

*bau*aktuell

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

Schwerpunkt:
Sachverständigen-
gutachten

Interview mit Matthias Rant

**Wichtigste Prämisse für die Erstellung eines Gutachtens
ist dessen Nachvollziehbarkeit**

Detlef Heck

Diametrale Gutachten?!

Thomas Kurz

Das Leistungsziel gemäß ÖNORM B 2110 und B 2118

Georg Karasek

**Rechtliche Anmerkungen zum Beitrag „Leistungsentfall und
Leistungsverweigerung“ von Wolfgang Oberndorfer**

Konstantin Pochmarski/Verena Binder

Die Mehrkostenforderung auf der Grundlage des Schadenersatzrechts

Ursula Rami/Andreas Hunger/Erich Kremsmair

Kompetenzmessung von Baustellenführungskräften

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos

Die Mehrkostenforderung auf der Grundlage des Schadenersatzrechts

Konstantin Pochmarski / Verena Binder

Die Mehrkostenforderung (MKF)¹ ist nach der Definition der ÖNORM B 2110² die Forderung eines Vertragspartners des Bauvertrages auf terminliche und/oder preisliche Anpassung des Vertrages.³



Dr. Konstantin Pochmarski ist Rechtsanwalt in Graz.



Mag. Verena Binder ist Richteramtswärterin im Sprengel des OLG Graz.

1. Mögliche Anspruchsgrundlagen einer Mehrkostenforderung

Mögliche Anspruchsgrundlagen für eine MKF des Auftragnehmers können nun der Entgeltanspruch nach § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB,⁴ ein Geschäftsirrtum und der sich daraus ergebende Anspruch auf Vertragsanpassung gemäß § 871 ABGB oder aber das hier untersuchte Schadenersatzrecht⁵ sein.

Ist von den Vertragsparteien des Bauvertrages über das ABGB hinaus noch die Geltung der ÖNORM B 2110 für das Vertragsverhältnis vereinbart, kommen auch deren Bestimmungen zur Anwendung. So wird die nach dem ABGB allgemein bestehende Anspruchsgrundlage des § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB durch Punkt 7.4 der ÖNORM über Form und Inhalt der MKF konkretisiert.⁶ Bezüglich der irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung nach § 871 ABGB finden sich in der ÖNORM keine Sondervorschriften.⁷ Die Anspruchsgrundlage des Schadenersatzes nach den §§ 1293 ff ABGB wird durch die Regelungen der ÖNORM, insbesondere Punkt 12.3 („*Schadenersatz allgemein*“), konkretisiert und teilweise von der gesetzlichen Normallage abweichend geregelt.

2. Auswirkungen bei der Heranziehung unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen einer Mehrkostenforderung

Entscheidend für den Auftragnehmer ist insbesondere die Höhe seiner MKF: je höher, desto besser. Diesbezüglich ergeben sich bei den verschiedenen zitierten Anspruchsgrundlagen jedoch Unterschiede. Für den Auftragnehmer ist es daher wirtschaft-

lich ratsam,⁸ alle möglichen Anspruchsgrundlagen zu prüfen und die für ihn wirtschaftlich beste auszuwählen.⁹

In Lehre und Rechtsprechung ist nicht endgültig geklärt,¹⁰ ob für eine auf § 1168 ABGB gestützte MKF nun ein aus den ursprünglichen Preisen des Vertrages abgeleiteter Preis („*Vertragspreis*“)¹¹ oder ob ein „*angemessenes Entgelt*“ im Sinne des § 1152 ABGB zusteht.¹² Für den Bereich des ÖNORM-Vertrages bestimmt deren Punkt 7.4.2 in Konkretisierung des § 1168 ABGB, dass die Ermittlung der neuen Preise für die MKF auf Preisbasis des Vertrages¹³ und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten¹⁴ (Preisgrundlagen des Angebotes)¹⁵ sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen hat.¹⁶ Die Bestimmung, dass der Mehrpreis auf den Preisgrundlagen des Vertrages aufzubauen hat, bedeutet, dass der Mehrpreis grundsätzlich mit Hilfe kalkulativer Ansätze hergeleitet werden kann und nicht auf nachgewiesenen Mehrkosten aufbauen muss.¹⁷ Bei der Neukalkulation ist daher zu beachten, dass das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das die Parteien bei Vertragsabschluss festgelegt haben, aufrecht bleibt.¹⁸ Diese Anordnung der ÖNORM stellt für den Auftragnehmer sowohl eine Erleichterung als auch eine Einschränkung dar: Die Gel-

1 Vgl zur Frage, ob die Forderung von Mehrkosten eigentlich eine Forderung auf Mehrpreis ist, *Oberndorfer*, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag I² (2010) 53.
 2 In der Folge wird die ÖNORM B 2110 in der Fassung vom 1. 3. 2011 nur mehr als „ÖNORM“ bezeichnet.
 3 Eigentlich „*Mehr- oder Minderkostenforderung*“ gemäß Punkt 3.10 der ÖNORM; in der Folge nur mehr „MKF“ bezeichnet.
 4 Vgl allgemein zum Entgeltanspruch nach § 1168 ABGB *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 1168 Rz 39 ff.
 5 Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110² (2009) Rz 1002 iVm Rz 1189 ff.
 6 *Heck* (Vergütung und Kostennachweis im Falle von Mehrkostenforderungen und Schadenersatz, in *Heck/Lechner*, Tagungsband zum 3. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar [2010] 63 [74]) sieht in den Ansprüchen nach Punkt 7.4.1 der ÖNORM und nach § 1168 ABGB *verschiedene* Ansprüche; nach Ansicht der Autoren stellen die Regelungen der ÖNORM nur eine Konkretisierung des § 1168 ABGB dar. Diese Frage kann für die vorliegende Arbeit aber dahingestellt bleiben.
 7 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1197.

8 *Seebacher* (Mehrkostenforderungen und Schadenersatz, in *Heck/Lechner*, Tagungsband zum 3. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar [2010] 41) spricht von „*strategischen Überlegungen*“ des Auftragnehmers.
 9 Zur prozessualen Behandlung der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zur Geltendmachung einer MKF siehe unten Punkt 7.
 10 Ausführlich jüngst *Wenusch*, „Guter Preis bleibt guter Preis ...?“ ZRB 2012, 118.
 11 Für *Vertragspreise* OGH 26. 6. 2007, 1 Ob 219/06x; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1168 Rz 39; *Kurbos*, Baurecht in der Praxis⁶ (2010) 386; *Heck*, Vergütung, 87.
 12 Für *angemessenes Entgelt* im Sinne des § 1152 ABGB *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1168 Rz 29; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1195; *derselbe* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht (Loseblatt) Punkt 4.1.2.1.1 unter Berufung auf OGH 27. 10. 1999, 1 Ob 251/99i; bbl 2000/24 (*Karasek*); gegenteilig *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1198, wo der Autor lehrt, dass der Werklohnergänzungsanspruch des § 1168 Abs 1 ABGB an die Angebotspreise anknüpft nach dem Grundsatz „*Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“.
 13 Zu diesem Begriff *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft³ (2010) 189.
 14 Zu diesem Begriff *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch³, 190.
 15 Zu diesem Begriff *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch³, 190; ebenso *Oberndorfer*, Claim Management I², 101; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1343.
 16 Vgl ausführlich dazu *Oberndorfer*, Claim Management I², 101 ff.
 17 *Oberndorfer*, Claim Management I², 103; *Seebacher*, Mehrkostenforderungen, 47; *Heck*, Vergütung, 92.
 18 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1347; ähnlich auch *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110² (2009) 276; *Seebacher*, Mehrkostenforderungen, 45 und 48.

