

## **Vertragsauflösung, Rücktritt, Kündigung – In Österreich kein Thema?**

### **O.UNIV.-PROF. DI ECKART SCHNEIDER**

Institut für Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement (i3b) / Bau fakultät der  
Universität Innsbruck

Technikerstr. 13, A-6020 Innsbruck, eckart.schneider@uibk.ac.at

SSP BauConsult GmbH Innsbruck-München

Technikerstr. 32, A-6020 Innsbruck

### **DI DR.TECHN. MARKUS SPIEGL**

Geschäftsführer SSP BauConsult GmbH Innsbruck-München

Technikerstr. 32, A-6020 Innsbruck, m.spiegl@sspbaconsult.at

### Abstract

Beim vorliegenden Thema handelt es sich um ein Gebiet des Bauvertragsrechts, das in Österreich bisher eher stiefmütterlich behandelt wurde. Die in der Werkvertragsnorm B2110 enthaltene Regelungen sind nach Meinung der Autoren nicht optimal. Diese Kritik gilt neben inhaltlichen Lücken besonders der strukturellen Gestaltung. Die einschlägigen Bestimmungen sind nämlich auf sieben Unterkapitel des Kapitels 5 „Vertragsbestimmungen“ verteilt, die nicht unmittelbar aufeinander folgen.

Eine bessere Lösung hat FIDIC in ihren Conditions of Contract for Construction geschaffen. Dort sind die Gründe für einen Vertragsrücktritt in zwei eigenen Kapiteln getrennt für Auftraggeber und Auftragnehmer umfassend aufgelistet.

Die Behandlung des Themas erfolgt primär anhand der Österreichischen Werkvertragsnorm ONB2110. Wo erforderlich, werden zum besseren und umfassenderen Verständnis Bezüge zum ABGB hergestellt. Die Ausführungen erfolgen aus Sicht des Ingenieurs und sind primär für Ingenieure als Leser bzw. Anwender gedacht. Diese sollen damit in die Lage versetzt werden, Chancen und Möglichkeiten respektive Verpflichtungen hinsichtlich eines Vertragsrücktritts in einem auf der ÖNORM B2110 basierenden Bauvertrag besser abschätzen zu können.

## **Vertragsauflösung, Rücktritt, Kündigung – In Österreich kein Thema?**

### Zum Thema:

Beim vorliegenden Thema handelt es sich um ein Teilgebiet des Bauvertragsrechts, dem in der österreichischen Fachwelt erst in letzter Zeit vermehrte Aufmerksamkeit gewidmet wird. Das ist erstaunlich, weil es auch hier zu Lande einschlägige Fälle gab und gibt. So waren die Verfasser dieses Artikels in den letzten Jahren mehrfach mit diesen Themen Vertragsrücktritt und Teilkündigung befasst. Dabei stellten sie fest, dass die in der Werkvertragsnorm B2110 enthaltenen Bestimmungen nicht so klar und eindeutig sind wie dies wünschenswert wäre.

Anders sieht es außerhalb der deutschsprachigen Länder aus. Aufgrund der bedeutenden Rolle, welche der Vertragsrücktritt und die oft vorangehende Einstellung der Arbeiten (*Termination by Employer* respektive *Suspension and Termination by Contractor*) im internationalen Baugeschehen spielt, hat die FIDIC in ihren *Conditions of Contract for Construction*<sup>1</sup> diesem Thema wesentlich mehr Aufmerksamkeit gewidmet und in ihrem Regelwerk klare und eindeutige Bestimmungen formuliert.

Es liegt den Autoren fern, dieselbe Bedeutung der Rücktrittsklauseln auch für Österreich herbei zu wünschen, doch zeigt die Erfahrung, dass es auch für einheimische Auftragnehmer und Auftraggeber wichtig wäre, sich mit diesem Thema eingehender zu beschäftigen. Insbesondere gilt dies für den Tatbestand des Rücktritts von Teilleistungen (nach §918ABGB) und den Tatbestand der Leistungsminderung bzw. des Leistungsentfalls nach §1168(1)ABGB bzw. ÖNORM B2110 Pkt. 5.24.10 *Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen*. Letztere Bestimmung bietet unter Umständen für den AN ein viel wirkungsvolleres Instrument zur Geltendmachung berechtigter Forderungen, als die in der Vergangenheit manchmal zu Unrecht heran gezogene Mengenänderungsklausel. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass die Nachteilsberechnung nach Pkt. 5.24.10 teilweise in Konkurrenz zu anderen Anspruchsgrundlagen für Leistungsänderungen steht und daher darauf geachtet werden muss, dass es zu keinen Doppelverrechnungen kommt.<sup>2</sup>

### Sichtweise:

Die Betrachtung erfolgt primär anhand der Werkvertragsnorm ÖNORM B2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“ in der Ausgabe 1. März 2002. Wo erforderlich werden zum besseren und umfassenderen Verständnis Bezüge zum ABGB hergestellt. Um dem Leser das Nachschlagen zu ersparen, werden im nachfolgenden Text die Zitate aus der ÖNORM B2110 und anderen Normen sowie dem ABGB „kursiv“ abgedruckt.

