Teil 2: Die Nachteilsabgeltung bei Minderung und Entfall von Leistungen

Anforderungen an die neue ÖNorm B 2110

Der zweite Punkt des Leistungsänderungsrechts, der bei einer Überarbeitung der ÖNorm B 2110 einer Klärung bedarf, ist die Regelung der Nachteilsabgeltung bei Minderung oder Entfalls von Leistungen.

Der Punkt 5.24.10 der aktuellen Norm lautet: „5.24.10 Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen".

Erwächst dem AN durch Minderung oder Entfall eines Teiles einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder anderweitig abgedeckt ist, hat der AG diesen Nachteil abzugelten, nicht aber den im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn zu ersetzen.

Wie schon im ersten Teil dieses Artikels wird ein kurzer Rückblick auf die Entwicklung dieser Bestimmung gegeben, bevor die gegenwärtige Regelung besprochen wird. Dabei ist die Vergütung der Minderung oder des Entfalls von Leistungen im Zusammenhang mit der Mengenänderung zu sehen.

Die erste österreichische Norm für Vertragsbestimmungen für Bauleistungen ist die ÖNorm B 2002 „Verdingungsordnung für Bauleistungen B" von 1930. In dieser ÖNorm B 2002 ist die Vergütung in § 2 mit Verweis auf § 8 geregelt. In § 2 wird eine Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und nach dem Ausmaß der wirklich ausgeführten Leistungen vorgeschrieben, wenn keine andere Berechnungsart (z. B. Bauschpreis) vereinbart wurde. Im zweiten Absatz des § 2 wird die Urversion der Mengenänderungsklausel eingeführt, die sich mit der Abweichung der ausgeführten Mengen von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang befasst. Weichen die ausgeführten Mengen einer unter einem Einheitspreis zusammengefassten Leistung oder gleichartiger Leistungen, für die verschiedene Einheitspreise vereinbart sind, nicht mehr als 20 Prozent vom Vertragsumfang ab, erfolgt die Abrechnung mit dem vertraglichen Einheitspreis. Für Mehrleistungen über 20 Prozent ist auf Verlangen ein Preis zu vereinbaren, bei Minderleistungen ist für die über 20 Prozent hinausgehende Verminderung der Mengen § 8 „Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrag", Ziffer 1 anzuwenden. Dieser § 8 Z 1 wiederum gesteht dem AG bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Rücktritt vom Vertrag zu, sieht aber gleichzeitig für den AN die vereinbarte Vergütung vor, bei der allerdings anzurechnen ist, was sich der AN infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seine Betriebes erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Ein Verweis auf § 1168 ABGB, der den Entgeltanspruch des Unternehmers bei Werkabbestellung durch den AG regelt, schließt diese Vorgängerfassung für die Bestimmungen 5.24.10 und 5.38.6.4 der aktuellen ÖNorm B 2110 ab. Dieser Verweis zeigt auf, dass die Verfasser der Önorm ursprünglich eine einheitliche Regelung für Leistungsminderung und Leistungsentfall bzw. Rücktritt vom Vertrag vorgesehen hatten, nämlich analog des seit 1. Jänner 1917 geltenden § 1168 Abs 1 ABGB, der lautet: „(1) Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung."

Tatsächlich ausgeführte Menge

Die Mengenänderungsklausel dient somit zur Vergütungsanpassung an die tatsächlich ausgeführte Menge und ist deshalb in der B 2002 nicht den Bestimmungen der Leistungsänderungen zugeordnet. Zu beachten ist aber des Weiteren, dass die Urversion der Mengenänderungsklausel lediglich für die Mehrleistungen über 20 Prozent die Vereinbarung eines (neuen) Preises vorsieht, also nicht insgesamt einen neuen Einheitspreis für die abgerechnete Menge und bei Minderleistungen über 20 Prozent nur einen Entschädigungsanspruch in Anlehnung an § 1168 ABGB.

In der ersten ÖNorm B 2110 idF 1947 erfuhr die Mengenänderungsklausel in § 3 Abs 6 Lit d eine wesentliche Änderung. Nunmehr sind bei der Abweichung der auszuführenden Mengen von unter einer Gruppe gleichartiger Bauarbeiten zusammengefassten Herstellungen mit verschiedenen Einheitspreisen, gemessen an der Kostensumme um mehr als 20 Prozent von dem im Vertrage vorgesehenen Umfang nach oben oder unten, auf Verlangen des AG oder AN neue Preise zu vereinbaren, wenn kalkulationsmäßig eine Änderung der Einheitspreise gerechtfertigt ist. Ein Verweis auf die Entschädigungsbestimmungen in § 10 „Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrag" im Zusammenhang mit Mengenminderungen ist in dieser Ausgabe der Norm nicht zu finden, er scheint den Verfassern aufgrund der Vereinbarung neuer Einheitspreise nicht notwendig zu sein. In diesem § 10 bezieht sich der Vertragsrücktritt des AG nur auf den gesamten Vertrag oder auf einen in sich abgeschlossenen Teil der übertragenen Leistung.

