
Dr. Volker Mogel, LL.M.

Rechtsanwalt, geschäftsführender Gesellschafter der Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG; Universitätslektor der Technischen Universität Graz

Eingriff in bestehende Bauwerkverträge unter Berücksichtigung der aktuellen Preisentwicklung

1. Einleitung

Die Auswirkungen der Pandemie sowie des Ukrainekriegs machen naturgemäß auch vor Bauwerkverträgen nicht halt. So kam es zB zu Personalausfällen wegen Erkrankungen, Quarantänemaßnahmen und Grenzsperrungen. Die Lockdown-Maßnahmen führten zu Behinderungen durch Schutzmaßnahmen auf der Baustelle und in Betrieben. Zudem haben Lieferengpässe und außergewöhnliche Preissteigerungen bei Material- und Rohstoffpreisen (insbesondere Stahl, Zement, Holz, Kunststoff und Ziegel) die Bauwirtschaft seit letztem Jahr voll im Griff. Selbst Bauvorhaben mit einer kurzen Bauzeit sind in Zeiten wie diesen gefordert: Praktisch im Wochentakt erreichen die Branche neue Meldungen über Höchststände bei den Einkaufspreisen, überlange Lieferzeiten und fehlende Verfügbarkeiten von Materialien. Hinzu kommt eine aktuell ungewöhnlich hohe Inflationsrate.

Vor diesem Hintergrund befassen sich die nachfolgenden Ausführungen mit der Frage, wie sich die gestiegenen Kosten für Bauprodukte auf bestehende Verträge auswirken bzw welche Zivilrechtsfolgen sich daraus ableiten lassen. Vorweggenommen werden kann, dass die Auswirkungen je nach Ausgestaltung des Vertrages entweder zulasten des Auftragnehmers oder des Auftraggebers gehen.

2. Rechtliche Ausgangslage: Der Werkvertrag

Unter einem Bauwerkvertrag (nachstehend auch: Bauvertrag) wird ein Vertrag verstanden, durch den sich der Werkunternehmer¹ gegenüber dem Werkbesteller zur Erbringung einer vereinbarten Leistung gegen Entgelt verpflichtet. Der Bauvertrag stellt in der Terminologie des ABGB einen „Werkvertrag“ dar: Sämtliche Überlegungen zum Bauvertrag nehmen demnach ihren Anfang in den Grundsätzen und Vorschriften des ABGB-Werkvertragsrechts. Zusätzlich sind für die Rechtsbeziehungen zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller die allgemeinen Regelungen des Schuld- und insbesondere des Vertragsrechts zu beachten.

Der Werkunternehmer ist für die ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung verantwortlich; er schuldet demnach einen Erfolg. Er ist verpflichtet, das Werk rechtzeitig und mängelfrei, sprich: den vereinbarten Anforderungen entsprechend, herzustellen.

Den Werkunternehmer trifft mangels anderer Vereinbarung die Pflicht, das Werk persönlich auszuführen oder unter der persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen (§ 1165 ABGB). Im letzteren Fall bedient sich der Werkunternehmer für die Erbringung der Leistung weiterer Gehilfen (Subunternehmer). Für die Leistungen seiner Gehilfen haftet der Werkunternehmer in gleicher Weise, als ob dieser die Leistung selbst erbracht hätte (§ 1313a ABGB).

Den Werkunternehmer trifft somit das Erfolgsrisiko für das Gelingen des Werks. Die Tragung dieses Erfolgsrisikos bedeutet für den Werkunternehmer, dass er bei (teilweisem) Misslingen des Werks den Entgeltanspruch (teilweise) verliert und für die Mangelhaftigkeit des Werks einzustehen hat (Gewährleistung).

Das herzustellende Werk ist anhand des Vertrages zu bestimmen: Der Werkunternehmer verpflichtet sich demnach zur Ausführung der (im Vertrag) definierten Bauleistung. Dazu zählen neben der vertraglichen Leistungsbeschreibung der zu erbringenden konkreten Bauleistung regelmäßig auch die Leistungszeit sowie der Leistungsort.

Der Werkbesteller ist demgegenüber verpflichtet, das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Der Werkvertrag kommt aber – anders als ein Kaufvertrag – auch zustande, wenn das Entgelt im Vertragsabschlusszeitpunkt nicht bestimmbar ist: Diesfalls ist nach § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt zu leisten.

Mangels anderer Vereinbarung wird der Werklohn nach Vollendung des Werks und dessen Prüfung fällig (§ 1170 ABGB). Ist das Werk mangelhaft, kann der Werkbesteller den Werklohn zurückbehalten.