tendmachung der MKF wird insofern erleichtert, als der Streit über die schwer fassbare Höhe zB „angemessener Preise“ (etwa nach § 1152 ABGB) vermieden wird, indem eben die Vertragspreise fortzuschreiben sind, deren kalkulatorische Grundlagen leichter für beide Seiten dargestellt werden können.¹⁹ Umgekehrt stellt die Fortschreibung der Vertragspreise unter Umständen auch eine Einschränkung des Auftragnehmers dar, als die ihm tatsächlich erwachsenden Kosten oder der tatsächlich angemessene Preis für die Leistungsänderung durchaus höher sein können als die fortgeschriebenen Vertragspreise anhand der möglicherweise überholten oder ursprünglich ungünstigen Angebotskalkulation.²⁰

Bei der irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung gelten in Bezug auf die Höhe der Vertragsanpassung dieselben Regelungen wie bei der Bemessung des Entgeltanspruchs nach § 1168 ABGB.²¹ Auch die auf das Irrtumsrecht gestützte MKF behält zufolge der anzuwendenden „relativen Berechnungsmethode“²² die Vertragspreise als Basis der MKF.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass bei einer auf § 1168 ABGB in Verbindung mit Punkt 7.4 der ÖNORM oder auf das Irrtumsrecht gestützten MKF durch die Anwendung des Grundsatzes „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis, bleibt schlechter Preis“ der Auftragnehmer an seine ursprünglichen, möglicherweise für ihn wirtschaftlich nachteilig kalkulierten Angebotspreise gebunden bleibt. Nicht abgedeckt von den soeben referierten Anspruchsgrundlagen des § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB in Verbindung mit Punkt 7.4 der ÖNORM bzw der Irrtumsanfechtung nach §§ 872 ff ABGB werden somit die *tatsächlichen Kosten* des Auftragnehmers, sondern eben nur *kalkulatorische Kosten* unter Bindung an die ursprüngliche Angebotskalkulation.

Wenn freilich die tatsächlichen Kosten des Auftragnehmers die fortgeschriebenen Vertragspreise übersteigen, wird für ihn die Ausführung der zusätzlichen vom ursprünglichen Leistungsumfang abweichenden Leistungen zum Defizitgeschäft. Im Anwendungsbereich des (bloßen) ABGB stellt dies für den Auftragnehmer zumindest rechtlich²³ kein Problem dar: Nach dem ABGB kann der Auftragnehmer des Werkvertrages nicht einseitig gezwungen werden, eine vom Auftraggeber angeordnete Leistungsänderung auszuführen. Wenn der Auftraggeber sich nicht vertraglich ein Leistungsänderungsrecht ausbedungen hat, kann er einseitig, ohne Parteeinigung dem Auftragnehmer keine Leistungsänderung abverlangen. Korrespondierend damit braucht der Auftragnehmer, der der Ausführung der Leistungsänderung zustimmen muss, diese somit nur auszuführen, wenn seine gewünschten Preise im Rahmen der Preisvereinbarung auch be-

zahlt werden. Anders liegt dies freilich im Bereich des ÖNORM-Vertrages: Punkt 7.1 gibt dem Auftraggeber ein einseitiges Leistungsänderungsrecht, wenn die geänderte Leistung dem Auftragnehmer *zumutbar* ist und sie gleichzeitig zur Erreichung des Leistungsziels *notwendig* ist. Parallel dazu hat der Auftragnehmer nur den Anspruch auf fortgeschriebene Vertragspreise, die – bei ursprünglich schlechter Kalkulation des Angebots – eben hinter den tatsächlich von ihm aufzuwendenden Kosten zurückbleiben können. Der Auftragnehmer kann somit in die unangenehme Lage kommen, gezwungen zu sein, eine für ihn defizitäre Leistungsänderung auszuführen. Er wird sich nicht leicht darauf berufen können, dass die Leistungsänderung für ihn aus wirtschaftlichen Gründen *nicht zumutbar* sei, hat er doch Anspruch auf Entlohnung nach den Preisen des ursprünglichen Angebots. Nur weil seine ursprüngliche Kalkulation eben unter Umständen auch nur in einzelnen Positionen wirtschaftlich nicht ideal oder auch nur kostendeckend ist, wird kein Grund vorliegen, ihm ein Recht zu geben, sich auf die Unzumutbarkeit der Ausführung der vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderung zu berufen. Anderes mag gelten, wenn die tatsächlich aufzuwendenden Kosten des Auftragnehmers im Vergleich zu den ihm zustehenden fortgeschriebenen Vertragspreisen in extremer Weise abweichen, so wenn sich zB durch das Defizit bei der Erbringung der Leistungsänderung eine wirtschaftliche Gefährdung des Unternehmens des Auftragnehmers ergäbe.²⁴ Dieselben Erwägungen gelten für zusätzliche/geänderte Leistungen bei Auftreten einer Störung der Leistungserbringung.

Aus diesen wirtschaftlichen Erwägungen kann also der Auftragnehmer ein immenses Interesse haben, statt bloß fortgeschriebener Vertragspreise für Arbeiten zufolge einer Störung der Leistungserbringung seine tatsächlich aufgewendeten Kosten ersetzt zu bekommen. Gestützt auf die Anspruchsgrundlage des Schadenersatzes kann der Auftragnehmer den Ersatz des tatsächlichen Vermögensnachteils fordern, was bedeutet, dass er für ihn möglicherweise nachteilige Preisgrundlagen des Vertrages verlassen kann.²⁵

Die folgende Untersuchung soll sich nun mit der MKF des Auftragnehmers gestützt auf die Anspruchsgrundlage des Schadenersatzes sowohl im ABGB-Vertrag wie auch im ÖNORM-Vertrag beschäftigen. Dazu werden im Folgenden die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber als Grundlage der MKF im Überblick als auch einige besondere Probleme im Detail dargestellt.

Das Schadenersatzrecht regelt in den §§ 1293 ff ABGB, wann ein Geschädigter für einen Schaden von jemand anderem Ersatz verlangen kann. Eine Ersatzpflicht des Schädigers setzt neben einem Schaden vor allem voraus, dass der Ersatzpflichtige oder eine Person oder Sache, für die er einzustehen hat, den Schaden kausal verursacht hat. Dabei

19 ZB durch die übliche Vorlage von K7-Blättern.

20 Seebacher, Mehrkostenforderungen, 47.

21 Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1197; Oberndorfer, Claim Management I², 88; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1168 Rz 29.

22 Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1052.

23 Aus „atmosphärischen“ Gründen wird selbst im ABGB-Bereich der Auftragnehmer „gezwungen“ sein, eine vom Auftraggeber gewünschte Leistungsänderung auszuführen.

24 Wenusch (ÖNORM B 2110² [2011] Punkt 7 Rz 35) nimmt unseres Erachtens zu großzügig „Unzumutbarkeit“ schon bei „ökonomisch negativen Auswirkungen auf den Auftragnehmer“ an.

