

Die ÖNORM B 2110 als „Haftungsfalle“ im Bauvertrag (Teil I)

Inhaltsübersicht:

1. Was sind ÖNORMEN?
2. Die „Haftungsfälle“ der Regelungen der B 2110 im Rahmen des Schadenersatzrechts
3. Haftungsfälle „Verfristungsregelungen“ der B 2110
4. Problemlose Verwendung der B 2110? – Die Haftung des Technikers/Planers für die Vertragsgestaltung in der Vergabe
5. Brisante Gerichtsentscheidungen zur Vertragsgestaltung, Rechnungsprüfung sowie zum Versicherungsschutz des Planers

1. Was sind ÖNORMEN?

1.1. Rechtsgrundlage des Normungswesens in Österreich

Rechtsgrundlage des Normungswesens sind in Österreich Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG sowie das **Normengesetz 1971** (BGBl 1971/240) und die Geschäftsordnung des Österreichischen Normungsinstituts 1974.

Das Normengesetz 1971 sieht vor, dass der Bundesminister für Bauten und Technik (damals) einem Verein, dessen Zweck die Schaffung und Veröffentlichung von Normen ist, die Befugnis verleihen kann, die von ihm geschaffenen Normen als Österreichische Normen – ÖNORMEN – zu bezeichnen. Eine solche Befugnis wurde durch Bescheid dem **Österreichischen Normeninstitut** verliehen, das in Österreich allein berechtigt ist, ÖNORMEN herauszugeben.

Das Gesetz sieht als Voraussetzung für die Verleihung der Befugnis an den Verein vor, dass in der Satzung die Sicherheit gegeben sein muss, dass bei der Schaffung von ÖNORMEN Stellen der Hoheits- und Wirtschaftsverwaltung des Bundes und der Länder einschließlich etwa bestehender selbständiger Wirtschaftskörper, die Vertreter der Wissenschaft sowie die am Normenwesen interessierten Standesvertretungen als Interessenvertretungen der Erzeuger und Verbraucher mitwirken können. Dadurch soll erreicht werden, dass alle an der Schaffung der ÖNORMEN interessierten Stellen mitarbeiten können.

Das Gesetz sieht weiters die Möglichkeit vor, dass **ÖNORMEN** zur Gänze oder teilweise in **Gesetzen oder Verord-**

nungen als verbindlich erklärt werden können. Von dieser Möglichkeit wurde vom Gesetzgeber bereits in einzelnen Fällen Gebrauch gemacht.

1.2. Unterscheidung zwischen „technischen ÖNORMEN“ sowie ÖNORMEN als „Werkvertragsnormen“

1.2.1. Die technischen ÖNORMEN und der Stand der Technik

Zur Konkretisierung der nach Ansicht der Rechtsprechung das Wesen der Technik Klauseln ausmachenden abstrakten Tatbestandsmerkmale zieht der OGH nun in einer Vielzahl von Entscheidungen die ÖNORMEN und vergleichbare andere technische Regelwerke heran.¹ Diese von der Rechtsprechung mehr oder weniger deutlich vorgenommene Gleichsetzung der Technik Klauseln mit ÖNORMEN und ähnlichen technischen Regelwerken wird durch den OGH regelmäßig mit den Formulierungen zum Ausdruck gebracht, dass ÖNORMEN den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden – anerkannten – Regeln der Technik widerspiegeln, dass die ÖNORMEN in der Regel dem jeweiligen Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen, dass eine ÖNORM den Stand der Technik darstellt, dass Bestandteile einer DIN-Norm als Stand der Technik herangezogen werden können, sowie die Regeln der Technik oder der letzte Stand der Technik in einer ÖNORM oder in einem anderen technischen Regelwerk wiedergegeben sind.

Eine solche Gleichstellung steht im Widerspruch zum in der österreichischen privatrechtlichen Literatur im Grunde einhellig verfolgten dogmatischen Ansatz betreffend die Möglichkeit einer allfälligen Konkretisierung von Technik Klauseln durch einen Rückgriff auf ÖNORMEN und vergleichbares Regelwerk: Nach der insoweit in den entscheidenden Punkten nicht voneinander abweichenden Ansicht der älteren sowie der jüngeren österreichischen zivilrechtlichen Lehre scheidet nämlich jede automatische Gleichsetzung der Technik Klauseln mit den ÖNORMEN aus. Demnach können ÖNORMEN, müssen aber nicht in jedem Fall den jeweils relevanten Stand der Technik, die Regeln der Technik oder den Stand der Wissenschaft wiedergeben. Diese Auffassung zum Verhältnis der Technik Klauseln zu den unterschiedlichen technischen Regelwerken stimmt mit der einschlägigen deutschen Recht-

sprechung und Literatur ungeachtet des in Deutschland nicht nur für das öffentliche Recht, sondern auch für das Privatrecht von vielen vertretenen inhaltlich differenzierenden Verständnisses der unterschiedlichen Spielarten der Technikklauseln überein. In praktischer Hinsicht bedeutet die von der österreichischen privatrechtlichen Lehre vertretene Auffassung, dass eine Gleichstellung des Standes der Technik mit ÖNORMEN – im Gegensatz zu dem vom Höchstgericht verfolgten generalisierenden Ansatz – nicht ohne Weiteres, sondern erst nach einer von dem jeweiligen Einzelfall berufenen technischen Sachverständigen vorzunehmenden Prüfung der tatsächlichen Übereinstimmung der einschlägigen ÖNORM mit dem Stand der Technik erfolgen darf.²

1.2.2. Werkvertragsnormen

Gerade im Bereich der Bauwirtschaft ist es seit Langem bewährt, anstelle von jeweils individuellen Vertragsausgestaltungen die Vielzahl von grundsätzlich im Wesentlichen gleichartigen Leistungsvorgängen nach „allgemein gebräuchlichen“ Vertragsmustern zu kontrahieren.