In der Fassung der ÖNorm B 2110 von November 1967 wird im Kapitel 2.3 „Änderungen von Leistungen" jedoch eine Bestimmung, die dem AN eine Vergütung bei Minderung oder Entfall eines Teiles der Leistung zuspricht, wieder eingeführt.

Allerdings wird in diesem Zusammenhang von einem „Schaden" ausgegangen, also nicht von einem Entgeltanspruch gemäß § 1168 Abs 1 ABGB. Diese „Schadenersatzregelung" legt fest, dass von dem Vermögensschaden nur der wirkliche Schaden, wenn er nicht bereits durch neue Einheitspreise oder anderweitig gedeckt ist, zu ersetzen ist. Ausgenommen wird der entgangene Gewinn und jener Schaden, der daraus entstanden ist, dass der AN andere Aufträge nicht übernehmen konnte.

Änderungen von Preisen

Die nächste Ausgabe der ÖNorm B 2110 von März 1973 bringt in Bezug auf „Änderung von Leistungen" keine Neuerungen, da der Text der Vorgängerfassung übernommen wurde. Mit der ÖNorm B 2110 idF 1983 gelten in Bezug auf Leistungsänderungen die Bestimmungen der ÖNorm A 2060 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Leistungen" – lediglich die Bestimmung „Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen" bleibt weiterhin Teil der ÖNorm B 2110. Dort wird in Bezug auf Mengenänderungen festgehalten, dass wenn durch Änderungen von Mengen der vereinbarten Leistungen der Gesamtpreis der vertragsgemäß zu erbringenden Leistung oder der Preis von Gruppen gleichartiger Leistungen beeinflusst wird, neue Preise zu vereinbaren sind, wenn dies kalkulationsmäßig begründet und die Abweichung beträchtlich ist. Das Vergütungsrisiko bei Mengenänderungen wird somit auf den gesamten Auftrag ausgeweitet, wenn keine Gruppen gleichartiger Leistungen vorhanden sind. In der A 2060 ist dem AN ein Nachteil, der ihm durch Minderung oder Entfall eines Teiles einer Leistung

entsteht, abzugelten, nicht aber der entgangene Gewinn zu ersetzen. Im Zusammenhang mit der Minderung bzw. dem Entfall von Leistungen wird in der A 2060 erstmals der Begriff „Nachteil" statt „Schaden" eingeführt.

Mit März 1995 erschien eine weitere ÖNorm B 2110, die wieder über umfangreiche Bestimmungen zu den Leistungsänderungen im Kapitel „Geänderte und zusätzliche Leistungen" verfügt, die mit den aktuellen Bestimmungen – bis auf die Mengenänderungsklausel – fast gänzlich übereinstimmen.

Gleichartige Leistungen

Die Mengenänderungsklausel wurde gegenüber der Vorgängerfassung von 1983 zwar umformuliert, indem „Gruppen gleichartiger Leistungen" zu „Leistungsgruppen" wurden und statt „Änderung der Mengen" wieder auf „Abweichung der abzurechnenden Mengen von den im Vertrag angegebenen Mengen" zurückgegangen wurde, entsprach dieser aber durch die Bezugnahme auf den Preis der Leistungsgruppe oder den Gesamtpreis immer noch inhaltlich. Jedoch wird diese Bestimmung in der Literatur stärker kritisiert, so zeigt z. B. Wolkerstorfer auf, dass durch die Bezugsbasis der Leistungsgruppe es dem AN fast unmöglich ist, Preisanpassungen nach der Mengenänderungsklausel zu verwirklichen, und weist im Vergleich auf die gerechtere Bestimmung der VOB B hin, die sich – wie seit 1926 unverändert – bei Mengenänderungen auf die Einzelposition bezieht .

