsänderung“
 - Auf den AG-Wunsch (Unterscheide allerdings: Anfrage \leftrightarrow Auftrag) hin hat der AN seine Forderung (MKF) zunächst zumindest dem Grunde nach anzumelden (Ausnahme: für den AG offenkundig)
 - Das betrifft die Kosten und die Bauzeit
 - Beeinflusst die Bauzeit die Kosten (zB zeitgebundene Baustellengemeinkosten (zBGK), höhere Beschaffungspreise) sind auch diese zu melden

- Typ „Leistungsstörung“
 - Umstände der Störung hat der AN dem AG mitzuteilen. Die Forderung (MKF) ist dem Grunde nach zu spezifizieren – Kosten, Bauzeit
 - Führt die Störung zu zusätzlichen Arbeiten so ist die schriftliche Entscheidung des AG abzuwarten \rightarrow % (Vgl 7.5.1 ÖN B 2110)

Folgen einer Leistungsänderung

- Berechtigte Anordnung
 - Leistungspflicht des AN
 - Entgelt- und Zeitanpassungsmodus lt ÖN B 2110

- Bei fehlender Berechtigung
 - Keine Leistungspflicht
 - Kein vertraglich festgelegter Entgelt- und Zeitanpassungsmodus – wenn Angebot gelegt ist kann es bindend sein (keine nachträgliche Korrektur). Allenfalls auch Einspruch des AG notwendig.
 - *Es gilt grundsätzlich das marktwirtschaftliche Prinzip von Angebot und Nachfrage. Es ist eine stillschweigende Akzeptanz des Angebotspreises anzunehmen, weil der Auftraggeber vor Aufnahme der Arbeiten in Kenntnis der Preisvorstellung des Auftragnehmers war (vgl OLG Wien 5R 142/99k). Nur wenn vorweg kein Preis genannt oder dieser erst nach Leistungsbeginn genannt wird, ist ein angemessener Preis zu vergüten. Es greift § 354 UGB und § 1152.*

Sphärenverteilung

ABGB - Sphärentheorie

- Werkvertrag → Gefahrtragung nach der Sphärentheorie
 - keine eindeutige Regelung wie bei der ÖNORM
 - Zweifelsregel → Neutrale Sphäre
- Sphärenverteilung teilweise im Gesetz geregelt:
 - § 1151 Abs 1 ABGB: *Herstellung eines Werkes gg Entgelt* → Unternehmer schuldet den Erfolg
 - §§ 1168 f ABGB: „*vom Besteller gegebener Stoff*“ und „*Anweisungen des Bestellers*“
- Die Gefahrenzuordnung ist durch eine Vertragsauslegung zu klären.

ABGB - Neutrale Sphäre

- Gefahrtragung durch Vertragsauslegung nicht lösbar → Zweifelsregel
- Zweifelsregel besagt:
 - *Eine Störung entstammt der neutralen Sphäre, wenn sie weder dem Besteller noch dem Unternehmer kausal zuzuweisen ist.*
- Folgt aus dem Umstand, dass der Unternehmer gemäß § 1151 Satz 1 ABGB den Erfolg schuldet. Ohne Eintritt des Erfolgs, kommt es zum Entfall des Werklohnanspruchs gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB
 - → Daher prinzipiell Risiko des Unternehmers
- Aber besonderes Regime bei höherer Gewalt

ABGB - Sonderfall bei Höherer Gewalt

- Es gilt vermutlich in Analogie zur COVID-19-Pandemie:
 - Lieferengpässe und Preissteigerungen die durch die kriegerischen Auseinandersetzungen verursacht werden sind die Folgen höherer Gewalt
 - Aber: Einzelfallprüfung und Vertragsauslegung erforderlich
- Vergleich mit §§ 1104 f ABGB:
 - Ist der Mietgegenstand wegen eines außergewöhnlichen Zufalls (mit Höherer Gewalt gleichzusetzen) nicht zu gebrauchen ist, der Vermieter nicht zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet
 - Dem Vertrag fehlt für die Zeit der Unbrauchbarkeit die Geschäftsgrundlage
 - Dieser zeitweilige Wegfall der Geschäftsgrundlage führt zu einem Einfrieren der Pflichten (*Kletečka*; Die Gefahrtragung beim Bauwerkvertrag in der COVID-19-Krise)

ABGB - Befreiung von der Leistungsverpflichtung

- Temporär → solange die höhere Gewalt andauert.
 - Unternehmer kommt nicht in Verzug (keine Pönalzahlung)
 - → AG schuldet für die Stillstandszeiten keine Entgeltserhöhung und muss seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommen
- Fraglich, ob auch der Rechtsbehelf der „nachträglichen Unmöglichkeit“ in Betracht kommt?
- Insbesondere ob die kriegerische Auseinandersetzung für den konkreten Vertrag eine Unmöglichkeit darstellt → Einzelfallbetrachtung

(Anmerkung: Bei der Leistungserbringung muss sichergestellt werden, dass weder gegen Sanktionslisten oder ein Embargo verstoßen wird.)

