

# Skriptum

## Die ÖNORM B 2110 Fassung 15.03.2013

KU ÖNORM B 2110  
LV-Nr.: 030084

Stand: WS 2017

Pernegger KG

Thalheim

**Pernegger KG  
Schlosserei  
Aigenstraße 18  
4600 Thalheim**

## 1. RECHTSNATUR DER ÖNORM B 2110

Rechtliche ÖNORMEN sind, soweit sie nicht durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt wurden, Vertragsschablonen; es steht den Vertragspartnern frei, sie zu vereinbaren oder nicht, das heißt, sie werden - ihrer Rechtsnatur als allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechend - nur dann zum Vertragsgegenstand, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung - zumindest konkludent - vereinbart haben (OGH 22.8.1995, 6 Ob 566/95 = ecolex 1995, 891; 14.6.1971 JBl 1972, 200).

Die rechtlichen ÖNORMEN stellen weder Handelsbrauch noch Verkehrssitte dar.

## 2. INHALTSKONTROLLE

Die ÖNORM B 2110 wird von der Rsp wie allgemeine Geschäftsbedingungen behandelt. Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen der Geltungs- und Inhaltskontrolle der §§ 864 a und 879 ABGB.

### a) Geltungskontrolle

§ 864a ABGB ist Geltungskontrolle.

§ 864a ABGB sieht vor, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

### b) Inhaltskontrolle

§ 879 ABGB ist Inhaltskontrolle.

§ 879 Abs 1 ABGB sieht vor, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Der Gesetzgeber bediente sich dieser Generalklausel, weil er vor dem Problem stand, nicht alle Fälle sittenwidriger Vereinbarungen aufzählen zu können.

§ 879 Abs 3 ABGB sieht vor, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festhält, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Die Rsp orientiert sich bei der Beurteilung ob ein Vertrag oder eine Vertragsbestimmung sittenwidrig ist am dispositiven Recht als dem Leitbild eines

abgewogenen und gerechten Interessensausgleiches (OGH 23.6.1981, JBl 1982, 652). Ein Abweichen vom dispositiven Recht in allgemeinen Geschäftsbedingungen kann dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bilden, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt (OGH 13.4.1983, JBl 1983, 534 (zust. *Bydlinski*); 22.2.1984, JBl 1985, 233; 4.6.1985, JBl 1986, 373).

In der BRD kam es nach der Einführung des AGB-Gesetzes (Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen) - das mit unserem KschG (Konsumentenschutzgesetz) vergleichbar ist - im Jahr 1977 zu einer Rsp mit der Tendenz vertragliche Abweichungen von der VOB/B (Verdingungsordnung für das Bauwesen: sie ist das deutsche Gegenstück zur ÖNORM B 2110) nur in sehr eingeschränktem Umfang zuzulassen. Ausgangspunkt des BGH war die These, dass die VOB/B ein insgesamt ausgewogenes Vertragswerk sei. Weder Auftraggeber noch Auftragnehmer würden durch die Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild in einer Gesamtbetrachtung ungebührlich benachteiligt. Solange in dieses Gefüge nicht "durch ins Gewicht fallende Einschränkungen" eingegriffen werde, sei deshalb die gesamte VOB/B rechtlich nicht zu beanstanden. Das Vertragswerk des Verwenders ist "AGBG - fest" solange das Gleichgewicht der VOB/B beachtet wird (BGHZ 86, 135/141; BauR 1983, 161, 163; 1966; 1986,89). In zahlreichen Einzelentscheidungen hat der BGH Abweichungen von der VOB/B als sittenwidrig erachtet, was in der deutschen Literatur zu Kritik geführt hat (*Sigburg*, BauR 1983, 9 *Anker*, BauR 1995, 323).

Die ÖNORM B 2110 ist durch das Zusammenwirken aller Interessensgruppen zustande gekommen. Sie wird daher als "qualifiziert konsensualisierte Geschäftsbedingung" angesehen. Dies schließt zwar eine Inhaltskontrolle durch das Gericht nicht aus, doch ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass sie der Inhaltskontrolle standhalten wird, zumal auch im Normungsausschuss der Grundsatz des größtmöglichen Konsenses vor Verabschiedung der Normen gilt.

### 3. DER AUFBAU DER ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 Ausgabe 15.3.2013 besteht aus zwölf **Abschnitten**:

**Abschnitt 1** enthält Bestimmungen über den Anwendungsbereich der ÖNORM.

**Abschnitt 2** enthält normative Dokumente, die durch Verweisung im Text der ÖNORM Bestandteil dieser ÖNORM sind. Datierte Verweisungen erfassen spätere Änderungen oder Überarbeitungen nicht.

**Abschnitt 3** enthält Begriffsdefinitionen und besagt, dass für die Anwendung dieser ÖNORM die Begriffe nach ÖNORM A 2050 oder BVergG 2006 gelten.

**Abschnitt 4** enthält als Ergänzung zur ÖNORM A 2050 "Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm" oder der ÖNORM A 2051 "Vergabe von Aufträgen von Leistungen im Bereich der Wasser -, Energie- und Verkehrsversorgung sowie in Telekommunikationssektor - Ausschreibung, Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm" Verfahrensbestimmungen,

insbesondere Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten. Dieser Abschnitt ist nicht dazu bestimmt, Vertragsbestandteil zu werden.

Der frühere Abschnitt 5 „Vertragsbestimmungen“ wurde bereits in der Vorgängerfassung 1.1.2009 in die Abschnitte 5 bis 12 aufgeteilt:

<b>Abschnitt 5</b>	Vertrag
<b>Abschnitt 6</b>	Leistung, Baudurchführung
<b>Abschnitt 7</b>	Leistungsabweichung und ihre Folgen
<b>Abschnitt 8</b>	Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellungen
<b>Abschnitt 9</b>	Benutzung von Teilen der Leistung vor der Übernahme
<b>Abschnitt 10</b>	Übernahme
<b>Abschnitt 11</b>	Schlussfeststellung
<b>Abschnitt 12</b>	Haftungsbestimmungen

Die Bestimmungen der Abschnitte 5 bis 12 werden Vertragsinhalt, wenn sie von den Vertragspartnern als Vertragsbestandteil erklärt werden. Sie regeln gemeinsam in den in der Ausschreibung anzuführenden Fachnormen und besonderen Vertragsbestimmungen die Rechte und Pflichten der Auftraggeber und Auftragnehmer.

#### **4. DER ANWENDUNGSBEREICH DER ÖNORM B 2110 (PKT 1)**

Die ÖNORM B 2110 enthält die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen zu denen auch Leistungen der Haustechnik gehören.

Bauleistungen sind die Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken oder Bauteilen, sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten, sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken, sowie Leistungen der Haustechnik (Pkt. 3.1).

Leistungen der Haustechnik sind die Herstellung, Änderung, Reparatur und Demontage von haustechnischen Anlagen und von Teilen derselben (Pkt. 3.1).

Für die Errichtung von Bauwerken sind zwar Planungs- und Entwurfsleistungen erforderlich, dennoch fallen sie nicht in den Anwendungsbereich der ÖNORM.

#### **5. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN (PKT 3)**

Die ÖNORM B 2110 definiert unter Pkt. 3. zahlreiche Begriffe.

#### **6. ERKLÄRUNG DES AUFTRAGNEHMERS (PKT 4.2.1.4)**

Pkt 4.2.1.4 sieht vor, dass der Bieter die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und in seinem Angebot zu berücksichtigen hat. Pkt 4.2.1.4 enthält nur eine Empfehlung an

den AN. Dies ergibt sich daraus, dass seit der Fassung 1.1.2009 die Bestimmung der Vorgängerversionen "Erklärung des Auftragnehmers", zuletzt in Pkt 5.4 der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1.3.2002, entfallen ist. Diese Bestimmung befand sich nämlich in Abschnitt 5, der Vertragsbestandteil wurde.

Pkt 5.4 der ÖNORM B 2110 idF 1.3.2002 enthielt eine sog "Angebotserklärung". Darin bestätigt der AN mit dem Abschluss des Vertrages, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist; ferner, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen. Derartige "Angebotserklärungen" mit ähnlichem Wortlaut finden sich in vielen Bauverträgen. Deshalb erscheint deren Erläuterung zweckmäßig.

Derartige Bestimmungen bewirken keine Haftung des Auftragnehmers für fehlerhafte oder unvollständige Baubeschreibungen durch den Auftraggeber und beinhalten insbesondere auch keine Übernahme des Baugrundrisikos durch den Auftragnehmer, da es sich bei solchen Erklärungen um eine bloße Wissenserklärung und nicht um eine Willenserklärung handelt, sodass sie auch nicht "haftungsverschärfend" zu Lasten des Auftragnehmers wirken können. Vertragsbestimmungen, nach denen der Auftragnehmer die Ausführungsunterlagen auf Mängel zu prüfen hat, können zu keiner vom Gesetz abweichenden Teilung des Bodenrisikos führen (*Krejci*, Baugrundrisiko, 31; OGH WBl 1987, 219). Eine Klausel in der der AN mit dem Abschluss des Vertrages bestätigt, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist; ferner, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen, kann nicht dahin ausgelegt werden, dass damit eine Übertragung der Haftung für eine falsche, fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer zustande gekommen ist (OGH 9 Ob 41/04a SZ 2004/160 JBl 2005, 378).

## **7. MITVEREINBARTE ÖNORMEN (PKT 5.1)**

Mit der Vereinbarung der ÖNORM B 2110 werden auch alle sachlich in Betracht kommenden, im ÖNORMEN - Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes, Vertragsinhalt.

Darüber hinaus werden auch alle ÖNORMEN mit vornominierten Vertragsinhalten (Werkvertragsnormen) für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile (einzelne Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen, mitvereinbart (Pkt. 5.1.1 Abs. 2). Diese Bestimmung ist meines Erachtens rechtlich bedenklich, da Normen mit mehreren tausend Seiten Vertragsinhalt werden, die den Vertragsparteien oftmals nicht bekannt sind.

## 8. ZUSTANDEKOMMEN DES BAUVERTRAGES

Der Bauvertrag ist an keine Form gebunden. Er kommt nach allgemeinem Vertragsrecht durch Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zustande (Anbot, Auftragschreiben, Bestellschein, Schlussbrief) und Annahme (auch Auftragsbestätigung, Gegenschlussbrief).

In der Praxis kommt es häufig vor, dass die Annahme vom Angebot abweicht. Dann entsteht gemäß § 869 ABGB vorerst kein Vertrag. Das Angebot erlischt. Die "geänderte Annahme" gilt aber als neues Angebot (EvBl 1962/1392; JBl 1982, 652; SZ 42/103; SZ 50/69; OGH 14.9. 1982, 5 Ob 688, 600, 689/82; OGH 22.9.1982, 1 Ob 579/82; OGH 9.3.1983, 3 Ob 692/82; 1 Ob 519/94). Dieses neue Angebot kann entweder ausdrücklich oder, was oft übersehen wird, auch schlüssig angenommen werden: Beginnt der Auftragnehmer mit der Bauausführung ohne dem "neuen Angebot" zu widersprechen, kommt der Vertrag zu den geänderten Bedingungen zustande (EvBl. 1962/392; SZ 41/16 = EvBl. 1968/211 = JBl 1968, 476; *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, Rz 4 zu § 861).

Häufig werden mündlich getroffene Vereinbarungen dem Partner durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben schriftlich bestätigt. Solange sich dieses Bestätigungsschreiben mit dem mündlich vereinbarten deckt, hat es die Funktion eines deklarativen Beweismittels für den Inhalt und den Abschluss des bestätigten Vertrages (*Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup>, 270).

Problematisch sind aber jene Fälle, in denen das Bestätigungsschreiben Abweichungen von den mündlich getroffenen Vereinbarungen enthält. Es stellt sich die Frage, wie das Schweigen auf ein solches Bestätigungsschreiben zu werten ist.

In der älteren österreichischen L und Rsp wurde das Schweigen regelmäßig als Zustimmung interpretiert (*Kramer* in *Straube*, HGB RZ 46 zu § 346 mwN). Erst *Wahle* (*Wahle* in *Klang*<sup>2</sup> IV./2, 37 ff.) und *Bydlinski* (*Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 104 ff.; *ders*, Zur Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" im österreichischen Recht, *Flume*-FS, 335), traten dieser Auffassung entgegen.

Die neuere Lehre und Rsp werten das Schweigen des Empfängers nicht mehr als Zustimmung, außer bei konkretisierenden und ergänzenden Bestätigungsschreiben (*Bydlinski*, JBl 1970, 478; *Rummel* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 861 Rz 13; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup>, 269; OGH 1 Ob 73/74 SZ 47/83 = EvBl 1975/62 = JBl 1975, 89 [*Bydlinski*]; 1 Ob 613/76 JBl 1977, 593; 6 Ob 696/77 SZ 50/112; 1 Ob 673/79 SZ 52/120).

Werden etwa Qualitätsmerkmale präzisiert oder ergänzt, kann eine Zustimmung bei vernünftiger Überlegung aller Umstände (§ 863 ABGB) angenommen werden, wenn die Ergänzung (Präzisierung) den Interessen des Empfängers gerecht wird. Durch Stillschweigen auf ein vom vereinbarten Text abweichendes Schreiben eines Vertragspartners kann in der Regel eine Vertragsmodifikation nicht eintreten. Dies gilt

jedoch dann nicht, wenn keine ausdrückliche, dem schriftlichen Bestellvorgang vorausgehende Vereinbarung getroffen wurde: Weicht der Auftragnehmer in der Auftragsbestätigung vom Bestellschreiben ab, und widerspricht der Auftraggeber nicht unverzüglich, muss der Auftragnehmer annehmen, dass der Auftraggeber mit der Abweichung einverstanden ist (OGH 4 Ob 555/81 HdBW V/16).

Diese Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben gelten nicht nur unter Unternehmern, sondern auch im geschäftlichen Verkehr unter Personen, die nicht Unternehmer sind.

Von der Frage nach der konstitutiven Wirkung eines abweichenden Bestätigungsschreibens und des Schweigens darauf, ist die Frage der Beweiswirkung streng zu trennen. Das nicht widersprochene Bestätigungsschreiben hat nämlich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss nachweisen, dass diese Vermutung unrichtig ist (*Kramer in Straube*<sup>2</sup>, HGB RZ 52 zu § 346). Es ist also dringend anzuraten, Abweichungen von den mündlich getroffenen Vereinbarungen unverzüglich zu widersprechen.

Die Annahme eines Angebotes kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln, also stillschweigend erfolgen. Gibt ein Auftragnehmer ein schriftliches Angebot ab und beginnt kurz darauf mit den Bauarbeiten, die vom Auftraggeber widerspruchslos entgegengenommen werden, liegt ein zu den Bedingungen des Angebotes wirksam angenommener Vertrag vor (SZ 41/16 = EvBl 1968/211 = JBl 1968, 476).

