

Originaltext zur Veröffentlichung in der ÖSTERREICHISCHEN BAUZEITUNG, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 41/02, S. 18-28

Vergütungsanspruch des Auftragnehmers bei Vertragsrücktritt durch den Auftraggeber und bei unvorhergesehener Unterbrechung der Arbeiten.

Beim vorliegenden Thema handelt es sich um ein Teilgebiet des Bauvertragsrechtes, das aufgrund einiger aktueller Fälle näher beleuchtet werden soll. Die Betrachtung erfolgt primär anhand der Werkvertragsnorm ÖNORM B2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“ in der Ausgabe 1. März 2002¹. Wo erforderlich werden zum besseren und umfassenderen Verständnis Bezüge zum ABGB und auch zur VOB hergestellt. Um dem Leser das Nachschlagen zu ersparen, werden nachfolgend die wesentlichen Passagen aus der ÖNORM B2110 und dem ABGB „kursiv“ abgedruckt.

Ein Blick in die Fachliteratur (vgl. Fußnoten am Ende) zeigt, dass diesem Thema in Österreich erst in letzter Zeit vermehrte Aufmerksamkeit gewidmet wird. Die rechtlichen Aspekte werden am ausführlichsten bei STRAUBE/AICHER² und LANGER³, die allgemein bauwirtschaftlichen in OBERNDORFER/STRAUBE⁴ behandelt. Hinweise zur Nachteilsabgeltung liefern WOLKERSTORFER, GÖLLES und LINK⁵. Ein aktuelles - als Nachschlagewerk in Claim-Angelegenheit ansonsten recht nützliches - Standardwerk von KROPIK/KRAMMER⁶ liefert trotz vieler Hinweise im Stichwortverzeichnis nur wenig Inhaltliches zum Thema, einzig §1170a ABGB, der das Rücktrittsrecht des AG bei beträchtlicher Kostenüberschreitung begründet, wird darin ausführlich behandelt. Wenig zu obigem Thema steuern auch KURBOS⁷ und LÄNGLE⁸ bei. In der Dissertation von SCHWARZ⁹ findet sich zur Rücktrittsproblematik eine Gegenüberstellung von ÖNORM B2110 und VOB/B.

Aufgrund der bedeutenden Rolle, welche der Vertragsrücktritt (vgl. Exkurs: Kündigung versus Rücktritt) und die oft vorangehende Einstellung der Arbeiten (*Termination by Employer* respektive *Suspension and Termination by Contractor*) im Baugeschehen außerhalb der deutschsprachigen Länder spielt, hat die FIDIC in ihren *Conditions of Contract for Construction*¹⁰ diesem Thema wesentlich mehr Aufmerksamkeit gewidmet als die österreichische Werkvertragsnorm.

Es liegt den Autoren fern, solche Zustände auch für Österreich herbei zu wünschen, doch beweist die Erfahrung der letzten Zeit, dass es auch für Auftragnehmer und Auftraggeber in Österreich wichtig ist, sich mit diesem Thema eingehender zu beschäftigen. Insbesondere gilt dies für den Rücktritt 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 bietet unter Umständen für den AN ein viel wirkungsvolleres Instrument zur Geltendmachung berechtigter Forderungen, als die bis dato viel strapazierte Mengenänderungsklausel. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass die Nachteilsberechnung nach Pkt. 5.24.10 in teilweiser Konkurrenz zu den anderen Anspruchsgrundlagen für Leistungsänderungen steht und daher darauf geachtet werden muss, dass es zu keinen Doppelverrechnungen kommt.¹¹

Exkurs: Kündigung versus Rücktritt

Ausgangspunkt für die erste Vorgängerversion der B2110 (damals B2002, Ausgabe 1930) war die VOB (1926). In der VOB „Verdingungsordnung für Bauleistungen“ wurde z.B. im „§8 *Kündigung durch den Auftraggeber*“ der Begriff **Kündigung** verwendet, die sinngemäß übernommene Textierung zu österreichischen B2002(1930) lautet jedoch „§8 *Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrag*“.