Die nachfolgenden Ausführungen behandeln das Thema aus Sicht des Ingenieurs und sind primär für Ingenieure als Leser bzw. Anwender gedacht. Diese sollen damit in die Lage versetzt werden, Chancen und Möglichkeiten respektive Verpflichtungen hinsichtlich Vertragsrücktritts in einem auf der ÖNORM B2110 basierenden Bauvertrag besser abschätzen zu können. Es scheint sinnvoll und notwendig, die Interpretation dieser Materie – gemeint ist hier die Werkvertragsnorm ÖNORM B2110 – die von Ingenieuren für Ingenieure erarbeitet wurde, nicht ausschließlich Juristen zu überlassen. Diese Ansicht stützt sich auf eine Entscheidung des OGH, welcher zur Interpretation von ÖNORM-Texten folgendes ausführt:

„sind ihre Bestimmungen objektiv, unter Beschränkung auf den Wortlaut, d.h. unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände ..... auszulegen; sie sind so zu verstehen, wie sie sich einem **durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises** (Hervorhebung durch die Autoren) erschließen (OGH v. 10.9.1996, 3Ob2327/96v).“

Dieselbe Auffassung vertritt auch einer der prominentesten österreichischen Juristen für Bauvertragsrecht, Univ.-Prof. Aicher, der sich in seinen Kommentaren zur ÖNORM B2110 mehrfach auf dieses OGH-Urteil beruft.<sup>3</sup>

## 1 Anspruchsgrundlagen

### 1.1 Rechtliche Grundlagen

Das ABGB im §1168(1) stellt die rechtliche Basis für die Frage des Vergütungsanspruches im Falle des Vertragsrücktrittes dar.

„§1168(1) Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessen Entschädigung.“

Die Anrechnung des Ersparten führt zum Begriff des „beschränkten oder eingeschränkten Entgelt(anspruch)“. Weitere rechtlich relevante Anhaltspunkte liefern §1298 zur Behinderung und §918ff zum Verzug.

Eine vorzeitige Vertragsauflösung kann bei Einvernehmen jederzeit erfolgen, eine einseitige Vertragsauflösung ist nur unter bestimmten Umständen möglich<sup>4</sup>. Dem Werkbesteller steht jederzeit das Recht zum Vertragsrücktritt zu. Der Werkunternehmer darf jedoch dabei nicht schlechter gestellt werden als bei Ausführung des Auftrages. Er muss sich aber anrechnen lassen, was er sich durch die unterbliebene Ausführung erspart hat<sup>5</sup>. Nach OGH liegt die Nachweisführung für das „Ersparte“ beim Werkbesteller<sup>6</sup>, welcher naturgemäß hierbei mit gewissen Schwierigkeiten rein praktischer Natur zu kämpfen hat. Zukünftig sich eventuell ergebende bessere Verwertungsmöglichkeiten für z.B. schon angeschafftes Material sind bei der Bewertung der Ersparnis nicht zu berücksichtigen. Der OGH geht hier stark von einer stichtagsbezogenen praktischen Bewertung aus (in der Zukunft sich ergebende Wertminderungen oder -erhöhungen von z.B. Rohstoffen finden keine Berücksichtigung → „endgültige Entgeltbemessung“)<sup>7</sup>.

### 1.2 Werkvertragsnorm ÖNORM B2110

Die für den Rücktritt maßgeblichen Bestimmungen sind in der ÖNORM B2110 nicht in einem eigenen Kapitel zusammengefasst, sondern müssen aus mehreren Unterpunkten des Kapitels 5 zusammengesucht werden. Ein Umstand, der nicht nur für den Rücktritt sondern auch für andere Themen zutrifft und aus der Historie der Normenentstehung zu erklären ist. Wegen der Komplexität der zu Grunde liegenden Sachverhalte ist eine solche Aufspaltung verständlich. Dass es auch anders geht, beweist das bereits erwähnte Regelwerk der FIDIC.

Als erstes soll herausgearbeitet werden, welche Bestimmungen der ÖNORM B2110 auf den Vertragsrücktritt oder die Behinderung durch lang dauernde Unterbrechung der

Arbeiten Bezug nehmen. Anschließend wird versucht, für beide Sachverhalte eine konsistente Auslegung zu entwickeln und Hinweise für die Anwendung zu geben.

Die einschlägigen Bestimmungen finden sich im Kapitel 5 *Vertragsbestimmungen* unter folgenden Ziffern:

*5.24 Leistungsänderungen*

*5.31 Vorläufige Abrechnung und Zahlung bei unvorhergesehener Unterbrechung*

*5.34 Behinderung der Ausführung*

*5.35 Verzug*

*5.38 Rücktritt vom Vertrag*

*5.42 Gefahr und Haftung (5.42.2 Rücktritt bei gänzlicher Zerstörung)*

*5.47 Schadenersatz*

Entgegen der VOB (§8 Nr. 1 VOB/B<sup>8</sup> aus §649 BGB) hat die ÖN B2110 die gesetzliche Kündigungsregel (Recht des AG, den Vertrag jederzeit einseitig zu kündigen) des §1168 ABGB nicht übernommen.<sup>9</sup> Ebenso sind die Rechte des AN, den Vertrag zu kündigen, in der ÖNORM stark eingeschränkt. Darin unterscheiden sich die österreichischen Werkvertragsnormen nicht unerheblich von den international gebräuchlichen Vertragsbedingungen der FIDIC. Dort sind die Gründe für eine Vertragsauflösung in zwei eigenen Kapiteln, getrennt nach AG und AN übersichtlich aufgelistet.