Auch bei Nachtragsofferten, die eine Vertragsergänzung darstellen, gelten diese Grundsätze. In der Baupraxis ergibt sich oft im Zuge der Baudurchführung die Notwendigkeit zusätzliche Leistungen in Auftrag zu geben. Häufig geschieht dies durch mündliche Beauftragung durch den Auftraggeber oder seinen Vertreter ohne dass die Frage des Entgelts erörtert wird. Nach Pkt. 7.4.2 der ÖNORM ist das Zusatzangebot auf der Preisbasis des Hauptvertrages zu erstellen. Für den Fall, dass die ÖNORM B 2110 nicht Vertragsbestandteil ist, gilt nach der Rsp Folgendes: wenn vom Besteller weitere Zusatzarbeiten am selben Objekt ohne ausdrückliche Vereinbarung über die Berechnung des Entgelts in Auftrag gegeben werden, hat die Entgeltsberechnung auf der Preisbasis des Voranschlages, nicht jedoch der allenfalls höheren Regiepreise zu erfolgen, sofern der Auftragnehmer nicht den Auftraggeber ausdrücklich darauf hinweist, dass die Zusatzarbeiten höher zu entlohnen sind (OGH 6.6.1974, 6 Ob 93/74; vgl auch ÖJZ 1983/100). Die Rsp hat allerdings in späteren Entscheidungen zur den einschlägigen Bestimmungen in den Voraufgaben der ÖNORM völlig zu Recht judiziert, dass die Anmeldung von Mehrkosten dem Grunde nach gem Pkt 5.24.3 (ÖNORM Ausgabe 1.3.2002) und Pkt 5.23.3 (ÖNORM Ausgabe 1.1.1995 und 1.3.2000) nicht erforderlich ist, wenn die Initiative zur Ausdehnung des vertraglichen Leistungsumfanges vom AG ausgeht, ohne dass dieser die Erbringung der zusätzlichen Leistungen von einer vorher zu vereinbarenden Preisänderung abhängig macht. Erteilt der AG den zusätzlichen Auftrag ohne jeden Vorbehalt und nimmt der AN diese Offerte – wenn auch bloß schlüssig – an, so kommt schon damit die vom AG entrierte Vertragsänderung unter Einschluss der Vereinbarung eines angemessenen Entgelts zustande, ohne dass es noch auf die in den ÖNORM -

Bestimmungen zur Sicherung der Interessen des AG eingebauten Kautelen ankäme: Es wäre eben Sache des AG gewesen, vor seinem (schlüssigen) Anbot zur Vertragsänderung auf einem Zusatzanbot zu bestehen. Daraus folgt, dass der AG dem AN für deren in Auftrag gegebenen Mehr- bzw. zusätzlichen Leistungen das angemessene Entgelt (§ 1152 ABGB) schuldet (OGH 1 Ob 251/99i bbl 2000/24 [Karasek] = RdW 2000/188; 2 Ob 248/05t ecolex 2007/14 = bbl 2006/160 = RdW 2006/585; zustimmend Aicher, bau-intern 11/2000, 24; gegenteilig noch OGH 20. 09. 1994, 4 Ob 528/94). Im Ergebnis geht der OGH von einer schlüssigen Vertragsänderung aus, wenn der AG eine Leistungsänderung anordnet und nicht sofort auf die Einhaltung des in der ÖNORM vorgesehenen Prozedere besteht. Dieser Ansicht ist zwar uneingeschränkt zuzustimmen, jedoch wird sich erst weisen, ob dies unter dem Regime der ÖNORM in der nunmehrigen Fassung weiter gilt.

## 9. SCHRIFTFORMGEBOT (PKT 5.7)

Pkt 5.7 der ÖNORM sieht vor, dass Änderungen des Vertrages aus Beweisgründen schriftlich festzuhalten sind. Pkt 5.7 bewirkt nur, dass der schriftlichen Festhaltung einer Vertragsänderung Beweisfunktion zukommt, die Vertragsänderung also in dieser Form geschlossen wurde, und die Abmachung richtig und vollständig wiedergibt (vgl. *Rummel in Rummel I* § 884 Rz 3). Pkt 5.7 hat daher nur deklarative Funktion. Auch eine entgegen dem Schriftformgebot vorgenommene mündliche Änderung des Vertrages ist gültig.

In vielen Bauwerksverträgen finden sich vertragliche Schriftformgebote. Auch die ÖNORM schreibt an zahlreichen Stellen Schriftlichkeit vor:

- 5.1.3. Vereinbarung des Vertrages
- 5.7 Änderung des Vertrages
- 5.8.2 Rücktritt vom Vertrag
- 6.2.4.1 Warnpflicht
- 6.2.4.2 Warnpflicht
- 6.2.4.3 Warnpflicht
- 6.2.6.3 Bedenken gegen Ausführungsunterlagen
- 6.2.7.1 Bestätigung von erhaltenen Dokumentationen
- 6.2.7.2.1 Einspruch gegen Eintragungen ins Baubuch
- 6.2.7.2.2 Einspruch gegen Eintragungen in Bautagesberichte
- 6.2.8.9.5 Festhaltung der Ergebnisse eines Probebetriebes
- 6.2.8.10.4 Festhaltung der Ergebnisse von vereinbarten Prüfungen
- 6.5.1 Nachfristsetzung bei Verzug
- 7.5.1 Leistungserbringung außerhalb des Vertrages
- 8.2.3.3 Einseitige Aufmaßfeststellung
- 8.2.3.3 Einspruch gegen einseitige Aufmaßfeststellung
- 8.4.1.5 Bekanntgabe der Abweichung der Zahlung vom Rechnungsbetrag
- 8.4.2 Schlussrechnungsvorbehalt
- 8.4.2 Bekanntgabe der Abweichung der Schlusszahlung vom Rechnungsbetrag

- 10.2.1 Fertigstellungsmeldung
- 10.5.2 Verweigerung der Übernahme
- 10.5.2 Aufforderung zur neuerlichen Übernahme
- 12.2.3.1 Mängelrüge

Nach L (*Rummel in Rummel I*<sup>3</sup> § 884 Rz 3) und Rsp (OGH 6 Ob 202/64 SZ 37/164, 1 Ob 118/74 JBl 1975, 369; 5 Ob 578/80 JBl 1983, 150; OLG Wien 6. 9. 1996, 3 R 133/96 t; 2 Ob 46/98y ecolex 1998, 839) ist ein nachträgliches einverständliches Abgehen von einer vereinbarten Schriftform sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich und zulässig (OGH 2 Ob 114/99z ecolex 2000/49; 8. 2. 2005, 4 Ob 263/04m; 5 Ob 37/06m MietSlg 58.073; 7 Ob 215/06b MietSlg 58.101 = immolex 2007/37; 14. 8. 2008, 2 Ob 164/08v uva). Die Beweispflicht für ein Abgehen vom Formerfordernis trifft allerdings den, der sich darauf beruft (OGH 12. 7. 1961, 5 Ob 233/61; 6. 12. 1961, 1 Ob 483/61; 15. 1. 1969, 5 Ob 265/68; 12. 9. 1972, 5 Ob 101/72; 7 Ob 776/78 MietSlg 31.148 = MietSlg 31.098; 3 Ob 701/82 MietSlg 35.096 = HS 14.677; OLG Wien 6. 9. 1996, 3 R 133/96 t; OGH 14. 8. 2008, 2 Ob 164/08v). Nach dem sehr strengen Maßstab des § 863 ABGB („kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln“) kann aus dem Umstand allein, dass die Streitparteien ihre mündlichen Vereinbarungen mit Handschlag bekräftigten, nicht mit der erforderlichen Sicherheit abgeleitet werden, man habe sich über ein Abgehen vom Schriftformerfordernis geeinigt (OGH 23.4.2008, 7Ob35/08k ecolex 2008,728). Fraglich ist, auf welche Weise ein konkludentes Abgehen von der Schriftform noch möglich ist, wenn die Bekräftigung einer Vereinbarung per Handschlag nicht ausreicht.

Bei gesetzlichem Schriftformgebot bedeutet Schriftlichkeit, abgesehen von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen, „Unterschriftlichkeit“. Das Erfordernis der Schriftform soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der abzugebenden Erklärung und die Person, von der sie ausgeht, zuverlässig entnommen werden können (OGH 1 Ob 525/93 JBl 1994, 119 [*Rummel*] = WoBl 1994/13 [*Würth*] = ecolex 1994, 159 [*Wilhelm*] = EvBl 1994/86 = RdW 1994, 75 = ARD 4532/31/94 = NRSp 1994/54; 1 Ob 515/95 SZ 68/63 = JBl 1995, 656 = EvBl 1995/120 = ecolex 1995, 487). Gesetzliche Schriftformgebote bestehen allerdings im Bauwerkvertragsrecht nicht.

Ob ein Telefax dem Erfordernis der Schriftform entspricht hängt davon ab, ob die Schriftform im Gesetz oder im Vertrag vorgeschrieben ist. Ein Telefax genügt einem vertraglichem Schriftformgebot, wenn sich bei der Vertragsauslegung aus dem Zweck der Regelung nicht gegenteiliges ergibt.

Ist eine Garantie schriftlich durch Beifügung des Amtsstempels abzurufen, genügt diesem Formgebot das Telefax nicht (OGH 1 Ob 620/95 SZ 68/230 = ecolex 1996, 447).

Bei vertraglichen Schriftformgeboten reist nach hL und Rsp ein Telefax auf Gefahr des Versenders (*Born*, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995, 131; *Rummel in Rummel I*<sup>3</sup> § 862a Rz 3; *Rummel*, ÖBA 1996, 77; OGH 1 Ob 273/97x ecolex 1999/37 = RdW 1998, 736 = JBl 1999, 252; 6 Ob 118/07g RdW 2008/65 = ARD 5805/8/2007; ebenso für eine Telefaxeingabe an das Gericht OGH 7 Ob 94/04f SZ 2004/84 = JBl

2005, 45 = RdW 2004/619). Anderes würde nur bei einer erwiesenen Störung des Empfangsgeräts gelten, weil diese in den Risikobereich des Empfängers fällt (*Rummel* in *Rummel I*<sup>3</sup> § 862a Rz 3; OGH 6 Ob 118/07g RdW 2008/65 = ARD 5805/8/2007). Bei vertraglichen Schriftformgeboten reist nach hL und Rsp ein Telefax auf Gefahr des Versenders (*Born*, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995, 131; *Rummel* in *Rummel I*<sup>3</sup> § 862a Rz 3; *Rummel*, ÖBA 1996, 77; OGH 1 Ob 273/97x ecolex 1999/37 = RdW 1998, 736 = JBl 1999, 252; 6 Ob 118/07g RdW 2008/65 = ARD 5805/8/2007; ebenso für eine Telefaxeingabe an das Gericht OGH 7 Ob 94/04f SZ 2004/84 = JBl 2005, 45 = RdW 2004/619). Anderes würde nur bei einer erwiesenen Störung des Empfangsgeräts gelten, weil diese in den Risikobereich des Empfängers fällt (*Rummel* in *Rummel I*<sup>3</sup> § 862a Rz 3; OGH 6 Ob 118/07g RdW 2008/65 = ARD 5805/8/2007).  
Beispiel:

Hat der Käufer ein Telefax mit der Mängelrüge fristgerecht abgesandt und lag es im Bereich des Verkäufers, dass dieses Telefax nicht oder nicht fristgerecht bei ihm einlangte, dann wäre die Mängelrüge als rechtzeitig anzusehen (OGH Ob 273/97x ecolex 1999/37 = RdW 1998, 736 = JBl 1999, 252).

Nach der, soweit ersichtlich, bisher einzigen Entscheidung des OGH kann mittels eines E-Mail-Sendeprotokolls der Anscheinsbeweis des Zugangs eines E-Mails nicht erbracht werden. Ein E-Mail ist für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar, in dem es in seiner Mailbox eingelangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann, das heißt, sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist (OGH 2 Ob 108/07g ecolex 2008/71 = JBl 2008, 324 = MR 2008, 176

## 10. RÜCKTRITT VOM VERTRAG (PKT 5.8)

Die ÖNORM sieht vertragliche Rücktrittsrechte der Vertragspartner vor:

### a) Untergang der bereits erbrachten Leistung (5.8.1 Z 1)

Jeder Vertragspartner ist bei Untergang der bereits erbrachten Leistung berechtigt ist den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Trotz der verschiedenen Begriffe ("gänzlichen Zerstörung" in der letzten Ausgabe und "Untergang der bereits erbrachten Leistung" in der vorliegenden Ausgabe) dürfte inhaltlich kein Unterschied bestehen.

### b) Abweisung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners mangels kostendeckenden Vermögens oder Aufhebung eines Insolvenzverfahrens deswegen (5.8.1 Z 2)

Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen oder ein solches Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens aufgehoben worden ist.

**c) Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners, soweit der Rücktritt nicht durch gesetzliche Vorschriften untersagt ist (5.8.1 Z 3)**

Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn über das Vermögen des AN das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen worden ist.

Wird über das Vermögen einer der Vertragspartner das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der andere Vertragspartner, der das Vertragsverhältnis fortsetzen will, gem § 21 (1) und (2) IO vom Insolvenzverwalter binnen einer vom Gericht zu setzenden Frist verlangen, dass er sich erklärt, ob er den Vertrag erfüllen möchte oder vom Vertrag zurücktritt.

Seit dem IRÄG 2010 kann gemäß § 25a IO ein Vertragspartner den Vertrag in den ersten sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen, sofern die Auflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte. Kein wichtiger Grund ist die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners oder der Zahlungsverzug des Schuldners vor Insolvenzeröffnung. Auf entgegenstehende Vereinbarungen der Vertragsparteien kann sich der Vertragspartner gemäß § 25b IO nicht berufen.

Ein Vertragspartner kann den Vertrag jedoch auflösen, wenn dies zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist.

**d) Umstände, die die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages unmöglich machen (5.8.1 Z 4)**

Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn Umstände vorliegen, die die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat.

**e) Strafbare Handlungen (5.8.1 Z 5)**

Jeder Vertragspartner ist berechtigt den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn der andere Vertragspartner

- Handlungen gesetzt hat, um dem AN in betrügerischer Absicht Schaden zuzufügen
- unmittelbar oder mittelbar Organen des AN, die mit dem Abschluss oder mit der Durchführung des Vertrages befasst sind, den guten Sitten widersprechende Vorteile versprochen oder zugewendet bzw Nachteile unmittelbar angedroht oder zugefügt hat

## f) langfristige Behinderung (5.8.1 Z 6)

Jeder Vertragspartner ist berechtigt den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären, wenn sich herausstellt, dass durch eine Behinderung, die länger als 3 Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich ist. Jahreszeitlich bedingte oder vertraglich vereinbarte Unterbrechungen sind jedoch nicht zu berücksichtigen.

## 11. PRÜF- UND WARNPFLICHT (PKT 6.2.4)

Der Auftragnehmer hat die Pflicht, die ihm vom Auftraggeber

- zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen,
- erteilten Anweisungen,
- beigestellten Materialien und
- beigestellten Vorleistungen

so bald wie möglich zu prüfen und die aufgrund der ihm zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbaren Mängel und die begründeten Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Pkt 6.2.4 sieht vor, dass der AN die ihm vom AG zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen sobald wie möglich zu prüfen hat. In Pkt 6.2.4.1 heißt es, dass sich der AN vor Erbringung der Leistung vom ordnungsgemäßen Zustand etwa bereits fertiggestellter Leistungen zu überzeugen hat. Im Falle einer verspäteten Prüfung, kann der AG Schadenersatzansprüche geltend machen, aber nur, wenn durch die verspätete Benachrichtigung ein Schaden entstanden ist.

Die Warnung muss klar sein, die Bedenken konkret darlegen und die Folgen der Missachtung dem Auftraggeber deutlich vor Augen führen. Keinesfalls genügt eine "Alibiwarnung".

Die Warnung kann bereits im Zeitpunkt der Anbotslegung, also vor Vertragsabschluss, notwendig sein (OGH 11.5.1993 ecolex 1993, 519; OGH 22.10.1999 RdW 2000, 142), oder erst im Zuge der Arbeitsdurchführung (OGH 30.1.1974 EvBl 1974/195; OGH 31.1.1979 SZ 52/15). Warnt der AN erst im Zuge der Arbeitsdurchführung, obwohl der Fehler schon vor Vertragsabschluss erkennbar war, führt dies nur dann zu Schadenersatzpflichten, wenn die Fehlerbeseitigung mit einem Aufwand verbunden ist, der bei früherer Warnung nicht angefallen wäre.