VOB/BGB: In der aktuellen Literatur zur VOB/B wird zwischen Kündigung und Rücktritt vom Vertrag unterschieden. Während eine Kündigung zur Beendigung des Vertrages zu diesem Zeitpunkt für die Zukunft führt, wird durch den Rücktritt das Vertragsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgelöst. Mit der Kündigung erlöscht die weitere Herstellungspflicht des AN und die Mitwirkungspflicht des AG, für die Vergangenheit bleibt der Vertrag jedoch voll wirksam (Abnahme¹²). Möglich ist eine Teilkündigung, wenn Teile der geschuldeten Leistung aus dem Vertrag herausgenommen werden können. Durch den Rücktritt wird der Vertrag mit rückwirkender Kraft aufgelöst, der Rücktrittsberechtigte kann die Herstellung des vor Vertragsabschluß bestehenden Zustandes fordern. Wegen des Langzeitcharakters des Bauvertrages kommt dem Rücktritt keine besondere Bedeutung zu, wenn der Vertrag erst einmal in Vollzug gesetzt worden ist.¹³

ÖNORM/ABGB: Im Rahmen des für Bauprojekte relevanten Vertragsrechts nach ABGB kommt nur der Begriff „Rücktritt“ vor. Deshalb wurde wohl in der ÖNORM B2002 (1930) in der Überschrift zum §8 „Kündigung“ durch „Rücktritt“ ersetzt. Mit dem Rücktritt wird der Vertrag rückwirkend aufgehoben, das ABGB sieht eine Rückabwicklung oder Werterhöhung

nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen vor. In der ÖNORM B2110 sind die Folgen des Rücktritts vom Vertrag (teilweise abweichend vom ABGB) geregelt.¹⁴ Die ÖNORM Pkt. 5.38.6 normiert eine Abnahmepflicht für ordnungsgemäß erbrachte Leistungen, trotz Vertragsrücktritt (entspricht ganz praktisch dem Gedanken, dass mit einer Rückabwicklung keinem der Vertragspartner geholfen wäre). Die Regelungen der ÖNORM B2110 zielen insbesondere bei Rücktritt aufgrund von Verschulden des AN auf eine möglichst schnelle Fortführung der Arbeiten, um Zeitverlust und Folgekosten zu vermeiden (ev. Unmöglichkeit der Rückabwicklung, i.A. auch unwirtschaftlich).

In der Baupraxis wird sehr oft von Teilkündigung oder Vertragskündigung gesprochen, beeinflusst wohl von der VOB oder sonstigen sprachlichen Usancen. Diese Tatbestände fallen hierzulande jedoch eindeutig unter das Thema „Rücktritt“.

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

„ 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“ erschließen. (OGH v. 10.9.1996, 3Ob2327/96v).“

Diese 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.¹⁵

1 Anspruchsgrundlagen

1.1 Rechtliche Grundlagen

Das ABGB im § 1168(1) stellt die rechtliche Basis für die Frage des Vergütungsanspruches im Falle des Vertragsrücktritt 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 möglich¹⁶. 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 hat¹⁷. Nach OGH liegt die Nachweisführung für das „Ersparte“ beim Werkbesteller¹⁸, 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“)¹⁹.

1.2 Werkvertragsnorm ÖNORM B2110

Die für den Rücktritt maßgeblichen Bestimmungen sind in der ÖNORM B2110 nicht in einem eigenen Punkt zusammengefasst, sondern müssen aus mehreren Unterpunkten 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 zugrundeliegenden Sachverhalte ist eine solche Aufsplittung wohl auch unvermeidlich.

Als erstes soll herausgearbeitet werden, welche Bestimmungen der ÖNORM B2110 im Falle eines Vertragsrücktritts oder Behinderung durch lang dauernde Unterbrechung der Arbeiten zur Anwendung gelangen können. Anschließend wird versucht, für beide Sachverhalte eine in sich 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

Zunächst ist jedoch noch eine weitere rechtliche Alternative zu nennen, nämlich der individuelle Vertrag.