Das rechtlich und wirtschaftlich begründete Bedürfnis nach normierten Abläufen und Vorgaben sowohl in technischer als auch in rechtlicher Hinsicht hat sich einerseits beispielsweise in **standardisierten Leistungsbeschreibungen** als auch durch die immer größere Bedeutung des Verdingungswesens durch die Schaffung **vornormierter Werkvertragsschablonen**, wie der ÖNORM B 2110, manifestiert. Die besondere Bedeutung der ÖNORM B 2110 als „*ausgewogener Kompromiss zwischen den Interessen der an den Werkverträgen beteiligten Personen*“ hat sich nicht nur durch die Einbeziehung der ÖNORM B 2110 in nahezu jedem Bauwerkvertrag niedergeschlagen, sondern dieser wurde auch von der Rechtsprechung konsequenterweise bei der Auslegung von Bauvertragsklauseln und Ausschreibungsunterlagen entsprechender Stellenwert eingeräumt.³

1.2.3. Die Rechtsnatur der ÖNORM B 2110

Wie bei allen ÖNORMEN handelt es sich weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen, sondern um eine „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingung, die von dritter Seite herausgegeben wird. Sie kann nur dann zum verbindlichen Vertragsinhalt werden, wenn dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart wird. Eine stillschweigende Vereinbarung scheidet daher grundsätzlich aus. Wird eine solche Norm allerdings von einem der Vertragsteile (zumeist vom Auftraggeber [im Folgenden: AG]) alleine oder zusammen mit ergänzenden oder zusätzlichen Bedingungen verwendet, so gelten sie als AGB und unterliegen insbesondere der Inhaltskontrolle nach § 864a und § 879 Abs 2 ABGB sowie – falls ein Verbrauchsgeschäft vorliegt – auch des § 6 KSchG.

ÖNORMEN wie die ÖNORM B 2110 sind, soweit sie eben nicht durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt wurden, rechtlich nichts weiter als Vertragsschablonen.

Da an der Ausarbeitung der ÖNORMEN Vertreter aller am Vertragswerk interessierten Kreise mitwirken, ist eine Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragspartner weitgehend sichergestellt. Sie werden daher als „qualifiziert konsensualisierte AGB“ bezeichnet. Eine einseitige Risikoverschiebung zulasten einer Vertragspartei ist grundsätzlich schon deswegen nicht zu befürchten, weil die betroffene Interessenvertretung dem Inhalt einer solchen ÖNORM nicht zustimmen würde. Aus diesem Grund ist die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung zwar nicht ausgeschlossen, eine Ablehnung solcher Bedingungen aber eher als unwahrscheinlich anzunehmen.

Die gesamte Betrachtung der vorliegenden Problematik erfolgt natürlich anhand der aktuellen ÖNORM B 2110:2011, somit der Fassung bzw Ausgabe vom 1. 3. 2011 (in weiterer Folge kurz: B 2110).

Dazu folgende Information: Sind im Vertrag ÖNORMEN ohne Ausgabedatum ausgeführt, sind jene Fassungen maßgebend, die zum Zeitpunkt des Beginns der Angebotsfrist Gültigkeit hatten. Ist keine Angebotsfrist angegeben, gilt das Datum des Angebots.

1.2.4. Anwendungsbereich

Die Bestimmungen dieser ÖNORM sollen zusammen mit den im Vertrag anzuführenden Normen (zB ÖNORMEN technischen Inhalts) die gleichbleibenden Vertragsbestimmungen von Bauverträgen bilden. Die jeweiligen besonderen Bestimmungen des Bauvertrages für den Einzelfall haben die Bauleistungen selbst und die näheren Umstände der Leistungserbringung festzulegen. In der Gesamtheit soll damit eine vollständige Beschreibung und eindeutige Festlegung der vereinbarten Bauleistung erzielt werden.

1.2.5. Wann ist die B 2110 vereinbart?

Wie bereits in Punkt 1.2.3. kurz angeführt, sollte die B 2110 ausdrücklich zum Vertragsinhalt erhoben werden, eine stillschweigende Vereinbarung scheidet aus bzw ist problematisch. Eine stillschweigende Willenserklärung muss durch ein schlüssiges Handeln zur konkludenten Vereinbarung führen. Eine derartige Konstellation ist möglich. Eine solche schlüssige Vereinbarung liegt etwa dann vor, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung zumindest konkludent vereinbart haben.⁴ Dies kann man beispielsweise dann annehmen, wenn in einer relevanten Vertragsurkunde immer wieder auf einzelne Bestimmungen der B 2110 Bezug genommen wird, ohne dass gleichzeitig die Geltung der B 2110 als solche abbedungen ist oder die übrigen nicht erwähnten Regelungen der B 2110 als ausdrücklich ausgeschlossen festgehalten werden (solche Vertragstextierungen sind in der Baubranche des Öfteren zu bemerken).

Einzelne Bestimmungen aus Werkvertragsnormen können zum „Handelsbrauch“ werden. In der B 2110 ist kein derartiger Handelsbrauch bekannt.