Die Beweislast, dass er die Warnpflicht nicht verletzt hat, oder nicht warnen musste, weil der Mangel offenkundig war, trifft den AN.

Die Warnpflicht besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen AG. Der Auftraggeber muß sich jedoch ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (zB Architekt, Statiker sofern vom Auftraggeber beauftragt) als Mitverschulden anrechnen lassen (JBI 1985, 622).

Bei neuen Arbeitsmethoden, neuen technischen Verfahren und neuen Baustoffen ist die Warnpflicht besonders intensiv. Ohne hinreichende Einwilligung des AG nach erschöpfender Aufklärung über die Risiken trägt der AN das Risiko des Fehlschlages; insbesondere hat er vor noch nicht anerkannten Methoden der Technik zu warnen.

Nach der ÖNORM hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Ausdrücklich wurde nunmehr (in Anlehnung an die Rsp des OGH zu § 1168 a ABGB - vgl. z.B. SZ 57/197; WBI 1987, 219; JBI 1987, 622; JBI 1992, 114) festgeschrieben, dass der Auftragnehmer umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensive Untersuchungen nicht durchzuführen hat. Falls der Auftragnehmer jedoch annehmen muß, dass dem Auftraggeber nicht bekannt sein muß, dass eine Untersuchungspflicht des Auftragnehmers aus den genannten Gründen nicht besteht, so hat er den Auftraggeber hiervon schriftlich zu verständigen (Pkt. 5.9.3).

Die Grenzen der Warnpflicht liegen darin, dass die Aufklärungs- und Warnpflichten des AN nicht überspannt werden dürfen. Bei der Frage des Ausmaßes der Warnpflicht darf der wirtschaftliche Aspekt nicht vernachlässigt werden. Umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensive Untersuchungen muß der AN nicht durchführen, es sei denn, es wäre vertraglich vereinbart und hätte im Entgelt seinen Ausdruck gefunden. Der Prüfungsaufwand muß in einem vernünftigen Aufwand zur eigentlichen Werkleistung und zur Höhe des Werklohns stehen. Die Warnpflicht besteht nur bei offenbaren (augenfälligen) Mängeln und immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des AN und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten.

Eine Aufklärungs- und Warnpflicht besteht nicht, wenn das Schutzbedürfnis des AG zu verneinen ist. Dies ist der Fall, wenn die mit dem Gebrauch des Produktes verbundenen Gefahren einem Laien offenkundig und für jedermann sogleich erkennbar sind.

Der AN muss auch dann nicht warnen, wenn er vernünftigerweise erwarten darf, dass dem AG oder seinem Berater die mit dem Gebrauch des Gutes verbundenen Gefahren aufgrund der nach Lage des Falles vorauszusetzenden Sachkunde bekannt sind. Diesbezügliche Unklarheiten gehen aber zu Lasten des AN, weil ihn auch die Beweislast dafür trifft, dass eine Aufklärungspflicht im einzelnen Fall deshalb nicht in Frage kommt, weil der AG nicht schutzwürdig ist. Der AN hat zu beweisen, dass seine Warnung im konkreten Fall nicht erforderlich war.

Erlangt der AG die erforderlichen Kenntnisse etwa über die Bodenbeschaffenheit durch Dritte, dann entfällt die Warnpflicht des AN.

Die ÖNORM B 2110 schreibt für die Warnung die Schriftform vor. ME handelt es sich aber dabei nur um eine Ordnungsvorschrift. Wird sie nicht eingehalten, kann die Warnung aber vom Auftragnehmer dennoch bewiesen worden, ist die Warnung wirksam.

Bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht durch den Auftragnehmer ist dieser für den Schaden verantwortlich, der durch die rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung seiner Prüf- und Warnpflicht entsteht. Der Auftragnehmer haftet für den Vertrauensschaden, d. h. dafür, dass der Auftraggeber nicht gleich ein zweckentsprechendes Werk anderer Beschaffenheit herstellen ließ. Trägt der Auftraggeber den begründeten Bedenken nicht Rechnung und treten Schäden auf, die auf die aufgezeigten Mängel zurückzuführen sind, so ist der Auftragnehmer für diese Schäden von seiner Haftung und Gewährleistung befreit.

Nach hL und Rsp verliert der Auftragnehmer bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht seinen Werklohnanspruch.

## **12. ZUSAMMENWIRKEN AM ERFÜLLUNGORT (PKT 6.2.5)**

Der Auftraggeber ist zur Koordination verpflichtet. Treten Koordinationsfehler auf, die mit Mehrkosten für den Auftragnehmer verbunden sind, hat dieser Anspruch auf Vergütung, wenn aus dem Koordinationsfehler eine Störung der Leistungserbringung entstanden ist und, Verschulden des Auftraggebers vorausgesetzt, Anspruch auf Schadenersatz.

Davon ist die in Pkt. 6.2.6 geregelte Überwachung der Auftragnehmer durch den Auftraggeber zu unterscheiden. Fehler bei der Bauüberwachung können nie zu einem Mitverschulden des Auftraggebers führen, da der Auftraggeber dem Auftragnehmer - im Gegensatz zur Koordinierung - keine Überwachung schuldet (OGH 5.5.1998, 4 Ob 79/98s; 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p uva.).

Nach stRsp trifft mehrere zur Herstellung desselben Werkes bestellte Unternehmer die Pflicht zur Zusammenarbeit und jeder von ihnen ist Verhalten - alles zu unternehmen, was das Gelingen des Werkes vereiteln könnte (8 Ob 516/79; 1 Ob 762/80; 4 Ob 558/81). Diese Pflicht wird oft auch als die Pflicht zum "technischen Schulterchluss" beschrieben.

## **13. ÜBERWACHUNG (PKT 6.2.6)**

Der Auftraggeber ist berechtigt, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung des Auftragnehmers am Erfüllungsort zu überprüfen (Pkt. 6.2.6.1). Auf Verlangen hat der Auftragnehmer die Ausführungsunterlagen dem Auftraggeber zur Einsicht vorzulegen (Pkt. 6.2.6.2).

Der AG schuldet dem AN nicht die Bauüberwachung. Zur örtlichen Bauaufsicht gehören die Überwachung der Herstellung des Werks auf Übereinstimmung mit den

Plänen sowie auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplans, die Abnahme von Teilleistungen und die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen und die Führung des Baubuchs, also all jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden.

Ein Fehler des AG oder seines Vertreters bei der Bauüberwachung kann daher niemals ein Mitverschulden des AG begründen. Es ist in L (*Iro* in ÖJZ 1983, 505 [514]; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag, 153; *Frotz* in *Aicher/Korinek*: Industrieanlagenbau, 175; *Oppler* in *Ingenstau/Korbion* in VOB-Kommentar<sup>6</sup>, Rz 58 zu B § 4 Nr. 1) und Rsp (OGH 6 Ob 545, 546/81 HdBW V/1; 5 Ob 607/83 HS 14.815; 6 Ob 2144/96 d RdW 1997, 394; 2 Ob 221/97g RdW 1998, 67; 1 Ob 2409/96 p. SZ 70/198 = RdW 1998, 68 = *ecolex* 1998, 204 = *bbl* 1998, 137; 4 Ob 79/98s *ecolex* 1998, 689; 4 Ob 156/98i *bbl* 1996, 46; 2 Ob 376/97a RdW 1999, 459; 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99i; 15. 7. 1999, 6 Ob 136/99i; 6 Ob 107/00d RdW 2000, 597; 2 Ob 102/01s *bbl* 2001, 197) unstrittig, dass die Überwachung nur im Interesse des AG, nicht jedoch des AN vorgenommen wird und es daher am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt.

#### 14. DOKUMENTATION (PKT. 6.2.7)

Vorkommnisse (Tatsachen, Anordnungen und getroffene Maßnahmen) am Erfüllungsort, also auf der Baustelle, welche die Ausführung der Leistung wesentlich beeinflussen, sowie Feststellungen, die zu einem späteren Zeitpunkt nicht oder nicht mehr zielführend vorgenommen werden können, sind schriftlich festzuhalten. Wenn diese Aufzeichnungen von einem Vertragspartner allein vorgenommen werden, sind sie dem anderen umgehend zur Kenntnis zu bringen. Als "Tatsachen" gelten beispielhaft:

- Wetterverhältnisse
- Arbeiter- und Gerätestand
- Materiallieferungen
- Leistungsfortschritt
- Güte- und Funktionsprüfungen
- Regieleistungen

Weder das Baubuch noch Bautagesberichte haben die Aufgabe, Änderungen des Bauvertrages festzuhalten, weil im Allgemeinen nicht davon ausgegangen werden kann, dass jene Personen die vor Ort (zumeist die technischen Bauleiter der beiden Vertragspartner) zum Vertragsänderungen bevollmächtigt sind (OGH 3 Ob 520/88 RdW 1989, 268; aA *Kropik* in *Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 1.6.4).

Etwas anderes könnte sich allerdings durch den neu eingeführten Pkt 5.2.1 ergeben, wenn die Vertragsparteien ihrer dort vorgesehenen Verpflichtung nachgekommen sind

bevollmächtigte Vertreter namhaft zu machen. Die Vertretungsmacht ist jedenfalls im Einzelfall zu prüfen. Ob Eintragungen im Baubuch oder in Bautagesberichten auch zu Vertragsänderungen führen können hängt aber nicht allein von der Vollmacht jener ab, die die Eintragungen vornehmen (*Kropik* in *Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 1.6.3.2), sondern auch vom Willen dieser Personen rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Wie jeder Vertrag kommt auch eine Vertragsänderung nur durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Wenn beide Partner durch ihre Eintragungen ausdrücklich bekunden den Vertrag zu ändern oder zu ergänzen (Zusatzauftrag) ist diese Vereinbarung wirksam. Besonders kritisch sind Vertragsänderungen durch Stillschweigen. Nur wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund am Willen zur rechtsgeschäftlichen Bindung überbleibt (§ 863 ABGB), kann eine Vereinbarung durch schlüssiges Verhalten angenommen werden. L (*Jurecka/Kühne/Straube* Kommentar, Anm 2 zu B 2110 Abschnitt 2.7) und Rsp (OGH 3 Ob 520/88 RdW 1989, 268; 8 Ob 229/97b bbl 1998, 88 [*Helmbert*]; 6 Ob 384/97g bbl 1998/189) haben diese Frage bisher zu undifferenziert behandelt.

Die Vertragspartner sind verpflichtet, an einer gemeinsamen Dokumentation mitzuwirken. Was unter einer "gemeinsamen Dokumentation" zu verstehen ist, ergibt sich aus Pkt 6.2.7.2, der klarstellt, dass eine Dokumentation in einem Baubuch oder Bautagesberichten erfolgen kann. Auch andere Formen der Dokumentation sind zulässig ("kann").

Diese Aufzeichnungen können in einem vom AG geführten Baubuch oder in Bautagesberichten, die vom Auftragnehmer geführt werden, festgehalten werden (Pkt. 6.2.7.2.2).

Eintragungen, denen der Vertragspartner nicht innerhalb von zwei Wochen ab dem Tag widerspricht, an dem er von der Eintragung Kenntnis erlangen konnte, schriftlich Einspruch erhoben hat, gelten als bestätigt. Im Allgemeinen stellen solche Eintragungen nur Wissenserkklärungen dar, die Tatsachen betreffen. Auch eine durch Schweigen bestätigte Wissensseintragung ist widerrufbar, jedoch obliegt die Beweisspflicht dem Vertragspartner, der sich verschwiegen hat (*Larcher* in RdW 1984, 166 [204]; *Krejci* in FS *Wenger* (1983), 607 [616, 623 f]; OGH 8 Ob 229/97b bbl 1998/68 [*Helmbert*]).

## 15. FESTPREISE UND VERÄNDERLICHE PREISE (PKT 6.3.1)

Ein Festpreis ist ein Preis, der ohne Rücksicht auf etwa eintretende Änderungen der Kostengrundlagen (KV-Löhne, Materialpreise, soziale Aufwendungen, um) unveränderlich bleibt. Der Festpreis wird auch als Fixpreis bezeichnet.

Ein veränderlicher Preis ist ein Preis, der unter bestimmten Voraussetzungen bei Änderungen vereinbarter Preisumrechnungsgrundlagen geändert werden kann (Pkt. 3.13).

Bei einem ABGB-Vertrag liegt - sofern keine andere vertragliche Vereinbarung getroffen wurde - immer ein Festpreisvertrag vor. Nach ÖNORM gilt hingegen folgende Regelung: Sofern aus dem Vertrag nicht erkennbar ist, ob Festpreise oder veränderliche Preise vereinbart sind, gelten

- Leistungen, die nach dem Vertragsinhalt innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Angebotsfrist zu beenden sind als zu Festpreisen abgeschlossen; hat allerdings der Auftragnehmer ohne Verschulden die Fertigstellungsfrist überschritten, so sind jene Teile der Leistung, die nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen;
- Leistungen auch dann als zu Festpreisen abgeschlossen, wenn im Vertrag keine Leistungsfrist vereinbart ist und die Leistungen vor Ablauf von sechs Monaten nach Ende der Angebotsfrist beendet werden;
- alle übrigen Leistungen als zu veränderlichen Preisen abgeschlossen.

Zu beachten bleibt dabei, dass bei Verträgen, welche dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) unterliegen, die Vereinbarung veränderlicher Preise nur dann möglich ist, wenn sowohl eine Entgelterhöhung als auch eine Entgeltsenkung möglich ist und die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind, sowie, dass der Eintritt dieser Umstände nicht vom Willen des Unternehmers abhängt (§ 6 Abs. 1 Z 5 KSchG).

## 16. VERZUG (PKT 6.5)

Zu unterscheiden sind Nichterfüllung des Vertrages des AG oder des AN und das Unterbleiben des Vertrages aus Gründen die beim AN liegen. Die Nichterfüllung ist in § 918 ABGB, das Unterbleiben des Vertrages aus Gründen die beim AN liegen in § 1168 ABGB geregelt.

Nichterfüllung ist jedes Abweichen vom Geschuldeten (*Reischauer in Rummel*<sup>3</sup> Rz 1 Vor §§ 918-933), also wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder

- nicht zur gehörigen Zeit (Verzug)
- am gehörigen Ort oder
- auf die bedungene Weise (Schlechterfüllung)

erfüllt wird (§ 918 Abs 1 ABGB).

Haben der AG oder der AN den Vertrag nicht erfüllt, kann der andere entweder

- Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder
- unter Setzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären (§ 918 Abs 1 ABGB)

Voraussetzungen eines wirksamen (gerechtfertigten) Rücktritts vom Vertrag (OGH 6 Ob 116/03g ecolex 2003/364 = bbl 2003/169 = RdW 2003/547) sind:

- das Vorliegen und die Angabe eines Rücktrittsgrundes
- die Rücktrittserklärung

- die Setzung einer Nachfrist
- die Angemessenheit der Nachfrist und
- die Angabe eines Rücktrittsgrundes

Nach Pkt. 6.5.1 liegt Verzug vor, wenn eine Leistung nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erbracht wird.

Die Verzugsregelung der ÖNORM entspricht im Wesentlichen mit Ausnahme der Höhe des aus dem Verzug resultierenden Schadenersatzanspruches den gesetzlichen Regelungen der § 918ff ABGB. Die ÖNORM sieht hier, anders als das ABGB ein Schriftformerfordernis für die Setzung der Nachfrist vor.