Ebenfalls zurückgekehrt in die ÖNorm B 2110 idF 1995 ist die Bestimmung über die Folgen einer Minderung oder eines Entfalls eines Teiles einer Leistung, die zuletzt 1973 als Unterpunkt der „Änderung von Leistungen" zu finden war. Allerdings wurde in der Fassung von 1995 der „Schaden" bzw. „wirkliche Schaden" – wie bereits in der A 2060 idF 1983 – durch „Nachteil" ersetzt und der Satzteil über „jenen Schaden, der etwa daraus entstand, dass der AN andere Aufträge nicht übernehmen konnte" weggelassen, sodass aus der Bestimmung, die sich zu Beginn der Verdingungsnormen 1930 an den § 1168 (1) ABGB – Unterbleiben der Ausführung des Werkes – orientierte, lediglich der „entgangene Gewinn" als Hinweis auf die 1967 eingeführten Begriffe des Schadenersatzes übrigblieb.

Im März 2000 erschien eine weitere Ausgabe der ÖNorm B 2110, die in Bezug auf die „Berechtigung des AG zur Anordnung von Leistungsänderungen bzw. zusätzlichen Leistungen", der „Änderung von Preisen infolge Abweichungen von den vorgesehenen Mengen" und „Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen" keine inhaltlichen Neuerungen bringt. In seinem Kommentar zur Textfassung 2000 gesteht Karasek dem AN in Bezug auf die Bestimmung „Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen" den Werklohn abzüglich der Ersparnisse zu und ergänzt: „In wirtschaftlicher Hinsicht bedeutet dies, dass dem AN der aus dem Auftrag entgangene ‚kalkulatorische Gewinn' zu ersetzen ist. Dieser wird – terminologisch unglücklich – von der ÖNorm als ‚Nachteil' bezeichnet." An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass gemäß der Norm grundsätzlich nur jener Nachteil abzugelten ist, der nicht durch neue Einheitspreise oder anderweitig abgedeckt ist.

Über-/Unterschreitung der Menge

Genau zwei Jahre später wird die aktuelle Fassung der ÖNorm B 2110 vom März 2002 veröffentlicht. Sie bringt eine grundlegend neue Mengenänderungsklausel, die durch die Diskussion in der Literatur und den Blick auf die VOB, Teil B – dem Wortlaut der Bestimmung und deren Anwendung – bedingt wurde. So beinhaltet die Mengenänderungsklausel nunmehr wieder, dass „bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20 Prozent [...] ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren [ist], wenn dies kalkulationsmäßig auf bloße Mengenänderung zurückzuführen ist".

Während diese Änderung sicherlich positiv ist, wurde in der Bestimmung „Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen" statt dem „entgangenen Gewinn" der „im Gesamtzuschlag kalkulierte Gewinn" vom Ersatz im Rahmen der Nachteilsabgeltung ausgenommen und dadurch eine Schlechterstellung des AN in diesem Fall herbeigerufen, die durch den endgültigen Abgang von einem Entgeltanspruch gemäß § 1168 Abs 1 ABGB begründet ist. Die Bestimmung 5.24.10 der aktuellen Önorm soll jene Nachteile, die dem AN durch ein (teilweises) Unterbleiben der Ausführung des Werkes entstehen, abdecken und wird im Rahmen der Diskussion über die Auslegung in der Literatur eben gern dem § 1168 ABGB gegenübergestellt, da es sich hierbei ebenfalls um ein Unterbleiben der Ausführung des Werkes handelt.

Fortsetzung auf Seite 26

bau.unternehmen

Neu am Bau

Juen Bau GmbH
Unterbirkenberg 33b
6410 Telfs

Baumeister Robert Litzka GmbH
Grenzstraße 25
2231 Strasshof an der Nordbahn

Kraus Gerüstebau GmbH
Freistädter Straße 226
4040 Linz

B & K Bauträger GmbH
Innsbrucker Straße 83
6060 Hall in Tirol

Ottobau GmbH
Jasminweg 3
4061 Pasching

Insolvenzen

Stiefmann Bau GmbH
8580 Köflach, Kärntnerstraße 24
Beschluss vom 26.5.2008

Quelle: Justiz Ediktsdatei

Greift § 1168 Abs 1 ABGB – wenn also kein Önorm-Vertrag vorliegt – dann muss sich der AN nur die durch den Leistungsentfall bedingten Ersparnisse anrechnen lassen. Gemäß Karasek bedeutet dies, „dass der AG dem AN den entgangenen ‚kalkulatorischen Gewinn' ersetzen muss. Zur Ersparnis zählen erspartes Arbeitsmaterial, nicht aufgewendete Arbeitslöhne, nicht aber die ersparten Eigenleistung des AN. [...] Der AN hat bei Erfüllungsverweigerung durch den AG nur den eingeschränkten Entgeltanspruch, nicht aber schlechthin Anspruch auf Bezahlung der von ihm bis zur Stornierung des Auftrages getätigten Aufwendungen. Die Regelung des § 1168 Abs 1 ABGB bezweckt, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftes für den AN zu erhalten. Er soll durch die Stornierung des Werkauftrages keine Schlechterstellung, aber auch keine Besserstellung auf Kosten des Vertragspartners erfahren [...]."