3. Verteilung des Risikos aufgrund unterschiedlicher Rechtsgrundlagen

3.1. Vorbemerkung

In einem Bauwerkvertrag wird im Regelfall entweder die Anwendbarkeit des ABGB oder jene der ÖNORM B 2110² vereinbart. Je nachdem, welche Bestimmungen vertraglich vereinbart wurden, kommt es zu einer unterschiedlichen Verteilung des Risikos. Das gilt besonders für Ereignisse, die die Erbringung des Werks erschweren oder unmöglich machen.

3.2. Risikoverteilung nach dem ABGB

Die Frage, welcher Vertragsteil bestimmte Risiken zu tragen hat, richtet sich im ABGB nach der sogenannten Sphärentheorie: Demnach trägt der Vertragsteil die Gefahr, dessen Sphäre das Risiko nach dem Vertrag zuzuordnen ist. Wenn die Gefahrtragung durch die Interpretation des Vertrages nicht eindeutig gelöst werden kann, ergibt sich aus der Natur des Werkvertrages eine Zweifelsregel: Wer das Risiko des Scheiterns des Werks tragen muss, richtet sich danach, aus wessen Sphäre der Grund für das Scheitern kommt. Scheitert das Werk aus Umständen aufseiten des Bestellers, trägt dieser die Gefahr. Er muss also bezahlen, obwohl er nichts bekommt. Umgekehrt trägt der Unternehmer das Risiko, wenn das Werk aufgrund von Umständen auf seiner Seite scheitert.

Die schwierigste Frage ist, was gelten soll, wenn das Werk aus Gründen scheitert, die weder der Werkbesteller- noch der Unternehmersphäre zuzurechnen sind. Man spricht hier von der sogenannten „neutralen Sphäre“. Aus der Logik des ABGB folgt, dass der Werkunternehmer einen Erfolg schuldet und daher auch das Risiko des zufälligen Unterbleibens tragen muss.

Dieser Schluss folgt aus dem Umstand, dass der Unternehmer eben den Erfolg schuldet (§ 1151 Abs 1 ABGB) und es mangels Erfolgs auch zum Entfall des Werklohnanspruchs kommt (§ 1168 Abs 1 Satz 1 iVm § 1168a Satz 1 ABGB). Wird im Werkvertrag also keine eigene Risikoverteilung vorgenommen und die Anwendbarkeit der Bestimmungen des ABGB vereinbart, so hat grundsätzlich der Unternehmer das Risiko für Umstände, die der neutralen Sphäre zuzuordnen sind, zu tragen.³

3.3. Risikoverteilung nach der ÖNORM B 2110

Grundsätzlich ist auch in der ÖNORM B 2110 eine den Regelungen im ABGB vergleichbare Gefahrezuordnung vorgesehen, die die Risiken im Wesentlichen nach Sphären verteilt.

Die ÖNORM B 2110 versucht allerdings, die Sphären der Vertragspartner zumindest beispielhaft zu definieren. In Punkt 7.2.1. (mit dem Titel „Sphäre des Auftraggebers“) und Punkt 7.2.2. (mit dem Titel „Sphäre des Auftragnehmers“) werden demnach Beispiele von Tatbeständen angeführt, die der einen oder der anderen Sphäre zugeordnet werden sollen. Bei der Sphäre des Auftragnehmers findet sich eine Generalklausel, die alle „Ereignisse“ der Sphäre des Auftraggebers taxativ beschrieben sind. Gegenüber der taxativen Aufzählung der Umstände, die der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind, ist die Aufzählung der Umstände, die der Sphäre des Auftragnehmers zugeordnet werden, grundsätzlich bloß demonstrativ. Dazu gehören die Annahmen und Dispositionen im Zuge seiner Kalkulation, die Wahl von Lieferanten und Subunternehmern, die Berücksichtigung bzw Nichtberücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten des Baustellenbereichs im Zuge der Angebotserstellung⁴ und auch zusätzliche Risi-

ken der Leistungserbringung, die mit Abänderungs- und Alternativangeboten verbunden sind.⁵

Nach Punkt 12.1.1. Z 1 der ÖNORM B 2110 hat der Werkunternehmer grundsätzlich bis zur Übernahme die Gefahr für seine Leistungen zu tragen. Bis dahin trägt der Werkunternehmer in der Regel die Gefahr für beigegebene Materialien, Bauteile oder sonstige Gegenstände, die er vertragsgemäß vom Werkbesteller oder einem anderen Werkunternehmer übernommen hat.