Der AG kann vom Vertrag nach § 918 Abs 1 ABGB zurücktreten, wenn der AN mit seiner Leistung in Verzug ist (OGH 12. 12. 1985, 7 Ob 672/85) oder sich endgültig weigert, das vereinbarte Werk herzustellen (OGH 1 Ob 599/85 JBl 1986, 371; 6 Ob 540/94 ecolex 1994, 387 = RdW 1994, 242 = JBl 1994, 702).

Der AG kann vom Vertrag auch zurücktreten, wenn ein Vertrauensverlust in den AN eingetreten ist, weil die Bestimmung des § 918 Abs 1 ABGB nicht ausschließlich einen Leistungsverzug des AN sanktioniert, sondern auch den in der Verweigerung der Zuhaltung von vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen gelegenen Vertragsbruch des AN, wenn er mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in seine Person einhergeht (OGH 7 Ob 40/05s ecolex 2006/3; 5 Ob 166/07h ecolex 2007/387 = bbl 2008/28).

Kommt der AG seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nach (zB wenn er fällige Teilrechnungen nicht bezahlt), befindet er sich also in Zahlungsverzug, ist der AN zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Dem AN steht dann der eingeschränkte Entgeltsanspruch gemäß § 1168 Abs 1 ABGB zu (OGH 27. 2. 1985 HdBW V/86).

Hat ein Vertragspartner einen Rücktrittsgrund gesetzt (Verschulden ist nicht erforderlich), kann der andere vom Vertrag zurücktreten (§ 918 ABGB) und (bei Verschulden) gemäß § 921 ABGB Schadenersatz verlangen.

Tritt der AG vom Vertrag zurück, hat er bei Verschulden des AN Anspruch so gestellt zu werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Im Falle der konkreten Schadensberechnung ergibt sich der zu ersetzende Schaden aus der Differenz zwischen dem vereinbarten Werklohn und den Kosten der infolge Nichterfüllung notwendigen Ersatzvornahmen oder Deckungsgeschäfte (OGH 1 Ob 599/85 JBl 1986, 371; 7 Ob 298/04f ecolex 2005/199 = bbl 2005/95).

Eine Besonderheit des Werkvertragsrechtes ist, dass der AG jederzeit berechtigt ist die gesamte Leistung oder Teile davon ohne Angabe von Gründen entfallen zu lassen (endgültige Abbestellung des Werkes). Die endgültige Abbestellung des Werkes durch den AG wird als ein Fall des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB aufgefasst (Herrenhausbericht, 243; *Adler - Höller* in Klang<sup>2</sup>, V 402). Das Rücktrittrecht des AG ist an keine Voraussetzungen gebunden. Die hM begründet das Recht des AG zur

Abbestellung des Werkes („Vertragsentzug“) damit, dass ihm ein Vertragsrücktritt jederzeit möglich sein muß, weil es widersinnig wäre, den AG an einen Vertrag zu binden, dessen Ergebnis ihm allein zugute kommen soll, und ihm ein Werk aufzudrängen, das seinen Interessen vielleicht gar nicht entspricht (*Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1168 Rz 31, *Rummel* in FS *Strasser* [1993], 311 ff; *Adler/Höller* in *Klang*<sup>2</sup> V 382 und 401; OGH Rv I 242/20 SZ 2/87; 5 Ob 9/72 SZ 45/11 = JBl 1973, 309; 1 Ob 100/72 EvBl 1972/331; 2 Ob 509/89 JBl 1989, 650 [*Dullinger*]; 1 Ob 642/90 SZ 64/71).

Dass das Rücktrittrecht des AG gem § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB an keine Voraussetzungen gebunden ist bedeutet aber nicht, dass der Rücktritt (oder Teilrücktritt) ohne Rechtsfolgen bleibt: der AN behält den eingeschränkten Entgeltsanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB wenn

- die hindernden Umstände auf Seite des AG liegen
- die Ausführung des Werkes endgültig unterbleibt
- der AN leistungsbereit ist

Die Mitwirkungspflicht des AG ist eine unselbstständige Nebenleistungspflicht (Hauptleistungspflicht ist die Zahlung des Werklohnes), die der AN nicht durchsetzen kann. Deshalb hat der AN keinen (durchsetzbaren) Anspruch auf Erfüllung der Mitwirkungspflicht des AG. § 1168 Abs 2 ABGB gewährt aber dem AN, für den Fall, dass eine zur Ausführung der Leistung notwendige Mitwirkung des AG unterbleibt, das Recht dem AG "zur Nachholung eine angemessene Frist zu setzen, mit der Erklärung, dass nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte"

Der AN kann daher als Alternative zum Rücktritt nach § 1168 Abs 2 ABGB, solange das Werk mangels Mitwirkung des AG nicht hergestellt werden kann, am Vertrag festhalten und nach § 1168 Abs 1 ABGB vorderhand einmal das um den ersparten Aufwand verminderte Entgelt, und später, wenn der AG das Werk doch noch fertig stellen lässt, nach tatsächlich erbrachter Leistung, auch noch das restliche Entgelt verlangen, das dann eigentlich nur mehr Aufwandsersatz ist (OGH 1 Ob 716/79 SZ 52/178 = JBl 1981, 594).

Sobald aber der AG, die Wiederaufnahme der Arbeiten nach Wegfall der in seiner Sphäre liegenden Behinderung verlangt, muss der AN diesem Verlangen nachkommen, darf aber nicht die nun mögliche Leistung von einer im Vertrag nicht vorgesehenen Teilzahlung abhängig machen. Andernfalls befindet er sich in Schuldnerverzug und riskiert, dass der AG aus diesem Grund vom Vertrag zurücktritt (OGH 9 Ob 279/99s *ecolex* 2000, 645 [*Wilhelm*] = *bbl* 2000/81 = *RdW* 2000/302). Es steht ihm allerdings frei - sofern er dies nicht bereits nach Eintritt der Behinderung getan hat - nun die Wiederaufnahme der Arbeiten von der Zahlung des eingeschränkten Werklohnanspruchs nach § 1168 ABGB abhängig zu machen, da dieser Anspruch ja bereits fällig ist (*Wilhelm* *ecolex* 2000, 645).

Der gesetzliche Entgeltsanspruch des AN kann vertraglich ausgeschlossen werden (OGH 15. 3. 2005, 1 Ob 50/05t). Ein Schadenersatzanspruch des AN kann nicht

entstehen, weil der Vertragsrücktritt nicht rechtswidrig ist (OGH 15. 3. 2005, 1 Ob 50/05t).

## 17. VERTRAGSSTRAFE BEI VERZUG / PÖNALE (PKT 6.5.3)

Die Vertragsstrafe (auch Pönale oder Konventionalstrafe genannt) ist eine Zahlung, die der AN dem AG für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung verspricht (§ 1336 Abs 1 ABGB). Sie dient dem Ausgleich jener Nachteile, die dem AN aus der Vertragsverletzung entstehen können (Koziol/Welser II<sup>13</sup>, 20; Hartl/Schlosser, Der Sachverständige, H 2/1988, 2).

~~§ 1336 Abs 1 letzter Satz ABGB sieht vor, dass eine Vertragsstrafe, die für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wird, neben der Erfüllung gefordert werden kann (Mat zur 3. TN 403, OGH Ob II 802/23 SZ 3/279, 1 Ob 333/75 RZ 1976/90).~~

~~Für die Fälligkeit einer Vertragsstrafe ist der Eintritt eines konkreten Schadens nicht erforderlich (OGH 9 Ob A 346/89 RdW 1990, 293, 1 Ob 642/92 JBI 1993, 663, 9 Ob A 187/93 wbl 1994, 23, 1 Ob 58/98f SZ 72/25 = ecclcx 2000/3 = JBI 1999, 802 = EvBl 1999/144 RdW 1999, 462, 1 Ob 105/99 v RdW 2000, 21).~~

~~Die wirksame Vereinbarung einer Vertragsstrafe setzt einen gültigen Hauptvertrag voraus und ist insoweit von diesem abhängig. Sie kann daher nicht verfallen, wenn die Hauptforderung aus irgendeinem Grund erlischt (Mayrhofer/Ehrenzweig, Schuldrecht AT<sup>3</sup>, 191, Weiff in Klang IV/12, 184). Sind etwa die im Zeitpunkt der Vereinbarung der Vertragsstrafe zugrundeliegenden Erfüllungsfristen zum größten Teil schon abgelaufen, liegt absolute Unmöglichkeit im Sinne des § 878 ABGB vor, so dass die diesbezügliche Vertragsstrafenregelung nichtig ist (OGH 3 Ob 520/88 RdW 1989, 268).~~

Verzögert sich der Vertragsabschluss, verschieben sich die pönalisierten Fristen nicht automatisch, und bedürfen eine neue Fristsetzung.

Bis zum Inkrafttreten des UGB am 1. 1. 2007 konnte eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen wurde, nicht durch den Richter gem § 1336 Abs 2 ABGB gemäßigt werden. Die Bestimmung des § 348 HGB ist nunmehr entfallen, daher unterliegt auch jene Vertragsstrafe die ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens verspricht, dem richterlichen Mäßigungsrecht gem § 1336 Abs 2 ABGB. § 1336 Abs 2 ABGB ist zwingendes Recht, so dass dieses Mäßigungsrecht in Hinkunft zwingend auch für alle Unternehmer gilt (Schauer, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im 4. und 5. Buch, ÖJZ 2006, 73).

Pkt 6.5.3.1 zweiter Absatz begrenzt die Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises). ÖNORM - Vertrag

Ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden ist gemäß Pkt 12.3.2 nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AN zu ersetzen. Behauptungs- und beweispflichtig ist der AG. Bei Verbrauchergeschäften muß diese Haftungsbeschränkung jedoch im Einzelnen ausgehandelt werden.

Pkt 6.5.3.1 dritter Absatz legt fest, dass § 1336 ABGB Abs 2 über das richterliche Mäßigungsrecht anzuwenden sind.

Pkt 6.5.3.1 vierter Absatz sieht vor, dass bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist die Vertragsstrafen für die an Stelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen Termine aufrecht bleiben. Die neuen pönalisierten Termine sind ausdrücklich als solche festzuhalten. Diese Regelung ändert die gegenteilige Sicht der Rsp (OGH 1 Ob 58/98f SZ 72/25 = ecolex 2000, 35 = JBl 1999, 802 = EvBl 1999/144 = RdW 1999, 462) zum Nachteil des AN ab.

## **18. LEISTUNGSABWEICHUNG UND IHRE FOLGEN (PKT 7)**

### **a) Entfall von Leistungen (Pkt 7.4.5):**

Es ist eine Besonderheit des Werkvertragsrechtes, dass der AG auch ohne Verschulden des AN, jederzeit berechtigt ist Teile der Leistung oder die gesamte Leistung entfallen zu lassen ("Abbestellung des Werkes" oder "Vertragsentzug"). Unterbleibt die Werkerstellung durch Umstände auf Seite des AG, gebührt dem AN gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Hat der AN das Werk noch nicht (vollständig) hergestellt, hat er den eingeschränkten Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB, nicht aber schlechthin Anspruch auf Bezahlung des gesamten Werklohnes (OGH 1 Ob 716/79 SZ 52/178 = JBl 1981, 594 [Wilhelm JBl 1981, 597]. Der AG muß dem AN den Werklohn abzüglich der Ersparnisse bezahlen. In wirtschaftlicher Hinsicht bedeutet dies, dass dem Auftragnehmer der aus dem Auftrag entgangene "kalkulatorische Gewinn" zu ersetzen ist. Die Beweislast für die Ersparnisse trägt der Auftraggeber (SZ 47/149).

Pkt. 7 der ÖNORM trifft keine vom ABGB abweichende Regelung. Somit steht dem Auftraggeber auch nach ÖNORM das Recht zu, Teile der Leistung oder die gesamte Leistung entfallen zu lassen. Zu beachten ist allerdings, dass der Auftragnehmer nach Pkt 7.4. bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 %, Anspruch auf Abgeltung des durch Minderung oder Entfall eines Teiles einer Leistung entstehenden Nachteil hat, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist. Da die ÖNORM keinerlei aus dem Wortsinn erschließbare Hinweise enthält, dass der "Nachteil" anders als nach dem Gesetz abgegolten werden soll, steht dem AN auch nach der ÖNORM der Werklohn abzüglich der Ersparnisse zu.

### b) Leistungsänderungen (Pkt 7.1; 7.3 und 7.4):

Der Auftragnehmer ist bei einem ABGB-Vertrag nicht verpflichtet andere als im Vertrag vorgesehene oder zusätzliche Leistungen zu erbringen.

Pkt 7.1 der ÖNORM weicht von der gesetzlichen Lage ab, weil diese Bestimmung dem AG ein einseitiges Recht gewährt Leistungsänderungen anzuordnen. Der Pflicht des AN einseitig angeordnete Leistungsänderungen durchführen zu müssen, steht das in Pkt 7.4.1 Abs 2 lit a geregelte Recht des AN gegenüber, die Bezahlung der Leistungsabweichungen auf den Preisgrundlagen und der Preisbasis des Vertrages verlangen zu können.

Zweck der Regelung ist, den AN zu einseitigen, vom AG angeordneten Leistungsänderungen zu verpflichten, weil dies einem praktischen Bedürfnis bei Bauabwicklungen entspricht. Umgekehrt soll der AN, wenn er sich gegen die einseitige Beauftragung schon nicht wehren kann, die Sicherheit haben, die Leistungen zum Vertragspreis erbringen zu können. Die ÖNORM geht offenbar von der Annahme aus, dass die vereinbarten Preise angemessen sind, weil sie der AN sonst nicht vereinbart hätte.

Nach Pkt 7.1 erster Absatz ist der AG berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar ist. Diese Anordnung führt zu einer Vertragsänderung und ist daher eng verwandt mit einem dem Vertragspartner eingeräumten Recht zur Leistungsbestimmung, dessen Zulässigkeit die hA aus § 1056 ABGB ableitet, wonach das Leistungsbestimmungsrecht von den Vertragsparteien auch einem Dritten übertragen werden kann (vgl dazu *Aicher in Rummel I* § 1056 Rz 6, 11; RIS-Justiz RS0020089). Ganz in diesem Sinne ist es völlig hA in Deutschland zur Parallelbestimmung des § 315 BGB, dass dem AG mit § 1 Nr. 3 (Planänderung) und Nr. 4 (Ausführung nicht vereinbarter Leistungen) VOB/B ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist, das mit einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärung ausgeübt wird (BGH VII ZR 233/94 NJW 1996, 1346; VII ZR 346/01 NZBau 2004, 207; *Keldungs in Ingenstau/Korbion*, VOB-Kommentar<sup>16</sup> Rz 2 zu § 1 Nr. 4; Rz 1 zu § 1 Nr. 3).

Diese Willenserklärung ist – worauf *Friedl* (Anm zu 1 Ob 200/08f ecolex 2009/76, 228) hingewiesen hat – ein Gestaltungsrecht des AG zur Vertragsänderung (vgl auch *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 263; insb 270 zur Einordnung des Weisungsrechts des Arbeitgebers als Gestaltungsrecht). Vor dem Hintergrund, dass ein Recht des AG zur Vertragsanpassung in Rede steht, sind die damit zusammenhängenden Regelungen der ÖNORM zu betrachten. Eine solche Leistungsbestimmung darf aber nach der Rechtslage zum ABGB nicht „offenbar unbillig“ (Willkürverbot) erfolgen und die Grundsätze von Treu und Glauben nicht verletzen darf. Es entspricht der hA, dass bei Leistungsfestsetzung – obwohl im Gesetz nicht vorgesehen - eine richterliche Kontrolle eingreift (vgl *Aicher in Rummel*<sup>3</sup> § 1056 Rz 8 f; *Apathy in KBB*<sup>2</sup> § 1056 Rz 2). Die ÖNORM trägt dem dadurch Rechnung, als

die Änderung des Leistungsumfanges zum Erreichen des Leistungsziels zumutbar sein muss. Insofern entspricht dies der Rechtslage nach ABGB.