25 Oberndorfer, Claim Management I², 54.

muss der Schädiger rechtswidrig und schuldhaft, das heißt persönlich vorwerfbar gehandelt haben. Zur Haftung kommt es daher, wenn jemand ein Delikt begeht, das heißt, gegen allgemein bestehende Pflichten zuwiderhandelt oder wenn er einen Vertrag verletzt, wodurch er seinem Vertragspartner ersatzpflichtig werden kann.²⁶

3. Schaden – Schadenshöhe

Nach § 1293 ABGB versteht man unter Schaden jeden Nachteil, welcher jemandem am Vermögen, an Rechten oder seiner Person zugefügt wird. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinns,²⁷ den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat. Das ABGB unterscheidet demnach – soweit hier relevant – zwischen erlittenen („positiven“) Schäden²⁸ und entgangenem Gewinn.²⁹ Der im Vermögen des Auftragnehmers entstehende Schaden ist mangels Eingriffs in ein absolut geschütztes Rechtsgut ein reiner Vermögensschaden.³⁰

Sowohl von der schadenersatzrechtlichen Beurteilung als auch von der baubetriebswirtschaftlichen Kalkulation her am einfachsten ist die Bemessung des Schadenersatzes der Höhe nach, wenn der Auftragnehmer nachweisen kann, dass ihm – zB aufgrund der Verzögerung der Baustelle – ein Dritt-auftrag entgangen ist. Insofern aus dem entgangenen Dritt-auftrag ein Gesamtzuschlag (Bauzinsen,³¹ Zentralregie,³² der Zuschlag für Wagnis und ein kalkulatorischer Gewinn³³)³⁴ erwirtschaftet worden wäre, stellt die Nichtvereinnahmung dieses Entgelts einen Schaden des Auftragnehmers dar. Praktisch beträgt der Gesamtzuschlag für reine Bauleistungen zwischen 7 und 15 % eines Auftrags.³⁵ Hier ist zu berücksichtigen, dass im Bereich des ABGB (§ 1324 ABGB) der Schädiger bei leichter Fahrlässigkeit nur für den positiven Schaden und für entgangenen Gewinn nur bei grober Fahrlässig-

keit haftet.³⁶ Im Bereich des Unternehmergeschäfts haftet ein schädigender Unternehmer gemäß § 349 UGB dem geschädigten Unternehmer unabhängig vom Verschuldensgrad auch für den entgangenen Gewinn. Punkt 12.3.1 der ÖNORM beschränkt die Haftung für entgangenen Gewinn wie im ABGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Kann der Nachweis des Schadens des Auftragnehmers nicht über die Kalkulation eines entgangenen Dritt-auftrags geführt werden, sind die Schadenspositionen im Vermögen des Auftragnehmers aus dem konkreten Auftrag abzuleiten, wobei sich umfangreiche Unterschiede zur Auftragssumme des entgangenen Dritt-auftrags ergeben können. Aus den Mehrkosten des Auftragnehmers für den konkreten Auftrag lassen sich folgende Schadenspositionen ableiten:

3.1. Direkt verursachte Kosten durch Drittbezug von Leistungen

Weitgehend unproblematisch sind jene Kosten, die durch die Leistungsabweichung direkt verursacht werden. Wenn der Auftragnehmer zB zur Erfüllung der Leistungsabweichung ein Gerüst oder eine Baumaschine von einem Dritten anmieten muss, sind die damit verbundenen Mieten ein im Vermögen des Auftragnehmers auftretender Schaden.³⁷

3.2. Interne Kosten

Dogmatisch problematischer könnte schon die Argumentation sein, ob der Lohn eines im Unternehmen des Auftragnehmers beschäftigten Arbeiters, der zur Erfüllung der zusätzlichen Arbeiten auf der Baustelle eingesetzt wird,³⁸ einen Schaden im Vermögen des Auftragnehmers darstellt, der durch ein rechtswidriges³⁹ Verhalten des Auftraggebers verursacht wurde. Hier könnte seitens des Auftraggebers argumentiert werden, dass der Auftragnehmer den Lohn des Arbeiters unabhängig vom Einsatz auf der konkreten Baustelle bezahlen hätte müssen, sodass insoweit kein Schaden im Vermögen des Auftragnehmers verursacht worden wäre. Hier ist – *prima facie*⁴⁰ – davon auszugehen, dass Arbeitnehmer des Auftragnehmers, wenn diese nicht auf der konkreten Baustelle eingesetzt würden, eben produktiv auf anderen Baustellen eingesetzt würden oder Urlaub konsumieren würden oder so-

26 *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 299.

27 Dieser liegt vor, wenn eine Vermögensvermehrung verhindert bzw eine Erwerbschance vernichtet wird. Die Abgrenzung zum positiven Schaden kann mitunter schwierig sein: So wird die Vereitelung einer realen sicheren Erwerbschance auch als positiver Schaden angesehen. Diese Differenzierung wird jedoch durch die jüngere Rechtsprechung insofern abgemildert, als der Verlust einer Erwerbschance nicht nur dann positiver Schaden ist, wenn eine bindende Offerte oder sogar ein Vorvertrag für das Ersatzgeschäft vorliegt, sondern bereits dann, wenn dessen Realisierung nach den typischen Marktverhältnissen praktisch gewiss gewesen, der Gewinn „im Verkehr“ also schon als sicher angesehen worden wäre; siehe RIS-Justiz RS0030452, insbesondere OGH 22. 4. 2008, 10 Ob 103/07f.

28 Der positive Schaden kann wiederum in reine (in Geld messbare) Vermögensschäden und in reale Schäden, die die tatsächliche Veränderung am Vermögensgut selbst betreffen, unterteilt werden.

29 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 303 f.

30 Zu diesem Begriff *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/47.

31 Siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1116 f: Bauzinsen haben den Zweck, die Vorfinanzierungskosten des Auftragnehmers, die zwischen Bezahlung seiner eigenen Leistungen (Löhne, Gehälter, Material, Subunternehmer) und der Bezahlung der erbrachten Leistungen durch den Auftraggeber entstehen, abzugelten. Die Bauzinsen sind im K-3-Blatt auszuweisen.

32 Siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1113 ff.

33 Siehe *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1119 f.

34 Vgl *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen (2002) 44 (zu den Elementen des Gesamtzuschlags auf die Herstellkosten).

35 Vgl *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung, 45.

36 *Koziol*, Grundfragen, Rz 5/38.

37 Vgl die Beispiele bei *Heck*, Vergütung, 82 f zu Personalkosten durch Nachunternehmereinsatz bzw durch Mietgeräte.

38 Der hier beispielhaft angesprochene „Arbeiter“ steht *pars pro toto* für jegliche Produktionsmittel des Auftragnehmers, so auch Geräte etc.

39 Zur Frage der notwendigen Rechtswidrigkeit des Handelns des Auftraggebers zur Begründung des Schadenersatzanspruchs des Auftragnehmers siehe unten.