1.3 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 sollen diese meist im Sinne des Vorformulierers abändern (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 die Sittenwidrigkeitskontrolle.²⁰

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.

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 erklärt²¹. 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. 5.38.2 Wider die guten Sitten oder Grundsatz des fairen Wettbewerbs verstoßende Absprachen (→ Vertrauensverlust)	detto	30 Tage nach Kenntnis
	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) ²²

Im Einzelfall ist es wahrscheinlich gar nicht so einfach, Übereinstimmung zu erzielen, ob es sich um Verzug, Umstände, die die ordnungsgemäße Durchführung unmöglich machen oder länger dauernde Behinderung handelt. Ein besonderer Leckerbissen in Hinblick auf die Möglichkeiten zur subjektiven Einschätzung eines eventuellen Rücktrittsgrundes ist 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.“*

KROPIK führt dazu einige Beispiele an, welche jedoch unseres Erachtens vielfach an der praktischen Durchsetzbarkeit (Beurteilung, Beweis, ev. Schadenersatzforderung des Vertragspartners²³) scheitern.

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 erzielbarer Vorteile	

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

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

- Abschreibungs- und Verzinsungskosten der Geräte
- Besitzbedingte Gerätereparaturentgelte
- Baustellengemeinkosten (insbesondere Baustellengehälter und in den BGK kalkulierte Geräte, bei umgelegten BGK eventuelle Fehlvergütungen)
- Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie), sonstige Gemeinkosten, in bestimmten Fällen (reduziertes) Wagnis nach ÖNORM B2061²⁴

Variablen Kosten, zu denen insbesondere:

- Produktive Lohnkosten (gewerbliches Personal)

- Material- und Hilfsmaterialkosten
- Energie- und Verbrauchsstoffkosten

zählen, sind im Rahmen der nachweisbaren Kosten i.A. nicht abgeltungsfähig, ausgenommen **Sonderfälle** wie z.B. die variablen Kosten aufgrund 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
- 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 Einschränkung (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.

2.4 Teilrücktritt

Bei Bauverträgen, die bereits weitgehend zur ordnungsgemäßen Erbringung der Bauleistung geführt haben, erweist sich der Rücktritt vom Vertrag für beide Seiten als unzweckmäßig. In der Praxis kommt es daher meist zu einem Teilrücktritt oder Rücktritt von Teilen der Leistungen. ÖNORM B2110 *Pkt. 5.38.6 Folgen des Rücktritts vom Vertrag* normiert in diesem Fall eine Übernahme von vertragsgemäß erbrachten Leistungen, auch wenn sie nicht vollständig sind.

2.5 Minderung oder Entfall von Leistungen

Um einen Sonderfall, nämlich die Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Teilen der Leistungen (auch von Teilen einer Positionsmenge) handelt es sich *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 Gesamtschlag 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 Werkes²⁵ (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 nicht zu weit gefasst werden, jedenfalls kann 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 auch keine relevanten bauwirtschaftlichen Auswirkungen.

Nach ÖNORM B2110 *Pkt. 5.24.10* hat der AN Anspruch auf Nachteilsabgeltung ohne den im Gesamtschlag kalkulierten Gewinn²⁶ (implizit inkl. Bauzinsen und Wagnis, evt. abgemindert). Der Normtext *„nicht aber den im Gesamtschlag kalkulierten Gewinn“* stellt eine Präzisierung gegenüber der bisher verwendeten Formulierung *„entgangenen Gewinn“* dar, welche nach juristischer Diktion einen zukünftigen, noch nicht aus gesicherter Rechtsposition resultierenden Gewinn (z.B. aus zukünftigem Geschäft) bedeutet und nicht den im konkreten Projekt kalkulierten Gewinnaufschlag.

Als Nachteilsabgeltung (abzüglich anderweitig kompensierter Leistungen) steht dem AN auch in diesem Fall die gesamte Fixkostendeckung und Teile der variablen Kosten zu (vgl. Auflistung im *Pkt. 2.2*).