ABGB - Vertragsauslegung

- Ergänzende Vertragsauslegung beim ABGB-Vertrag erforderlich
- Fraglich ist auch, ob neben §§ 1104 f ABGB (Zeitweiliger Wegfall der Geschäftsgrundlage)
- auch § 1447 ABGB (Nachträgliche Unmöglichkeit) anwendbar ist?

Zur Sphärenverteilung der ÖNORM

- Die ÖNORM B 2110 führt die Umsetzung der Sphärentheorie vertraglich fort
- Zur AG-Sphäre gehören unter anderem all jene Umstände die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind
 - Das ist weitläufig formuliert;
 - nicht nur Ereignisse die eine Behinderung auslösen, sondern auch andere Ereignisse können darunter subsumiert werden (Maßnahmen aufgrund einer Pandemie)
- Hinweis für die Praxis: Die ÖNORM B 2110 erweitert den Risikobereich des AG gegenüber der Sphärentheorie zur gesetzlichen Normallage (umfangreiche Risiken aus der sogenannten neutralen Sphäre werden dem AG zugerechnet). Durch vertragliche Festlegung kann die Sphärenverteilung der ÖNORM auf die „gesetzliche Normallage“ (ausgehend von § 1168 ABGB) abgeändert werden.

Zuordnung von Risiken in die Sphären der Vertragspartner

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z. B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z. B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z. B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt.

Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese

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

Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart.

Zusammengefasst zählen nach der ÖN B 2110 zur Risikosphäre des Auftraggebers:

- Beigestellte Ausschreibungsunterlagen wie Gutachten, Pläne, Berechnungen, Beschreibungen usw, die der Festlegung des Bau-SOLL dienen.
- Zur Verfügung gestellte Ausführungsunterlagen und Anweisungen.
- Nicht beschriebene Umstände der Leistungserbringung soweit sie objektiv nicht erwartbar waren (siehe Abschnitt 3.8).
- Fehlleistungen von Erfüllungsgehilfen und Besorgungsgehilfen des Auftraggebers.
- Die Tauglichkeit beigestellter Stoffe (Baugrund, Altbaubestand, Vorleistungen anderer Unternehmer, beigestellte Materialien usw). Die Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers besteht weiterhin.
- Leistungsabweichungen, nicht rechtzeitige Bekanntgabe von Festlegungen oder Entscheidungen usw.
- Nicht vorhersehbare und für den Auftragnehmer nicht abwendbare Ereignisse soweit sie geeignet sind, das Bau-SOLL zu ändern.
- Witterungsereignisse, die den 10-jährigen Wert erreichen oder übersteigen, sofern nichts anderes vereinbart ist

Zuordnung von Risiken in die Sphären der Vertragspartner

7.2.2 Zuordnung zur Sphäre des AN

Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 geht zu Lasten des AN.

Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) alle Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder
- 2) zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z. B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben.

Zusammengefasst zählen daher ua zur Risikosphäre des Auftragnehmers:

- Das Beschaffungsrisiko von Ressourcen und Materialien soweit nicht von unabwendbaren und unvorhergesehenen Ereignissen betroffen
- Das Kalkulationsrisiko, wie zB die Kalkulation mit unzutreffenden Leistungsvorgaben an Arbeitnehmer,, objektiv unzutreffende Einschätzung von Umständen der Leistungserbringung usw. falsche Budgetsetzung bei Subunternehmerleistungen
- Das Ausführungsrisiko, wie zB Minderleistung von eigenen Arbeitnehmern oder Subunternehmern gegenüber den Kalkulationsannahmen (mit Ausnahme bei Leistungsstörungen) sowie Versagen von Maschinen und Geräten.
- Nichterkennen offensichtlicher Mängel in Anweisungen oder Beistellungen des Bestellers (Pläne, Gutachten usw) aber auch in beigestellten Stoffen (zB Baugrund). Dieses Risiko ergibt sich aus der Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, die ein Verbindungsstück zwischen den beiden Sphären darstellt.
- Behördliche Genehmigungen für die Ausführung der eigenen Leistungen (siehe Abschnitt 5.4.2).
- Risiken aus Alternativangeboten