Bei Ereignissen aus der sogenannten neutralen Sphäre handelt es sich nach der ÖNORM B 2110 um solche, die die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich machen oder die für den Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und von ihm nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind. Dazu zählen etwa außergewöhnliche Witterungs- oder Naturereignisse oder Streik.⁶ Bezüglich dieser Ereignisse erfolgt in der ÖNORM B 2110 eine zentrale Risikoverschiebung durch die Zuordnung der aus dieser neutralen Sphäre stammenden Ereignisse in die Sphäre des Auftraggebers. Die Regelung dazu findet sich in Punkt 7.2.1. der ÖNORM B 2110.⁷

4. Höhere Gewalt

Im österreichischen Verständnis stellt „höhere Gewalt“ laut Lehre und Rechtsprechung ein von außen einwirkendes elementares Ereignis dar, das auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt nicht zu verhindern war und so außergewöhnlich ist, dass es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist.⁸ Dass es sich bei der Corona-Pandemie und dem Ukrainekrieg um Fälle höherer Gewalt handelt, kann wohl unstrittig angenommen werden.

In Österreich war man sich bald darüber einig, dass Folgen der COVID-19-Pandemie bzw die im Zusammenhang damit erlassenen Maßnahmen als höhere Gewalt zu qualifizieren bzw der neutralen Sphäre zuzuordnen sind und jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom Auftragnehmer nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden können.

5. Lieferengpässe oder Preissteigerungen

5.1. Vorbemerkung

Während Lieferengpässe dazu führen, dass Materialien für eine gewisse Zeit überhaupt nicht verfügbar sind und die Werkerstellung dadurch temporär verunmöglicht ist, führt ein unerwarteter Anstieg an Materialkosten an sich nicht zur tatsächlichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung.

Die Vertragserfüllung wird für den Werkunternehmer bloß kostspieliger.⁹ Ändern sich nach Vertragsschließung die bei der Kalkulation des Werklohns angenommenen Grundlagen auf unvorhergesehene Weise, ist vor allem maßgeblich, welchem Vertragsteil das diesbezügliche Risiko zugeordnet ist. Dabei ist vorrangig darauf zu achten, ob Festpreise oder veränderliche Preise vereinbart wurden.

5.2. Fest- bzw Fixpreisvereinbarungen

Bei Fest- bzw Fixpreisvereinbarungen liegt das Risiko nachträglicher Kostensteigerungen grundsätzlich beim Werkunternehmer. Dies entspringt unter anderem dem im Zivilrecht geltenden Grundsatz der Privatautonomie. Der Abschluss einer Festpreisvereinbarung sieht ein beiderseitiges Vertragspreissrisiko (Festpreissrisiko) vor, welches zulasten des Auftragnehmers (unzureichende Deckung der Selbstkosten), aber auch zulasten des Auftraggebers (Überzahlung der Leistung) gehen kann.¹⁰ § 2 Z 26 lit c BVergG 2018 definiert den Festpreis als „Preis, der auch beim Eintreten von Änderungen der Preisgrundlagen (wie insbesondere Kollektivvertragslöhne, Materialpreise) für den vereinbarten Zeitraum unveränderlich bleibt.“

Der OGH hat den Abschluss von Werkverträgen zu Festpreisen als zulässig erkannt.¹¹ Er sieht im Abschluss einer Festpreisvereinbarung im Allgemeinen weniger den Sinn einer Berechnungsvereinfachung, sondern einer bewussten Risikoaufteilung.¹² Preisänderungen sind sowohl vom Werkunternehmer als auch vom Werkbesteller in Kauf zu nehmen. Demnach führen nachträgliche Kostensteigerungen grundsätzlich zu keiner Veränderung des Werklohns.

Wie und ob überhaupt ein Auftragnehmer kalkuliert, ist seine Sache (Kalkulationsrisiko). Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Gewinn, das heißt, auch eine Leistungserbringung zu Selbstkosten oder ein Verlust ist vertraglich zulässig vereinbar.

Die objektiven Sorgfaltspflichten anlässlich des Abschlusses eines Bauvertrages verlangen vom Werkunternehmer, dass er in seiner Kalkulation auf die Risiken einer Festpreisvereinbarung Bedacht nimmt und diese in die Preise einkalkuliert. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Auftragnehmer übliche Preissteigerungen ebenso berücksichtigt hat wie das Szenario einer außergewöhnlichen Preissteigerung, nämlich über einen sorgfältig kalkulierten Wagniszuschlag. Hat der Auftragnehmer dies im konkreten Fall nicht bzw nicht mit der gebotenen Sorgfalt getan, geht dies grundsätzlich zu seinen Lasten.¹³

5.3. Variable (veränderliche) Preise

Bei variablen (veränderlichen) Preisen ist die Zulässigkeit der Werklohnanpassung bei nachträglichen Kostenschwankungen Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung.

Die Definition laut § 2 Z 26 lit g BVergG 2018 lautet: „Veränderlicher Preis ist der Preis, der bei Änderung vereinbarter Grundlagen geändert werden kann.“

Üblicherweise sind derartige Preisvereinbarungen an einen Index gebunden.¹⁴ Die Thematik von Preissteigerungen ist damit weitgehend entschärft. Dessen ungeachtet kann es vorkommen, dass die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung der benötigten Materialien und Rohstoffe nicht in ausreichendem Umfang im Index widergespiegelt ist. Unter Umständen ist die relevante Kostenart im Warenkorb nicht enthalten oder einfach unterrepräsentiert.