### **1.3 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten in der Schweiz SIA 118**

Die Schweizer Werkvertragsnorm basiert auf dem Obligationenrecht, einem Gesetzeswerk, welches in etwa dem österreichischen ABGB entspricht. Bei großer Ähnlichkeit im Allgemeinen gibt es im Einzelnen doch Unterschiede gegenüber der österreichischen Werkvertragsnorm. Neben vergleichbaren Regelungen für den Rücktritt in Fällen wie Zahlungsverzug des AG, Lieferverzug des AN, Untergang des Werkes vor Abnahme, Nichtbehebung von Mängeln etc. gibt es zwei interessante Detailregelungen:

- *Art. 186: Gerät der Unternehmer außer Stande (z.B. infolge Todes oder Invalidität), die übernommenen Arbeiten weiter zu führen und ist die vertragsgemäße Weiterführung nicht durch Rechtsnachfolger und Hilfspersonen gesichert, so kann der Bauherr den Werkvertrag durch Rücktritt beenden. ....*
- *Art. 188: Untergang des Werks vor seiner Abnahme wegen eines Mangels des vom Bauherrn angewiesenen Baugrundes oder des von ihm gelieferten Materials und der von ihm vorgeschriebenen Art der Ausführung führt ohne weiteres zum Erlöschen des Werkvertrags, wenn die Ausführung des Werkes durch den Untergang unmöglich wird.*(Hervorhebung durch den Autor)

Diese Bestimmung regelt den Untergang des Werkes, der durch den Bauherrn verursacht wurde. Daneben besteht in Art. 187 eine separate Regel über den zufälligen Untergang des Werkes.

### **1.4 Individueller Vertrag**

Grundsätzlich sind die Vertragsparteien frei in der Formulierung eines Vertrages. Frei formulierte Vertragsteile rangieren i.A. vor der ÖNORM B2110 bzw. den weiteren Werkvertragsnormen der Reihe B22xx und ändern diese meist im Sinne des „Vorformulierers“, das sind der AG bzw. dessen Gehilfen. Nicht selten werden dabei Klauseln aufgenommen, die zum Nachteil des AN die in der Werkvertragsnorm verankerten Ansprüche stark beschneiden.

Einer Einschränkung unterworfen werden die frei formulierten Klauseln individueller Verträge nur durch das zwingende Recht und bei Verstoß gegen die guten Sitten.<sup>10</sup>

Ein häufiges Beispiel für eine individuelle Vertragsklausel ist gerade der Entfall oder die Einschränkung des Anspruches gem. ÖNORM B2110 Pkt. 5.24.10 *Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen* oder die Formulierung anderer über das ABGB bzw. die ÖNORM hinausgehender Rücktrittsrechte zu Gunsten des AG.

In ersterem Punkt wurden in einem der von den Autoren behandelten Fälle vom AG erhebliche Einschränkung hinsichtlich der dem AN zustehenden Entschädigung in den Vertrag aufgenommen, ohne dass die Anbieter dies beeinträchtigt hätten.

## 2 Rücktritt vom Vertrag nach ÖNORM B2110

### 2.1 Rücktrittsgründe

Die Gründe, die einen der Vertragspartner zum Rücktritt vom Vertrag nach ÖNORM B2110 berechtigen, sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst.

Im gegenständlichen Artikel nicht behandelt werden Sonderfälle wie z.B. Fixgeschäft bzw. die Einschränkungen aus dem KSchG bei Verbrauchergeschäften.

Die ÖNORM B2110 lässt den Anspruch auf das vertragsgemäße Entgelt für bereits erbrachte Teilleistungen bestehen, wenn der AN aus den dort angeführten Gründen zu einem Rücktritt berechtigt ist und ihn erklärt<sup>11</sup>. Damit ist eine Rückabwicklung praktisch ausgeschlossen.

Tabelle 1: Berechtigung zum Vertragsrücktritt nach ÖNORM B2110

ÖNORM B2110	AG	AN	Fristen	
5.35	Verzug, Nachfrist mit Rücktrittsandrohung gesetzt, Frist überzogen	detto sinngemäß	individuell (angemessene Nachfrist)	
5.38	AN in Konkurs	AG in Konkurs	keine	
	5.38.1	Vorliegen von Umständen, die die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages durch den AN unmöglich machen	detto sinngemäß	keine
	bzw.	Wider die guten Sitten oder Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßende Absprachen (→ Vertrauensverlust)	detto	30 Tage nach Kenntnis
	5.38.2	Bestechung, Korruption (→ Vertrauensverlust)	detto	30 Tage nach Kenntnis
5.38.3	Länger dauernde Behinderung (≥ 3 Monate)	detto	30 Tage nach Kenntnis	
5.42.2	Gänzliche Zerstörung des Werkes	detto	keine (ehestens anzunehmen) <sup>12</sup>	

Im Einzelfall kann es recht schwierig werden, Einvernehmen zu erzielen, ob es sich um Verzug, um Umstände, welche die ordnungsgemäße Durchführung unmöglich machen oder um eine länger dauernde Behinderung handelt.