Erläuterung zur ÖNORM

- Gemäß ÖNORM B 2110 zählen zur Risikosphäre des AG solche Ereignisse die:
 - Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und
 - vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.
- → Es geht nicht um die Folgen eines Ereignisses, sondern um das Ereignis an sich.
(Kropik, (Keine) Mehrkostenforderung beim Bauvertrag (2021), Seite 600)
- Die Vorhersehbarkeit richtet sich auch danach, ob etwas einen ganz anderen Verlauf angenommen hat, als objektiv erwartbar war → Nur bei einer sehr geringen Eintrittswahrscheinlichkeit gilt ein Ereignis als unvorhersehbar.
- Jede schicksalhafte Ereignis hat der AG aber auch nach der ÖNORM B 2110 nicht zu tragen
 - Nur Ereignisse welche die Baustelle bzw das Bauwerk treffen und den Arbeitsablauf beeinflussen → eine relevante Leistungsabweichung liegt vor, wenn sich das Bau-SOLL ändert
 - Was den Unternehmer im Betrieb, beim Transport, bei den Subunternehmern oder Lieferanten trifft, bleibt Risiko des Unternehmers ≙ gesetzliche Normallage

Zusammenfassung - Sphärentheorie

- ÖNORM-Vertrag:
 - Höhere Gewalt wird gemäß Abschnitt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 der Sphäre des AG zugeordnet
 - → es muss sich das Bau-SOLL ändern, weil nur dann eine relevante Leistungsabweichung vorliegt
- ABGB-Vertrag:
 - Höhere Gewalt wird der Neutralen Sphäre zugeordnet → Einfrieren der Pflichten
 - Auftragnehmer kommt nicht in Verzug
 - Auftraggeber muss Entgelt nicht leisten
- Hinweis: Teilweise sehen neue Verträge bereits Abschnitte für pandemiebedingte Auswirkungen (zB COVID-19) und ein Einrechnen solcher Auswirkungen in den Preis vor.

Literaturmeinung zum Anspruch aufgrund der Preissteigerungen

- **Müller/Lackner/Heck/Schiefer** (bauaktuell Nr 4 2021, Seite 146) führen zu Festpreisen aus:
 - [...] Sollen nachträgliche Änderungen der Preise nach dem Willen der Vertragsparteien nun keinen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben (als Gegenleistung für die Werkherstellung), **beinhaltet der Abschluss einer Festpreisvereinbarung** – aus der Sicht des Auftragnehmers – zweifelsohne **die Gefahr, dass sich die Gesteungskosten der Leistungserbringung zu seinen Ungunsten entwickeln und der Auftragnehmer einen Verlust erwirtschaftet**. Wird unterstellt, dass sich der Auftragnehmer bewusst für dieses Risiko entschieden hat, bleibt er auch in einer solchen Konstellation an den Vertrag gebunden. Damit rechtfertigt prinzipiell nicht einmal ein Verlust den Eingriff in den Vertrag. [...]

77

- **Kall** (K. Müller/Kall: ÖBZ 10 2021, Seite 8) führt zu einem Anspruch aus Preissteigerungen aus:
 - Aktuell wird die **ÖNorm** von vielen Seiten so **interpretiert**, dass aufgrund der Zuordnung der höheren Gewalt in die Risikosphäre des Auftraggebers das **Risiko aus der Pandemie und deren Folgen beim Auftraggeber** liegt. Dies gilt unzweifelhaft für die Verzögerungen, die zu einer Veränderung der Leistung durch Stehzeiten etc. führen.
Der Mehrkostenanspruch der ÖNorm stellt grundsätzlich auf die Veränderung des Leistungsumfangs oder Bau-Solls ab, das sich aus zwei Elementen zusammensetzt: der eigentlichen Leistung und den Umständen der Leistungserbringung.
Subsummiert man die Preissteigerungen selbst als geänderte Umstände der Leistungserbringung, kommt die Sphärenregelung zum Tragen und der Auftragnehmer hat Anspruch auf Preisanpassung.
Sieht man das anders, so ist auf die oben schon beschriebenen Anspruchsgrundlagen aus dem ABGB zu verweisen; denn dann fehlt eine Regelung in der Norm zu diesem Sachverhalt. Zu diesem Thema zerbrechen sich gerade zahlreiche Juristen den Kopf; eine einhellige Meinung gibt es dazu noch nicht.