Vergleich der Nachteilsabgeltung

Durch Vergleich der Nachteilsabgeltung des Punktes 5.24.10 der Önorm für entfallene Leistungen mit den Bestimmungen des § 1168 (1) des ABGB wird die Schlechterstellung des AN durch Vorenthaltung des kalkulierten Gewinns ersichtlich. Bei erneuter Betrachtung der Vorgängerfassungen und der darin vorgenommenen stückweisen Veränderungen zeigt sich die erfolgte Abkehr vom § 1168 (1) ABGB bei den Regelungen betreffend der Minderung oder des Entfalles von Leistungen. Wie bereits aufgezeigt, beinhaltete die erste ÖNorm B 2002 im Zusammenhang mit Minderleistungen noch den eindeutigen Bezug auf § 1168 ABGB, der nach dem Zweiten Weltkrieg in der Ausgabe der ÖNorm B 2110 vom November 1967 wegfiel und durch die „Schadenersatzregelung" ersetzt wurde. Im Laufe der Zeit wurde also die „vereinbarte Vergütung" zum „Schaden" und schlussendlich zum „Nachteil". Die Bezeichnungen „entgangener Gewinn" und „wirklicher Schaden" entstanden in der Periode, in der von „Schaden" gesprochen wurde, sind also Begriffe aus dem Schadenersatzrecht.

Im Schadenersatzrecht ist unter einem „entgangenen Gewinn" jener Vermögensschaden zu verstehen, der durch Beeinträchtigung künftiger Erwerbs- und Gewinnchancen bei voller Genugtuung entsteht. In der Literatur wird das Abgrenzungsproblem dieser Definition aufgezeigt und die Vernichtung einer bloßen Chance einem „entgangenen Gewinn" zugeordnet, die Vereitelung einer relativ sicheren Erwerbschance oder Gewinnmöglichkeit, die zum Zeitpunkt der Schädigung im Verkehr bereits als selbstständiger Vermögenswert angesehen wird – z. B. ein Vorteil aus gesicherter Vertragsposition – zum „positiven Schaden" (= Minderung vorhandenen Vermögens) zugeordnet, wobei sich der „wirkliche Schaden" aus dem realen Schaden und dem positiven Schaden zusammensetzt. Diesen Ausführungen zufolge ist der im Gesamtzuschlag kalkulierte Gewinn eine relativ sichere Erwerbschance und somit als positiver Schaden anzusehen.

Kalkulierter Gewinn

Mit der ÖNorm der Fassung 2002 wurde die Diskussion um den Anspruch auf den kalkulierten Gewinn, die durch die Ausgaben 1995 und 2000 entstanden war, durch den Austausch des Begriffes „entgangener Gewinn" mit „nicht aber dem im Gesamtzuschlag kalkulierten Gewinn" beendet. Bleibt die derzeitige Fassung dieser Bestimmung erhalten, kann dem AN eigentlich nur geraten werden, auf den Ausweis des kalkulierten Gewinnes im Gesamtzuschlag zu verzichten, um im Falle der Minderung oder des Entfalles von Leistungen nicht auf den – ihm nach den ABGB zustehenden – kalkulierten Gewinn verzichten zu müssen.

Der Rückblick auf die Vorgängerfassungen der aktuellen ÖNorm B 2110 zeigt, wie sich die Bestimmungen der Leistungsänderungen, die in der ersten Ausgabe von 1930 noch stark an die deutschen Normung angelehnt waren, im Laufe der Zeit veränderten. Besonders die österreichische Version der Bestimmung über die Vergütung von Mengenabweichungen führte zu Diskussionen, die erst 2002 durch Wiedereinführung in ihrer ursprünglichen Ausrichtung beendet werden konnten. Bei Analyse der stilistischen und layouttechnischen Veränderungen konnte gezeigt werden, wie in so manche Auslegungsdiskussionen der Literatur – wie z. B. die Erfordernis der Notwendigkeit rein bei zusätzlichen Leistungen (Teil 1 dieses Artikels) – durch die Zurückverfolgung in den Normen neue Argumente eingebracht werden können. Gleichzeitig wurde in diesem Zusammenhang die Entwicklung der Bestimmung „Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung und Entfall von Leistungen" aufgezeigt und die Frage aufgeworfen, ob ihr Endresultat auch in Zukunft erhalten bleiben soll oder ob auch hier, analog zur Mengenänderungsklausel, eine Rückbesinnung auf die ursprüngliche Vergütungsregelung vorgenommen werden sollte.