Eine problematische Formulierung beinhaltet Pkt. 5.38.1.2. Der AG (bzw. sinngemäß AN) ist zum Vertragsrücktritt berechtigt, wenn

*„Umstände vorliegen, die die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, **soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat.**“*  
(Hervorhebung durch den Autor)

Weil hier eine Rücktrittsmöglichkeit eröffnet wird, die auf einer subjektiven Einschätzung der Situation des anderen Vertragspartners beruht, ist dieser Passus äußerst problematisch. Nachdem die wesentlichen Gründe wie Verzug, Konkurs, Verstoß gegen die guten Sitten und länger dauernde Unterbrechung bereits in den anderen Unterpunkten aufgelistet sind, kann man sich nur schwer vorstellen, welche anderen Umstände es noch geben kann, die eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung unmöglich machen können. KROPIK<sup>13</sup> und RECKERZÜGL/SCHWARZ<sup>14</sup> führen dazu einige Beispiele an. Deren Durchsetzung in der Praxis dürfte aber hinsichtlich Beweisführung, Beurteilung, etc. problematisch sein.

## 2.2 Rücktrittsfolgen

In Abhängigkeit davon, ob die Umstände, die zum Rücktritt geführt haben, beim Auftraggeber oder beim Auftragnehmer liegen, sind die Folgen, wie nachfolgende Tabelle zeigt, sehr unterschiedlich.

Tabelle 2: Folgen des Rücktritts vom Vertrag

ÖNORM B2110		Umstände, die zum Rücktritt geführt haben, liegen beim	
		AG	AN
Pkt. 5.38.6	5.38.6.3(1)		Mehrkosten, die zur Vollendung der Leistung entstehen, ersetzen (inkl. auch jener Kosten, welche mit der neuerlichen Ausschreibung der Leistung verbunden sind und die Preisdifferenz zu den ursprünglichen Einheitspreisen)
	5.38.6.3(2) 1. Abs.		Gerüste, Geräte, Maschinen und andere Einrichtungen auf der Baustelle belassen, gegen angemessenes Entgelt
	5.38.6.(2) 2. Abs.		Auf Verlangen Baustelle unverzüglich räumen, sonst kann der AG Räumung durch Dritte veranlassen
	5.38.6.(3)		Auf Verlangen des AG sind die Grundstücke und Materialentnahmestellen des AN weiterhin zur Verfügung zu stellen
	5.38.6.4	Ersatz der nachweisbaren Kosten des AN für noch nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung erzielter oder noch erzielter Vorteile	

Punkt 5.38.6.4 weicht von §1168(1)ABGB dahingehend ab, dass das Entgelt nicht abzüglich des Ersparten berechnet wird, sondern dass die Kosten für die noch nicht erbrachte Leistung nachzuweisen sind und zwar unter Berücksichtigung des eventuell noch erzielten oder noch erzielbaren Vorteils des AN. Insofern finden hier eine Beweislastumkehr und ein gegenüber dem ABGB umgekehrtes Ermittlungsverfahren statt (Berechnung „von unten“ statt „von oben“).

Punkt 5.38.6.3 geht im Prinzip analog zur Schadensminderungspflicht beim Schadenersatz implizit von einer Mehrkostenminderungspflicht des AN (Minderung von Kosten- und Bauzeitverlusten) aus.<sup>15</sup>

#### Kosten:

Zu den nachweisbaren Kosten zählen primär die Fixkosten, welche aufgrund des Vertragsrücktrittes nicht mehr erwirtschaftet werden können:

- Vorhaltekosten der Geräte (Abschreibung und Verzinsung)
- Besitzbedingte Gerätereparaturentgelte
- Baustellengemeinkosten und zwar insbesondere Angestelltegehälter und in den BGK kalkulierte Geräte (problematisch bei umgelegten BGK)
- Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie), sonstige Gemeinkosten, in bestimmten Fällen (reduziertes) Wagnis nach ÖNORM B2061<sup>16</sup>

und die variable Kosten, zu denen primär folgende Kosten zählen:

- Produktive Lohnkosten (gewerbliches Personal)
- Material- und Hilfsmaterialkosten
- Energie- und Verbrauchsstoffkosten
- Fremdleistungen

Diese Kosten sind im Rahmen der nachweisbaren Kosten i.A. nicht abgeltungsfähig, ausgenommen in Sonderfällen. Vom AG zu vergüten sind die variablen Kosten z.B. auf Grund von

- Vorfertigungen (z.B. Montagekosten von Sonderschalungen usw.)
- bestelltem Material, das nicht anderweitig verwendet werden kann (bei Weiterverwendung jedoch zumindest die aus der Umdisposition erwachsenen Kosten)
- Stornokosten, Rabattkürzungen
- Kosten aus der Auflösung von Subunternehmerverträgen
- Produktivitätsverlusten aus suboptimaler Weiterbeschäftigung von Personal
- Lohnkosten bis zur möglichen Freisetzung des Personals (Kündigungsfrist)

### **2.3 Schadenersatz**

Bei verschuldetem Rücktritt ist nach Pkt. 5.38.7 selbst im Falle von leichter Fahrlässigkeit Schadenersatz ohne Begrenzung (wirklicher Schaden) zu leisten.