6. Was steht im Vertrag?

6.1. Vorbemerkung

Zunächst gilt es zu klären, inwieweit der konkrete Vertrag eine Regelung hinsichtlich der Qualifikation des vereinbarten Preises vorsieht. Ergibt sich aus dem Vertrag eine solche Regelung, ist klar, ob der vereinbarte Preis ein veränderlicher Preis ist oder einen Fixpreis darstellt.

6.2. ABGB

Mangels einer Vereinbarung gilt das ABGB: Danach ist mangels anderer Vereinbarung von Fixpreisen auszugehen, sodass das Risiko von nachträglichen Preisschwankungen grundsätzlich den Auftragnehmer trifft. Dieser hat sein Werk trotz unerwartet höherer Selbstkosten zum vertraglich zugesagten Preis herzustellen.¹⁵

6.3. ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118

Eine im Vertrag getroffene Regelung könnte aber auch etwa darin bestehen, dass die ÖNORM B 2110 oder die ÖNORM B 2118¹⁶ als vereinbart gilt. Im Unterschied zum ABGB sehen die ÖNORM B 2110 und die ÖNORM B 2118 jeweils gleichlautend in Punkt 6.3.1. nachfolgende Zweifelsregel vor:

„Sofern aus dem Vertrag nicht erkennbar ist, ob Festpreise oder veränderliche Preise vereinbart sind, gelten

1. Leistungen, die nach dem Vertrag innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Angebotsfrist zu beenden sind, als zu Festpreisen abgeschlossen,
2. Leistungen auch dann als zu Festpreisen abgeschlossen, wenn im Vertrag keine Leistungsfrist vereinbart ist und die Leistungen innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Angebotsfrist beendet werden,
3. alle übrigen Leistungen als zu veränderlichen Preisen abgeschlossen.

Ist keine Angebotsfrist vorgesehen, beginnt die in 1. und 2. angegebene Frist mit dem Datum des Angebots zu laufen.“¹⁷

7. Außergewöhnliche Preisschwankungen?

Preisschwankungen, mit welchen im Allgemeinen zu rechnen ist, treffen demnach also grundsätzlich denjenigen, dem das Risiko nach Gesetz oder Vertrag (etwa durch Vereinbarung eines Fixpreises) zugeordnet ist. Dies ist Ausfluss des Grundsatzes der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*). Der risikotragende Vertragsteil hat seine Leistungspflicht zu erfüllen, auch wenn sich das Geschäft nachträglich als nicht so lukrativ herausstellt wie erwartet.¹⁸ Ziel der Vereinbarung von Festpreisen ist schließlich gerade, dass Kostenveränderungen eben zu keiner Entgeltanpassung führen sollen. Bei Festpreisverträgen ist die Möglichkeit für ausführende Unternehmen, gegenüber dem Bauherrn Mehrkosten zu fordern, daher grundsätzlich beschränkt.

Fraglich ist hingegen, was im Falle von außergewöhnlichen Preisveränderungen gilt, die beim Vertragsabschluss weder abwendbar noch vorherzusehen waren. Hat die risikotragende Partei das Recht einer einseitigen Vertragsanpassung oder allenfalls sogar Vertragsaufhebung?

8. Meinungsstand in der Literatur

Die Auswirkungen der Materialpreissteigerungen auf Bauwerkverträge sind aufgrund der derzeitigen Extremsituation ein in der Literatur stark diskutiertes Thema. Dabei haben sich zwei stark auseinandergelagerte Rechtsmeinungen sowie verschiedenste Ausformungen derselben entwickelt. Die eine Meinung ist eher auftragnehmerfreundlich, während die andere auftraggeberfreundlich ist.

Die Wirtschaftskammer hat zur Frage der Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung oder von Vertragsauflösungen bezüglich eines Bauvertrages bei unvorhersehbarer nachträglicher Änderung der Preise und/oder Verfügbarkeit von Baustoffen bei Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka* ein Rechtsgutachten eingeholt.¹⁹

Kletečka führte in seinem Rechtsgutachten aus, dass bezüglich der Sphärenzuordnung bei nachträglicher Änderung der Kalkulationsgrundlagen als Allererstes im Werkvertrag nach einer allfälligen Regelung für einen solchen Fall gesucht werden sollte. Außerdem würden Verträge regelmäßig sogenannte *Force-majeure*-Klauseln für den Fall höherer Gewalt vorsehen. Sollte sich eine solche Regelung im Vertrag befinden, so sei nach dieser vorzugehen und die Prüfung gesetzlicher Tatbestände hinfällig. Zu achten sei bei Anwendung einer vertraglichen Regelung jedoch auf die Grenzen der Privatautonomie (wie etwa auf die Sittenwidrigkeitsschranke des § 879 Abs 1 ABGB).