40 Allgemein zum *Prima-facie*-Beweis (Anscheinsbeweis) *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Vor § 266 ZPO Rz 56 ff. Nach Ansicht der Autoren ist die Verursachung der Kosten für die vom Auftragnehmer eingesetzten Produktionsmittel ein probater Fall für die Anwendung des Anscheinsbeweises zugunsten des Auftragnehmers, sodass es dem Auftraggeber obliegt, einen ernsthaft möglichen atypischen Geschehensablauf zu behaupten und zu beweisen, so etwa, dass die eingesetzten Produktionsmittel konkret nicht auf anderen Baustellen wirtschaftlich eingesetzt werden hätten können bzw durch Kündigung (von Arbeitnehmern) oder Verkauf (bei Geräten) kostenvermeidend aus dem Unternehmen des Auftragnehmers ausgeschieden wären.

gar gekündigt würden.⁴¹ Insofern stellt der Einsatz der Arbeitnehmer zur Bewältigung der Leistungsstörung eben durch den Auftraggeber und dessen Handeln verursachte Kosten des Auftragnehmers dar.⁴²

3.3. (Zeitgebundene) Baustellengemeinkosten

Regelmäßig anfallende Kosten des Auftragnehmers im Zusammenhang mit einer Leistungsabweichung sind zeitgebundene Baustellengemeinkosten.⁴³ Auch hier erscheint den Autoren für diese Kosten die juristische Annahme eines Schadens und seiner Verursachung unproblematisch.⁴⁴ Gleiches gilt, wenn sich durch die Störungen der notwendige Umfang des Baustellengemeinkostenapparats erhöht.⁴⁵

3.4. Entfallene Deckung der Geschäftsgemeinkosten (GGK, Zentralregie)⁴⁶

Oberndorfer erörtert anschaulich den Fall, dass der Unternehmer durch Gründe, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen, behindert wird und sich solcherart die Leistungserbringung „verdünnt“.⁴⁷ Dadurch kann das eingesetzte Personal durch seine Leistung nicht die geplante Leistung je Zeiteinheit (zB Monat) erbringen, um so die kalkulierte Zentralregie als Betrag je Periode ins Verdienen zu bringen. *Oberndorfer* hält zutreffend für das hier behandelte Problem fest, dass eine nicht verdiente Zentralregie keine Mehrkosten der Produktion sind, da die Zentralregie nicht *kausal* durch die Behinderung verursacht wird, sondern auftragsunabhängig durch die bloße Existenz des Unternehmens zur Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft bedingt ist. *Karasek* argumentiert unter Berufung auf die OGH-Entscheidung vom 14. 12. 1960, 6 Ob 448/60 (6 Ob 449/60), bzw. *Rebhahn* (in *Schwimmann*, ABGB³, § 1168 Rz 35), dass der Ersatz von GGK jedenfalls unter dem Titel des Schadenersatzes zustehe.⁴⁸ Auch *Heck* argumentiert, dass es bei Stillstand einer umsatzstarken Baustelle zu einer Unterdeckung der GGK komme, sodass dem Unternehmer ein Schaden aus den GGK entstehe.⁴⁹

Dieser Ansicht ist unseres Erachtens nicht zuzustimmen: Sowohl die genannte OGH-Entscheidung als auch die Kommentierung *Rebhahns* beziehen sich auf die Bestimmung des § 1168 ABGB und den nach dieser Gesetzesstelle dem Werkunternehmer zu ersetzenden Verdienst und sind daher nicht wirklich einschlägig: Im Fall einer teilweisen Abbestellung des Werkes kann sich das Problem stellen, dass durch den eingeschränkten Werklohn für den tatsächlich ausgeführten Teil des Werkes

die insgesamt kalkulierten Zentralregien eben nicht gedeckt sind.⁵⁰ In diesem Sonderfall hat der OGH (bloß) als *obiter dictum* das Schadenersatzrecht als mögliche Anspruchsgrundlage für den Ausgleich der Unterdeckung angesprochen, aber mangels einschlägigen Vorbringens nicht geprüft.⁵¹

Unseres Erachtens stellt sich für Zentralregien eben das Problem der Kausalität, da diese gerade nicht durch die konkrete Störung verursacht werden. Die Kosten für das in der „Unternehmensleitung“ eingesetzte Personal fallen unabhängig von Umfang und Dauer einer konkreten Baustelle an;⁵² Gleiches gilt für Büromieten etc. Aufgrund der regelmäßig längerfristigen vertraglichen Bindung (Mietverträge, Angestellte etc) ist mangels Möglichkeit des „Herunterfahrens“ des Aufwands in der Zentrale auch nicht anzunehmen, dass diese Kosten ohne einen Ersatzauftrag und ohne Störung verringert worden wären. Hier ist zu betonen, dass die entgangene kalkulierte Deckung der Zentralregien bei Nachweis eines entfallenen Ersatzauftrags durch dessen Kalkulation und konsequente Nichterwirtschaftung nachgewiesen werden kann und dann freilich einen Schaden darstellt. Dies wurde oben bereits dargelegt, ist aber von der nunmehr erörterten Problematik zu trennen, dass der Schadensnachweis gerade nicht über einen entgangenen Drittauftrag geführt wird.

Das Problem ist hier unseres Erachtens gleichgelagert wie in den Fällen, die unter dem Schlagwort „Vorsorgehaltung von Reservefahrzeugen“⁵³ diskutiert werden.⁵⁴ In diesen Fällen kommt die Rechtsprechung zum Ersatz dieser gerade nicht vom Schädiger verursachten Kosten mangels Kausalität nicht über das Schadenersatzrecht, sondern über die Geschäftsführung ohne Auftrag.⁵⁵ Diese ist aber im hier interessierenden Beitrag nicht näher zu untersuchen, sodass als Ergebnis festzuhalten ist, dass die Forderung auf Vergütung anteiliger Zentralregien mangels kausaler Verursachung durch die Störung nicht auf das Schadenersatzrecht gestützt werden kann, sofern nicht der Nachweis eines entgangenen Drittauftrags geführt werden kann.

Auch die Argumentation mit der Verursachung einer durch die Störung bedingten „Unterdeckung“ der GGK als scheinbar durch die Störung „verursachter“ Schaden ist unseres Erachtens nicht zulässig: Diese rechnerische Unterdeckung ergibt sich eben nur dann, wenn bei Annahme eines entgan-

41 Vgl zu diesem Gedanken – in freilich anderem Zusammenhang – *Oberndorfer*, Claim Management I, 129.

42 *Heck*, Vergütung, 81, der noch tiefer differenziert (zB für Mehrkosten einer neu zusammengestellten Partie).

43 *Oberndorfer*, Claim Management I, 114 f; zu Sonderproblemen bei deren Ermittlung *Oberndorfer*, Claim Management I, 139.

44 Vgl das von *Heck* (Vergütung, 84) genannte Beispiel der verlängerten Vorhaltung einer Containeranlage.

45 *Heck*, Vergütung, 85.

46 Vgl zu den Begriffen „Geschäftsgemeinkosten“ und „Zentralregie“ *Jodl/Oberndorfer*, Handwörterbuch³, 113 und 257.

47 *Oberndorfer*, Claim Management I, 130 f.

48 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1115.

49 *Heck*, Vergütung, 85 f mwN.

50 Vgl dazu Punkt 7.4.5 („Nachteilsabgeltung“) der ÖNORM, die für dieses Problem eine Regelung vorsieht.

51 Vgl OGH 14. 12. 1960, 6 Ob 448/60 (6 Ob 449/60).

52 Der Sonderfall, dass auch in der Unternehmensleitung besondere Kosten aufgrund der Störung anfallen (zB für Überstunden oder dadurch, dass in der Unternehmensleitung eigenes Personal zur Bewältigung der Störung eingestellt werden muss), kann nicht als Standard von GGK genannt werden. Solche Kosten wären tatsächlich ein (kausal verursachter) Schaden.