Im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verursachers hat der Geschädigte darüber hinaus Anspruch auf den entgangenen Gewinn (volle Genugtuung). Unter entgangenem Gewinn ist hier der für den gegenständlichen Auftrag kalkulierte, unter Umständen auch der erwartete Gewinn, wie er sich aus einer Plankostenrechnung ergibt,

zu verstehen. Entgangener Gewinn aus möglichen Folgeaufträgen gehört jedoch nicht dazu.

#### **2.4 Zeitpunkt des Rücktritts**

Ein Vertragsrücktritt vor Beginn der Arbeiten ist vermutlich recht selten. Bei Bauverträgen, die bereits weitgehend erfüllt sind, macht der Rücktritt vom Vertrag für beide Seiten keinen großen Sinn. In der Praxis kommt es daher meist zu einem Teilrücktritt oder Rücktritt von Teilen der Leistungen. Um einen solchen auftraggeberseitigen Teilrücktritt handelt es sich z.B., wenn aus einem Hochbauauftrag nachträglich ein Bauteil herausgenommen wird oder wenn ein Tunnelbaulos erheblich verkürzt wird.

#### **2.5 Übernahme**

Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des Vertrages sind im Falle des Rücktritts bereits übernommene und noch nicht übernommene Teilleistung vertragsgemäß abzurechnen und abzugelten.

ÖNORM B2110 *Pkt. 5.38.6 Folgen des Rücktritts vom Vertrag* normiert die Übernahme von vertragsgemäß erbrachten Leistungen für den Fall, dass sie nicht vollständig erbracht werden konnten.

#### **2.6 Abgeltung des Nachteils**

Die Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Teilen der Leistungen (auch von Teilen einer Positionsmenge) regelt ÖNORM B2110 *Pkt. 5.24.10 Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen*:

*„Erwächst dem AN durch Minderung oder Entfall eines Teiles einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder anderweitig abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten, nicht aber den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn zu ersetzen.“*

Dabei handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen, vertraglichen Ausgleichsanspruch nach §1168(1) 1. Satz ABGB für das Unterbleiben der Ausführung des Werkes<sup>17</sup> (LV-Positionen, Teilen von Positionen). Die Anspruchsvoraussetzung in diesem – im Übrigen recht häufigen – Fall, setzt eine Minderung oder einen Entfall von Leistungen ohne Abdeckung des Nachteils durch neue Einheitspreise oder anderweitig voraus. Die Definition dieses „*anderweitig*“ darf nach Meinung der Autoren nicht zu weit gefasst werden, jedenfalls darf es sich dabei nicht um einen vom gegenständlichen Vertrag losgelösten Auftrag (geänderter Ort der Leistungserbringung usw.) handeln.

Normativ setzt sich bei dieser Regelung die Erfahrung durch, dass eine exakte Ermittlung der Positionsmenge im Ausschreibungsstadium unmöglich ist und dass für die in der Umlage enthaltenen Kostenteile in den meisten Fällen die Nachteilsabgeltung über eine Kompensation mittels anderer Leistungspositionen erreicht werden kann. Eine geringe Mengenverschiebung ist beim Einheitspreisvertrag (EP x Menge) wesensimmanent und hat innerhalb einer beschränkten Bandbreite i.A. auch keine relevanten bauwirtschaftlichen Auswirkungen.

Nach ÖNORM B2110 *Pkt. 5.24.10* hat der AN Anspruch auf Nachteilsabgeltung ohne den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn<sup>18</sup> (implizit inkl. Bauzinsen und Wagnis, evt. abgemindert). Der Normtext „*nicht aber den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn*“ stellt eine Präzisierung gegenüber der bisher verwendeten Formulierung „*entgangenen Gewinn*“ dar. Es geht demnach ausschließlich um den beim strittigen Projekt kalkulierten Gewinn und nicht den wie früher auf Grund der unklaren Formulierung oft geforderten



Gewinn aus zukünftigen Geschäften (erhofft bzw. erwartet). Als Nachteilsabgeltung (abzüglich anderweitig kompensierter Leistungen) steht dem AN aber auch in diesem Fall die gesamte Fixkostendeckung und Teile der variablen Kosten zu (vgl. Auflistung im Pkt. 2.2)

## 2.7 Weitere Bestimmungen

Nach ÖNORM B 2110 *Pkt. 5.38.4* ist der Rücktritt vom Vertrag schriftlich zu erklären (vgl. *Pkt. 5.5 Änderungen* → Schriftform bei schriftlichen Verträgen).

