

ÖNorm B 2110 Ausgabe 2009

Vertragsstrafe
Leistungsbehinderung
Sicherstellung
Forcierungskosten

Haftungsausfüllung beim
Anlegerschaden

Gewährleistung beim
Unternehmenskauf

Rechtsanwalt als
Stiftungsvorstand

Diskriminierungsfreie Organisation eines
Online-Stellenmarkts

Besteuerung ausländischer
Immobilienveranlagungs-Instrumente

Online-Gaming
Regulieren statt Monopolisieren

Voraussetzungen zur Geltendmachung von Forcierungskosten

Der Beitrag fasst die Voraussetzungen zur Geltendmachung von Ansprüchen des Auftragnehmers im Falle von Mehraufwendungen aufgrund von vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderungen sowohl nach ABGB als auch nach der ÖNORM B 2110 zusammen.

JOHANNES HYSEK

A. Einleitung

Die Zeit ist bei Bauprojekten ein bedeutender Faktor. Dies ist insb auch daran zu erkennen, dass die Überschreitung von in Bauzeitplänen enthaltenen Fristen in nahezu allen Verträgen pönalisiert ist.

Verzögert sich jedoch die Leistungserbringung aus Gründen, die der Auftraggeber (AG) zu vertreten hat, stellen sich für den Auftragnehmer (AN) insb die Fragen, ob er einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung hat, oder ob er die vom Auftraggeber zu vertretende Verzögerung durch einen Mehreinsatz von Mitteln kompensieren muss, sowie ob er für diesen aufgrund der Forcierung entstehenden Mehraufwand einen Anspruch auf die daraus resultierenden Mehrkosten hat.

B. Begriff der Forcierungskosten

Forcierungskosten sind jene Kosten, die dem AN dadurch entstehen, dass er Mehrleistungen aufwen-

den muss, um den Verzug, der durch eine Behinderung entstanden ist, wieder aufzuholen, damit er das zu erbringende Werk fristgerecht fertig stellen kann. Davon zu unterscheiden sind jene Kosten, die dem AN dadurch entstehen, dass eine Behinderung zu einer Verlängerung der Leistungsfristen führt.

C. Vertrag

Eine Vereinbarung über die Errichtung eines Bauwerks ist ein Werkvertrag. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolgs (§ 1151 Abs 1 ABGB).

Beim Werkvertrag trägt das Risiko jene Partei, deren Sphäre das zufällige Ereignis zuzuordnen ist. Gem

Dr. Johannes Hysek ist Rechtsanwalt der Rechtsanwaltskanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH mit Sitz in Wien.

§ 1168 Satz 1 ABGB trägt der AN die Preisgefahr bis zur Übergabe des Werkes.

Verzögert sich allerdings die Herstellung des Werkes, ist fraglich, ob der AG in diesem Zusammenhang ein erhöhtes Entgelt zu leisten hat. Für die Zuordnung der Gefahr aus Vereitelung bzw Behinderung in der Bauausführung entscheidet die Herkunft des Hindernisses (Sphärentheorie).¹⁾ Während bei Vereitelung der Ausführung aufgrund eines in der Sphäre des AG liegenden Hindernisses der AN seinen Anspruch auf das vereinbarte bzw angemessene Entgelt behält, stellt sich die Frage, ob der AN bei Verzögerung der Werkerstellung wegen in der Sphäre des AG liegenden Behinderungsgründen einen Anspruch auf Erhöhung des Entgelts hat.

1. Anspruchsvoraussetzungen

Gem § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gebührt dem AN eine angemessene Entschädigung, wenn er durch Umstände, die auf Seiten des AG liegen, durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wird.

Daraus ergeben sich folgende Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs:

a) Werkverzögerung

Die geschuldete Herstellung des Werkes ist aufgrund der in der Sphäre des AG gelegenen Behinderung in der vertraglich vereinbarten bzw binnen angemessener Frist nicht mehr möglich. Wesentlich ist allerdings, dass das Werk nicht endgültig verhindert wird, sondern bloß nach der vereinbarten Frist erbracht wird.

