

## **10. Grazer Baubetriebs- & Baurechtsseminar**

Die Mehrkostenforderung – Nachweisführung, konkret oder global?

Herausgeber

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Assoc.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Christian Hofstadler

## Inhaltsverzeichnis

	<b>Vorwort</b> .....	III
A 1	<b>Zipperer</b> Die ASFINAG 2018 – Was dürfen Sie von uns erwarten?.....	1
A 2	<b>Heck</b> Mehrkostenforderungen, ein anstehender Paradigmenwechsel oder nur lästige Pflicht in der Nachweisführung?.....	7
A 3	<b>Eschenbruch</b> Stand und Ausblick der Nachweisführung von Mehrkostenforderungen am Bau in Deutschland: Was sagen und meinen eigentlich BGH und OLG?.....	29
A 4	<b>Hussian</b> Die Nachweisführung gestörter Bauabläufe aus Sicht des Auftragnehmers.....	49
A 5	<b>Kodek</b> Mehrkosten beim Bauvertrag – Anspruchsvoraussetzungen und Nachweisführung.....	67
A 6	<b>Kletečka</b> Rechtliche Betrachtung der Diskussion der Nachweisführung von Mehrkostenforderungen.....	95
A 7	<b>Müller</b> Die Illusion des Einzelnachweises – Möglichkeiten der Nachweisführung und ihre Grenzen.....	97
A 8	<b>Harrer</b> Das Vergabeverfahren als eine Ursache von Mehrkosten- forderungen?.....	125
	<b>Kurzlebensläufe der Referenten</b> .....	153

## A 7 Die Illusion des Einzelnachweises – Möglichkeiten der Nachweisführung und ihre Grenzen

**DDr. Katharina Müller**

**Müller Partner Rechtsanwälte GmbH**

**Rockgasse 6**

**1010 Wien**

### Inhalt

1.	Einleitung.....	98
2.	Anspruch auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 ABGB.....	99
2.1	Allgemeines .....	99
2.2	Keine Anwendung schadenersatzrechtlicher Grundsätze .....	100
2.3	Die Vertragsanpassung .....	103
3.	Elemente des Anspruchs gemäß § 1168 ABGB.....	105
3.1	Umstände auf der Seite des Auftraggebers.....	105
3.2	Zeitverlust.....	105
3.3	Kausalität der Umstände für den Zeitverlust.....	107
3.4	Verkürzung .....	107
3.5	Leistungsbereitschaft.....	110
3.6	Zwischenergebnis.....	110
4.	Zur Höhe des Anspruchs auf Entgeltanpassung .....	111
5.	Beweisführung - Behauptungs- und Beweislast .....	112
5.1	Allgemeines .....	112
5.2	Regelbeweismaß und Beweiserleichterungen.....	113
5.3	Begriff des Beweises .....	115
5.4	Begriff des Einzelnachweises .....	115
5.5	Zwischenergebnis.....	118
6.	Behauptungs- und Beweislast beim gestörten Bauablauf.....	118
7.	Bedeutung der Dokumentation für den (bauwirtschaftlichen) Nachweis .....	121
8.	Fazit.....	122

## 1. Einleitung

In der Baupraxis besteht zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer zwar in der Regel Einigkeit darüber, dass eine Störung vorliegt. Es ist jedoch häufig strittig, ob die Störung dem Auftragnehmer einen Mehraufwand verursacht, der diesen zur Entgeltanpassung berechtigt. Die zentralen Fragen stellen sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausmaß des Mehraufwands sowie der erforderlichen Dokumentation und Beweisführung zu den bauwirtschaftlichen Auswirkungen.

Die Problematik der Nachweisführung bei Mehrkosten infolge von gestörten Bauabläufen hat in der rechtswissenschaftlichen, aber auch der bauwirtschaftlichen Literatur zuletzt an Dynamik gewonnen. Kaum ein anderes Thema steht so an der Schnittstelle zwischen Recht und Bauwirtschaft. Zahlreiche Autoren beschäftigen sich in verschiedenen rechtlichen und bauwirtschaftlichen Publikationen mit diesem Thema. Die Judikatur zu diesem Thema ist spärlich. Konkret beschäftigen sich nur einige wenige OGH-Entscheidungen mit der Frage der Entgeltanpassung (infolge von gestörten Bauabläufen).<sup>1</sup>

In der aktuellen rechtswissenschaftlichen und bauwirtschaftlichen Literatur werden vor allem folgende Punkte durchaus strittig diskutiert<sup>2</sup>:

- Anzuwendende Rechtsgrundsätze bei der Auslegung des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB: Der Anspruch wird trotz (weitgehend) unstrittiger Qualifikation als Entgeltanspruch von einem Teil der Literatur primär nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen in Richtung eines Vermögensvergleichs behandelt. Dabei wird auf die deutsche Rechtsprechung Bezug genommen.
- Angemessenheit des Anspruchs: Es besteht eine gewisse Tendenz, Überlegungen zur Angemessenheit der Höhe eines Anspruchs auf Mehrkosten schon auf die Diskussion zum Anspruch dem Grunde nach zu verlagern.
- Abgrenzung der Elemente des Anspruchs dem Grunde nach sowie des Anspruchs der Höhe nach: die Abgrenzung ist insbeson-

<sup>1</sup> OGH 4 Ob 128/14y = bau aktuell 2014, 222 = ZAK 2014, 396; OGH 3 Ob 180/12k = bau aktuell 2012, 231 = bbl 2013, 75/62; OGH 7 Ob 174/11f = ecolex 2012, 303 = bau aktuell 2012, 32; OGH 2 Ob 203/08d = bbl 2009, 198/152 = bau aktuell 2010, 35; OGH 2 Ob 301/05m; OGH 2 Ob 248/05t = bbl 2006, 200/160 = RdW 2006, 627; OGH 1 Ob 259/04a = bbl 2005,133 = ecolex 2005,528; OGH 4 Ob 46/01w; OGH 8 Ob 63/98t; OGH 5 Ob 558/93; OGH 1 Ob 42/86; OGH 5 Ob 519/85 = SZ 58/41; wemgleich in einem anderen Kontext OGH 3 Ob 501/94.

<sup>2</sup> *Hussian*, Die Behauptungs- und Beweislast bei Mehrkostenforderungen bei Mehrkostenforderungen, in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251; *Hock*, Zur Angemessenheitsprüfung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenforderungen von Werkunternehmern – ein Beitrag zu § 1168 Abs 1 ABGB, ecolex 2015, 539; *Kletečka*, Beweisfragen in Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (Teil I), bau aktuell 2017, 4; *Goger/Gallistel*, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen, bau aktuell 2017, 10; *Kletečka*, Beweisfragen in Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (Teil II), bau aktuell 2017, 44; *Berlakovits/Karasek*, Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen, bau aktuell 2017, 89; *Kodek*, Mehrkosten beim Bauvertrag: Dogmatische Grundfragen und praktische Anwendung, bau aktuell 2017, 135; *Kropik*, Mehrkostenforderungen von Bauunternehmern (Teil I) – eine rechtliche und bauwirtschaftliche Analyse, ZVB 2017, 489; *Kropik*, Mehrkostenforderungen von Bauunternehmern (Teil II) – Beweistiefe, Grenzen der Nachweismöglichkeiten und Berechnungsmethoden, ZVB 2017, 538; *Kodek*, Mehrkosten beim Bauvertrag - Zum Entschädigungsanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB, ZAK 2017, 187; *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf (2016); *Kodek/et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017).

dere für Fragen des Beweismaßes und der Anwendbarkeit von Beweiserleichterungen maßgeblich.

- Zulässigkeit und Voraussetzungen des Anscheinsbeweises: Ein Teil der Literaturmeinungen verneint die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises infolge fehlender formelhafter Geschehensabläufe bei gestörten Bauabläufen.
- Anforderungen an die erforderliche Dokumentation: Generell steigen die Anforderungen an die Dokumentation zu Mehrkostenforderungen und deren Auswertung. Unter dem Schlagwort „Einzelnachweis“ werden teilweise (unbegründet) kaum noch erfüllbare Dokumentationsanforderungen erhoben.<sup>3</sup>

Ziel dieser Publikation ist es, im Rahmen der Diskussion über die Nachweisführung bei gestörten Bauabläufen zunächst die Auslegung der gesetzlichen Regelung des Mehrkostenanspruchs gemäß § 1168 Abs 1 ABGB auf die richtigen Wertungen zurückzuführen: Der Anspruch gemäß § 1168 ABGB ist kein Schadenersatzanspruch, sondern ein Erfüllungsanspruch. Ein Rückgriff auf schadenersatzrechtliche Grundsätze scheidet schon nach der Rechtsnatur des Mehrkostenanspruchs aus. Es sind vielmehr jene Wertungen und Rechtsnormen zu berücksichtigen, die mit der Rechtsnatur des Anspruchs vereinbar sind. Weiter soll aufgezeigt werden, dass die immer wieder erhobene Forderung nach einem sogenannten „Einzelnachweis“ auf einem grundlegenden Missverständnis zur Art der Nachweisführung zu Grund und Höhe bei gestörten Bauabläufen basiert.