78

- **VOeB: Leitfaden zum Umgang mit den aktuellen Preissteigerungen auf den Baustahlmarkt** (Schiefer Rechtsanwälte 09/2021) führt zu einem Anspruch aus Preissteigerungen bei einem ÖNORM Vertrag aus:
 - [...] *Zu welchen Kosten diese Leistungen zugekauft werden müssen, stellt für den AN natürlich einen wesentlichen Umstand der Erbringung der eigenen Leistung dar. Und natürlich sind auch diese Umstände, wenn auch nur mittelbar, qua Beschreibung der Leistung durch den AG sowie zum Zeitpunkt und den Ort der Leistungserbringung aus dem Vertrag bzw den Vertragsgrundlagen objektiv ableitbar. **Es lässt sich also vertreten, dass auch die Gestehungskosten grundsätzlich eine Leistungsabweichung iSd Pkt 3.7 der ÖNORM B 2110 zur Folge hat.***

79

- **ÖBV-Leitfaden „Preisveränderung und Lieferengpässe,** (Version 4; Stand 10/2022) führt zu Festpreisen aus:
 - **Ein Abgehen von vereinbarten Festpreisen wird empfohlen, wenn eine der beiden Seiten durch die Festpreisbindung in einem nicht zumutbaren Ausmaß benachteiligt wird. Die Beurteilung der Frage, ob die Festpreisbindung im konkreten Fall eine der Parteien in einem nicht zumutbaren Ausmaß benachteiligt, ist eine Einzelfallentscheidung. Insbesondere sind dabei die Dauer der Festpreisbindung und der Festpreiszuschlag zu berücksichtigen. Anders als in Kapitel 2.1.1.1 wird bei der Preisveränderung jedoch lediglich die über den 8 %-Punkte-Schwellenwert hinausgehende Indexentwicklung im Anpassungszeitraum berücksichtigt.**

80

- **Unabhängige Schiedskommission beim BMDW** vom 31.März 2022:
 - 1) *Die Kommission empfiehlt, dass bei allen künftigen und laufenden Ausschreibungen sowie bei allen bestehenden Verträgen, bei denen der Lieferanteil von Baustahl, Bauholz, Spanplatte, Kunststoffprodukten, Zement, EPS/XPS-Dämmstoffen, Kupfer, Aluminium oder Kies wertmäßig mehr als 1% des Gesamtauftragsvolumens ausmacht, für die preisrelevanten Positionen eine Preisleitung mit Wirksamkeit ab 1. März 2022 auf Basis der unter Punkt 2) dargestellten Indizes zur Anwendung kommen soll, sofern keine geeignete Preisumrechnung gemäß Punkt 3) vorgesehen ist.*
- Hinweis: Unter 2) werden großteils die differente GHPI aufgezählt und unter 3) wird auf einen sachgerechten Index gemäß ÖN B 21111 verwiesen.

Resümee

ABGB-Vertrag

- ABGB ordnet Ereignisse aus Höherer Gewalt der Neutralen Sphäre zu
- Kein Anspruch aufgrund der Preissteigerungen aus Höherer Gewalt
 - Bei Lieferschwierigkeiten kommt es zu einem Einfrieren der Geschäftsbeziehung
- Höhere Gewalt wird der Neutralen Sphäre zugeordnet → Einfrieren der Pflichten
 - Auftragnehmer kommt nicht in Verzug
 - Auftraggeber muss Entgelt nicht leisten
- Aber kein Anspruch aufgrund der Preissteigerungen aus dem Titel der Höheren Gewalt

ÖNORM-Vertrag

- ÖNORM B 2110 ordnet Ereignisse aus Höherer Gewalt der Sphäre des AG zu
- Es besteht ein Anspruch aus dem Titel der Höheren Gewalt, sofern sich das Bau-SOLL ändert
 - Bau-SOLL = Inhalt des Vertrag
 - objektiv zu erwartenden Umstände der Leistungserbringung

3.8

Leistungsumfang; Bau-Soll

alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z. B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden

Gedanklicher Exkurs: Auswirkungen für den AG bei Vertragsrücktritt des AN

- Suche nach einem neuen AN
 - Neuabschluss nicht mehr zum damals abgeschlossenen Preis
- Bauzeitverlängerung
- Frage ob der Rücktritt zurecht erfolgt ist
 - Prozessrisiko und Zeitverlust
- → AG gewinnt idR nichts, wenn er einen fundamentalen Standpunkt vertritt

Abschließender Ausblick

- Bei neu abgeschlossenen Verträgen ist die Problematik jedenfalls bekannt
- Derzeit ein geringer Rückgang bei einzelnen Materialpreisen
- Hohe KV-Abschlüsse → Nicht erwartbare Preissteigerungen beim Preisanteil Lohn bei Verträgen die etwa vor dem Sommer 2022 abgeschlossen wurden
- Entwicklung der Energiekosten
- CO₂-Steuer

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!