1.2.6. Wie ist die B 2110 auszulegen?

Da es sich bei den Werkvertragsnormen und der B 2110 weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten AGB handelt noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite – dem Österreichischen Normungsinstitut – herausgegeben werden, sind ihre Bestimmungen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt **unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß § 914 ABGB auszulegen**. Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen. Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehef.⁵

2. Die „Haftungsfallen“ der Regelungen der B 2110 im Rahmen des Schadenersatzrechts

Die nachfolgende Darstellung einzelner relevanter Regelungen der B 2110 erzeugt Widerspruch zur allgemeinen Ansicht, die Inhalte der B 2110 seien sogenannte qualifiziert konsensualisierte AGB, da diese vornormierten Vertragsbestimmungen gerade nicht den korrelierenden Bestimmungen des ABGB entsprechen und diese abändern oder bei Lücken im Werkvertragsrecht ergänzen. Die durchaus zutreffende Auffassung, die B 2110 stelle seit Langem das in der Bauwirtschaft am häufigsten verwendete Werkvertragsmuster dar und habe für die Bauwirtschaft die Bedeutung eines „Quasi-Gesetzes“ erlangt,⁶ lässt außer Acht, dass Risikoverschiebungen zulasten der Vertragsparteien sowohl zum Vorteil oder zum Nachteil des AG als auch des Auftragnehmers (im Folgenden: AN) gegenüber den gesetzlichen Rahmenbedingungen bestehen. Diese Risikoverschiebungen mögen zwar praxisgerecht und unter Vermeidung einseitiger Belastungen der Vertragsparteien im Ergebnis ausgewogen und konsensualisiert sein, das Wissen bei Anwendung der B 2110 ob dieser Abänderungen gesetzlicher Rahmenbestimmungen ist allerdings sowohl für die Anwendung und den gedachten Einsatz als auch für die Beachtung eigener Haftungsrisiken der Anwender der B 2110 unabdingbar.

Die Vereinbarung der B 2110 im Bauvertrag setzt somit für den gewissenhaften und auch eine Haftung vermeidenden Anwender voraus, dass ihm die „Risiken“ einer ungeprüften Übernahme einzelner Regelungen durch die Vereinbarung der B 2110 im Rahmen des Bauvertrages bewusst sind und entsprechend auf die jeweiligen Bedürfnisse des bzw der Vertragspartner Rücksicht genommen wird. Nicht jede Regelung der B 2110 ist für eine der beiden Vertragsparteien günstig, auch wenn sie einen der Vertragspartner nicht gröblich im Sinne des § 879 ABGB benachteiligt.

Eine Kurzübersicht (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einzelner Regelungen vor Vertiefung zu jenen im Bereich des Schadenersatzrechts sei hier vorgenommen wie folgt:

Risiken der B 2110:

- Automatische Vereinbarung aller in Betracht kommender, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltener Normen technischen Inhalts;
- Pflicht zur schriftlichen Form bei Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung und Pflicht zu schriftlichen Verbesserungsvorschlägen;
- subsidiäre Pflicht des AN zur Einholung der notwendigen Bewilligungen und der behördlichen Genehmigungen für die Ausführung seiner Leistung;
- Recht des AG zur Ablehnung von Subunternehmern aus triftigen Gründen;
- Pflicht zur Führung schriftlicher Unterlagen über wichtige Vorkommnisse und Genehmigungsfiktion bei fehlendem Einspruch;
- Einschränkung des Zurückhaltungsrechts auf das Dreifache der notwendigen Behebungskosten;
- Ausschluss von Nachforderungen des AN durch Annahme der Schlusszahlung aufgrund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung, sofern nicht längstens binnen drei Monaten nach Erhalt der Zahlung ein Vorbehalt erhoben wird;
- Begrenzung von Schadenersatzpflichten bei leichter Fahrlässigkeit (ausgenommen beim Rücktrittsfall) auf € 12.500,- bei Aufträgen bis € 250.000,-, darüber hinaus auf 5 %, maximal jedoch € 750.000,-.

Die haftungsrelevanten Regelungen der B 2110 werden nachfolgend zur Darlegung der Regelungstiefe und -dichte in der B 2110 beispielhaft zu den nachstehenden im Rahmen des Schadenersatzes in erster Linie relevanten Punkten aufgezeigt.

2.1. Prüf- und Warnpflicht

6.2.4.1 *Der AN hat die Pflicht, die ihm vom AG zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen,*

- *erteilte Anweisungen,*
- *beigestellte Materialien und*
- *beigestellte Vorleistungen*

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

6.2.4.2 *Der AN hat sich vor Leistungserbringung vom ordnungsgemäßen Zustand etwa bereits fertig gestellter Leistungen unter Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt zu über-*

zeugen. Erkennbare Mängel, die seiner Meinung nach die geforderten Eigenschaften der von ihm auszuführenden Leistungen ungünstig beeinflussen könnten, sind unverzüglich dem AG schriftlich bekannt zu geben.

6.2.4.3 Mängeln, zu deren Feststellung umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensivere Untersuchungen oder die Beiziehung von Sonderfachleuten erforderlich sind, gelten nicht als erkennbar im Sinne von 6.2.4.1 und 6.2.4.2. Falls der AN annehmen muss, dass dem AG die Umstände, die zum Entfall dieser Untersuchungen führen, nicht bekannt sein müssen, hat er hiervon den AG unverzüglich schriftlich zu verständigen.

6.2.4.4 Innerhalb einer zumutbaren Frist hat der AN im Rahmen seiner fachlichen Möglichkeiten Hinweise und Vorschläge zur Behebung oder Verbesserung zu machen. Der AG hat seine Entscheidung rechtzeitig bekannt zu geben.