2.6 Weitere Bestimmungen

Nach *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 würde 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 jedenfalls zu Ansprüchen aus *Pkt. 5.24 Leistungsänderung*).

Sehr oft aber sind 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.

Insbesondere ergeben sich bei einem Vertragsrücktritt gerade für öffentliche AG aus vergaberechtlichen Vorschriften weitere unangenehme Zeitverluste.

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

Wenn ein Rücktritt erfolgt, ist die Sache klar. Es greifen die 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 eindeutig zu sein. Bei näherer Betrachtung wird aber sofort klar, dass damit nur die Abrechnung und Zahlung der bereits erbrachten Leistungen geregelt ist, nicht jedoch die Vergütung der Mehrkosten, die durch die Unterbrechung der Arbeiten entstehen.

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. Damit ist auch 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 rücktrittsberechtigender Gründe auf eine Fortführung des Vertrages einigen, kann daraus wohl kaum ein Schadenersatzanspruch resultieren. Der Punkt 5.34.4.1 ist für den Fall der Aufrechterhaltung des Vertrages trotz andauernder Unterbrechung also gegenstandslos.

- **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 eindeutig der Sphäre des AG zuzuordnen. Damit hat der AN Anspruch auf eine entsprechende Vergütung.

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;
- Alle oben angeführten Kosten inkl. des kalkulierten Gesamtzuschlages;
- 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 zu einem Ausfall. Gerade im Bereich öffentlicher Aufträge, speziell im Tiefbau besteht praktisch kaum eine Möglichkeit, um 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 10b688/86).

Nachdem der Zuschlag für die Geschäftsgemeinkosten aus einer Plankostenrechnung stammt (→ Deckungsbeitragsrechnung), ist ein direkter Bezug zu den zeitgleich anfallenden tatsächlichen Kosten der Zentrale nur bedingt gegeben. Gerade für umsatzstarke Unternehmen wird ein Umsatzausfall in geringer Höhe kaum Auswirkung auf die Deckung der Zentralregiekosten haben. Dieser Umstand könnte theoretisch in letzter Konsequenz bei entsprechender Unternehmensgröße zur Situation in obigem OGH-Urteil führen. Praktisch werden solche Zuschläge in der österreichischen Bauindustrie und im Baugewerbe jedoch nicht auf das Gesamtunternehmen bezogen ermittelt, sondern auf mehreren Ebenen, deren unterste i.A. der Bereich (=Profit-Center)

und die nächst höhere die Niederlassung ist. Der Einfluss des Umsatzausfalls auf der Ebene dieser organisatorischen Einheiten kann nicht wegdiskutiert werden.

In jedem Fall ist darauf zu achten, dass es zu keiner Doppelverrechnung von Geschäftsgemeinkosten kommt.

4 Schlussbemerkung

Für den Fall eines Vertragsrücktritts durch den AG 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 dürfte aber unstrittig sein, dass dieser Umstand auf Basis der Anspruchsgrundlage „Behinderung“ abzuhandeln ist. Es empfiehlt sich, für den Fall der langandauernden Unterbrechung konkrete Regelungen in den individuellen Bauvertrag aufzunehmen. Eine Reihe von öffentlichen und halböffentlichen Auftraggebern haben dies bereits getan. Den Unternehmern wird empfohlen, diese Regelungen genau zu studieren und gegebenenfalls zu beeinspruchen, wenn ihnen dadurch Risiken übertragen werden sollen, die eigentlich der Sphäre des AG zuzuordnen wären.

E. Schneider, M. Spiegl

bau.portrait

Univ.Prof. DI Eckart Schneider

Vorstand des Instituts für Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement, Bau fakultät der Universität Innsbruck.

Jahrzehnte lange Praxis in der Bauindustrie, vornehmlich im Tunnelbau, insbesondere lange TBM-Vortriebe im In- und Ausland.

Seit 1996 o.Univ.Prof. für Baubetrieb und Bauwirtschaft.