53 Um bei Ausfall eines Wagens Ersatz bereit zu haben, halten Verkehrsunternehmen oft Reservefahrzeuge. Kommt es nun wegen der Beschädigung eines Fahrzeugs durch einen bestimmten Schädiger zum Einsatz des Reservewagens, so stellt sich die Frage, ob der Schädiger die Kosten der Reservehaltung ersetzen muss.

54 Vgl RIS-Justiz RS0019810; *Koziol*, Grundfragen, Rz 5/68 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 310.

55 Vgl *Koziol*, Grundfragen, Rz 5/70; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1037 Rz 4.

genen Drittauftrags durch diesen eine Deckung erwirtschaftet worden wäre, die durch den Entfall des Drittauftrags gleichsam entfällt. Kann aber ein solcher entfallender Drittauftrag nicht nachgewiesen werden,⁵⁶ liegt auch kein Entfall einer sonst erwirtschafteten Deckung vor und somit kein durch die Störung kausal verursachter Schaden.

4. Rechts- bzw Vertragswidrigkeit

Ein Verhalten (Handlung oder Unterlassung) ist gemäß § 1295 ABGB rechtswidrig, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung⁵⁷ oder gegen die guten Sitten verstößt. Für die Haftung aus Vertrag ist das vertragswidrige Verhalten rechtswidrig.⁵⁸

Als primäre Pflicht aus dem Bauwerkvertrag schuldet der Auftraggeber die Zahlung des Werklohns. Daneben treffen ihn jedoch zahlreiche vertragliche Nebenpflichten, deren Verletzung zur MKF des Auftragnehmers führen kann. Welche vertraglichen Nebenpflichten den Auftraggeber nun konkret treffen, kann regelmäßig nur anhand des individuellen Bauwerkvertrages geprüft und beantwortet werden.

Die üblichen **Nebenpflichten des Auftraggebers** sind folgende:

- Rechtzeitige Beistellung richtiger Ausführungsunterlagen und Gutachten;⁵⁹
- Information über alle Umstände, aus welchen Gefahren für das Gelingen des Werkes hervorgehen können;⁶⁰
- **Koordination der Leistung mehrerer Unternehmer:**⁶¹ Als eine seiner Nebenpflichten obliegt es dem Bauherrn, der keinen Generalunternehmer beauftragt hat, die einzelnen Leistungen der bei der Werkherstellung tätigen Unternehmer zeitlich und den Erfordernissen des technischen Ineinandergreifens der Werkleistungen entsprechend zu koordinieren.⁶² Die Koordinationspflicht dient der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung. Dabei müssen die einzelnen aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt.⁶³ *Kletečka* hält zu den Koordinationspflichten⁶⁴ fest, dass diese in den meisten Fällen *keine echten Rechtspflichten* darstellen, sondern bloß eine *Obliegenheit zur*

Koordination besteht, weshalb diese einerseits nicht eingeklagt werden können und andererseits aus deren Verletzung auch keine Schadenersatzansprüche abgeleitet werden können.⁶⁵ Unseres Erachtens ist der Beurteilung von Koordinationspflichten als bloße Obliegenheiten aber nicht zuzustimmen. Richtig ist sicher, dass es sich bei Koordinierungspflichten oder sonstigen vertraglichen Nebenpflichten um bloße *unselbständige Nebenleistungspflichten*⁶⁶ handelt, an denen kein von der Hauptleistung getrenntes Interesse des Auftragnehmers besteht und für die der Auftragnehmer auch kein Entgelt zahlt. Sehr wohl werden die Mitwirkungspflichten und damit auch die Koordinierungspflichten des Auftraggebers aber als *unselbständige Nebenleistungspflicht* zu werten sein, welche bloß – aber immerhin – dienende Funktion haben und die Vorbereitung und reibungslose Abwicklung der für den Vertragstyp charakteristischen Hauptleistung bezwecken.⁶⁷ Insoweit besteht zwar kein klagbarer Anspruch auf Erfüllung der Nebenpflichten durch den Auftraggeber, dennoch sind sie als „mehr“ zu werten als eine bloße Obliegenheit zur Sorgfalt gegenüber eigenen Gütern des Auftraggebers. Gerade weil die Koordinierungspflichten nicht nur die Sphäre des Auftraggebers betreffen, zumal der Auftragnehmer trotz Verletzung derselben leisten und sich mit den geänderten Umständen (wie zB einer Verspätung des Bau- bzw Leistungsbeginns eines Subunternehmers) arrangieren muss, kann es sich nicht um bloße Obliegenheiten handeln. Bei einer Verletzung der Koordinierungspflichten handelt der Auftraggeber sohin vertrags- und damit rechtswidrig.

- **Rechtzeitige und mangelfreie Beistellung des vom Auftragnehmer zu bearbeitenden „Stoffes“:** Darunter ist zum einen zB der Baugrund⁶⁸ zu verstehen, auf dem das Bauwerk zu errichten ist. Ebenso sind Vorarbeiten anderer Unternehmer,⁶⁹ auf die der Auftragnehmer aufzubauen hat, damit gemeint.
- **Rechtzeitige Beistellung allfällig notwendiger öffentlich-rechtlicher Bewilligungen:** Während die ÖNORM in Punkt 5.4 die Verpflichtung zur Einholung erforderlicher behördlicher Bewilligungen und Genehmigungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufteilt, obliegt nach dem ABGB das Erwirken einer für die Herstellung eines Werkes nötigen öffentlich-rechtlichen Bewilligung dem Auftraggeber.⁷⁰
- **Sonstige auf Seiten des Auftraggebers eingetretene Erschwerungen der Bauausführung gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses:** Hier ist etwa als Beispiel der Fall zu nennen, dass die Materialanlieferungsbedin-

56 Die Frage, ob und wie es dem Auftragnehmer gelingt, auf Beweisebene nachzuweisen, dass er tatsächlich einen Drittauftrag erlangt hätte, der ihm durch die Störung entgangen ist, ist eine Tat-, aber keine Rechtsfrage; allenfalls kann sich bei einem vor und nach der Störung voll ausgelasteten Unternehmen die Zulässigkeit des *Prima-facie*-Beweises stellen, dass auch während der Störung ein Drittauftrag erreicht worden wäre.

57 Das können etwa konkrete Verhaltensnormen, sogenannte Schutzgesetze gemäß § 1311 Satz 2 ABGB oder aus der gesamten Rechtsordnung ableitbare Gebote und Verbote sein.

58 *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 312 ff.

59 RIS-Justiz RS0021655, RS0022075, RS0021646; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1159; vgl *Stempkowski* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management (2012) 320.

60 RIS-Justiz RS0021655, RS0027906, RS0021634.

61 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 1160.

62 OGH 3. 3. 2010, 7 Ob 211/09v; vgl *Häusler* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch, 384.

63 RIS-Justiz RS0111710.

64 Zu Inhalt und Ausformung der Koordinationspflichten des Auftraggebers im Einzelnen ausführlich *Häusler/Stempkowski/Tod* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch, 290.