Der Autor unterscheidet in seinem Gutachten vorrangig in der Frage, ob im Rahmen der vertraglichen Preisvereinbarung Fest- bzw. Fixpreise oder aber variable (veränderliche) Preise vereinbart werden. Sind Fest- oder Fixpreise vereinbart, liege das Risiko nachträglicher Kostensteigerungen laut dem Autor prinzipiell beim Werkunternehmer, also beim Auftragnehmer. Dieses Risiko umfasse jedenfalls gewöhnliche Schwankungen, mit welchen schon bei Abschluss des Vertrages zu rechnen war. Solche Schwankungen seien vom Werkunternehmer also grundsätzlich in Kauf zu nehmen.

Kletečka vertritt im Weiteren aber die Meinung, dass eine Fest- oder Fixpreiszusage für sich alleine noch nicht dazu führen würde, dass der Auftragnehmer auch Preissteigerungen zu tragen habe, die Folge höherer Gewalt sind. Eine solche Vereinbarung wäre wegen der Überbindung eines unkalkulierbaren Risikos sittenwidrig. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn bereits bei Vertragsabschluss erkennbar gewesen wäre, dass die Preise exorbitanten Schwankungen unterliegen würden. Zumal die COVID-19-Pandemie als ein außergewöhnliches und unabwendbares Ereignis und damit als höhere Gewalt

einzustufen ist, sei die Vereinbarung von Festpreisen laut *Kletečka* nicht mehr wirksam.

Bei einem ABGB-Vertrag führen laut *Kletečka* die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie aufgrund ihrer Unabwendbarkeit und Außergewöhnlichkeit (höhere Gewalt) zu einem zeitweiligen Entfall der Geschäftsgrundlage und damit zu einem Ruhen der wechselseitigen Pflichten. Das bedeutet, dass der Werkunternehmer nicht in Verzug kommen kann und der Auftraggeber keine Entgelterhöhung leisten muss. Zu diesem Schluss kommt er, indem er Fälle höherer Gewalt innerhalb der neutralen Sphäre als Sonderfall sieht, auf die die Risikotragungsregel des ABGB keine Anwendung finden soll. Unter anderem aus §§ 1104 und 1105 ABGB folge daher eine zeitweilige Aussetzung der gegenseitigen Pflichten.

Im Rahmen der Anwendbarkeit der ÖNORM B 2110 wird das Risiko der höheren Gewalt gemäß Punkt 7.2. der Sphäre des Auftraggebers zugewiesen. Der Auftragnehmer könne demnach nach Ansicht des Gutachters darauf zurückzuführende Mehrkosten für Baustoffe und -materialien sohin im Rahmen einer Vertragsanpassung nach Punkt 7.4. der ÖNORM B 2110 einseitig beanspruchen.²⁰

Kletečka vertritt folglich eine eher auftragnehmerfreundliche Rechtsmeinung. In der Literatur finden sich zu dieser Frage aber auch andere Meinungen. Auch *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer* setzten sich ausführlich mit diesem Thema auseinander. Sie gelangen zusammengefasst zum Ergebnis, dass das Risiko bloßer Preissteigerungen der Sphärenzuordnung im Sinne des Werkvertrages nach dem ABGB, aber auch der Sphärenzuordnung nach dem Verständnis der ÖNORM B 2110 entzogen ist, und zwar deswegen, weil derartige Ereignisse stets das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers darstellen oder in dessen Sphäre fallen würden. Darüber hinaus gehen die genannten Autoren davon aus, dass die Regelung in Punkt 7.4. der ÖNORM B 2110, mit welcher Mehrkostenforderungen geltend gemacht werden können, erkennbar auf Störungen der Leistungserbringung, die eine Leistungsabweichung zu Folge haben, abstellen. Unter einer Leistungsabweichung im Sinne der ÖNORM B 2110 seien Veränderungen des Leistungsumfanges zu verstehen,²¹ wobei der Leistungsumfang durch die vom Auftragnehmer nach dem Vertrag zu erbringenden Leistungen definiert wird.²² Bloße Preissteigerungen hätten – entsprechend den Definitionen und Begriffsbestimmungen der ÖNORM B 2110 – keine Auswirkungen auf den Umfang der zu erbringenden Leistungen, sodass die Regelungen in Punkt 7.4. der ÖNORM B 2110 auch nach der Konzeption der ÖNORM B 2110 nicht geeignet wären, Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung von Mehrkosten infolge einer (bloßen) Preissteigerung zu begründen.

Haben Auftragnehmer und Auftraggeber also eine Festpreisvereinbarung getroffen, bedeutet dies nach Meinung der zitierten Autoren, dass sich die Vertragsparteien bewusst dafür entschieden hätten, nachträgliche Änderungen der Preise für die zur Herstellung des Werks erforderlichen Mittel (Arbeitskraft und Material) auszuschließen.