Unter einer Leistungsänderung versteht Pkt 3.7.1 eine Leistungsabweichung, die vom Auftraggeber (AG) angeordnet wird. Als Beispiel wird eine vom AG angeordnete Qualitätsänderung genannt.

Ordnet der AG eine Leistungsänderung an, ist nach Pkt 7.3.1 der Anspruch auf Anpassung des Entgeltes oder der Leistungsfrist vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden, wenn der Anspruch nicht offensichtlich ist. Bei der Anordnung der Leistungsänderung wird der Anspruch in der Regel ohnedies schon alleine aufgrund der Anordnung in die Nähe der Offensichtlichkeit gerückt. Der Zweck der Regelung ist daher nicht einsichtig.

Pkt 7.3.3 sieht vor, dass Forderungen auf Grund von Leistungsänderung in prüffähiger Form der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen sind.

Im Ergebnis sagt Pkt 7.3.3 nur aus, dass Unterlagen vorzulegen sind, die den zuvor dem Grunde nach angemeldeten Anspruch belegen sollen. Die Vorlage alleine ohne eine MKF (Zusatzangebot) wäre aber wenig zweckmäßig und würde weder die Abgabe einer Willenserklärung iS von Geltendmachungen einer Forderung, noch die Abgabe einer Willensmitteilung oder die Mitteilung von Tatsachen (Wissenserklärung) bedeuten. Die Regelung an dieser Stelle hat daher fugitiven Charakter, erschließt sich doch ihre wahre Bedeutung erst aus dem Zusammenhang mit Pkt 7.4.1 Z 2, über die Vorlage einer MKF (Zusatzangebot) in prüffähiger Form. Weil die Vorlage von Unterlagen über Forderungen aufgrund von Leistungsabweichungen in prüffähiger Form der Höhe nach gefordert ist, wird klar, dass damit eine MKF (Zusatzangebot) gemeint sein soll. Die Anmeldung der Mehrkosten der Höhe nach ist eine Wissenserklärung, da Tatsachen (die Höhe des Anspruches) mitgeteilt wird.

Der AN hat nach Pkt 7.4.1 Anspruch auf Anpassung des Entgeltes und der Leistungsfrist. Der „Anspruch“ auf Anpassung des Entgeltes und/oder der Leistungsfrist aus der Anordnung einer Leistungsänderung ist bloß die Kehrseite des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des AG, die für sich allein eine Vertragsänderung herbeiführt. Das Recht des AN auf Vertragsanpassung entsteht bereits durch die Ausübung des Leistungsänderungsrechtes.

Die Ermittlung der neuen Preise hat nach Pkt 7.4.2 zweiter Satz auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen.

Pkt 7.4.3 sieht vor, dass bei einem Versäumnis der Anmeldung Anspruchsverlust in dem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt. Wenn dem AG ohnedies erkennbar ist, im Sinne von offensichtlich, dass Mehrkosten entstehen werden oder es zu einer

Bauzeitverlängerung kommen muss, dann war schon die Anmeldung nicht erforderlich. Es gilt allerdings auch der allgemeine Grundsatz, dass Niemand über Umstände aufzuklären ist, die ihm ohnedies bekannt sind oder bekannt sein müssen (vgl etwa OGH 4 Ob 558/81 SZ 54/179; *Krejci in Rummel I* § 1168a Rz 32a zur Warnpflicht), weil unter diesen Prämissen die Entscheidungsfreiheit nicht eingeschränkt ist.

### c) Störung der Leistungserbringung (Pkt 7.1; 7.3 und 7.4)

Unter einer Störung der Leistungserbringung versteht Pkt 3.5.2 eine Leistungsabweichung, deren Ursache nicht aus der Sphäre des AN stammt und die keine Leistungsänderung ist. Als Beispiele werden vom Leistungsumfang abweichende Baugrundverhältnisse sowie Vorleistungen oder Ereignisse, die der Sphäre des AG zugeordnet werden, genannt. Mitteilungspflichtig sind also Einwirkungen auf den vom AN geplanten Produktionsprozess mit negativen zeitlichen oder kostenmäßigen Folgen für den AG.

Erkennt ein Vertragspartner, dass eine Störung der Leistungserbringung (zB Behinderung) droht, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen sowie die bei zumutbarer Sorgfalt erkennbaren Auswirkungen auf den Leistungsumfang darzustellen (Pkt 7.3.2 erster Satz). Bei dieser Mitteilung handelt es sich um eine Wissenserklärung (Mitteilung über Tatsachen).

Unterlässt der AG die Mitteilung, dass eine Störung der Leistungserbringung droht, oder macht er die Mitteilung nicht ehestens, sondern verspätet, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Praktische Bedeutung hat die Unterlassung der Mitteilung, wenn die Störung der Leistungserbringung in der Sphäre des AG eintritt, also seine Mitwirkungspflichten betrifft, weil der AN für Störungen der Leistungserbringung, die in seiner Sphäre eintreten, ohnehin allein verantwortlich ist. Erkennt der AG, dass etwa Pläne oder Vorleistungen erst verspätet übergeben werden können, werden dem AN in der Regel Mehrkosten wegen notwendiger Änderungen des Bauablaufes entstehen, die bei rechtzeitiger Mitteilung vermeidbar gewesen wären. Diese Kosten sind sowohl nach § 1168 ABGB als auch schadenersatzrechtlich ersatzfähig. Stützt der AN den Anspruch auf Schadenersatz liegt die Rechtswidrigkeit des AG in der unterlassenen Verständigung.

Pkt 7.3.2 zweiter Satz sieht eine weitere Mitteilungspflicht vor: sobald ein Vertragspartner erkennt, dass die Störung der Leistungserbringung weggefallen ist, hat er dies dem Vertragspartner ehestens mitzuteilen. Die Pflicht zur Mitteilung trifft AG und AN gleichermaßen („ein Vertragspartner“).

Pkt 7.3.2 dritter Satz sieht eine dritte Mitteilungspflicht vor: Von der Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung hat der AN den AG ehestens zu verständigen. Diese Bestimmung wird durch Pkt 7.5.1 vierter Absatz ergänzt, der den AN bei Wegfall der Störung der Leistungserbringung verpflichtet, die Ausführung der Leistung ohne besondere Aufforderung unverzüglich wieder aufzunehmen.

Pkt 7.3.2 vierter Satz enthält eine Anmeldepflicht. Liegt eine Störung der Leistungserbringung vor, ist der Anspruch auf Anpassung des Entgeltes oder der Leistungsfrist dem Grunde nach ehestens nachweislich anzumelden. Gegenstand der Anmeldepflicht ist nicht der Umstand, dass eine Störung der Leistungserbringung eingetreten ist. Diese Informationspflicht ist in Pkt 7.3.1 erster Satz geregelt. Zweck der Regelung ist die Information des AG, dass er aufgrund der eingetretenen Störung der Leistungserbringung mit Mehrkosten und einer Verlängerung der Leistungsfrist rechnen muss und er dementsprechend die notwendigen Dispositionen treffen kann. Im Gegensatz zu Leistungsänderungen fehlt in der ÖNORM der Hinweis, dass die Anmeldepflicht bei Störungen der Leistungserbringung entfällt, wenn der Anspruch auf Anpassung des Entgelts offensichtlich ist. Aus dem Zweck der Regelung, den AG vor überraschenden Mehrkosten zu schützen ergibt sich aber, dass der AG nicht überrascht sein kann, wenn der Anspruch offensichtlich ist.

Pkt 7.3.3 sieht vor, dass Forderungen auf Grund von Leistungsabweichungen, worunter auch eine Störung der Leistungserbringung zu verstehen ist, in prüffähiger Form der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen ist.

Wie schon bei der Leistungsänderung ausgeführt, gilt auch bei der Störung der Leistungserbringung, dass der Titel von Pkt 7.4.1 („Voraussetzungen“) vermuten lässt, dass in diesem Pkt die Voraussetzungen für die Gewährung der Ansprüche des AN auf Anpassung der Leistungsfrist und des Entgeltes geregelt werden. Tatsächlich wird aber in diesem Pkt nur die Form der Geltendmachung eines schon zuvor dem Grunde nach angemeldeten Anspruchs näher geregelt. Die Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach war wieder Willensmitteilung, die Anzeige der Störung nur Wissenserklärung – eine Mitteilung über Tatsachen. Während der „Anspruch“ auf Anpassung des Entgeltes und/oder der Leistungsfrist bei Leistungsänderungen ein vertraglicher Anspruch ist, ist er bei einer Störung der Leistungserbringung ein gesetzlicher Anspruch, der aus § 1168 Abs 1 ABGB resultiert. Bei Verzögerungen und Erschwernissen aus der Sphäre des AG gebührt dem AN eine Verlängerung der Leistungsfrist (1 Ob 200/08f ecolex 2009/76 [Friedl]) und/oder eine „Entschädigung“, womit das Gesetz einen Entgeltanspruch meint (vgl *Krejci in Rummel I* § 1168 Rz 23 ff mwN). § 1168 ABGB ist zwar dispositiver Natur (vgl RIS-Justiz RS0021858), jedoch ist das Gesetz weder durch die Regelung in Pkt 7.3 noch durch Pkt 7.4.1 abbedungen, sondern lediglich hinsichtlich des Prozedere der Durchsetzung modifiziert (vgl OGH 1 Ob 268/03y ecolex 2004/238). Mit der Anmeldung dem Grunde nach hat sich der AN das Recht auf Vertragsanpassung vorbehalten. Der Anspruch auf Anpassung des Entgeltes und der Leistungsfrist (Vertragsanpassung) entsteht mit Eintritt der Störung der Leistungserbringung. Dass der Anspruch auch nach der neuen ÖNORM nicht erst durch die Anmeldung dem Grunde nach – der Mitteilung – entsteht, zeigt Pkt 7.4.3, wonach sich der AN eine Anspruchskürzung oder einen Entfall bei einem Versäumnis der Anmeldung gefallen lassen muss. Ein Anspruch muss nämlich erst entstehen, damit er durch eine Obliegenheitsverletzung eine Kürzung oder einen Entfall erfahren kann.

Pkt 7.4.3 sieht vor, dass bei einem Versäumnis der Anmeldung Anspruchsverlust in dem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt. Wenn dem AG ohnedies erkennbar ist, im Sinne von offensichtlich, dass Mehrkosten entstehen werden oder es zu einer Bauzeitverlängerung kommen muss, dann war schon die Anmeldung nicht erforderlich. Es gilt allerdings auch der allgemeine Grundsatz, dass Niemand über Umstände aufzuklären ist, die ihm ohnedies bekannt sind oder bekannt sein müssen (vgl etwa OGH 4 Ob 558/81 SZ 54/179; *Krejci in Rummel I* § 1168a Rz 32a zur Warnpflicht), weil unter diesen Prämissen die Entscheidungsfreiheit nicht eingeschränkt ist.

Anspruchsverlust tritt nicht ein, wenn der AG keine "Wahlfreiheit" gehabt hätte, weil die unterlassene Anmeldung dann nicht kausal für die Mehrkosten war. Zu prüfen ist daher, worin die Entscheidungsfreiheit des AG gelegen sein kann. Die Regelung in Pkt 7.4.3 weist von ihrer Zielsetzung her eine gewisse Ähnlichkeit zu § 1170a Abs 2 ABGB auf, wonach ein AN den AG bei einem Kostenvoranschlag ohne Garantie oder einem Schätzungsanschlag eine beträchtliche Überschreitung anzuzeigen hat, widrigenfalls er den Anspruch auf diese Mehrkosten verliert. § 1170a Abs 2 räumt dem AG ein Rücktrittsrecht bei beträchtlicher Überschreitung ein und will ihm damit die Möglichkeit gewähren, die Mehrkosten abzuwenden. In der Wahrung dieser Entscheidungsfreiheit liegt der Zweck der Anzeige nach § 1170b Abs 2 ABGB.

In gegebenem Zusammenhang ist dem AG zwar kein Rücktrittsrecht eingeräumt, jedoch kann die Entscheidungsfreiheit auf der Entgeltsseite – so wie bei § 1170b Abs 2 ABGB – wohl nur darin erblickt werden, dass der AG gegebenenfalls andere Leistungsteile entfallen hätte lassen - er also von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte. Er hätte daher Teilleistungen iSd § 1168 Abs 1 ABGB „abbestellen“ können. Diese Erwägung wird wohl für alle Leistungsabweichungen – also für Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung – gelten. Jedenfalls greift aber die Regelung über die Nachteilsabgeltung nach Pkt 7.4.5 ein, so dass immer im Einzelfall zu prüfen ist, ob der AG überhaupt einen Nachteil hätte abfangen können.

Bei einer Störung der Leistungserbringung ist die Entscheidungsfreiheit des AG hinsichtlich der Kosten, die aus der Störung selbst resultieren nicht beeinträchtigt, so dass er diese auf jeden Fall zu vergüten hat. Ihm stünde nur die Möglichkeit offen diese Mehrkosten durch Entfallenlassen abzufangen. Bei der Anordnung der Leistungsänderung stünde dem AG allenfalls auch noch die Möglichkeit zur Verfügung diese wieder zurückzunehmen.

Fraglich ist was hinsichtlich des Anspruchs auf die Verlängerung der Bauzeit zu gelten hat und worin die Entscheidungsfreiheit des AG zu erblicken ist. Bei einer Störung der Leistungserbringung hat die unterlassene Anmeldung auf Anpassung der Leistungsfrist keinen Einfluss auf die zeitliche Gestalt des AG. Diese Unterlassung ist nicht kausal, weil die Möglichkeit den Bauablauf entsprechend zu steuern, nur durch die Mitteilung über die drohende Störung erreicht werden kann. Hat der AN dem AG von der drohenden oder eingetretenen Störung Mitteilung gemacht und daher seiner Obliegenheit Genüge getan, aber den Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist nicht

ehestens angemeldet, ist die Entscheidungsfreiheit des AG nicht beeinträchtigt. Der AN hat daher einen Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist und kann insofern nicht in Verzug geraten. Dieser Anspruch folgt dann insofern aus § 1168 Abs 1 zweiter Satz (vgl dazu 1 Ob 200/08f ecolex 2009/76 [*Friedl*]).

## 19. MENGENBERECHNUNG (PKT 8.2):

Die ÖNORM sieht in Pkt 8.2.1 erster Absatz vor, dass die Mengen nach den diesbezüglichen Vereinbarungen oder nach den einschlägigen ÖNORMEN berechnet werden. Im Zweifel gilt eine Abrechnung nach Planmaß als vereinbart.

Die Mengenermittlung nach Planmaß hat auf Basis des für die Ausführung der jeweiligen Leistung gültigen Planstandes zu erfolgen (Pkt 8.2.2).

Die ÖNORM ordnet an, dass Aufmaßfeststellungen (in Österreich ist auch der Begriff Ausmaß gebräuchlich, worauf *Oberndorfer/Jodl* in Handwörterbuch der Bauwirtschaft, 22 hinweisen) bereits während der Baudurchführung gemeinsam, dem Fortgang der Leistung entsprechend, vorzunehmen sind.