65 *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON, § 1165 Rz 80.

66 *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 4 f.

67 *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 4 f.

68 RIS-Justiz RS0022045.

69 OGH 30. 11. 1988, 1 Ob 705/88; vgl *Stempkowski* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch, 320.

70 OGH 25. 1. 2005, 1 Ob 259/04a.

gungen für den Auftragnehmer durch Maßnahmen des Auftraggebers nach Vertragsabschluss künstlich erschwert werden.⁷¹

- **Fehlende oder verzögerte Auftragserteilung:**⁷² Darunter fällt sowohl die verzögerte Auftragserteilung an andere Unternehmer für Vorarbeiten wie auch die verzögerte Auftragserteilung an den Auftragnehmer selbst, wobei es sich sowohl um einen Hauptauftrag als auch um die verzögerte Reaktion des Auftraggebers zu notwendigen Maßnahmen in Fällen von Störungen der Leistungserbringung⁷³ handelt. Punkt 7.5.1 der ÖNORM ordnet die Haftung des Auftraggebers für die Unterlassung (oder Verzögerung)⁷⁴ der von ihm zu treffenden Entscheidung als Reaktion auf eine Störung der Leistungserbringung ausdrücklich an. Gleiches gilt nach § 1168 Abs 2 ABGB, wonach der Auftraggeber zur erforderlichen Mitwirkung verpflichtet ist, wozu eben auch die (rechtzeitige) Entscheidung darüber gehört, wie auf geänderte Umstände zu reagieren ist.⁷⁵
- **Unrichtige Anweisungen des Auftraggebers:** Eine Anweisung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer nicht nur das eigentliche Ziel (= herzustellendes Werk) vorgibt, sondern wenn er auch die Art der Durchführung konkret und verbindlich vorschreibt. Freilich ist nicht jeder Wunsch oder jede Anregung des Auftraggebers schon eine Anweisung.⁷⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die eben dargestellten Nebenpflichten des Auftraggebers aus dem Bauwerkvertrag mit jenen Ereignissen und Handlungen, die eine Auswirkung auf das Bauwerk oder auch auf den Bauwerkvertrag haben können und die auch nach § 1168a ABGB in die Sphäre des Werkbestellers fallen, decken.⁷⁷ Sofern hinsichtlich der in die Sphäre des Auftraggebers fallenden Nebenpflichten eine Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers besteht⁷⁸ und dieser seiner Pflicht nicht nachkommt, verliert der Auftragnehmer (bei Mitverschulden des Auftraggebers: anteilig)⁷⁹ seinen Anspruch auf das Entgelt und wird dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig.⁸⁰ Besteht eine solche Warnpflicht aber nicht oder ignoriert der Auftraggeber die Warnungen des Auftragnehmers, so handelt der Auftraggeber rechtswidrig und wird dem Auftragnehmer – Verschulden vorausgesetzt – hinsichtlich der durch die

Verletzung der Nebenpflichten dem Auftragnehmer entstandenen Mehrkosten schadenersatzpflichtig.

Freilich steht es dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer – mit Schranken⁸¹ – frei, im Bauvertrag eine andere Risiko- bzw. Verantwortungszuteilung (zB hinsichtlich des Baugrundrisikos) zu vereinbaren.

5. Kausalität

Das nächste notwendige Tatbestandsmerkmal für den Schadenersatz ist die Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den Schadenseintritt.⁸² Das Verhalten des Auftraggebers ist dann kausal im Sinne des § 1294 ABGB, wenn eine Handlung oder Unterlassung des Auftraggebers nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg des Schadenseintritts in Gestalt der Mehrkosten des Auftragnehmers entfielen.⁸³ Grundsätzlich trifft den geschädigten Auftragnehmer die Beweislast dafür, dass ein bestimmtes aktives Tun des schädigenden Auftraggebers ursächlich für den Schadenseintritt war. Besteht das schädigende Verhalten freilich in einer Unterlassung des Auftraggebers, so ist die Beweislast des Geschädigten insofern herabgesetzt, als er nur zu beweisen hat, dass überwiegende Gründe für die Annahme vorliegen, der Schaden sei durch das Verhalten des Auftraggebers herbeigeführt.⁸⁴ Somit macht es für die Beweislast im Prozess einen Unterschied, ob der Auftraggeber nun falsche Pläne liefert oder die richtigen Pläne nicht termingerecht liefert. Im ersten Fall hat der Auftraggeber die Mehrkosten, die sich zB dadurch ergeben, dass die Pläne nach Überprüfung des Auftragnehmers richtiggestellt werden müssen, wodurch sich eine Verzögerung ergibt, durch aktives Tun in Gestalt der Übergabe falscher Pläne verursacht. Im zweiten Fall hat der Auftraggeber durch die Unterlassung der rechtzeitigen Lieferung richtiger Pläne eine Unterlassung zu verantworten. Abhängig davon ergeben sich im Prozess die geschilderten Beweislasten.

6. (Mit-)Verschulden

Da regelmäßig ein Werkvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorliegt, kommt rücksichtlich der Beweislast § 1298 ABGB zur Anwendung; bezüglich des Haftungsmaßstabs des Auftraggebers kann § 1299 ABGB zur Anwendung gelangen. Insofern sich der Auftraggeber zur Erfüllung seiner vertraglichen (Neben-)Pflichten eines Gehilfen bedient, haftet er für dessen Verschulden gemäß § 1313a ABGB unabhängig davon, ob der Erfüllungsgehilfe nun Arbeitnehmer des Auftraggebers oder selbständiger Unternehmer ist.⁸⁵

Hervorzuheben ist die in der ÖNORM in Punkt 12.3.1 normierte⁸⁶ Haftungsbeschränkung bei bloß

71 OGH 10. 3. 1982, 6 Ob 551/82, RIS-Justiz RS0021888 [T1]; vgl Wenusch, ÖNORM B 2110², Punkt 7 Rz 56.

72 Vgl Stempkowski in Müller/Stempkowski, Handbuch, 322 f.

73 Vgl die Definition in Punkt 3.7.2 der ÖNORM und Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1024.

74 Wenusch, ÖNORM B 2110², Punkt 7 Rz 240.

75 Wenusch, ÖNORM B 2110², Punkt 7 Rz 240.

76 RIS-Justiz RS0022214.

77 Kropik, Bauvertrag², 252.

78 Zur Frage, wann und in welchem Umfang eine Prüf- und Warnpflicht besteht, siehe Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB³, § 1168a Rz 20 ff.

79 Rebhahn in Schwimann, ABGB³, § 1168 Rz 14.

80 Eine genauere Behandlung der Rechtsfolgen der Verletzung der Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers würde den Umfang dieser Abhandlung sprengen; hingewiesen sei bloß beispielsweise auf Gölles/Link, Prüf- und Warnpflicht beim Bauvertrag gemäß ÖNORM B 2110 (2010); Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 618 bis 690.

81 Vgl § 78 Abs 3 BVergG bzw § 864a und § 879 Abs 3 ABGB und die dazu ergangene Judikatur bzw Lehre.

82 Zur Unterscheidung zwischen natürlichem und juristischem Kausalzusammenhang RIS-Justiz RS0022582.

83 Koziol, Grundfragen, Rz 5/57.

84 RIS-Justiz RS0022900.

85 Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1313a Rz 36 ff.