Die Entscheidung, dass nachträgliche Preisänderungen keine Berücksichtigung finden sollen, entspringe dem privatautonomen Willen der Vertragsparteien, der von der Zivilrechtsordnung grundsätzlich respektiert werde. Die Autoren verweisen diesbezüglich (unter anderem) auf die Entscheidung des OGH vom 13. 11. 1986, 6 Ob 662/86. Das Höchstgericht beurteilte in dieser Entscheidung die Absicht von Parteien eines Bauvertrages im Falle einer Festpreisvereinbarung im Allgemeinen nicht als Absicht einer Berechnungsvereinfachung, sondern als Absicht einer bewussten Risikoaufteilung.

Die Autoren kommen schließlich zum Ergebnis, dass der Auftragnehmer an die Festpreisvereinbarung gebunden ist, und zwar selbst dann, wenn es zu eklatanten Preissteigerungen kommt, die sich sogar in einem erheblichen Verlust des Auftragnehmers niederschlagen können. Eine Anpassung des Werklohns wäre demnach nicht zulässig, weil dem die bewusste Risikoaufteilung in Form einer Vereinbarung eines Festpreises entgegenstehe. Die Möglichkeiten des Auftragnehmers hingen in erster Linie von der getroffenen Preisvereinbarung ab und folglich davon, welche konkreten bauwirtschaftlichen Auswirkungen diese auf das Preisgefüge hätte.

Anders sieht es bei Vereinbarung eines veränderlichen Preises aus. Nach *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer* kommt in diesem Fall eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, da der Wille der Vertragsparteien bei Vertragsabschluss ganz offensichtlich darauf gerichtet war, Veränderungen der Einkaufs- bzw. Lieferantenpreise zu berücksichtigen.²³

9. Möglichkeiten der Einwirkung?

9.1. Vorbemerkung

Die aktuellen Preissteigerungen beruhen auf unvorhersehbaren und äußerst außergewöhnlichen Ereignissen. Außerdem stiegen die Preise derart, dass eine Einkalkulierung der Preissteigerung durch den Auftragnehmer unmöglich war.

Es stellt sich sohin die Frage, ob nicht doch und – wenn ja – zu welchen Bedingungen rückwirkend in den Vertrag eingegriffen werden kann, dies etwa durch eine Aufhebung des Vertrages oder allenfalls eine Anpassung der Entgeltvereinbarung.

Während es an oberstergerichtlicher Rechtsprechung derzeit noch mangelt, wurden in der Lehre bislang mehrere Rechtsgrundlagen für eine Anpassung diskutiert.

9.2. Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist in all jenen Fällen relevant, in denen die Kontrahenten zwar die Möglichkeit hätten, die für sie relevanten Umstände zu einer Bedingung des Geschäfts zu erheben (§ 901 ABGB), dies jedoch unterlassen, weil sie die Umstände als so sicher annehmen, dass sie eine Regelung nicht für notwendig erachten.

Die Auflösung eines Vertrages wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage setzt nach ständiger Rechtsprechung des OGH eine derart grundlegende Veränderung der bei Eingehen der Verpflichtung bestehenden Verhältnisse voraus, dass im Beharren auf diese Verpflichtung, deren Erfüllung dem Schuldner nicht zumutbar ist, geradezu ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben erblickt werden müsste. Es müsste der von beiden Teilen anerkannte Vertragszweck nicht nur zeitweilig unerreichbar geworden sein.²⁴ Zudem dürfen sich für die eingetretene Störung weder einschlägige Risikotragungsregeln im Vertrag noch im Gesetz finden; es muss daher eine „Doppellücke“ vorliegen.²⁵ Jene Autoren, die eine Vertragsauflösung auf der Grundlage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bejahen, gehen folglich vom Bestehen einer solchen „Doppellücke“ aus.

Das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wird allerdings in der bisherigen Rechtsprechung sehr eingeschränkt und als letztes Mittel zur Beseitigung vertraglicher Bindungen nur dann angewendet, wenn die geltend gemachte Änderung der Verhältnisse in keiner Weise vorauszusehen war und auch nicht dem Bereich jener Partei zuzuschreiben ist, die sich auf diese Änderung beruft.²⁶

Nur der Wegfall einer von beiden Parteien gemeinsam dem Vertragsabschluss unterstellten Voraussetzung könnte als Wegfall der Geschäftsgrundlage gewertet werden.²⁷

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage würde in Analogie zu §§ 871 und 872 ABGB zur Aufhebung (der Vertrag kann gänzlich beseitigt werden) oder Anpassung (Korrektur) des Vertrages führen.²⁸