6.2.4.5 Unterlässt der AN die Mitteilung oder trifft der AG keine Entscheidung, haftet jeder für die Folgen seiner Unterlassung. Trägt der AG den begründeten Bedenken nicht Rechnung und treten Schäden auf, die auf die aufgezeigten Mängel zurückzuführen sind, ist der AN für diese Schäden von seiner Haftung und Gewährleistung befreit.“

Folgende Rechtssätze sind für die Überprüfung möglicher schadenersatzrechtlicher Folgen aus einer Verletzung der Prüf- und Warnpflicht beispielsweise, aber nicht abschließend relevant:

2.1.1. Gegenstand der Prüf- und Warnpflicht

- Ausführungsunterlagen wie Pläne, Konstruktionspläne, Maßangaben, Muster, Statik, Gutachten, Leistungsverzeichnisse, Baubeschreibung;
- Anweisungen des AG oder dessen Vertreter;
- beigestellte Materialien;
- beigestellte Vorleistungen anderer AN des AG, auf die der AN aufzubauen hat.

2.1.2. Zeitpunkt der Prüfung und Warnung

- Sobald wie möglich;
- auch im vorvertraglichen Stadium;
- nach B 2110 schriftlich (Kausalitätsgegenbeweis einer nachgewiesenen mündlichen Warnung nach Lehrmeinungen zulässig).
- Adressat der Warnung ist der AG selbst, ansonsten der bevollmächtigte Vertreter, etwa Architekt oder Zivilingenieur (Vorsicht: Vollmacht kann eingeschränkt sein). Nach der Rechtsprechung ersetzt die Warnung an den Architekten nicht die Warnung an den AG.

- Warnpflicht auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständigen beratenden AG;
- keine Warnpflicht des Subunternehmers gegenüber dem AG des Generalunternehmers (im Folgenden: GU), weil Subunternehmer nur mit dem GU im Vertragsverhältnis steht;
- Deutlichkeit der Warnung so, dass ihrem Inhalt nach eindeutig erkennbar ist, dass die Gefahr des Misslingens des Werkes oder das Entstehen eines Schadens eintreten kann.
- Die Warnung muss so beschaffen sein, dass auch die Folgen vor Augen geführt werden, wenn der AG die Warnung missachten sollte.
- Warnpflicht des Planers an den AG auch dann, wenn in einer Zeit des Übergangs von einer Methodik, die noch den anerkannten Regeln der Technik entspricht, neue noch nicht anerkannte, aber wissenschaftlich erarbeitete Methoden bekannt sind.
- Entscheidend sind der Wissensstand und die technischen Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Herstellung des Werkes. Bei Verwendung neuer Baustoffe hat der AN den AG eingehend aufzuklären; Bei neuen Arbeitsmethoden und neuen technischen Verfahren ist die Warnpflicht besonders intensiv.

2.1.3. Sorgfaltsmaßstab

- Ein Verschulden des AN ist erforderlich. Der Mangel muss dem AN aufgrund der ihm zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbar sein.
- Es ist jene Fachkenntnis vorauszusetzen, den seine Fachgenossen üblicherweise haben.
- Der AN muss von den allgemein anerkannten Regeln der Technik seines Fachgebiets ebenso Kenntnis haben wie von technischen ÖNORMEN.
- Die Aufklärungs- und Warnpflichten des AN dürfen nicht überspannt werden.
- Bei der Frage des Ausmaßes der Warnpflicht dürfen die wirtschaftlichen Aspekte 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.
- Zu besonderen, nicht üblichen Prüfungen und Untersuchungen ist der AN nicht verpflichtet, außer er hat eine derartige Kontrollpflicht vertraglich übernommen.

- Der AN ist nicht zur Beziehung eines Fachmanns oder Sonderfachmanns verhalten.
- Zum Baugrund: Der AN muss nicht *a priori* annehmen, dass der Baugrund schlechter oder gefährlicher ist, als es seiner Lage entspricht.
- Erlangt der Bauherr von einem Dritten Kenntnis über die besondere Bodenbeschaffenheit und gibt er dieses Wissen nicht an den AN weiter, entfällt dessen Warnpflicht. Die Warnpflicht besteht immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des AN und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflicht.
- Der technische Schulterschluss: Der AN hat zwar die Warnpflicht nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht, er muss dennoch prüfen und warnen, wenn er vor Fertigstellung seines Werkes schon aufgrund des von ihm zu erfordernden Fachwissens ohne besondere weitere Untersuchungen aus der Beschaffenheit der von anderen AN geleisteten Vorarbeiten erkennen muss, dass aus vertragsgemäßer eigener Werkleistung die Gefahr des Misslingens des Gesamtwerkes und eines Schadens für den AG daraus droht, dass die Leistungen technisch nicht richtigerweise aufeinander abgestellt und die allgemein anerkannten Regeln der Technik beim „Gesamtwerk“ verletzt sind oder verletzt werden könnten.⁷

2.1.4. Verbesserungsvorschläge

Eine taugliche Warnung enthält die Verpflichtung des AN, Verbesserungsvorschläge nach Möglichkeit zu machen, also dann, wenn sie ohne großen Aufwand möglich sind.

Der AN muss in seinem Verbesserungsvorschlag die technische Alternative lediglich in groben Zügen darstellen. Aus der B 2110 kann keine Verpflichtung des AN abgeleitet werden, eine Planung anzufertigen.

2.1.5. Rechtsfolgen

Bei Erfüllung der Prüf- und Warnpflicht durch den AN:

- Der AG kann das Werk abbestellen und vom Vertrag abgehen. AN behält Entgeltsanspruch.
- Gefahrenübergang auf den AG bei Beharren auf ungeänderter Herstellung des Werkes.

Bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht:

- Schadenersatzpflicht des AN – Haftung für den Vertrauensschaden: Der AG bzw Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Warnpflicht vom AN entsprochen worden wäre.
- Der zu ersetzende Schaden besteht in der Regel in den Kosten der Entfernung des fehlerhaften Werkes und dessen Neuherstellung. Auch Kosten der Suche nach der Schadensursache und deren Behebung sind zu ersetzen.