86 Insofern die Haftungsbeschränkung für Schadenersatz gemäß Punkt 12.3.1 der ÖNORM von Auftraggebersseite aus gutem Grund regelmäßig mit Blick auf den Ersatz von Mangelschäden

leicht fahrlässiger Schadenszufügung, welche natürlich auch für den Auftraggeber gilt. Insofern also der Auftragnehmer betragsmäßig unbegrenzten Schadenersatz zufolge behaupteter grober Fahrlässigkeit begehrt, hat er auch das Vorliegen der groben Fahrlässigkeit auf Seiten des Auftraggebers zu beweisen.⁸⁷

Trifft den Auftragnehmer an der Entstehung des Schadens in seinem Vermögen eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten (zB durch Verletzung der Prüf- und Warnpflicht), so kommt es zur Schadensteilung gemäß § 1304 ABGB.

Seebacher definiert den Schaden des Auftragnehmers als Differenzbetrag zwischen den infolge des Behinderungsereignisses entstandenen (höheren) Aufwendungen und jenem Betrag, den der Auftragnehmer für die Erbringung der betroffenen Leistung⁸⁸ kalkuliert hat.⁸⁹ Von den tatsächlichen (aufgrund der Leistungsstörung insgesamt gemachten) Aufwendungen für Baustoffe sei der vom Auftragnehmer ursprünglich kalkulierte Betrag (die für die ohne Leistungsstörungen vereinbarten Leistungen notwendigen Aufwendungen) abzuziehen.⁹⁰ Damit stellt sich konsequent für *Seebacher* die Problematik, dass der in Gestalt des Differenzbetrags ermittelte Schaden umso höher ist, je niedriger der Auftragnehmer seine Aufwendungen für den ungestörten Leistungsumfang kalkuliert hat oder wenn er gar spekulativ niedrig kalkuliert hat. *Seebacher* löst dieses von ihm dargestellte Problem über die Annahme eines Mitverschuldens des Auftragnehmers für seine zu niedrige oder sogar spekulative ursprüngliche Konstellation. Dieses angenommene Mitverschulden führe zu einer Kürzung oder sogar zu einem Entfall des Schadenersatzanspruchs. Unseres Erachtens ist der Schaden freilich nicht mit dem oben genannten Differenzbetrag zwischen ursprünglicher Kalkulation und den entstandenen höheren Aufwendungen zu ermitteln, sodass sich auch Fragen des Mitverschuldens durch die ursprüngliche Kalkulation nicht stellen. Dies sei anhand folgenden Beispiels⁹¹ dargelegt:

Für einen herzustellenden Leistungsumfang im Wert von 100 kalkuliert der Unternehmer bloß Kosten von 80 als notwendige Aufwendungen und bietet daher um 80 als Preis an. Würden keine Störungen auftreten, müsste freilich der Unternehmer Aufwendungen von 100 erbringen, um den Leistungsumfang im Wert von 100 herstellen zu können. Seine ursprünglich schlechte Kalkulation mit bloß Aufwendung von 80 beschert ihm einen Verlust von 20 auf den vereinbarten Preis von 80.

nach § 933a ABGB durch den Auftragnehmer abbedungen wird, kann eine solche Änderung der ÖNORM sich auch zugunsten des Auftragnehmers auswirken, wenn er eben eine MKF auf Schadenersatz stützen will.

87 Vgl. RIS-Justiz RS0028020, zumal sich § 1298 Satz 2 ABGB nur auf einen „Haftungsausschluss“ bezieht.

88 Zu verstehen offenbar in seiner ursprünglichen Kalkulation für den ursprünglichen Leistungsumfang.

89 *Seebacher*, Mehrkostenforderungen, 51.

90 Vgl. *Seebacher*, Mehrkostenforderungen, 52.

91 Das Beispiel stellt aus Gründen der Darstellbarkeit freilich eine starke Vereinfachung dar; die vom Auftragnehmer zu tragenden Aufwendungen werden zum herzustellenden Leistungsumfang mit 1:1 angesetzt, als würde sämtlicher Mitteleinsatz des Auftragnehmers 1:1 in erbrachte Leistungen umgesetzt. Diese bauwirtschaftliche Übereinfachung sei aus Gründen der Anschaulichkeit den Autoren verziehen.

Tatsächlich erreicht der zu erbringende Leistungsumfang durch Störungen einen Wert von 120, also 20 über dem ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang. Der Unternehmer muss dafür auch Aufwendungen in Höhe von 120 machen.

Der von *Seebacher* dargestellten Lösung über das Mitverschulden⁹² bedarf es freilich gar nicht, da der Schaden nicht als solcher Differenzbetrag zwischen ursprünglich (ohne Störung) kalkulierten Aufwendungen und dem aufgrund dieser (schlechten) Kalkulation vereinbarten Preis und den tatsächlichen Aufwendungen (mit Störung) zu berechnen ist: Der Schaden im Vermögen des Auftragnehmers sind nur die mit der Störung verbundenen Kosten und nicht Abgänge zufolge einer ursprünglich wirtschaftlich ungünstigen Kalkulation für den ursprünglichen Leistungsumfang (ohne Störung).

In unserem Beispiel hat der Auftragnehmer für die Erbringung des durch die Störung verursachten zusätzlichen Leistungsumfangs von 20 auch Aufwendungen von 20 zu tätigen. Diese Mehraufwendungen von 20 – und nur diese – sind der durch die Störung kausal verursachte Schaden im Vermögen des Auftragnehmers. Die Tatsache, dass der Auftragnehmer aufgrund seiner schlechten oder gar spekulativen ursprünglichen Kalkulation für tatsächlich notwendige Aufwendungen von 100 zur Erreichung des Leistungsumfangs von 100 nur 80 an Aufwendungen kalkuliert hat und daher nur einen Preis von 80 für Leistungen von 100 vereinbart hat, ist kein durch die Störung verursachter Schaden.

Wird daher der Schaden richtig als diejenigen Aufwendungen des Auftragnehmers gesehen, welche er aufgrund der Störung hat (und nicht aufgrund ursprünglich unrichtiger Kalkulation), erübrigt sich die Diskussion eines Mitverschuldens. Dies ist unseres Erachtens auch juristisch korrekt, da ein aufgrund zu niedriger Kalkulation zu gering ausverhandelter Preis und die dadurch erwirtschaftete „Unterdeckung“ für die Aufwendungen des ursprünglichen Leistungsumfangs (ohne Störung) nicht kausal rechtswidrig durch den Auftraggeber verursacht wurde. Schon aus diesem Grund stellt der mit der fehlerhaften Kalkulation des ursprünglichen Auftrags erwirtschaftete Verlust zwar einen betriebswirtschaftlichen, aber keinen juristischen Schaden dar.