Wirkt einer der beiden Vertragspartner an der gemeinsamen Aufmaßfeststellung nicht mit, liegt ein triftiger Grund vor, der den anderen berechtigt die Aufmaßfeststellung allein vorzunehmen.

Aufmaße, die aus triftigen Gründen nur von einem der beiden Vertragspartner festgestellt wurden, gelten als von diesem anerkannt, wenn er nicht innerhalb von 2 Wochen ab Erhalt der Mitteilung schriftlich dagegen Einspruch erhoben hat.

Solche Aufzeichnungen stellen nur Wissenserkklärungen dar, die Tatsachen betreffen. Die Funktion der Aufzeichnung besteht in einer Beweissicherung. Sie sind vergleichbar mit den Eintragungen in einem Baubuch oder Bautagesberichten, die ebenfalls Beweissicherungsfunktion haben und hinsichtlich der tatsächlichen Ereignisse auf der Baustelle Wissenserkklärungen sind, wobei an innerhalb einer bestimmten Frist unwidersprochen gebliebenen Feststellungen eine Genehmigungsfiktion geknüpft ist. Eine durch Schweigen bestätigte Wissensseintragung ist widerrufbar, jedoch obliegt die Beweisspflicht dem Vertragspartner, der sich verschwiegen hat (OGH 8 Ob 229/97b bbl 1998/68 [*Helmberg*] = RdW 1998, 67). Bei Verbrauchergeschäften hat der AN den AG auf die Rechtsfolgen der Unterlassung eines Einspruches nachweislich aufmerksam zu machen und darauf hinzuweisen, dass der Einspruch innerhalb von zwei Wochen ab Erhalt dieser Mitteilung schriftlich zu erheben ist (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG).

## 20. RECHNUNGSLEGUNG (PKT 8.3)

Abrechnungs- und Zahlungsmodalitäten sind bei Bauverträgen in der Regel komplizierter als bei Lieferverträgen. Das hat verschiedene Ursachen. Beim Einheitspreisvertrag steht die Höhe der Vergütung nicht von vornherein fest, sondern

ergibt sich erst aus den tatsächlich ausgeführten Mengen. Außerdem können auch die vertraglich vereinbarten Preise während der Dauer der Ausführung, etwa durch Gleitklauseln, verändert werden. Da schließlich Bauwerkverträge nicht selten auch Langzeitcharakter haben, spielen Teilzahlungen eine besondere wirtschaftliche Rolle.

Das Werkvertragsrecht des ABGB enthält nur wenig spezifische Regeln. § 1170 ABGB bestimmt, dass das Entgelt erst nach vollendetem Werk zu entrichten ist, geht also von der Vorleistungspflicht des AN aus. Wird das Werk allerdings in „gewissen Abteilungen“ verrichtet, oder sind Auslagen damit verbunden, die der AN nicht auf sich genommen hat, ist er befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern (OGH 1 Ob 515/81 SZ 54/35= HdBW V/2).

Um den Besonderheiten des Bauwerkvertragsrechtes Rechnung zu tragen, müssen vertragliche Vereinbarungen getroffen werden, weil die Regelungen des ABGB dafür nicht ausreichen. Die im ABGB vorgesehene Vorleistungspflicht des AN, geht an den heutigen wirtschaftlichen Realitäten vorbei. Bauunternehmer und Bauhandwerker sind oft nicht zu einer Vorfinanzierung des Werkes in der Lage. Es kann aber andererseits auch nicht im Interesse der AG sein, den Wettbewerb auf wenige wirtschaftlich starke Unternehmen zu beschränken, die zur Vorfinanzierung in der Lage sind. Aus dieser Interessenlage heraus sind die umfangreichen Regelungen der ÖNORM zu verstehen (vgl dazu für die dt Rechtslage: *Nicklisch/Weick*, VOB/B<sup>3</sup> Rz 3 zu § 16).

Wird im Vertrag keine andere Abrede getroffen, ist jede Rechnung prompt nach Zugang zur Zahlung fällig. Auch diese gesetzliche Regelung geht an der wirtschaftlichen Realität vorbei. Sie bedarf daher der vertraglichen Abänderung.

Ob die Rechnungslegung Voraussetzung für die Fälligkeit ist hängt davon ab, ob ein Einheitspreis- Regiepreis- oder Pauschalpreisvertrag abgeschlossen wurde.

Fälligkeit des Werklohnes setzt eine ordnungsgemäße Rechnungslegung voraus, wenn für die Ermittlung des Entgeltsanspruches und dessen Überprüfbarkeit eine genaue Abrechnung der erbrachten Leistungen notwendig ist. Mit Zugang der Rechnung beim AG beginnt die Fälligkeitsfrist zu laufen (*Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1170 Rz 4; OGH 6 Ob 84/65 SZ 38/44 = JBl 1966, 250 = EvBl 1966/5; 4 Ob 630/88 wbl 1989, 162; 8 Ob 508/89 SZ 62/102; 5 Ob 43/92 RdW 1992, 400; 1 Ob 509/94 ecolex 1994, 317 = RdW 1994, 311; 1 Ob 39/99p ecolex 1999,/334 = bbl 1999/227 [*Egglmeier*] = RdW 1999, 715; 25. 1. 2001, 8 Ob 8/01 m; 8 Ob 49/02y ZIK 2002/295).

Beim Einheitspreisvertrag und dem Regiepreisvertrag bedarf es daher zur Ingangsetzung der Fälligkeitsfrist und somit zur Herbeiführung der Fälligkeit der Rechnungslegung (OGH 6 Ob 84/65 SZ 38/44 = JBl 1966, 250 = EvBl 1966/5).

Bei Pauschalpreisverträgen entfällt die Abrechnung der Mengen. Mangels abweichender vertraglicher Regelung wird der Pauschalpreis mit Fertigstellung des Werkes fällig, ohne dass es einer Rechnungslegung bedarf (*Krejci* in *Rummel I*<sup>3</sup>, § 1170 Rz 12; OGH 6 Ob 84/65 SZ 38/44 = JBl 1966, 250 = EvBl 1966/5; 5 Ob

278/69 JBl 1970, 314; 5 Ob 571/79 MietSlg 31.236; 1 Ob 515/81 SZ 54/35 = HdBW V/2; 6 Ob 84/65 SZ 38/44 = JBl 1966, 250 *Wahle*] = EvBl 1966/5).

Eine Rechnungslegung hat nur dann zu erfolgen, wenn sie vertraglich vereinbart wurde oder der zu zahlende Betrag, durch Zusatzaufträge oder Änderungen der Pauschalleistungen während der Baudurchführung, nicht ohne weiteres feststellbar ist (OGH 1 Ob 515/81 SZ 54/35 = HdBW V/2; 3 Ob 632/85 JBl 1986, 450; 1 Ob 192/97k EvBl 1997/200 = RdW 1997, 657; 10. 6. 1999, 2 Ob 54/99 a).

Die ÖNORM sieht in Pkt 8.3.2.1 erster Absatz zwei Arten von Abschlagszahlungen vor:

- Abschlagszahlungen mittels Abschlagsrechnung
- Abschlagszahlungen mittels eines vereinbarten Zahlungsplanes

Der AN ist berechtigt, während der Ausführung entsprechend den erbrachten Leistungen, wozu auch auftragsspezifische Vorfertigungen (zB Werkstättenleistungen) des AN zählen, mittels Abschlagsrechnungen oder nach einem vereinbarten Zahlungsplan Abschlagszahlungen (Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer) zu verlangen. Wird im Vertrag der Rhythmus der Abschlagszahlungen an die Fertigstellung bestimmter im Vertrag genau bezeichneter Leistungsteile gekoppelt (zB Keller, Rohbau, Fertigstellung Decke, letztes Obergeschoß) ist die Fertigstellung des vertraglich vereinbarten Bauabschnittes Voraussetzung für die Berechtigung zur Legung einer Abschlagsrechnung. Empfehlenswert ist es für den Fall von Meinungsverschiedenheiten über die Fertigstellung der Leistungsteile eine Person zu vereinbaren, die dies mit bindender Wirkung für die Vertragsparteien beurteilt.

Abschlagszahlungen müssen im Gegensatz zu einem Zahlungsplan nicht einzelvertraglich vereinbart werden. Der AN ist bei Vereinbarung der ÖNORM bereits aufgrund Pkt 8.3.2.1. berechtigt, Abschlagszahlungen entsprechend den erbrachten Leistungen zu verlangen.

Abschlagszahlungen nach Zahlungsplan müssen einzelvertraglich vereinbart werden ("nach einem vereinbarten Zahlungsplan"). In der Gestaltung der Vereinbarung sind die Vertragsparteien frei: Sie können sich bei der Höhe und den Fälligkeiten der einzelnen Zahlungen am Leistungsfortschritt (leistungsnaher Zahlungsplan) oder den in der jeweiligen Bauphase anfallenden Kosten orientieren (kostennaher Zahlungsplan) oder auch davon abweichen. Auch müssen nicht alle Zahlungen gleich hoch sein.

Pkt 8.3.3 sieht vor, dass die Gesamtleistung ist in der Schlussrechnung, abzurechnen ist. Etwaige Abschlagsrechnungen und -zahlungen sowie Haftungsrücklass, Vertragsstrafe, Prämie u. dgl. sind anzuführen. Die Schlussrechnung ist als solche zu bezeichnen.

Abschlagsrechnungen sind in keinen kürzeren Abständen als ein Monat oder zu den jeweils vereinbarten Zeitpunkten vorzulegen (Pkt 8.3.5.1).

Schluss- und Teilschlussrechnungen sind spätestens zwei Monate nach der vertragsgemäßen Erbringung der Leistung vorzulegen, sofern im Vertrag keine andere Frist vereinbart wurde.

Diese Frist ist für den Beginn der Verjährung, da diese nach der Rsp des OGH mit dem möglichen Zeitpunkt der Rechnungslegung beginnt, von Bedeutung (z.B. SZ 54/35; JBl 1986, 450; WBl 1988, 205). Wenn es der Auftragnehmer unterlässt, innerhalb der Zweimonatsfrist eine überprüfbare Schluss oder Teilschlussrechnung vorzulegen und hält er eine Nachfrist nicht ein, so ist der Auftraggeber berechtigt selbst eine Abrechnung aufstellen oder aufstellen zu lassen. Dafür kann er eine angemessene Vergütung verlangen (Pkt. 8.3.7).

## **21. MANGELHAFTE RECHNUNGSLEGUNG (PKT 8.3.6):**

Wenn der Auftragnehmer eine Schluss- oder Teilschlussrechnung so mangelhaft legt, dass sie vom Auftraggeber weder geprüft, noch berichtigt werden kann, hat sie der Auftraggeber dem Auftragnehmer binnen dreißig Tagen zur Verbesserung zurückzustellen (Pkt. 8.3.6.1).

Sollten nur einzelne Unterlagen fehlen, so ist die Rechnung so weit wie möglich zu prüfen. Wenn Rechnungen aufgrund der Mangelhaftigkeit und der damit gegebenen Unüberprüfbarkeit zurückgestellt wird, beginnt der Fristenlauf für die Fälligkeit erst mit der Vorlage mit der neuen Rechnung (Pkt. 8.3.6.2).

## **22. ZAHLUNG (PKT 8.4)**

### **a) Fälligkeiten (Pkt 8.4.1)**

Abschlags- und Regierechnungen sind dreißig Tage nach Eingang der Rechnung zur Zahlung fällig (Pkt. 8.4.1.1).

Schlussrechnungen sind nach Pkt. 8.4.1.2 innerhalb von drei Monaten nach Eingang der Rechnung zur Zahlung fällig, sofern im Vertrag keine andere Frist vereinbart wurde.

Für den Fall nicht fristgerechter Zahlung sind nach Pkt. 8.4.1.6 Verzugszinsen in der Höhe von 9,2 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz vereinbart.

### **b) Annahme der Zahlung, Vorbehalt (Pkt 8.4.2)**

Die Annahme der Schlusszahlung aufgrund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen drei Monaten nach Erhalt der Zahlung erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen. Weicht die Schlusszahlung vom Rechnungsbetrag ab, beginnt die Frist von drei Monaten

frühestens mit der schriftlichen Bekanntgabe der nachvollziehbaren Herleitung des Differenzbetrages (Pkt. 8.4.2).

Nach der Rsp des OGH, dient diese Bestimmung dazu, es dem Auftraggeber zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu ermöglichen, das gesamte Ausmaß seiner Verpflichtung zu überschauen. Wenn in der genannten Frist kein Vorbehalt erhoben wird, ist nach der Rsp des OGH die Erhebung weiterer Forderungen nicht mehr zulässig. Nach Ansicht des OGH ist diese Klausel nicht nichtig im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB (OGH 26.3.1998, 7 Ob 68/98 w = RdW 1998, 456 = Bauzeitung Nr. 39/1998, S. 12 f).

Wurde ein Vorbehalt erhoben, können die entsprechenden Forderungen innerhalb von drei Jahren ab Übergabe der Leistung geltend gemacht werden. Sind Überzahlungen erfolgt, so ist die Rückforderung innerhalb von drei Jahren ab Überzahlung zulässig (Pkt. 8.4.3).

## 23. SICHERSTELLUNG (PKT 8.7)

### a) Deckungsrücklass (Pkt 8.7.2)

~~Pkt 3.23.3 der ÖNORM A 2050 definiert den Deckungsrücklass wie folgt:~~

~~Sicherstellung gegenüber Zahlungen aufgrund von Rechnungen (Abschlagsrechnungen oder Zahlung nach Plan), denen nur annähernd ermittelte Leistungen zugrunde liegen. Ferner dient er als Sicherstellung für die Vertragserfüllung durch den AN, sofern diese nicht durch eine Kautions gesichert ist~~

~~Von jeder Abschlagsrechnung ist ein Deckungsrücklass in der Höhe von 5 % einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung abgelöst ist. Bei Regierechnungen gibt es keinen Deckungsrücklass. Der Deckungsrücklass ist mit der Schluss- oder Teilschlussrechnung abzurechnen und freizugeben, soweit er nicht auf einen Haftungsrücklass angerechnet wird (Pkt. 8.7.2).~~

### b) Haftungsrücklass (Pkt 8.7.3)

~~Pkt 3.23.4 der ÖNORM A 2050 definiert den Haftungsrücklass wie folgt:~~

~~Sicherstellung für den Fall, dass der AN, die ihm aus der Gewährleistung obliegende Pflicht nicht erfüllt~~

~~Von der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme ist ein Haftungsrücklass in der Höhe von 2 % einzubehalten, soweit er nicht durch eine unbare Sicherstellung abgelöst ist. Der Auftraggeber hat das Recht, sich aus dem Haftungsrücklass für seine Ansprüche aus der Gewährleistung schadlos zu halten. Der Haftungsrücklass ist spätestens 30 Tage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist freizugeben.~~

### c) Sicherstellungsmittel (Pkt 8.7.4)

Als Sicherstellungsmittel (Pkt. 8.7.4) können dienen:

- Bargeld - eine Verzinsung erfolgt nicht -
- Sparbücher
- Bankgarantie
- Versicherungen

## 24. ÜBERNAHME (PKT 10)

### a) Begriff:

Der Begriff der Übernahme ist weder im ABGB, noch in der ÖNORM näher definiert. Unter Übernahme einer Bauwerkleistung versteht man die körperliche Hinnahme und die Anerkennung des Werkes als dem Vertrag entsprechende Erfüllung.