Werklohnanspruch: Der AN verliert seinen Entgeltsanspruch (hier strittige Meinungen und Rechtsprechung etwa durch Verlust des Werklohnanspruchs nur im Umfang des Mitverschuldens oder Zahlungspflicht des AG für den Werklohn und lediglich Kompensation mit Schadenersatzansprüchen).

Sowieso-Kosten: Erhält der AG durch Verbesserung des mangelhaften Werkes Besseres, als ihm vertraglich geschuldet wird, entstehen in der Regel Mehrkosten, die bei rechtzeitiger Warnung durch den AN auch angefallen wären, für die mangels Vereinbarung der AN ein angemessenes Entgelt verlangen kann.

Verschuldensquoten (in der Regel!):

- 50 % Mitverschulden des AG bei Planungsfehler, der vom Bauunternehmer nicht erkannt wurde;
- 50 % bei Koordinierungsfehlern der örtlichen Bauaufsicht (ÖBA).

2.2. Die Vertragsstrafe

Die Vertragsstrafe, auch Pönale oder Konventionalstrafe genannt, ist eine Zahlung, die der AN dem AG für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung verspricht. Sie soll dem Ausgleich jener Nachteile dienen, die dem AG aus der Vertragsverletzung des AN entstehen können.

„6.5.3.1 Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe

Der Anspruch des AG auf Leistung einer vereinbarten Vertragsstrafe durch den AN entsteht, sobald der AN in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen den Verzug nicht verschuldet haben; der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich.

Soweit nicht anders festgelegt, ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) insgesamt begrenzt.

Die Bestimmungen des § 1336 ABGB über das richterliche Mäßigungsrecht sind anzuwenden.

Bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist bleiben die Vertragsstrafen für die an Stelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen Termin aufrecht. Die neuen pönalisierten Termine sind ausdrücklich als solche festzuhalten.

6.5.3.2 Berechnung der Vertragsstrafe

Vertragsstrafen sind im Regelfall nach Kalendertagen zu berechnen.

Ist die Vertragsstrafe nach Tagen festgesetzt, zählt jener begonnene Kalendertag; ist sie nach Wochen oder Monaten festgesetzt, gilt bei der Berechnung von Bruchteilen ein Kalendertag als eine Siebentel (1/7) einer Woche oder als Dreißigstel (1/30) eines Monats.

Die Vertragsstrafe vermindert den Gesamtpreis (das Entgelt).

6.5.3.3 Teilverzug

Bei Erfüllung einer Gesamtleistung in Teilleistungen ist die Vertragsstrafe nur für jene Teilrechnungen zu berechnen, mit denen der AN in Verzug ist.“

Rechtlicher Status von „Vertragsstrafen“:

- Die Vertragsstrafe wird auch Pönale oder Konventionalstrafe genannt und ist eine Zahlung, die der AN dem AG für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung verspricht, diese dient dem Ausgleich jener Nachteile, die dem AG aus der Vertragsverletzung entstehen können.
- Gemäß § 1336 Abs 1 ABGB kann eine Vertragsstrafe, die für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wurde, neben der Erfüllung gefordert werden.⁸
- Für die Fälligkeit einer Vertragsstrafe ist der Eintritt eines konkreten Schadens nicht erforderlich.⁹
- Verzögerungen aus der Sphäre des AG, wie etwa bei Leistungsänderungen oder bei Nichterfüllung seiner Mitwirkungspflichten, verlängern die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend. Überschreiten hingegen die Verzögerungen das zeitliche Maß des Üblichen, wird also der Zeitplan „über den Haufen geworfen“, dann gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Vertragsstrafe fällt weg.
- **Verschuldensabhängige Vertragsstrafe:** Nach herrschender Rechtsprechung verfällt mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung eine Vertragsstrafe nur bei Verschulden des nicht Erfüllenden; dieser, somit der AN, hat zu behaupten und zu beweisen, dass ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft.
- **Verschuldensunabhängige Vertragsstrafe:** Die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe ist gültig, doch müssen in einem solchen Fall beide Vertragspartner gleich behandelt werden.
- Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Vertragsstrafe erst dann sittenwidrig, wenn ihre Zahlung das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen oder die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte.
- **Besonderheit der B 2110:** Gemäß Punkt 6.5.3.1 Abs 2 ist die Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) begrenzt.

Hier ist es also von Interesse, zu prüfen, ob im Werkvertrag des AN die B 2110 mitvereinbart ist, wobei gesonderte Pönaleregulungen unter Umständen schlüssig die 5-%-Begrenzung „aushebeln“ könnten. Gemäß Punkt 12.3.1 Abs 2 der B 2110 ist ein über die Vertrags-

strafe hinausgehender Schaden nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AN zu ersetzen.

Diese Regelung ist von besonderem Interesse, da die üblichen Versicherungsbedingungen im Haftpflichtbereich Ansprüche aus „vertraglicher Vereinbarung“ wie einer Pönale zuvor von der Deckung ausschließen, trotzdem aber aufgrund dieser Regelung ein über die Pönale hinausgehender Schaden – der gedeckt sein könnte – wiederum von dieser Regelung begrenzt sein könnte. Ein derartiger Schaden wäre eben nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AN zu ersetzen.

Da sich diese Regelung nicht etwa unter dem eigenen Kapitel „Verzug“ befindet, sondern unter dem Kapitel „Schadenersatz allgemein“ findet, müsste diese Regelung bei allgemeinen Schadenersatzansprüchen des AG und nicht etwa bloß bei Folgen aus Verzugsschäden herangezogen werden können (eine nähere Befassung der Literatur oder Rechtsprechung liegt hierzu noch nicht vor).