Verzögerungen, die der Sphäre des AG zuzurechnen sind, verlängern die vertraglich festgelegten Leistungsfristen.²⁾ § 1168 ABGB gewährt dem AN daher einen Anspruch auf Fristverlängerung.

b) Leistungsbereitschaft

Der AN muss zur Erbringung seiner Leistung grundsätzlich bereit sein. Der Grund für die Verzögerung der Werkerstellung darf nicht in mangelnder Leistungsbereitschaft des Unternehmers liegen.³⁾

c) Gründe in der Sphäre des AG

Die zu einer Verzögerung der Leistungserbringung führenden Umstände müssen dem AG selbst und allenfalls seinen Erfüllungsgehilfen zurechenbar sein. Der AG hat die Behinderungsgründe bloß zu vertreten, ein Verschulden auf Seite des AG ist nicht erforderlich, weil § 1168 ABGB keinen Ersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch einräumt.⁴⁾

d) Kausalität

Die Behinderung muss ursächlich für den entstandenen Mehraufwand sein.

e) Nachweis des Mehraufwands

Nach dem Gesetz hat der AN einen Anspruch auf angemessene Erhöhung des Werklohns. § 1168 ABGB sieht im Unterschied zu den einschlägigen Bestimmungen der ÖNORM B 2110 kein bestimmtes formelles Procedere für die Geltendmachung des An-

spruchs vor. Selbst bei der Zugrundelegung eines Kostenvoranschlags unter ausdrücklicher Gewährleistung sind höhere Werklohnforderungen für Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückgehen, selbst ohne unverzügliche Anzeige gem § 1170 a ABGB zulässig.⁵⁾ Zur Beurteilung der Angemessenheit (siehe dazu unten) ist aber wohl der Nachweis des tatsächlich entstandenen Mehraufwands erforderlich.

f) Erschwernis

Es entspricht Lehre und Rsp, dass die hindernden Umstände auf der Seite des AG nicht immer zu einer Verzögerung der Werkerstellung führen müssen. Es kann auch sein, dass solche Umstände den Unternehmer zu erhöhten Anstrengungen, erhöhtem Arbeitsinsatz, erhöhten Aufwendungen oder zu einer Änderung des Arbeitskonzepts zwingen. Derartige Fälle sind ebenso zu beurteilen, wie jene der Werkverzögerung und können auch zu einer Entschädigung durch Aufstockung des Werklohns führen.⁶⁾ § 1168 ABGB räumt daher dem AN nicht nur einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung, sondern auch einen Anspruch auf angemessene Entschädigung für erforderliche Forcierungsmaßnahmen ein.

2. Entschädigungsanspruch

Wie bereits oben erwähnt, handelt es sich beim Anspruch auf angemessene Entschädigung nicht – wie der Wortlaut vermuten lässt – um einen Schadenersatzanspruch, sondern um einen Erfüllungsanspruch.⁷⁾ Die Entschädigung hängt dabei allerdings nicht vom freien Ermessen ab. Nach Lehre und Rsp ist bei der Beurteilung der Angemessenheit des Werklohns auf alle Umstände bedacht zu nehmen, die unter ähnlichen Verhältnissen maßgeblich sind,⁸⁾ insb kommt daher der Dauer des Zeitverlusts und dem bei der Entgeltbestimmung maßgeblichen Zeitfaktor besondere Bedeutung zu.

Angemessen ist jener Preis, der der üblichen Vergütung entspricht.⁹⁾ Die in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommende subjektive Äquivalenz hat auch auf die Angemessenheit durchzuschlagen.¹⁰⁾

D. Wahlrecht zwischen Baufristverlängerung und Forcierungsmaßnahmen?

Da, wie oben ausgeführt, § 1168 ABGB sowohl einen Anspruch auf Fristverlängerung als auch einen Anspruch auf angemessene Entschädigung iZm der Forcierung einräumt, könnte man ein entsprechendes Wahlrecht des AN annehmen.

1) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 264.

2) OHG 23. 2. 1999, 1 Ob 58/98 f ecolex 2000/5.

3) *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1168 Rz 26.

4) OGH 30. 8. 1994, 5 Ob 558/93.

5) *Krejci*, aaO § 1170 a Rz 7.

6) *Krejci*, aaO § 1168 Rz 25.

7) *Krejci*, aaO § 1168 Rz 28.

8) JBl 1955, 122, 226 und 414 f; JBl 1971, 572.

9) Hdb Priv BauR (*Kleine-Müller*) § 10 Rz 530.

10) *M. Bydlinski* in KBB² § 1168 Rz 7.

Dies wurde auch von der früheren Rsp¹¹⁾ unter Berufung auf *Krejci* vertreten, ebenso wie von der Lehre.¹²⁾ *Karasek*¹³⁾ verneint ein Wahlrecht zum einen mit der Begründung, dass Forcierungsmaßnahmen nicht immer geringere Kosten als eine Bauzeitverlängerung verursachen und eine Vertragsänderung darstellen. Zum andern spricht der OGH¹⁴⁾ aus, dass der AN ohne vertragliche Vereinbarung nicht zur Forcierung berechtigt ist bzw wenn er dennoch forciert, nur jene Mehrkosten vergütet erhält, die er auch bei Verlängerung der Leistungsfrist erhalten hätte.

Meines Erachtens widerspricht die jüngere Judikatur inhaltlich weder der früheren Rsp noch der Lehre. Der OGH spricht zwar aus, dass ohne vertragliche Vereinbarung der AN nicht zu Forcierungsmaßnahmen berechtigt ist, gleichzeitig führt er aber aus, dass der AN jene Mehrkosten vergütet erhält, die er auch bei Verlängerung der Leistungsfrist erhalten hätte, wenn er dennoch forciert. Im Ergebnis hat der AN daher sehr wohl ein Wahlrecht, ob er forciert oder ohne Forcierungsmaßnahmen die Verlängerung der Leistungsfrist in Anspruch nimmt (arg »[...] wenn er dennoch forciert ...«).¹⁵⁾ Daraus folgt, dass er wählen kann, ob er forciert oder nicht; in beiden Fällen hat der AN Anspruch auf angemessene Entschädigung. Der AG ist bei Annahme eines Wahlrechts nicht schlechter gestellt. Das Argument, dass Forcierungsmaßnahmen nicht immer geringere Kosten als eine Bauzeitverlängerung verursachen, ist daher nicht geeignet, ein Wahlrecht zu verneinen. Darüber hinaus ist der AN nicht verpflichtet, die für den AG günstigere Variante zu wählen, weil der Entschädigungsanspruch, wie oben bereits erwähnt, kein Schadenersatzanspruch, sondern ein Erfüllungsanspruch ist und ihn daher keine Schadenminderungspflicht trifft, und im Falle der Forcierung der Entschädigungsanspruch mit jener Höhe begrenzt ist, auf die der AN auch bei Inanspruchnahme der Leistungsfristverlängerung Anspruch hat. Auch die allgemeine Treupflicht steht dem nicht entgegen.

E. ÖNORM B 2110

Die aktuelle ÖNORM B 2110 fasst sowohl Leistungsänderungen als auch Behinderungen systematisch in Pkt 7. zusammen. Im Unterschied zu Vorfassungen ist diese Thematik meines Erachtens unübersichtlicher und schwieriger zu lesen.

Im Zusammenhang mit Forcierungsmaßnahmen regelt Pkt 7.5.1, dass Leistungen, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind und durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, ausgenommen bei Gefahr in Verzug, ohne schriftliche Zustimmung des AG nicht aus- oder fortgeführt werden dürfen.

Daraus folgt, dass für Leistungen, die aufgrund von Behinderungen erforderlich werden, der AG seine Zustimmung erteilen muss.

Erbringt der AN daher diesbezügliche Leistungen ohne Zustimmung des AG, verliert er seinen Anspruch auf Vergütung der tatsächlich angefallenen Forcierungskosten.