92 Angewandt auf den hier angeführten Beispielfall will *Seebacher* den Schaden als Differenzbetrag zwischen der ursprünglichen Kalkulation des Unternehmers – konkret 80 – und den tatsächlichen Aufwendungen – konkret 120 – berechnen. Mit einem solchen Rechenvorgang ist der Schaden natürlich umso größer, je „schlechter“ oder gar spekulativer die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers war. In unserem Beispiel ist der nach *Seebacher* berechnete Schaden mit 40 anzusetzen, als Differenz zwischen den ursprünglich (ohne Störung) kalkulierten Aufwendungen und dem vereinbarten Preis (von 80) und den tatsächlich (mit Störung) insgesamt angefallenen Aufwendungen (von 120). Dieses Ergebnis löst *Seebacher* mit dem Ausweg des Mitverschuldens des Auftragnehmers für seine ursprünglich „schlechter“ oder gar spekulativ niedrige Kalkulation. Hat in unserem Fall der Auftragnehmer zB grob fahrlässig nur mit Aufwendungen von 80 für Leistungen von 100 kalkuliert, führt dies nach *Seebacher* zu einem zufolge § 1304 ABGB um 50 % gekürzten Schadenersatzanspruch.

7. Die prozessuale Behandlung der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zur Geltendmachung einer Mehrkostenforderung

Prozessual stehen dem Auftragnehmer bei gerichtlicher Geltendmachung seiner MKF die Anspruchsgrundlagen der Irrtumsanfechtung, des § 1168 ABGB in Verbindung mit den ergänzenden Regeln der ÖNORM und die hier erörterte Anspruchsgrundlage des Schadenersatzes zu. Es handelt sich dabei um eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz,⁹³ das heißt, der Auftragnehmer kann aus dem Sachverhalt, der zu den Mehrkosten geführt hat, aufgrund mehrerer gesetzlicher Tatbestände die Rechtsfolge der MKF ableiten. Insoweit aufgrund des Verlassens der Vertragspreise die auf das Schadenersatzrecht gestützte MKF höher ist als die sich aus dem Irrtumsrecht und § 1168 ABGB ergebenden Ansprüche, ist für diesen übersteigenden Teil natürlich nur das Schadenersatzrecht relevant. Insoweit freilich ein Teil der MKF sich auch ohne Verlassen der Vertragspreise rechnerisch ergibt, kann sich der Auftragnehmer in diesem Umfang auf die ihm konkurrierend zustehenden Anspruchsgrundlagen stützen. Ist in einer Klage ein Rechtsfolgebegehren auf mehrere konkurrierende Rechtsgründe gestützt, dann ist, wenn auch nur einer dieser Klagsgründe begründet ist, der Klage stattzugeben, und zwar, ohne dass über die anderen konkurrierenden Gründe abzusprechen wäre.⁹⁴

Zusammenfassung

Konkurrierend zu den Ansprüchen der irrumsrechtlichen Vertragsanpassung und zu § 1168 ABGB kann der Auftragnehmer eine

MKF gegen den Auftraggeber auch auf das Schadenersatzrecht stützen.

Eine auf das Schadenersatzrecht gestützte MKF kann für den Auftragnehmer vorteilhafter sein als die beiden anderen Anspruchsgrundlagen, da er die unter Umständen schlecht kalkulierten Vertragspreise verlassen und seine tatsächlichen Kosten als Schadenersatz geltend machen kann.

Umfänglich problematisch ist aufgrund des im Schadenersatzrecht gegebenen Kausalitätserfordernisses die Geltendmachung von GGK, wenn kein „entgangener Ersatzauftrag“ vorliegt.

Voraussetzung für die Annahme eines Schadenersatzanspruchs des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber ist das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers, das sich auch aus einem Verstoß gegen eine vertragliche Nebenpflicht ergeben kann.

Bezüglich des Verschuldens des Auftraggebers kommt regelmäßig – zufolge des Vorliegens eines Werkvertrages – die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zur Anwendung. Ein Mitverschulden des Auftragnehmers kann vorliegen, wenn er seine aus § 1168a ABGB abgeleitete (oder als nebenvertragliche Pflicht gegebene) Prüf- und Warnpflicht verletzt.

Bedient sich der Auftraggeber eines Gehilfen, haftet er für diesen gemäß § 1313a ABGB, und zwar unabhängig davon, ob dieser unselbstständiger Arbeitnehmer oder selbständiger Unternehmer ist.

Die MKF im Prozess kann zufolge Anspruchsgrundlagenkonkurrenz neben den weiteren Anspruchsgrundlagen des Irrtums oder des § 1168 ABGB konkurrierend auf das Schadenersatzrecht (eventuell in Verbindung mit der ÖNORM B 2110) gestützt werden.

⁹³ Vgl. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 391.

⁹⁴ *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², Vor §§ 226 ff ZPO Rz 56.

Veranstaltungstipp der Redaktion

11. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium

Datum/Ort: 22. 3. 2013, Technische Universität Graz.

Thema: Bauablaufstörung und Produktivitätsverluste: Störungen im Bauablauf sind ständige Begleiter am Bau. Warum sie entstanden sind, wer dafür verantwortlich ist und wie groß die baubetrieblichen sowie in weiterer Folge kostenmäßigen Auswirkungen sind, beschäftigt alle am Bau Beteiligten. Diese und andere Fragen hat das Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft zum Anlass genommen, im Rahmen des 11. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposiums am 22. 3. 2013 die zum Teil kontroversen Einschätzungen und Meinungen zur Diskussion zu stellen. Mit der Veranstaltung werden all jene angesprochen, die sich auf der Seite der Auftraggeber und Auf-

tragnehmer mit Bauablaufstörungen während der Planung, Vorbereitung, Abwicklung und Überwachung von Bauprojekten beschäftigen. Neben den baubetrieblichen und bauwirtschaftlichen Aspekten werden auch rechtliche Themen aufgegriffen. Insgesamt soll das Symposium Brücken zwischen den am Bau Beteiligten schlagen und einen konfliktärmeren, sachlicheren Umgang mit Bauablaufstörungen fördern.

Vortragende: Univ.-Prof. Dipl.-Ing. *Hans Lechner*, Dipl.-Ing. *Markus Frühwirth*, Dipl.-Ing. *Maximilian Pammer*, Dipl.-Ing. Dr. techn. *Gerald Goger*, Dipl.-Ing. *David Spielbichler*, Assoc. Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. *Christian Hofstadler*, Dipl.-Ing. Mag. iur. *Ingo Heegemann*, Univ.-Prof. Dr.-Ing. *Detlef Heck*, Mag. *Bernhard Scharmüller*, Dr. *Peter Wagner*, Prof. Dr. *Jürgen Schiller*.

Informationen: <http://www.bbw.tugraz.at>

BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO!



bau aktuell-Jahresabo 2013
(Heft 1–6)
Print & Online
EUR 130,-
Inklusive Heft 6/2012 und
Onlinezugang bis Jahresende gratis!

Bestellschein

Fax +43 1 24 630-53

Ich / Wir bestelle(n) hiermit umgehend direkt durch die Linde Verlag Wien GmbH, Scheydgasse 24, 1210 Wien,
Tel.: +43 1 24 630 • Fax: +43 1 24 630-23 • www.lindeverlag.at • E-Mail: office@lindeverlag.at

Ex. **bau aktuell-Jahresabonnement 2013**, Print & Online (Heft 1–6)
Inklusive Heft 6/2012 und Onlinezugang bis Jahresende gratis

EUR 130,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Kundennummer (falls vorhanden): _____ Firma: _____

Vorname: _____ Nachname: _____

Straße: _____ PLZ: _____

Telefon: _____ Fax: _____

E-Mail: _____ Newsletter: ja nein

Datum: _____ Unterschrift: _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356