Im Übrigen ist diese Regelung auch für Verzugsschäden aus der Sicht von Versicherern von Interesse, da es angebracht auch Haftpflichtversicherungsverträge mit dem Einschluss von (begrenzten) Pönalklauseln geben sollte.

2.3. Schadenersatz allgemein

Die folgende Darstellung der Rechtslage nach der B 2110 sieht eine Haftungseinschränkung bei leichter Fahrlässigkeit einerseits auf den positiven Schaden und andererseits betraglich vor, wobei diese Regelung unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit unbedenklich ist, da bei Bauwerkverträgen immer mit der Möglichkeit von Schäden zu rechnen ist, sodass eine gröbliche Benachteiligung oder Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB nicht vorliegen wird.¹⁰

„12.3.1 Hat ein Vertragspartner in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten dem anderen schuldhaft einen Schaden zugefügt, hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz wie folgt:

1. bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf Ersatz des Schadens samt des entgangenen Gewinns (volle Genugtuung);

2. wenn im Einzelfall nicht anders geregelt, bei leichter Fahrlässigkeit auf Ersatz des Schadens:

a) bei Rücktritt und bei Personenschäden ohne Begrenzung.

b) in allen anderen Fällen mit folgenden Begrenzungen:

bei einer Auftragssumme bis 250.000,00 Euro: höchstens 12.500,00 Euro;

bei einer Auftragssumme über 250 000,00 Euro: 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens 750.000,00 Euro.

Hinweis KSchG: Bei Verbrauchergeschäften bleiben Schadenersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 1 Z 9 KSchG für

leicht fahrlässig verursachte Personenschäden unberührt. Weiters darf bei Verbrauchergeschäften, sofern eine Sache zur Bearbeitung übernommen wurde, die Beschränkung der Haftung aus leichter Fahrlässigkeit nur dann vereinbart werden, wenn dies im Einzelnen ausgehandelt wird.

12.3.2 Ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden ist nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des AN zu ersetzen.“

Der Inhalt dieser Regelung legt die Prüfung der zugrunde liegenden Werkverträge auf die Frage, ob die ÖNORM vereinbart worden ist oder nicht, besonders nahe.

Damit kann nahezu jeder Schaden aus Verletzung vertraglicher Pflichten des AN bei leichter Fahrlässigkeit deutlich auf € 12.500,- bzw 5 % der Auftragssumme und maximal € 750.000,- mit den genannten Ausnahmen begrenzt werden. Folgende Umstände sind dabei allerdings zu beachten:

- Durch die Wendung im zweiten Satz „*Wenn im Einzelfall nicht anders geregelt*“ kann diese Haftungsbegrenzung der ÖNORM schlüssig abbedungen sein, wenn in einer anderen (von der Wertigkeit zu prüfende) Vertragsstelle unbegrenzte Schadenersatzregelungen festgehalten sind. Deren Überprüfung ist eine Einzelfallproblematik, die Heranziehung der Haftungsbegrenzung macht aber auf jeden Fall als Verhandlungsbasis auch bei anderslautenden (strittig auszulegenden) Regelungen Sinn.
- Die Regelung umfasst keine deliktisch zugefügten Schäden („*in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten*“), worunter Folgendes zu verstehen ist: Die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Eigentum); Verstoß gegen ein Schutzgesetz; absichtliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise.
- Bei einer Mehrzahl von Schadenfällen aus demselben Vertragsverhältnis gilt die Begrenzung für jeden einzelnen von mehreren Schäden; für jeden Schaden gebührt Ersatz bis zur Begrenzung.

2.4. Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer

„**12.4** Sind mehrere AN im Baustellenbereich beschäftigt, haften sie für die in der Zeit ihrer Tätigkeit entstandenen Beschädigungen an übernommenen und nicht übernommenen Leistungen sowie am vorhandenen Baubestand (z. B. Schäden an Stiegenstufen, an Verglasungen, durch Ablaufverstopfungen, durch Verunreinigung), sofern die Urheber dieser Beschädigungen nicht feststellbar sind, anteilmäßig im Verhältnis ihrer ursprünglichen Auftragssummen je AN bis zu einem Betrag von 0,5 % der jeweiligen ursprünglichen Auftragssumme.

Von den AN festgestellte Beschädigungen sind dem AG unverzüglich mitzuteilen. Der AG hat die gemeldeten Beschädigungen sowie die von ihm selbst festgestellten Be-

schädigungen hinsichtlich Art, Umfang und Zeitpunkt ihres Bekanntwerdens in geeigneter Weise festzuhalten und die in Betracht kommenden haftpflichtigen AN hiervon ehestens nachweislich in Kenntnis zu setzen.

Jedem haftpflichtigen AN steht die Möglichkeit offen, zu beweisen, dass die Beschädigung weder durch ihn noch durch seine Erfüllungsgehilfen verursacht worden sein konnte.“

Für diesen Haftungstatbestand wird nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen wohl kein Deckungsanspruch bestehen, da es sich um eine „vertragliche Haftung“ im Sinne der Versicherungsbedingungen (abgesehen von anderslautenden Klauseln) handelt.