Das Rücktrittsrecht erlischt in bestimmten Fällen 30 Tag nach Kenntnis der rücktrittsberechtigenden Tatsache (*Pkt. 5.38.5*).

## 3 Rücktritt bei länger dauernder Behinderung

### 3.1 Rücktritt JA oder NEIN?

Die Werkvertragsnorm ÖNORM B2110 berechtigt jeden der Vertragspartner zum Rücktritt vom Vertrag, falls die Behinderung länger als 3 Monate dauert oder dauern wird und die Erbringung wesentlicher Leistungen dadurch nicht möglich ist.

Gegenüber früheren Ausgaben der ÖNORM B2110 wurde der *Pkt. 5.38.3.1* dahin gehend präzisiert, dass das Rücktrittsrecht nur bei der Behinderung wesentlicher Leistung besteht.

Nicht zu den Behinderungen zählen jedoch jahreszeitlich bedingte Unterbrechungen (Winterpause bei Hochgebirgsbaustellen) und sonstige erwartete (vorhersehbare) Behinderungen, unabhängig davon, ob im Vertrag Positionen für Stillliegen vorgesehen sind. Als Rücktrittsgrund kommen daher nur unerwartete Unterbrechungen/Behinderungen von wesentlichen Leistungen in Frage (vgl. auch *Pkt. 5.31 Vorläufige Abrechnung und Zahlung bei unvorhergesehener Unterbrechung*). Praktisch sind durch diese Präzisierung in der ÖNORM B2110, *Pkt. 5.38.3.1* die Rücktrittsmöglichkeiten massiv eingeschränkt, solange andere Arbeiten vorgezogen werden können (→ führt gegebenenfalls zu Ansprüchen aus *Pkt. 5.24 Leistungsänderung*).

Sehr oft sind aber beide Vertragspartner trotz Unterbrechung an der Aufrechterhaltung des Vertrages interessiert, da eine Wiederaufnahme der Arbeiten erwartet wird und eine Weiterführung des Vertrages von beiden Seiten in gleicher Weise gewünscht wird.

Ein nicht allzu lange zurückliegendes Beispiel für diese Konstellation war die 18-monatige Unterbrechung der Arbeiten am KW Lambach (OÖ) aufgrund eines durch den VwGH aufgehobenen Bescheides. Ein ähnliches Schicksal drohte den Arbeiten am Teilbereich 4 des Lainzer Tunnels – Verknüpfung Westbahn. Die vollständige Einstellung der Arbeiten konnte dort jedoch vermieden werden.

Praktisch besteht häufig die Gefahr einer zu optimistischen Einschätzung der Zeit bis zur Wiederaufnahme der Arbeiten, was in weiterer Folge zu Auseinandersetzungen führen kann.

Wenn ein Rücktritt erfolgt, ist die Sache klar. Es greifen die weiter oben skizzierten Regelungen. Weniger klar ist der Vergütungsanspruch des AN bei Aufrechterhaltung des Vertrages.

Die ÖNORM B2110 *Pkt. 5.31* sieht für diesen Fall folgende Vorgangsweise vor:

*„Dauert eine unvorhergesehene Unterbrechung bereits oder voraussichtlich 3 Monate und erfolgt kein Rücktritt, sind auf Verlangen eines Vertragspartners die ausgeführten Leistungen nach dem Vertrag, bei Pauschalpreisen im Verhältnis des bisher Geleisteten zur entsprechenden Pauschalleistung, abzurechnen und zu bezahlen.“*

*In die Abrechnung sind, falls den AN kein Verschulden trifft, gegen Sicherstellung auch nachgewiesene Kosten für noch nicht ausgeführte Teile der Leistung einzubeziehen, jedoch unter Berücksichtigung des durch die Nichtvollendung der Leistung erzielten oder erzielbaren Vorteiles.“*

Auf den ersten Blick scheint diese Regelung umfassend zu sein. Nach etwas Nachdenken wird aber klar, dass damit nur die Abrechnung und Zahlung der bereits erbrachten bzw. vorbereiteten Leistungen gemeint sein kann. Eine Regelung für die Vergütung jener Mehrkosten, die durch die Unterbrechung der Arbeiten entstehen, ist hier nicht enthalten. Wo ist sie zu finden, wie kann sie lauten? Hier unsere Antwort.

### **3.2 Unterbrechung ist eine Behinderung**

Eine lang andauernde Unterbrechung ist im Sinne der ÖNORM B2110 nichts anderes als eine – allerdings extreme – Form der Behinderung. Diese Auffassung vertreten auch Oberndorfer-Straube in ihrem aktuellen Kommentar zur ÖNORM B2110<sup>19</sup>. Damit ist die Ableitung des Vergütungsanspruches aus den Bestimmungen des *Pkt. 5.34 Behinderung der Ausführung* gegeben.