Dieser Artikel stellt somit eine Aufforderung an die ON-Arbeitsgruppe 015 20 „Überarbeitung der ÖNorm B 2110" dar, bezüglich der Frage der Notwendigkeit bei Leistungsänderungen und der Nachteilsabgeltung eine eindeutige Stellung zu beziehen und diesen Standpunkt in der neuen Norm klar und unmissverständlich zu formulieren.

Dipl.-Ing. Livia Prestros
Fachbereich Bauwirtschaft und Baumanagement
Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement
TU Wien

1) Vgl. Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts 11 II (2000), 240.
2) Punkt 5.24.10 „Abgeltung eines Nachteils zufolge Minderung oder Entfalles von Leistungen" ist ein Unterpunkt der Bestimmungen zu den Leistungsänderungen, und Punkt 5.38.6.4 beschäftigt sich mit den Folgen des Rücktritts vom Vertrag durch den AN, wenn die Umstände, die zum Rücktritt geführt haben, auf Seiten des AG liegen.
3) Im Sinne einer Abrechnungsregelung der Umlagen etc von einer Preisanpassung bei Leistungsänderungen zu unterscheiden.
4) Durch die Auslassung des Satzteiles „unter einem Einheitspreis zusammengefassten Leistungen" aus der ÖNORM B 2002 idF 1926 wurde die alternative Preisanpassungsmöglichkeit für eine Position mit Einheitspreis ausgeschlossen. Wolkerstorfer geht diesbezüglich von „einer wahrscheinlich unbeabsichtigten Änderung, deren Folgen damals nicht voraussehbar war" aus (Wolkerstorfer: Back to the Roots (Teil 1). ÖBZ Nr 23 (2002), 11).
5) Anspruchsvoraussetzung für einen Schadensersatz ist das Vorliegen der Zurechnungsgründe Schaden, Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit gegen Vertrag oder Gesetz. § 1168 Abs 1 ABGB hingegen ist ein verschuldensunabhängiger Entgeltanspruch des AN. Da die ÖNORM in der Bestimmung 2.31 dem AG das Leistungsänderungsrecht in Bezug auf Art und Menge der Leistungen zugesteht, kann bei Minderung oder Entfall von Leistungen nicht von einer schuldhaften Handlung ausgegangen werden.
6) Die Einführung des Begriffes „Leistungsgruppen" sollte die Meinungsverschiedenheiten zwischen Bauherrn und Unternehmern über die Definition einer Gruppe von gleichartigen Leistungen beenden. (Vgl. Oberndorfer „Ein Vorschlag zur Neuformulierung der 20 Prozent-Klausel in der ÖNORM B 2110" in Bernat/Böhker/Weilinger (Hrsg) Festschrift Heinz Krejci II (2001), 1466.)
7) Vgl Wolkerstorfer, Back to the Roots (Teil 2). ÖBZ Nr 24 (2002), 19f.
8) Bei dieser Bestimmung wird der Plural im Begriff „von Leistungsgruppen" gestrichen und durch „einer Leistungsgruppe" ersetzt. Durch diese sprachliche Klarstellung ist die Mengenänderungsklausel nun eindeutig auf Leistungen einer Leistungsgruppe des Leistungsverzeichnisses abzustimmen (vgl. Oberndorfer „Ein Vorschlag zur Neuformulierung der 20 Prozent-Klausel in der ÖNORM B 2110" in Bernat/Böhker/Weilinger (Hrsg) Festschrift Heinz Krejci II (2001), 1467).
9) Vgl. Karasek, Kommentar ÖNORM B 2110 (2003), 294f Rz 533.
10) Vgl. Oberndorfer, „Ein Vorschlag zur Neuformulierung der 20 Prozent-Klausel in der ÖNORM B 2110" in Bernat/Böhker/Weilinger (Hrsg) Festschrift Heinz Krejci II (2001), 1465ff.
11) Vgl. Gölles/Link, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker 1 (2002), 99 Rz 5.24.10-1.
12) Vgl. Karasek, Kommentar ÖNORM B 2110 (2003), 291f Rz 528.
13) Vgl. Langer, Die Bauvertragsnorm B 21103 (2003), 51; allgemein in: Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts11 II (2000), 276; Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht (2002), 62.