Folgende Rechtsgrundsätze sind für die diese vertragliche Haftung Voraussetzung und/oder relevant:

- Es muss eine Beschädigung vorliegen.
- Es müssen mehrere AN im Baustellenbereich beschäftigt sein.
- Die Beschädigung muss in der Zeit der Tätigkeit des AN am Erfüllungsort entstehen.
- Der Urheber der Beschädigung ist nicht feststellbar.
- Die Regelung gilt auch für Beschädigungen auch an noch nicht vom AG übernommenen Leistungen.
- Die Aufteilung der Haftung richtet sich nach den einzelnen Auftragssummen und nicht nach den Schlussrechnungssummen (somit auch Nachtragsaufträge nicht relevant).
- Jedem AN steht die Möglichkeit offen, zu beweisen, dass die Beschädigung weder durch ihn noch durch seinen Erfüllungsgehilfen verursacht sein konnte; vertragliche Gefahrtragungs- und Haftungsüberwälzungen können sittenwidrig sein, wenn etwa vertraglich bedungen wurde, dass es nicht darauf ankomme, ob der AN im Zeitpunkt der Schadensentstehung auch tatsächlich auf einer Baustelle tätig war und darüber hinaus der Gegenbeweis mangelnder Kausalität der Tätigkeit des AN abgeschnitten wird.¹¹

3. Haftungsfalle „Verfristungsregelungen“ der B 2110

3.1. Allgemeines

Das Claim-Management erlangt als eigenständige Managementdisziplin eine immer größere Bedeutung bei der Abwicklung des Baugeschehens in kalkulatorischer Hinsicht. Ein (bewusst) niedrig kalkulierter Angebotspreis soll dem AN zunächst den Zuschlag des Auftrags und das Claim-Management nach Vertragsabschluss den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg sichern. Baurechtliche und Claim-Management-Abteilungen sowie baubetriebliche Begutachtungen sollen die knappen Kalkulationen der Bauunternehmungen als Folge enger Ausschreibungsgrenzen und harten Konkurrenzkampfes durch (nachträgliche) Forderungen im Rahmen des Claim-Managements

zu einem positiven wirtschaftlichen Ergebnis führen. Dem setzt (insbesondere) die B 2110 eine zumindest zeitlich begrenzte formale Schranke, die immer wieder zur Falle für die Bauunternehmungen, aber auch für die Bauherren selbst wird, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen der B 2110 ignoriert oder falsch beurteilt werden.

Die B 2110 in der derzeit gültigen Fassung sieht in der relevanten Bestimmung Folgendes vor:

„8.4.2 Annahme der Zahlung, Vorbehalt

Die Annahme der Schlusszahlung auf Grund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung schließt nachträgliche Forderungen für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen aus, wenn nicht ein Vorbehalt in der Rechnung enthalten ist oder binnen 3 Monaten nach Erhalt der Zahlung schriftlich erhoben wird. Der Vorbehalt ist schriftlich zu begründen. Weicht die Schlusszahlung vom Rechnungsbetrag ab, beginnt die Frist von 3 Monaten frühestens mit schriftlicher Bekanntgabe der nachvollziehbaren Herleitung des Differenzbetrages durch den AG.“

Diese ÖNORM-Regelung weicht von der gesetzlichen Regelung des ABGB erheblich zulasten des AN ab, da die ÖNORM und die dazu ergangene Judikatur die Annahme der Schlusszahlung, sofern in der Schlussrechnung nicht ein Vorbehalt enthalten ist oder nachträglich binnen drei Monaten erhoben wird, als konkludenten Verzicht auf weitere Forderungen eines AN werten.¹²

An dieser Stelle sei erwähnt, dass Regieleistungen von diesem Vorbehalt grundsätzlich nicht erfasst sind, da die ÖNORM in Punkt 5.30.2 nur die Annahme der Schlusszahlung aufgrund einer Schluss- oder Teilschlussrechnung erwähnt. Selbst wenn daher angehängte Regieleistungen in der Schlussrechnung abgerechnet werden, handelt es sich um eine rechtlich selbständige Rechnung, auch wenn Gesamtleistungen und Regieleistungen in einer Rechnungsurkunde enthalten sind. Regierechnungen können daher auch nach Ablauf der drei Monate nach Erhalt der Schlusszahlung geltend gemacht werden, auch wenn kein diesbezüglicher Vorbehalt gemacht wurde.¹³

Die hier dargestellte Regelung der B 2110 hat vor allem bei Form, Inhalt und Zeitpunkt des Vorbehalts zu Auslegungsschwierigkeiten geführt.

All diesen nachfolgend dargestellten, wesentlichen Entscheidungen zu diesem Thema ist gemein, dass laut OGH der Zweck der Bestimmung darin bestehe, dass die Rechtslage bei Bauprojekten mit zumeist hohen Auftragssummen möglichst innerhalb kurzer Frist zu klären und zu diesem Zweck die gesetzlichen Verjährungsfristen abzukürzen seien; der AG soll zu einem möglichst frühen Zeitpunkt das gesamte Ausmaß seiner Verpflichtungen überschauen und erfahren können.¹⁴

3.2. Leitsätze der Judikatur

3.2.1. Schriftliche Begründung der Korrekturen

Der AG löst die dreimonatige Frist für den Vorbehalt des AN bei Abweichen der Schlusszahlung vom Rechnungsbetrag frühestens mit schriftlicher Bekanntgabe der nachvollziehbaren Herleitung des Differenzbetrags aus.

3.2.2. Schriftliche Begründung des Vorbehalts

Der AN muss zur Wahrung seiner Ansprüche fristgerecht, schriftlich und begründet einen Vorbehalt zu den Rechnungskorrekturen erheben.

3.2.3. Regieleistungen

Regieleistungen fallen nicht unter diesen Vorbehalt.

3.2.4. Vorbehaltspflicht bei korrigierten und nicht verrechneten Forderungen

Diese Vorbehaltspflicht des AN gilt sowohl für in der Schlussrechnung nicht verrechnete Leistungen als auch für Streichungen von in der Schlussrechnung enthaltenen Forderungen.