### **3.3 Vergütung und Mehrkosten**

Die ÖNORM B2110 nimmt dazu in folgenden Punkten Bezug:

- **Pkt. 5.34.4.1 Schadenersatz bei Behinderung**

*„Hat ein Vertragspartner die Behinderung verschuldet, hat er dem anderen Schadenersatz zu leisten.“*

Wenn sich beide Vertragspartner trotz Vorliegen von zum Rücktritt berechtigenden Gründen auf eine Fortführung des Vertrages einigen, kann daraus wohl kaum ein Schadenersatzanspruch resultieren. Der Punkt 5.34.4.1 ist damit für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages trotz andauernder Unterbrechung nicht anwendbar.

- **Pkt. 5.34.5.1 Mehrkosten bei Behinderung**

*„Ist die Behinderung durch Umstände verursacht worden, die für den AN vor dem Ablauf der Angebotsfrist nicht vorhersehbar waren, oder im Bereich des AG liegen, hat der AN Anspruch auf Vergütung der Mehrkosten, die durch die Behinderung entstanden sind.“*

Diese Bestimmung regelt, dass der AN Anspruch auf Vergütung der Kosten aus der Unterbrechung hat. Wenn es sich – wie in letzter Zeit mehrfach geschehen – um eine Unterbrechung der Arbeiten wegen eines mangelhaften oder fehlerhaften Bescheides handelt, ist die Ursache der Sphäre des AG zuzuordnen. Damit hat der AN Anspruch auf eine entsprechende Vergütung. Ähnlich ist die Situation bei Baueinstellungen, die auf von der Prognose abweichende Baugrundverhältnisse zurückzuführen sind. Sie sind im Normalfall für den Bieter vor Baubeginn nicht erkennbar.

Unter Mehrkosten sind in diesem Fall zunächst einmal die zeitgebundenen Baustellengemeinkosten und Kosten für die Gerätevorhaltung zu verstehen. Im Falle einer lang andauernden Unterbrechung kommen aber zweifellos noch weitere Kosten dazu. In den meisten Fällen handelt es sich dabei um:

- Kosten für den teilweisen oder kompletten Abbau und Abtransport wie neuerlichen Antransport der Baustelleneinrichtung und der Geräte. Ob und in welchem Umfang es überhaupt zu einer Räumung kommt, hängt nicht zuletzt von der voraussichtlichen Dauer der Unterbrechung ab. Hier ist eine

einvernehmliche Regelung vorher zu treffen, um Meinungsverschiedenheiten über das Risiko einer tatsächlich weit längeren Unterbrechung vorzubeugen.

- Lohnkosten für das gewerbliche Personal vom Zeitpunkt der Baustelleneinrichtung bis zur Freimeldung bzw. Kündigung des Personals;
- Zusätzlicher Aufwand für die Geschäftsführung bzw. Bauleitung/Projektleitung, der durch die Abwicklung der außergewöhnlichen Situation entsteht;
- Kalkulierter Gesamtzuschlag auf die oben angeführten Kosten
- Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie): Diese Kosten werden bei Weiterführung des Auftrages zwar erwirtschaftet, durch die Vertragsunterbrechung ergibt sich jedoch eine Verschiebung in eine spätere Periode. Auf der Erlösseite kommt es damit zu einem Ausfall. Gerade im Bereich öffentlicher Aufträge, speziell im Tiefbau besteht praktisch kaum eine Möglichkeit, kurzfristig adäquate Ersatzaufträge zu kostendeckenden Preisen zu akquirieren. Aufgrund des langfristigen Charakters der Geschäftsgemeinkosten ist eine unmittelbare Anpassung i.A. nicht möglich. Schadensmindernde Umstände sind nur dann zu berücksichtigen, wenn, *„die Leistungskapazität des Betriebes trotz Entfalls eines Auftrages voll ausgelastet geblieben und bei Übernahme sonstiger Aufträge auch nicht ausgeweitet worden wäre“* (OGH v. 25.3.1987 1Ob688/86).

#### **4 Schlussbemerkung**

Für den Fall eines berechtigten Vertragsrücktritts nach ÖN B2110 durch den AG bzw. AN enthält die ÖNORM B2110 verhältnismäßig klare Regelungen. Für den Fall der lang andauernden Unterbrechung der Arbeiten finden sich in der ÖNORM B2110 keine expliziten Regelungen für den Vergütungsanspruch. Es liegt nahe, diesen Tatbestand unter dem Titel „Behinderung“ abzuhandeln.

Den Auftraggebern wird empfohlen, für den Fall der langandauernden Unterbrechung konkrete Regelungen in den individuellen Bauvertrag aufzunehmen. Eine Reihe von öffentlichen und halböffentlichen Auftraggebern hat dies bereits getan, dabei aber gelegentlich etwas einseitig agiert. Den Unternehmern wird empfohlen, diese Regelungen genau zu studieren und zu beeinspruchen, wenn ihnen Risiken übertragen werden, die eigentlich der Sphäre des AG zuzuordnen sind.