Wie oben ausgeführt, kann der AN aber für den Fall, dass er ohne Anordnung des AG forciert hat, bereicherungsrechtliche Ansprüche in jenem Ausmaß geltend machen, als er dem AG eine Verzögerungsschädigung gem § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB erspart hat.

Liegen die tatsächlichen Forcierungskosten allerdings unter jenen Kosten, die dem AN aus seinem Verzögerungsschädigungsanspruch zustünden, stehen die tatsächlichen Forcierungskosten mE sehr wohl zu. Dies lässt sich aus Pkt 7.1 ableiten, der den AN verpflichtet, alles Zumutbare aufzuwenden, um eine Störung der Leistungserbringung zu vermeiden oder deren Folgen soweit als möglich abzuwehren, wenn daraus keine Mehrkosten entstehen. Erspart der AN dem AG daher durch die Forcierung Kosten, auf die er bei Verlängerung der Fristen Anspruch hätte, entstehen dem AG daher keine Mehrkosten iSd Pkt 7.1, weshalb der AG die tatsächlichen Forcierungskosten zu ersetzen hat.

Pkt 7.4.1 regelt unter der Überschrift „Voraussetzungen“ (für die Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts) nicht bloß die Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch die Form der Geltendmachung.

11) OGH 27. 4. 1987, 1 Ob 42/86.

12) *M. Bydlinski* in KBB² § 1168 ABGB Rz 7.

13) *Karasek*, ÖNORM B 2110 Rz 1078.

14) OGH 21. 10. 2008, 1 Ob 200/08 f.

15) OGH 21. 10. 2008, 1 Ob 200/08 f.

Der Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts entsteht im Falle einer Behinderung bereits bei Eintritt der Störung der Leistungserbringung und ist ein aus § 1168 Abs 1 ABGB ableitbarer gesetzlicher Anspruch.¹⁶⁾ Die einschlägigen Bestimmungen der ÖNORM (Pkt 7.3, Pkt 7.4.1) bedingen den dispositiven § 1168 nicht ab, sie regeln bloß die Form der Geltendmachung des Anspruchs.

Der AN hat zum einen seine Forderung (Anspruch) anzumelden und zum anderen ein Zusatzangebot in prüffähiger Form vorzulegen. Versäumt er die Anmeldung, tritt gem Pkt 7.4.3 Anspruchsverlust in dem Umfang ein, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des AG zu dessen Nachteil führt. Die formalen Voraussetzungen sind bloß Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs, aber nicht für das Entstehen des Anspruchs per se, weil ein Anspruch bereits entstanden sein muss, damit er durch eine Obliegenheitsverletzung gekürzt werden oder entfallen kann.¹⁷⁾

16) OGH 10. 2. 2004, 1 Ob 268/03y.

17) *Karasek*, aaO Rz 1321.

SCHLUSSSTRICH

Nach § 1168 hat der AN einen Anspruch auf angemessene Verlängerung der Leistungsfristen sowie auf angemessene Entschädigung im Falle einer erforderlich werdenden Forcierung. Ob der AN ein Wahlrecht zwischen Verlängerung der Leistungsfristen und Forcierungsmaßnahmen hat, ist strittig, mE aber bei ABGB-Verträgen zu bejahen. Nach der ÖNORM B 2110 hat der AN – ebenso wie der AG – alles Zumutbare zu unternehmen, um die Folgen einer Behinderung gering zu halten, soweit keine Mehrkosten anfallen. Diese Bestimmung gilt allerdings nicht für vom AG angeordnete Leistungsänderungen. Erbringt der AN ohne Zustimmung des AG vertraglich nicht vereinbarte Forcierungsmaßnahmen, hat er grundsätzlich keinen Anspruch auf die angefallenen Mehrkosten. Er kann jedoch bereicherungsrechtliche Ansprüche in jenem Ausmaß geltend machen, als er dem AG eine Verzögerungsschädigung gem § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB erspart hat.