Vorsitzender ÖNORM AG zur Neugestaltung der B2203 Untertagebau, Teil 2: Mechanischer Vortrieb

Bmst. Univ.Ass. DI Dr.techn. Markus Spiegl

Universitätsassistent am Institut für Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement, Bau fakultät der Universität Innsbruck - beschäftigt mit Bauvertragsrecht und Tunnelbau, insbesondere Bauvertragskonzepte für TBM-Tunnelbauten, mehrere Veröffentlichungen.

Geschäftsführer der SSP BauConsult GmbH®, Ingenieurbüro für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Tätigkeit im Nachtragsmanagement und –prüfung, Technikerstr. 32, 6020 Innsbruck

¹ Österr. Normungsinstitut (Hrsg.): ÖNORM B2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, Ausgabe 1. März 2002

² STRAUBE M., AICHER J. (Hrsg.): Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Band II, Manz Verlag, Wien, 2002

³ LANGER H.: Die Bauvertragsnorm B2110/2000. Verlag Österreich, Wien 2000

⁴ OBERNDORFER W., STRAUBE M. (Hrsg.): Kommentar zur B2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 1995

-
- ⁵ WOLKERSTORFER H., GÖLLES H., LINK D.: Die Nachteilsabgeltung bei Minderung oder Entfall von Leistungen. bau-intern, VIBÖ, April 2002
- ⁶ KROPIK A., KRAMMER P.: Die Mehrkostenforderung beim Bauvertrag. Wirtschaftsverlag, Wien, 1999
- ⁷ KURBOS R.: Baurecht in der Praxis. Wirtschaftsverlag Überreuter, Wien, 1998
- ⁸ LÄNGLE PH.: Das Entgelt beim Bauvertrag. Verlag Orac, Wien, 1999
- ⁹ SCHWARZ H.: Die allgemeine Systematik der Vergabekriterien - Angewandt auf die Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen. S. 44-56, Dissertation, TU Wien, 2001
- ¹⁰ FIDIC: Conditions of Contract for Construction „Red book“. First Edition, Lausanne, 1999
- ¹¹ siehe im Detail bei KROPIK A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B2110. Österreichisches Normungsinstitut, S. 148-149, Wien, 2002
- ¹² ABGB: Beim Werkvertrag steht gemäß §1168 ABGB dem Unternehmer kein Anspruch auf Herstellung und Abnahme des Werkes zu. vgl. OGH v. 1.2.1972 5Ob9/72
- ¹³ gekürzt nach RIEDL in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM: Handkommentar zur VOB. Einf. zu VOB/B §§8 und 9 Rdn. 1, S. 1088, Bauverlag, 2000
- ¹⁴ aus STRAUBE M., AICHER J. (Hrsg.): a.a.O. Pkt. 9.5
- ¹⁵ 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
- AICHER J.: Die ÖNORM B2110 in der Judikatur. bau-intern, April 2002, S. 6, VIBÖ, Wien 2002
- ¹⁶ Umstände können verschiedenste Handlungen des AG, seiner Gehilfen, seine wirtschaftliche Lage oder auch sein Wille, von der Werkerstellung Abstand zu nehmen, sein, vgl. bei KREJI in: RUMMEL, RZ 7 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.
- ¹⁷ 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 zur 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.
- ¹⁸ 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
- ¹⁹ vgl. OGH v. 14.12.1989, 8Ob625/88 bzw. RdW 1990/5a, S. 154-155
- ²⁰ vgl. bei STRAUBE M., AICHER J. (Hrsg.): a.a.O. Pkt 9.1
- ²¹ vgl. OGH v. 24.2.1971 5Ob291/70
- ²² vgl. Interpretation KROPIK A.: a.a.O. S 246
- ²³ vgl. 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.
- ²⁴ Österr. Normungsinstitut (Hrsg.): ÖNORM B2061, Preisermittlung für Bauleistungen, Ausgabe 1. Sept. 19992
- ²⁵ siehe auch GÖLLES H.: Die Reform der Vertrags-ÖNORMEN B2110 und B2117
- ²⁶ Der Gesamtzuschlag nach ÖNORMB2061 setzt sich zusammen aus: Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis, Gewinn.