9.3. Unerschwinglichkeit der Leistung?

Allenfalls stünde dem Auftragnehmer infolge einer sogenannten Unerschwinglichkeit der Leistung ein besonderes Rücktrittrecht, und zwar als besonderer Fall der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung (§ 1447 ABGB), zu. In diesem Fall käme es jedenfalls zur Vertragsauflösung. Dafür ist aber ein grobes Missverhältnis von Aufwand und Wert der Gegenleistung notwendig, wobei es nach der jüngeren Rechtsprechung ausreichend sein soll, wenn die eigene Leistungserbringung aufgrund der Umstände unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos wäre. Die Weiterführung des Auftrags müsste also für den Auftragnehmer unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos sein, wobei für die Beurteilung ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Demnach sei eine besonders gravierende Divergenz zwischen den Kosten der Leistungserbringung einerseits und den aus dem Auftrag erwirtschafteten Erlösen andererseits notwendig, sodass eine Weiterführung des Auftrags nicht nur für den konkreten Auftragnehmer, sondern – unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten – ganz allgemein für Unternehmen in der Größenordnung und in vergleichbarer wirtschaftlicher Lage unvernünftig oder sinnlos wäre.²⁹

Folgt man *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*,³⁰ so stehen durchaus tragfähige Argumente auch für einen auftrag-

nehmerfreundlichen Standpunkt bei Preissteigerungen zur Verfügung. Der Auftragnehmer hätte demnach nur die Möglichkeit eines Vertragsrücktritts, wenn die Weiterführung des Auftrags wirtschaftlich unvernünftig oder sinnlos wäre. Die Unerschwinglichkeit darf für den Schuldner nicht vorhersehbar und ihm nicht subjektiv vorwerfbar sein.³¹

Ein anderer Teil der Lehre kritisiert die in § 1447 ABGB vorgesehene automatische Vertragsauflösung und liest die Bestimmung als Gestaltungsrecht. Das bedeutet, dass der Werkunternehmer die Vertragsauflösung unter der Bedingung erklären könnte, dass der Auftraggeber ein Angebot zur Vertragsanpassung nicht annimmt. Unter anderem sehen *Kasarek/Ring* diese Lösung als „gangbaren Weg“. ³² Auch *Kletečka* spricht sich in seinem Rechtsgutachten für die Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung aus.³³

9.4. Verkürzung über die Hälfte?

Unter anderen vertritt *Klang* die Auffassung, dass es einem Schuldner gestattet sein müsse, seine Leistung trotz aller Schwierigkeiten rechtswirksam zu erbringen. So solle dem Schuldner in Analogie zur Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*) gemäß § 934 Satz 2 ABGB die Möglichkeit offenstehen, das Rechtsgeschäft durch Anhebung des Preises auf ein die Selbstkosten des Schuldners deckendes Niveau zu retten. Das bedeutet, dass der Auftragnehmer den Vertrag anfechten können soll, wenn der vereinbarte Preis nicht einmal die Hälfte des Werts der Leistung ausmacht. Der Auftraggeber kann, wenn der Auftragnehmer den Vertrag aufgrund von *laesio enormis* anfecht, den Vertrag durch Aufzahlung aufrechterhalten.³⁴ Diese Auffassung trifft jedoch auch auf kritische Stimmen, da es sich bei der *laesio enormis* um einen Wurzelmangel handelt, bei dem das wirtschaftliche Ungleichgewicht bereits bei Vertragsabschluss vorliegen muss. Das ist bei nachträglichen Preissteigerungen jedoch nicht der Fall.

9.5. Zeitweiliges Aussetzen der wechselseitigen Pflichten?

Kletečka spricht sich bei einem ABGB-Vertrag für ein zeitweiliges Aussetzen der wechselseitigen Pflichten aus. Als Voraussetzungen dafür nimmt er die Außergewöhnlichkeit sowie die Unvorhersehbarkeit und Unabwendbarkeit und damit das Vorliegen höherer Gewalt an.³⁵

Auch *Klang* schlägt eine Verlängerung der Leistungspflicht und damit eine ähnliche Lösung vor, soweit eine Besserung der Marktverhältnisse zu erwarten ist.³⁶

10. Zusammenfassung

Bei einem Bauvertrag handelt es sich rechtlich um einen Werkvertrag, bei dem der Werkbesteller sich zur Leistung eines Werks gegen Entgelt verpflichtet.