## Literaturverzeichnis

vgl. nachfolgende Fußnoten

- <sup>1</sup> FIDIC: Conditions of Contract for Construction „Red book“ and „Silver book“ for EPC Turnkey projects. First Edition, Lausanne, 1999
- <sup>2</sup> siehe im Detail bei KROPIK A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B2110. Österreichisches Normungsinstitut, S. 148-149, Wien, 2002
- <sup>3</sup> AICHER J.: Die neue ÖNORM B2110 ab 1.3.200 und der Bauvertrag nach ABGB. bau-intern, Ausgabe 216, Nov. 2000, S. 20-21, VIBÖ, Wien 2000
- <sup>4</sup> AICHER J.: Die ÖNORM B2110 in der Judikatur. bau-intern, April 2002, S. 6, VIBÖ, Wien 2002
- <sup>4</sup> Umstände können verschiedenste Handlungen des AG, seiner Gehilfen, seine wirtschaftliche Lage oder auch sein Wille, von der Werkerstellung Abstand zu nehmen, sein, vgl. bei KREJL in: RUMMEL, RZ7 zu §1168.  
OBERNDORFER/STRAUBE: a.a.O. B2110, Pkt. [37.3], S. 87 vertreten die Auffassung, dass Leistungsunterbrechungen zufolge Finanzierungsschwierigkeiten (=wirtschaftliche Lage) des AG keine Behinderung, die ihn selbst zum Rücktritt berechtigen würde, darstellt, weil eine derartige Vorgangsweise massiv gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bei der Abwicklung von Werkverträgen verstoßen würde.
- <sup>5</sup> Berechnung der Vergütung bei Unterbleiben des Werkes auf Basis des vereinbarten Werklohnes vgl. OGH v. 5.6.1991 1Ob642/90; Rechtssatz zu ABGB §1168(1): Die Regelung des §1168 Abs. 1 ABGB bezweckt, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftes für den Unternehmer zu erhalten. Er soll durch die Stornierung des Werkauftrages keine Schlechterstellung, aber auch keine Besserstellung auf Kosten des Vertragspartners erfahren.  
Rechtsatz zu ABGB §1168 und §1293: Dem Werkunternehmer gebührt bei Abbestellung des Werkes nicht schlechthin der bis dahin getätigte Aufwand (in angemessener Höhe). Ein Anspruch auf Aufwandsersatz steht ihm nur insoweit zu, als der getätigte Aufwand im eingeschränkten Entgeltanspruch des §1168 Abs 1 erster Satz ABGB Deckung findet; bei einer nicht kostendeckenden Kalkulation (Verlustkalkulation) gebührt daher nur ein entsprechender Teil des Aufwandes.  
Anm.d. Autoren: Dies hat insofern praktische Bedeutung, als dass der schon getätigte Aufwand des Auftragnehmers (die ihm entstandenen Kosten) nicht nach tatsächlichen IST-Kosten, sondern nach den der Kalkulation zugrunde liegenden Verhältnissen zu bemessen ist.
- <sup>6</sup> vgl. z.B. OGH v. 5.6.1991 1Ob642/90 bzw. RdW 1991/12, S. 353; OGH v. 14.12.1989 8Ob625/88 bzw. RdW 1990/5a, S. 155; OGH v. 17.12.1974 8Ob246/74; OGH v. 27.10.1999 1Ob286/99m
- <sup>7</sup> vgl. OGH v. 14.12.1989, 8Ob625/88 bzw. RdW 1990/5a, S. 154-155
- <sup>8</sup> VOB/B § 8 Kündigung durch den Auftraggeber  
(1) Der Auftraggeber kann bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen.  
(2) Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).
- <sup>9</sup> RECKERZÜGL W./SCHWARZ H. a.a.O. RZ795
- <sup>10</sup> vgl. bei STRAUBE M., AICHER J. (Hrsg.): a.a.O. Pkt 9.1
- <sup>11</sup> vgl. OGH v. 24.2.1971 5Ob291/70
- <sup>12</sup> vgl. Interpretation KROPIK A.: a.a.O. S 225
- <sup>13</sup> KROPIK in STRAUBE M., AICHER J. (Hrsg.): a.a.O. Pkt. 5.2.2.3 Rücktrittserklärung: Bei einem unberechtigten Rücktritt vom Vertrag hat der Vertragspartner das Wahlrecht, den Zurücktretenden am Vertrag festzuhalten oder den Rücktritt wirken zu lassen (JBI 1992,247) und Schadenersatzansprüche geltend zu machen.
- <sup>14</sup> RECKERZÜGL W./SCHWARZ H.: a.a.O. RZ 806-809
- <sup>15</sup> im Detail siehe auch Ausführungen bei GÖLLES H, LINK D.: Kommentar zu den ÖNORMEN B2110 und B2117 für Praktiker. RZ 5.38.6.4-1, Österreichisches Normungsinstitut, Wien 2002
- <sup>16</sup> Österr. Normungsinstitut (Hrsg.): ÖNORM B2061, Preisermittlung für Bauleistungen, Ausgabe 1. Sept. 1992
- <sup>17</sup> siehe auch GÖLLES H.: Die Reform der Vertrags-ÖNORMEN B2110 und B2117
- <sup>18</sup> Der Gesamtzuschlag nach ÖNORMB2061 setzt sich zusammen aus: Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis, Gewinn.
- <sup>19</sup> OBERNDORFER/STRAUBE: Kommentar zur ÖNORM B2110, 3. Auflage, Der Wirtschaftsvertrag, Wien 2003, RZ 816 ff