### b) Unterschied ÖNORM - ABGB:

Die ÖNORM weicht in diesem Zentralbereich des Werkvertragsrechtes entscheidend von der gesetzlichen Regelung des ABGB ab:

- Die ÖNORM unterscheidet zwischen förmlicher und formloser Übernahme (Pkt. 10.1.1). Eine förmliche Übernahme ist dem ABGB unbekannt.
- Nach ABGB ist der Auftraggeber nicht verpflichtet das Werk mit Mängeln, und seien es auch nur unwesentliche Mängel, zu übernehmen (§ 1413 ABGB, so auch *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, 131; aA für unwesentliche und unbehebbar Mängel, *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup>, RZ 10 vor § 918 – 933). Der Auftragnehmer hat vielmehr alle Mängel zu beheben und befindet sich daher bis zur Übernahme durch den Auftraggeber in Verzug.
- Nach ÖNORM Pkt. 10.5.1 kann hingegen die Übernahme der Leistung vom Auftraggeber nur dann verweigert werden, wenn die Leistung Mängel aufweist welche den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen. Diese Bestimmung gilt nicht für Verbrauchergeschäfte, wenn hierdurch eine übergebührlige Bindung des Verbrauchers an den Vertrag im Sinne des § 6 Abs. 1 Z 1 KSchG bewirkt wird.
- Übernimmt der Auftraggeber dennoch die mangelhafte Leistung, hat er beim ABGB-Vertrag nach stRsp das Recht, bis zur Verbesserung des mangelhaften Werkes den gesamten Werklohn zurückzubehalten (SZ 39/27; JBl 170/371; SZ 48/108; RdW 1984,41; RdW 1987,120 uva.). Dieses Recht ist nur durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt. Sie liegt vor, wenn der Verbesserungsaufwand in keinem Verhältnis zu dem dadurch für den Auftraggeber zu erzielenden Vorteil aus der Verbesserung und dem Nachteil steht, den für ihn der Mangel bedeutet (JBl 1990, 461= RdW 1990, 49; JBl.

1990, 248; ecolex 1993, 304). Wird die Leistung mit Mängeln übernommen, hat der AG nach Pkt 10.4 das Recht, neben dem Haftungsrücklass das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. Ist der AG Verbraucher ist diese Klausel nach § 6 KSchG unzulässig (OGH 2 Ob 523/94 RdW 1994, 346 = wbl 1994, 344; 1 Ob 58/98f SZ 72/25 = ecolex 2000/5 = EvBl 1999/144 = RdW 1999, 462).

### c) Förmliche Übernahme

Eine förmliche Übernahme hat nach Pkt. 10.1.1 zu erfolgen, wenn eine solche im Vertrag vorgesehen oder nach Art und Umfang der Leistung üblich ist. In diesem Fall hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Fertigstellung der Leistung mitzuteilen und ihn zur Übernahme aufzufordern. Der Auftraggeber hat die Leistung nach Erhalt der Aufforderung binnen einer Frist von dreißig Tagen zu übernehmen.

Übernimmt der Auftraggeber ohne Angaben von Gründen die Leistung nicht fristgerecht, stellt Pkt. 10.2.2 die Fiktion der Übernahme auf. Die fiktive Übernahme darf mit der formlosen Übernahme (Übernahme durch schlüssiges Verhalten) nicht verwechselt werden. Die rechtlichen Wirkungen der Übernahme treten durch eine Fiktion, unabhängig vom Willen des Auftraggebers ein, falls dieser nicht die Verweigerung der Übernahme zum Ausdruck gebracht hat.

Bei einer förmlichen Übernahme ist eine Niederschrift zu verfassen. Die Übernahme ist erst vollzogen, wenn beide Parteien oder ihr hierzu bevollmächtigter Vertreter die Niederschrift unterschrieben haben. In der Niederschrift sind beanstandete Mängel aufzunehmen. Auch wenn die Frage strittig ist, ob ein Mangel vorliegt, ist die Beanstandung durch den Auftraggeber zu protokollieren. Der Auftragnehmer hat Anspruch darauf, dass alle gewünschten Feststellungen und abgegebenen Erklärungen in der Niederschrift aufgenommen werden.

### d) Formlose Übernahme

Hat keine förmliche Übernahme zu erfolgen, gilt gem Pkt 10.3.1 die Übernahme als erfolgt, wenn der AG die Leistung in seine Verfügungsmacht übernommen hat. Diese Umschreibung der formlosen Übernahme greift zu kurz, weil im Bauwerkvertragsrecht unter der "Übernahme" die Hinnahme der vollendeten Bauwerkleistung durch den AG in seine Verfügungsmacht und die Anerkennung des Werkes als dem Vertrag entsprechende Erfüllung verstanden wird (*Krejci* in *Rummel* I<sup>3</sup>, § 1168 a Rz 10; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1168a Rz 71; *Jakobs* in *AcP* 1983, 145 [146]; OGH 1 Ob 573/95 ecolex 1996, 250 [*Kletecka*] 234= RdW 1996, 110 [*Iro* 106] = JB1 1996, 392 ).

Die Übernahme setzt voraus

- die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des AN, dass die Arbeit beendet sei
- die Übernahme der vollendeten Bauwerkleistung in die Verfügungsmacht des AG (nur diese Voraussetzung findet sich in Pkt 10.3.1)
- und eine ausdrückliche oder schlüssige Erklärung des AG, die Erfüllung seines Auftrages zur Kenntnis zu nehmen

### e) Rechtsfolgen der Übernahme

Mit der Übernahme durch den AG gilt die Leistung als erbracht, geht die Gefahr über und beginnt die Gewährleistungsfrist.

Übernimmt der AG die Leistung trotz Mängel, kommen die Bestimmungen über die Gewährleistung zur Anwendung. Zwischen Erfüllung und Gewährleistung besteht kein scharfer Gegensatz. Der Verbesserungsanspruch ist vielmehr der in Gestalt eines Gewährleistungsanspruchs erhalten gebliebene Rest des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs (OGH 1 Ob 636/80 SZ 53/107 = JBl 1982, 486; 1 Ob 679/90 ecolex 1992, 86; 7 Ob 538/91 SZ 64/63 = ecolex 1992, 160, *Binder* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> IV, § 932 Rz 41; *Koziol/Welser* II<sup>13</sup>, 65). Bis zur Übernahme der Werkleistung kann der AG gemäß § 1413 ABGB auf gehörige Erfüllung bestehen. Er ist berechtigt, die ungehörige Leistung zurückzuweisen. Nach der Übernahme der Werkleistung ist der AG auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt. (so die hM: *Koziol/Welser* II<sup>13</sup>, 65; *Bydlinski* in *Klang* IV2, 153 ff; *Gschnitzer/Faistenberger*, Schuldrecht AT<sup>2</sup>, 129, 162; *Wilhelm* in *JBl* 1975, 113 und die stRsp: OGH Ob III 176/25 SZ 7/76; 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509; 8 Ob 172/70 SZ 43/152; 3 Ob 540/79 SZ 53/63 = EvBl 1980/202; OGH 11. 5. 1983 SZ 56/76; OGH 19. 12. 1979 MietSlg 31.112; 1 Ob 607, 608/83 JBl 1985, 743 [*Reidinger*] = JBl 1985, 743; aA *Pisko*, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen, 54; *Gschnitzer/Faistenberger*, Schuldrecht AT<sup>2</sup>, 90). Bis zur Übernahme sind daher die Rücktrittsregeln nach §§ 918 ff ABGB, danach hingegen die Gewährleistungsregeln nach §§ 922 ff ABGB anzuwenden (OGH 30. 7. 1980, 3 Ob 565/80). Dies bedeutet:

- bis zur Übernahme kann der AG auf Herstellung eines mangelfreien Werkes bei allen Arten von Mängeln bestehen, nach der Übernahme Verbesserung nur bei Mängeln verlangen, die den Gebrauch beeinträchtigen. Das Recht auf Verbesserung wird noch weiter eingeschränkt, weil Behebbarkeit im rechtlichen (nicht im technischen Sinn) nur vorliegt, wenn die Behebung des Mangels keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert
- bis zur Übernahme kann der AG die Verbesserung verlangen, auch wenn diese nur durch Neuherstellung des Werkes möglich ist. Nach der Übernahme kann er nach der Rsp Neuherstellung nicht im Rahmen der verschuldensunabhängigen Gewährleistung, sondern nur über den Verschulden voraussetzenden Schadenersatz verlangen

## 25. GEFAHR UND KOSTENTRAGUNG (PKT 12.1)

Bei der Gefahrtragung geht es um die Frage, welche Vertragspartei das Risiko der zufälligen Beschädigung oder des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verzögerung der geschuldeten Leistung zwischen Vertragsabschluss und Übernahme trägt. Unter "Zufall" wird das von keiner Partei verschuldete Risiko der Beschädigung oder Zerstörung des Werkes vor deren Übernahme bezeichnet. Liegt ein Verschulden einer der Vertragspartner vor, kann nicht von einem "Zufall" gesprochen werden, sondern von einer "Haftung" des Schädigers. "Haftung" ist das Entstehen für eine Schuld (*Spitzer in Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, 260*).

Zu unterscheiden sind Preisgefahr und Leistungsgefahr.

### a) Preisgefahr

Bei der Preisgefahr geht es um die Frage, ob der AG bei zufälliger Beschädigung oder zufälligen Unmöglichwerden oder bei Verzögerungen in seiner Sphäre den Werklohn entrichten muss. Trägt der AG die Preisgefahr, muß er den Werklohn entrichten, obwohl das ganz oder teilweise hergestellte Werk vor der Übernahme durch Zufall beschädigt wurde oder untergegangen ist. Trägt der AN die Preisgefahr erhält er keinen Werklohn, obwohl er das durch Zufall beschädigte oder untergegangene Werk vor der Übernahme bereits ganz oder teilweise hergestellt hat.

### b) Leistungsgefahr

Bei der Leistungsgefahr geht es um die Frage, ob der AN bei zufälliger Beschädigung oder zufälligen Unmöglichwerden der von ihm geschuldeten Leistung diese nochmals herstellen muss. Trägt der AG die Leistungsgefahr muß der AN das ganz oder teilweise hergestellte Werk nicht nochmals herstellen, obwohl es vor der Übernahme durch Zufall beschädigt wurde oder untergegangen ist. Trägt der AN die Leistungsgefahr, muss er das ganz oder teilweise hergestellte Werk nochmals herstellen, weil es vor der Übernahme durch Zufall beschädigt wurde oder untergegangen ist.

### c) Wie hängen Preis- und Leistungsgefahr zusammen?

Die Frage, ob der AG die Preisgefahr trägt, stellt sich erst, wenn der AN die Leistungsgefahr trägt, also das Werk wiederherstellen muß. Nur dann fallen Kosten an. Ob sie der AG oder der AN tragen muß hängt dann davon ab, wer die Preisgefahr trägt.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag ist in den §§ 1168 und 1168a geregelt. Auch wenn dies in dieser Klarheit nicht aus der Textierung der beiden Bestimmungen hervorgeht, folgt doch, dass der AN beim Werkvertrag einen Erfolg schuldet, weil ihm diese Bestimmungen nur dann einen Anspruch auf das Entgelt gewähren, wenn er das Werk herstellt und übergibt. Diese Grundregel ordnet § 1168a erster Satz ABGB für einen wichtigen Fall an, nämlich dass das bereits ganz oder teilweise hergestellte Werk

zufällig untergeht (vgl. *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1168 Rz 1). Er lautet wie folgt:

Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigestellt hat.

#### d) Die Preisgefahr (Sphärentheorie)

§ 1168a ABGB ordnet für den Werkvertrag an, dass der AN die Preisgefahr grundsätzlich bis zur Übernahme des Werkes trägt. Das ABGB sieht jedoch drei Ausnahmen von diesem Grundsatz vor. In folgenden Fällen lässt das ABGB den AG schon vor der Übernahme die Preisgefahr tragen:

- § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gewährt dem AN einen Entgeltsanspruch, wenn das Werk aus Umständen, die beim AG liegen unterbleibt. Er lautet wie folgt:

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

- § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gewährt dem AN einen Entgeltsanspruch auch bei Verzögerungen aus Umständen, die beim AG liegen. Er lautet wie folgt:

Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm eine angemessene Entschädigung

- 1168a dritter Satz ABGB gewährt dem AN einen Entgeltsanspruch, wenn der AG einen untauglichen Stoff beistellt oder eine unrichtige Anweisung erteilt, allerdings unter der Voraussetzung, dass der AN seine Warnpflicht nicht verletzt hat. (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1168a Rz 11). Er lautet wie folgt:

Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigestellt hat. Misslingt aber das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat

Man sagt daher, dass die Zuordnung der Preisgefahr beim Werkvertrag im österreichischen Recht nach der Sphärentheorie beantwortet wird (*Bydlinski*, Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industrieanlagenbaues, 79; *Krejci*, Baugrundrisiko, 58; OGH 5 Ob 519/85 SZ 58/41 = RdW 1985, 305 = EvBl 1986/27; 1 Ob 42/86 SZ 58/41 = wbl 1987, 219; 2 Ob 301/05m bbl 2006/198; offenbar aA *Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1168 Rz 45 und 46).

#### e) Die Leistungsgefahr

Zur Leistungsgefahr sagt das ABGB nichts (*Krejci* in *Rummel* I<sup>3</sup> Rz 3 zu § 1168a). Die Lehre hat dazu folgende Grundsätze entwickelt. Ist das Werk untergegangen oder beschädigt und eine Neuherstellung endgültig unmöglich geworden erübrigt sich die Frage, ob der AN verpflichtet ist, eine Neuherstellung vorzunehmen (*Krejci* in *Rummel* I<sup>3</sup>, § 1168a Rz 38). Ist die Neuherstellung nicht möglich trägt der AG die Leistungsgefahr: der AN muss das Werk nicht nochmals erbringen, trägt aber die

Preisgefahr, dh er verliert den Entgeltsanspruch für seine Leistungen (*Koziol/Welser III*<sup>3</sup>, 265). Dies wird aber bei Bauwerkverträgen nur selten der Fall sein, weil eine Neuherstellung zumeist möglich sein wird.

Ist das Werk untergegangen oder beschädigt aber eine Neuherstellung oder Reparatur möglich, was in der Baupraxis oft vorkommen wird, ist zu prüfen, ob die Neuherstellung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (*Krejci in Rummel I*<sup>3</sup>, § 1168a Rz 39). Sofern die Wiederherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand verursacht, ist der AN zur Wiederherstellung verpflichtet. In diesem Fall trägt der AN die Leistungsgefahr. Der AN muss das Werk wiederherstellen, da er aber bis zur Übernahme die Preisgefahr trägt erhält er für die Wiederherstellung keinen Werklohn. Sofern die Wiederherstellung einen unverhältnismäßigen Aufwand verursacht, ist der Fall so zu behandeln wie bei endgültiger Unmöglichkeit der Neuherstellung. Der AG trägt die Leistungsgefahr: der AN muss das Werk nicht nochmals erbringen, da er aber bis zur Übernahme die Preisgefahr trägt erhält er für die Wiederherstellung keinen Werklohn.

Pkt 12.1.1 regelt die Gefahrtragung für die vertraglichen Leistungen bei Untergang und Beschädigung, unbeschadet der in 12.4 getroffenen Sonderregelungen für die Gefahrtragung bei Bauschäden.