Die Rechtsfolgen der aktuellen Preisentwicklung auf bereits bestehende Bauwerkverträge hängen vor allem davon ab, ob die Anwendung des ABGB oder der ÖNORM

B 2110 vereinbart wurde. Wurde die Anwendung der Bestimmungen des ABGB vereinbart, so werden Ereignisse, die in die neutrale Sphäre fallen, der Sphäre des Auftragnehmers zugeordnet. Kommen hingegen die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 zur Anwendung, fallen diese Risiken grundsätzlich in die Sphäre des Auftraggebers. Zu unterscheiden ist, ob ein Fixpreis oder ein variabler Preis vereinbart wurde. Wurde ein Fixpreis vereinbart, so haben nachträgliche Preisschwankungen keine Auswirkungen auf diesen. Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer haben Preisschwankungen zu ihren Lasten hinzunehmen. Die Vereinbarung eines variablen Preises hingegen lässt naturgemäß auch nachträgliche Veränderungen des Preises zu.

Bezüglich der Lösungsmöglichkeiten für die derzeit bestehende Problematik der extrem gestiegenen Preise gibt es in der Literatur stark auseinandergehende Meinungen. Die eine Seite gesteht dem Auftragnehmer ein Anpassungs- bzw. Rücktrittsrecht zu, während die andere Seite Fälle der höheren Gewalt ausnahmslos dem Auftragnehmer zurechnet.

Da es noch keine Judikatur zum gegenständlichen Thema gibt, ist es schwer, eine allgemeine Aussage darüber zu treffen, welche Lösungsmöglichkeit die richtige ist. Vor allem ist zu berücksichtigen, dass es immer auf den Einzelfall ankommt bzw auf den Inhalt des jeweiligen Bauwerkvertrages.

Anmerkungen:

- ¹ Die Begriffe „Werkbesteller“, „Besteller“ und „Auftraggeber“ einerseits sowie „Werkunternehmer“, „Unternehmer“ und „Auftragnehmer“ andererseits werden nachfolgend synonym verwendet.
- ² ÖNORM B 2110: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 15. 3. 2013).
- ³ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, Auswirkungen der aktuellen Materialpreissteigerungen und Lieferkettenstörungen, bau aktuell 2021, 142 (143); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 272; *Karasek/Ring*, Materialpreissteigerungen, bau aktuell 2021, 190 (191).
- ⁴ *Ch. Lang*, Die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. 1. 2009 (Teil V), ZVB 2010, 428 (431 ff).
- ⁵ *Lessiak*, Die ÖNORM B 2110 und Bauablaufstörungen, in *Lechner/Heck/Hofstadler*, Bauablaufstörungen (2011) 221 (230).
- ⁶ *Karasek*, ÖNORM B 2110³ (2016) Rz 1111 ff.
- ⁷ *Kletečka*, Rechtsgutachten zur Frage der Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung bzw. Vertragsauflösung eines Bauvertrages bei unvorhersehbarer nachträglicher Änderung der Preise und/oder Verfügbarkeit von Baustoffen (2021) 18, online abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/gutachten-lieferengpaesse-preissteigerungen.pdf>.
- ⁸ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 421; *Kletečka*, Schadenersatz versus höhere Gewalt, ÖJZ 2015, 1061 (1063 f); OGH 29. 4. 1981, 1 Ob 41/80.
- ⁹ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 23.
- ¹⁰ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, bau aktuell 2021, 145 f.
- ¹¹ OGH 13. 11. 1986, 6 Ob 662/86; 24. 10. 2013, 6 Ob 70/13g.
- ¹² OGH 13. 11. 1986, 6 Ob 662/86.
- ¹³ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, bau aktuell 2021, 146.
- ¹⁴ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 23 f.
- ¹⁵ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 24.

¹⁶ ÖNORM B 2118: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten – Werkvertragsnorm (Ausgabe: 1. 12. 2021).

¹⁷ *Wenusch*, ÖNORM B 2110² (2011) 307.

¹⁸ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 24.

¹⁹ *Kletečka*, Rechtsgutachten.

²⁰ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 38.

²¹ Vgl Punkt 3.7. der ÖNORM B 2110.

²² Vgl Punkt 3.8. der ÖNORM B 2110.

²³ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, bau aktuell 2021, 147 f.

²⁴ OGH 16. 9. 2008, 1 Ob 95/08i; 17. 12. 2013, 5 Ob 117/13m.

²⁵ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 12.

²⁶ RIS-Justiz RS0017454.

²⁷ RIS-Justiz RS0017487.

²⁸ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 901 Rz 58 ff.

²⁹ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, bau aktuell 2021, 147.

³⁰ *F. Müller/Lackner/Heck/Schiefer*, bau aktuell 2021, 146 f.

³¹ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 29; *Karasek/Ring*, bau aktuell 2021, 191.

³² *Karasek/Ring*, bau aktuell 2021, 195.

³³ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 44.

³⁴ *Klang*, Unerschwinglichkeit der Leistung (1921) 39; vgl auch *Karasek/Ring*, bau aktuell 2021, 191.

³⁵ *Kletečka*, Rechtsgutachten, 36.

³⁶ *Klang*, Unerschwinglichkeit, 39.

Korrespondenz:

Dr. Volker Mogel, LL.M.

Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte

E-Mail: volker.mogel@kcp.at