3.2.5. Zugang des Widerspruchs

Die Beeinspruchung der Schlussrechnungskorrektur durch den AN muss dem AG spätestens am letzten Tag der Vorbehaltsfrist zugegangen sein.

3.2.6. Verlängerung der Frist

Vergleichsverhandlungen in Form von Gesprächen über eine weitere Prüfung der Rechnung und damit noch offene Beurteilung der Sachlage bewirken eine Verlängerung der Präklusivfrist.

3.2.7. Sittenwidriger Nachforderungsausschluss

Ein vertragliches Abweichen von der dreimonatigen Vorbehaltsfrist der B 2110 auf einen gänzlichen Nachforderungsausschluss kann bei Hinzutreten weiterer Umstände – wie etwa die leichte Erkennbarkeit der vergessenen Positionen für den AG – eine sittenwidrige Bauvertragsklausel darstellen.

3.2.8. Vorbehalt durch neue Rechnung

Die schriftliche Erklärung des AN, dass die Korrekturen falsch seien, ist noch kein ausreichend „begründeter“ Vorbehalt im Sinne der B 2110. Folgt diesem Einspruch allerdings ein Gespräch zwischen den Parteien des Bauvertrages und werden die strittigen Positionen in einer neuen Rechnung nochmals begehrt, ist dem Erfordernis eines begründeten und schriftlichen Vorbehalts entsprochen.

3.2.9. Keine Vorbehaltspflicht bei „echten“ Schadenersatzforderungen

Den AN trifft die Vorbehaltspflicht bei all jenen Kürzungen, die sich auf Leistungsumfang und Entgelt beziehen. Dazu gehören sowohl etwa der Abzug eines vereinbarten Pönales als auch der Abzug wegen eines Bauschadens. Lediglich „echte“ Schadenersatzforderungen, wie entgangener Gewinn oder entgangene Mieteinnahmen als Gegenforderungen bei der Schlussrechnungskorrektur, bedürfen keines Widerspruchs zur Anspruchswahrung durch den AN.

3.2.10. Kein Vorweg-Vorbehalt

Ein genereller Vermerk auf der Schlussrechnung, dass diese bis zur vollständigen Bezahlung nur mit Vorbehalt gelegt sei, entspricht nicht den Vorgaben des begründeten Vorbehalts. Mündliche Erklärungen sind als Vorbehalt unwirksam, eine Bezugnahme auf dem AG bekannte schriftliche Unterlagen, die den Standpunkt des AN ausreichend erkennbar machen, reicht im Einzelfall aus.

3.2.11. Vorbehaltsfrist nur nach Zahlung

Die Vorbehaltsfrist wird nur ausgelöst, wenn vom AG auf die Schlussrechnung eine Zahlung, in welcher Höhe immer, geleistet wird. Selbst wenn für den AN wegen einer eindeutigen, nachvollziehbaren und begründeten Herleitung eines Guthabens des AG aus der Rechnungskorrektur eindeutig klar ist, dass keine weiteren Zahlungen auf die Schlussrechnung durch den AG folgen werden, wird die Vorbehaltsfrist mangels Zahlung nicht ausgelöst.

In diesem Fall sowie bei einem formgültigen Vorbehalt können die entsprechenden Forderungen des AN noch in-

nerhalb von drei Jahren ab Fälligkeit der Schlusszahlung geltend gemacht werden.

Die Fortsetzung dieser Abhandlung finden Sie im nächsten Heft.

Anmerkungen:

- ¹ OGH 9. 6. 1994, 6 Ob 535/94, SZ 67/105; 26. 6. 2001, 5 Ob 70/01g, immolex 2002/33; 20. 10. 2004, 3 Ob 185/04h.
- ² Siehe dazu ausführlich Saria, Zur Gleichsetzung der Technikklauseln und ÖNORMEN, bbl 2009, 172.
- ³ Siehe dazu mit Übersicht Seebacher, Neueste OGH-Rechtsprechung: „Der gänzliche Nachforderungsausschluss stellt eine sittenwidrige Bauvertragsklausel dar“, bbl 2005, 22.
- ⁴ OGH 17. 1. 2001, 6 Ob 98/00f.
- ⁵ OGH 22. 8. 1995, 6 Ob 566/95, ecolex 1995, 891.
- ⁶ Larcher, Die neuen ÖNORMEN des Verdingungswesens A 2060 und B 2110, RdW 1984, 166, 202 und 237.
- ⁷ OGH 18. 4. 1991, 7 Ob 515/91, JBI 1992, 114 („Fußbodenheizung“).
- ⁸ OGH 27. 11. 1923, 2 Ob 802/23, SZ 5/279.
- ⁹ Jüngst OGH 29. 6. 1999, 1 Ob 105/99v, RdW 2000/11.
- ¹⁰ Karasek, ÖNORM B 2110² (2009) Rz 2066.
- ¹¹ OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 320/98x, RdW 1999, 460 = ecolex 1999/207 (Wilhelm) = bbl 1999/183.
- ¹² Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1618 ff.
- ¹³ Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 1618 ff.
- ¹⁴ OGH 7. 6. 1995, 5 Ob 516/95, ecolex 1995, 890; aber auch bereits OGH 14. 6. 1971, 8 Ob 151/71, JBI 1972, 200; 19. 7. 1988, 1 Ob 60/88, WBI 1988, 402 uam.

Korrespondenz:

RA Mag. Dr. Georg Seebacher
Partner der Scherbaum Seebacher Rechtsanwälte GmbH,
Graz
E-Mail: office@scherbaum-seebacher.at