#### f) Die "Regel" (Pkt 12.1.1 Z 1)

Pkt 12.1.1 Z 1 erster Satz sieht vor, dass der AN "in der Regel" die Gefahr für seine Leistungen trägt. Pkt 12.1.1 Z 2 legt die vom ABGB abweichende Ausnahme von der Regel fest. Die "Regel" ist, dass der AN bis zur Übernahme die Gefahr trägt. entspricht Die Regelung entspricht dem ABGB:

- ist das Werk untergegangen oder beschädigt und eine Neuherstellung endgültig unmöglich geworden trägt der AG die Leistungsgefahr: der AN muß das Werk nicht nochmals erbringen, trägt aber die Preisgefahr dh er verliert den Entgeltsanspruch für seine Leistungen
- ist das Werk untergegangen oder beschädigt und eine Neuherstellung oder Reparatur möglich trägt der AN die Leistungsgefahr, sofern die Wiederherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand verursacht: der AN zur Wiederherstellung verpflichtet: der AN muss das Werk nochmals erbringen, trägt aber die Preisgefahr dh er erhält für die Wiederherstellung keinen Werklohn
- ist das Werk untergegangen oder beschädigt und eine Neuherstellung oder Reparatur möglich, erfordert die Wiederherstellung aber einen unverhältnismäßigen Aufwand, trägt der AG die Leistungsgefahr: der AN muss das Werk nicht noch einmal erbringen, trägt aber die Preisgefahr dh er verliert den Entgeltsanspruch für seine Leistungen

Pkt 12.1.1 Z 1 zweiter Satz erläutert in einer demonstrativen Aufzählung ("Hierunter fallen insbesondere Zerstörung (Untergang), Beschädigung oder Diebstahl") was unter dem Begriff "Gefahr" zu verstehen ist. In diesem Pkt weicht die ÖNORM nicht vom ABGB ab: unter "Gefahr" ist daher das Risiko der zufälligen Beschädigung oder des

zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verzögerung der geschuldeten Leistung zu verstehen.

Pkt 12.1.1 Z 1 dritter Satz sieht vor, dass der AN nicht nur für "seine" geschuldete Leistungen die Gefahr trägt, sondern auch für beigestellte Materialien, Bauteile oder sonstige Gegenstände, die ihm vertragsgemäß vom AG oder von anderen AN übernommen hat. In diesem Punkt weicht die ÖNORM vom ABGB ab.

#### **g) Die Ausnahme von der Regel (Pkt 12.1.1 Z 2)**

Pkt 12.1.1 Z 2 legt Ausnahme fest von der im Pkt 12.1.1 Z 1 aufgestellten Regel, dass der AN die Gefahr für seine Leistungen und beigestellte Leistungen bis zur Übernahme trägt: werden die Bauleistungen oder Teile hiervon oder vom AG dem AN übergebene Materialien, Bauteile oder sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände durch ein unabwendbares Ereignis beschädigt oder zerstört und hat der AN alle zur Abwehr der Folgen solcher Ereignisse notwendigen und zumutbaren Maßnahmen getroffen, trägt der AG die Gefahr.

Der AG trägt bei unabwendbaren Ereignissen, abweichend vom ABGB, schon vor der Übernahme die Preisgefahr. Der AN ist allerdings von der Haftung nur befreit, wenn er das Ereignis durch "zumutbare Maßnahmen", also durch sorgfältiges Handeln nicht verhindern konnte. Der Begriff "unabwendbares Ereignis" kommt in der gesamten Rechtsordnung nur in § 9 EKHG vor. Nach § 9 EKHG, liegt ein unabwendbares Ereignis vor, wenn es selbst bei äußerster Sorgfalt (was mehr ist als die gewöhnliche Sorgfalt) unabwendbar ist. Wird dieses Begriffsverständnis übernommen, bedeutet die ÖNORM-Regelung, dass der AN von der Haftung befreit ist, wenn ein unabwendbares Ereignis vorliegt, das nicht einmal durch äußerste Sorgfalt zu vermeiden war, weil er immerhin die geringere, gewöhnliche Sorgfalt angewandt hat. Dies ergibt keinen Sinn. Es ist *Wilhelm* zu folgen, der von einem Redaktionsversehen ausgeht und unter dem Begriff "zumutbaren Maßnahmen" die "äußerst möglichen Maßnahmen" versteht (*Wilhelm* in *ecolex* 2000, 624; aA OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401).

Im Ergebnis bedeutet die ÖNORM Regelung, dass der AN von der Haftung nur dann befreit ist, wenn er die äußerst möglichen Maßnahmen ("alle notwendigen und zumutbaren Maßnahmen") getroffen hat um zufällige Ereignisse zu vermeiden. Wenn die Wiederherstellung möglich ist trägt der AG die Preisgefahr und der AN die Leistungsgefahr, unter der Voraussetzung, dass der AN alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat. Der AN muss die Leistung nochmals erbringen, hat aber Anspruch auf das vereinbarte Entgelt für die bisher erbrachten Leistungen und auf Vergütung der zur allfälligen Wiederherstellung erforderlichen Leistungen und Verlängerung der Leistungsfrist. Ist eine Wiederherstellung unmöglich trägt der AG die Preis- und die Leistungsgefahr. Der AN hat AN Anspruch auf das vereinbarte Entgelt für die bisher erbrachten Leistungen, muss die Leistungen aber nicht nochmals erbringen.

Die ÖNORM regelt die Gefahrtragung bei Untergang und Beschädigung in Pkt 12.1.

Soeben wurde erörtert, dass die ÖNORM die in § 1168a Satz 1 und 2 ABGB dem AN zugeordnete Preisgefahr dahingehend abändert, dass der AG die Gefahr bereits vor der Übernahme trägt, wenn die Leistung durch ein unabwendbares Ereignis zerstört oder beschädigt wird, sofern der AN alles zumutbaren Maßnahmen zur Abwehr solcher Ereignisse getroffen hat. Pkt 12.1 regelt aber nur die Gefahrtragung bei Zerstörung oder Beschädigung der Leistung, nicht jedoch bei Verzögerungen der Leistung. Im Folgenden wird nun die Gefahrtragung bei Verzögerungen behandelt.

§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB, der die Gefahrtragung bei Verzögerungen regelt wird durch Pkt 7.2.1 Z 2 der ÖNORM abgeändert. § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB lässt den AG die Gefahr bei Verzögerungen tragen, wenn deren Ursachen aus seiner Sphäre kommen. Kommen sie aus der Sphäre des AN oder aus der neutralen Sphäre wird die Preisgefahr dem AN zugeordnet. Unter neutraler Sphäre sind Umstände zu verstehen, die außerhalb der Ingerenz der Vertragsteile des Werkvertrages liegen. Diese Umstände werden als höhere Gewalt bezeichnet. Sie sind nach ABGB der Sphäre des AN zuzuordnen (OGH 7. 4. 1976, 1 Ob 576/76; 10. 3. 1982, 6 Ob 551/82). § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB wird aber durch Pkt 7.2.1 Z 2 der ÖNORM dahingehend abgeändert, dass der AG die Gefahr für Verzögerungen trägt, wenn die ursächlichen Ereignisse bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar und nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind, also der „neutralen Sphäre“ angehören.

## 26. GEWÄHRLEISTUNG (PKT 12.2)

### a) Umfang (Pkt 12.2.1)

Gewährleistung bedeutet, dass der AN für die vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einzustehen hat. Die Gewährleistung stellt eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung für die Mangelfreiheit des Werkes dar: Es kommt nicht darauf an, ob den AN ein Verschulden am Mangel (Fehler) trifft. Pkt 12.2.1 ist inhaltlich mit § 922 ABGB ident. Er sieht ebenfalls vor, dass der AN Gewähr leistet, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden können.

Im Werkvertragsrecht ist ein Mangel das Abweichen vom geschuldeten Erfolg (vgl *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1167 Rz 20). Der geschuldete Erfolg richtet sich nach dem Vertrag und den darin enthaltenen Bestimmungen und Beschreibungen. Das Leistungsverzeichnis (in der Regel bei Einheitspreisverträgen) oder die Leistungsbeschreibung (in der Regel bei Pauschalpreisverträgen) ist Hauptbestandteil des Vertrages. Soweit für das Werk oder Teile davon keine bedungenen Eigenschaften vereinbart sind, hat das Werk die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufzuweisen (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> V, § 1167 Rz 27).

§ 922 ABGB und Pkt 12.2.1 sehen vor, dass ein Werk die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufzuweisen hat. Ob eine Eigenschaft einer Bauleistung als gewöhnlich vorausgesetzt gilt, hängt davon ab, ob der AG nach der Verkehrsauffassung annehmen kann, dass sie vorhanden ist (vgl. *Koziol/Welser* III<sup>3</sup> 68). Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind Eigenschaften, die bei Vertragsabschluß nicht besprochen werden, weil sie von den Beteiligten als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Sie werden deshalb als selbstverständlich vorausgesetzt, weil sie der "Verkehrssitte" entsprechen. Die Rsp nimmt in diesen Fällen eine konkludente Zusicherung an (OGH 6 Ob 641/83 HS 14.718; 1 Ob 515/85 SZ 58/11 = JBl 1985/620; 1 Ob 662/85 SZ 58/174 = JBl 1986, 245; 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315; 1 Ob 564/95 *ecolex* 1995, 485 = RdW 1995, 422; 4 Ob 2258/96d SZ 69/218; 1 Ob 414/97g SZ 71/88 = *ecolex* 1998, 687 = RdW 1998, 608 = JBl 1998, 652; 19. 12. 2002, 2 Ob 304/02y; 3 Ob 24/05h MietSlg 57.587; 15. 11. 2007, 2 Ob 209/07k).

### b) Geltendmachung von Mängeln (Pkt 12.2.3)

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übernahme der Leistung.

Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt diese drei Jahre. Für Leistungen der Haustechnik, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, beträgt sie zwei Jahre.

Die **dreijährige** Gewährleistungsfrist gilt für Leistungen wenn entweder bereits der Vertragsgegenstand als unbewegliche Sache anzusehen ist (z.B. Bau eines Hauses) oder die Leistungen an einer unbeweglichen Sache vorgenommen werden und die bewegliche Sache zu einem unselbständigem Bestandteil der unbeweglichen Sache wird (z.B. Installationsarbeiten in einem Haus, wie der Einbau einer Heizungsanlage). Unselbständige Bestandteile, für die die dreijährige Gewährleistungsfrist gilt, sind z.B. Leitungsrohre, insbesondere bei Verlegung im Mauerwerk, eine Zentralheizungsanlage in einem Hotel, Kühlräume, die ohne Substanzverlust nicht abgetrennt werden könnten oder maschinelle Kühlanlagen, die für sich allein keinen Wert hätten. Selbständige Bestandteile, auf die die kurze Gewährleistungsfrist anzuwenden ist, ist zB eine Ölsammelheizung, eine Öl- und Wasserpumpe oder Radiatoren.

Für die Lieferung zum Einbau bestimmter beweglicher Sachen, die aber nicht vom Lieferanten eingebaut werden, gilt die nunmehr **zweijährige Frist**, weil die dreijährige Gewährleistungsfrist nur gilt, wenn der Lieferant der Sache auch den Auftrag zu deren Einbau hat.

Auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels kommt es nicht an. Eine Verlängerung der Frist, zumindest bei unbeweglichen Sachen, ist unter keinen Umständen möglich.

Mängel, für die Gewähr zu leisten ist, müssen im **Zeitpunkt der Übernahme** vorhanden sein. Für Mängel, die erst nach vollzogener Erfüllung, also nach Übernahme entstehen, wird nicht gehaftet. Häufig wird aber ein Mangel, der sich erst

nach Erfüllung herausstellt, schon im Zeitpunkt der Übernahme zumindest "schlummernd" existent gewesen sein (**geheimer Mangel**).

Die Beweislast, dass die Sache zum Zeitpunkt der Übernahme bereits mangelhaft war trifft innerhalb der ersten sechs Monate nach der Übergabe den Werkunternehmer, der beweisen muss, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Übergabe nicht vorhanden war (Freibeweis). Dies gilt nicht nur beim Verbrauchergeschäft, sondern allgemein.

Dieser Bestimmung kommt insbesondere dort Bedeutung zu, wo Verschleißteile verwendet werden, also bei Haustechnikleistungen. Gerade bei Leistungen der Haustechnik, etwa Aufzugsanlagen oder anderen Anlagen, die einem rapiden Verschleiß unterliegen, spielt die Frage eine Rolle, ob der Fehler bereits zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden war, oder eine normale Verschleißerscheinung im Rahmen der ordnungsgemäßen Benützung vorliegt.

Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen muss die Klage bei Gericht innerhalb der Frist des § 933 ABGB eingebracht werden. Das Geltendmachen durch Einrede ist auch später zulässig, wenn der AG den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist angezeigt hat (*Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> V, § 1167 Rz 31*).

#### c) Rechte aus der Gewährleistung (Pkt 12.2.4)

Der Werkbesteller muss zunächst **Verbesserung oder Austausch** verlangen, also dem Werkunternehmer eine Chance geben den Fehler selbst zu beheben und so den vertraglich vereinbarten Zustand herzustellen. Der Werkbesteller kann, Verschulden des Werkbestellers vorausgesetzt, Schadenersatz anstatt Gewährleistung geltend machen (siehe auch § 933 a ABGB). Auch als Schadenersatz kann er aber zunächst nur die Verbesserung verlangen. Eine sofortige Ersatzvornahme, ohne den Werkunternehmer zur Verbesserung aufgefordert zu haben ist nicht möglich.

Der Werkbesteller kann **sofortige Preisminderung oder Wandlung** nur in folgenden Ausnahmefällen verlangen:

- - Vorliegen wichtiger Gründe
- - Unmöglichkeit oder
- - Unverhältnismäßig hoher Aufwand
- - Kein geringfügiger Mangel (nur wenn Wandlung verlangt wird).

**Wichtige Gründe** sind Weigerung des Verkäufers zu verbessern, Verzug mit der Verbesserung, erhebliche Unannehmlichkeiten für den Übernehmer oder wenn ihm die Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist. In der Regierungsvorlage werden umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen als Beispiel für erhebliche Unannehmlichkeiten genannt. Triftige, in der Person des Übergebers liegende Gründe wären etwa Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahe legen.

**Unmöglichkeit** liegt vor, wenn die Verbesserung technisch nicht möglich ist.

**Unverhältnismäßig hoher Aufwand** lag nach der alten Rechtsprechung zur alten Rechtslage vor, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Werkbesteller gewährt, gegen den dafür erforderlichen Aufwand an Arbeit und Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand in einem offensichtlichen Mißverhältnis stehen, die Arbeit sich also nicht lohnt. Dass die Verbesserung dem Werkunternehmer hohe Kosten verursacht, selbst wenn diese Kosten den Wert des Werkes übersteigen, reicht zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes noch nicht aus, da es auf das Verhältnis zwischen Werklohn und Verbesserungsaufwand nicht ankommt. Dies wird neben den Kriterien des § 932 Abs 2 weiter zu beachten sein.

Das Recht auf Wandlung besteht nur, wenn es sich nicht um einen **geringfügigen Mangel** handelt. Bei der Auslegung dieses Begriffes wird wohl darauf abzustellen sein, ob die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre.

Das Recht des Werkbestellers bei Vorliegen von Mängeln zum Zeitpunkt der Übergabe den gesamten noch offenen Werklohn bis zur Grenze der Schikane zurückzubehalten (**Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages**) bleibt durch die Neuregelung unberührt.

## **27. SCHADENERSATZ (PKT 12.3)**

Die ÖNORM B 2110 geht in ihrer Schadenersatzregelung nicht von den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen ab. Der Höhe nach wird der Schadenersatz allerdings bei leichter Fahrlässigkeit mit dem positiven Schaden beschränkt und andererseits auch betraglich, und zwar bei einer Auftragssumme bis € 250.000,- mit € 12.500,- und darüber mit 5% der Auftragssumme, maximal jedoch mit € 750.000,-. Die Haftungseinschränkung gilt sowohl für Schäden, die vom AG als auch vom AN verursacht werden.