## 2. Anspruch auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 ABGB

### 2.1 Allgemeines

Um die Frage beantworten zu können, welche Möglichkeiten der Nachweisführung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenansprüchen bestehen und wie deren Grenzen verlaufen, ist zunächst auf die gesetzliche Anspruchsgrundlage des § 1168 Abs 1 ABGB einzugehen. § 1168 Abs 1 ABGB ist nach Rechtsprechung und Literatur ein Ausfluss der Sphärentheorie. Nach dieser hat jener Vertragsteil den Zufall zu tragen, in dessen Sphäre sich der Zufall ereignet.<sup>4</sup> § 1168 Abs 1 ABGB regelt jene Fälle, in denen den Auftraggeber der Zufall trifft.<sup>5</sup> Im Kern geht es im

<sup>3</sup> Kodek, bau aktuell 2017, 135; Kodek, ZAK 2017, 187; Hock, ecollex 2015, 539.

<sup>4</sup> OGH 5 Ob 519/85 = SZ 58/41; OGH 27.4.1987, 1 Ob 42/86; SZ 67/92; .

<sup>5</sup> In § 1168 Abs 1 ABGB heißt es wörtlich „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“.

§ 1168 Abs 1 ABGB um die Frage, wann der Auftraggeber nach dem Vertrag oder dem dispositiven Recht die Preisgefahr für ein konkret verwirklichtes Risiko zu tragen hat.<sup>6</sup> Auf ein Verschulden des Auftraggebers kommt es daher nicht an.<sup>7</sup>

§ 1168 ABGB behandelt zwei Tatbestände: § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB normiert, dass der leistungsbereite Auftragnehmer seinen Entgeltanspruch auch ohne Werkerstellung behält, sofern er durch Umstände verhindert wurde, die auf Seite des Auftraggebers liegen. § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB normiert, dass dem leistungsbereiten Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn er infolge von Umständen auf Seite des Auftraggebers durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wurde.<sup>8</sup>

Auch im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 ist § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB die maßgebliche Rechtsgrundlage bei störungsinduzierten Mehrkostenforderungen. Die Regelung der ÖNORM B 2110 konkretisiert insbesondere in Pkt 7 die gesetzliche Regelung für Mehrkosten infolge von Störungen der Leistungserbringung. Sie schafft aber keine eigenständige Rechtsgrundlage für derartige Ansprüche.<sup>9</sup>

## 2.2 Keine Anwendung schadenersatzrechtlicher Grundsätze

In der Folge soll zwar nur der Mehrkostenanspruch nach § 1168 Abs 1 zweiter Satz ABGB behandelt werden. Jedoch ist die beim eingeschränkten Werklohnanspruch gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB zu erkennende Wertung des Gesetzgebers hervorzuheben, zumal dieser Anspruch umfassender ist als der Mehrkostenanspruch.<sup>10</sup> Der Auftragnehmer soll dem Grunde nach weiterhin Entgelt für Leistungen erhalten, obwohl (oder weil) er diese gar nicht mehr erbringen muss. Zwar kann die Höhe des Anspruchs durch Anrechnung ersparter Aufwendungen, Erwerbe durch anderweitige Verwendung oder absichtlich versäumte Erwerbe gemindert werden;<sup>11</sup> jedoch fällt damit nicht der Anspruch dem Grunde nach weg. Überdies sind anrechenbare Umstände vom Auftraggeber zu behaupten und zu beweisen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber verpflichtet also den Auftraggeber zur Entgeltzahlung für ein Werk, das er – unabhängig von seinem eigenen Verschulden – letztlich gar nicht erhält. Der

<sup>6</sup> *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 1; *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 4.

<sup>7</sup> OGH 3 Ob 501/94, JBI 1995, 658 (*Karollus-Bruner*); *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 10; *Kletečka*, bau aktuell 2017,4 (6).

<sup>8</sup> *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 4ff.

<sup>9</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1293.

<sup>10</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 539 (540).

<sup>11</sup> *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 25ff; *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 13ff.

<sup>12</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1523.

Auftragnehmer erhält Entgelt, auch wenn der Auftraggeber kein Verschulden an der unterlassenen Ausführung des Werks hat. Schadenersatzrechtliche Grundsätze haben hier keine Bedeutung. Vielmehr geht der Gesetzgeber von den Grundwertungen des Werkvertragsrechts aus, wonach die Frage der Gefahrtragung zentral ist und nicht die Frage des Verschuldens.<sup>13</sup> Im Mittelpunkt steht also der Grundsatz „Pacta sunt servanda“.

Die Wertung der Gefahrtragung in § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB, wonach ein Anspruch des Auftragnehmers sogar besteht, wenn die Werkausführung überhaupt unterbleibt, muss umso mehr gelten, wenn das Werk ausgeführt wird (und der Auftraggeber am Ende das Werk auch erhält), der Auftragnehmer aber bei der Ausführung durch Zeitverlust verkürzt ist. In diesem Fall gebührt ihm nach dem Gesetz eine „angemessene Entschädigung“ (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB). Auch wenn der Wortlaut dies nahelegen würde, begründet § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB nHA eben keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Anspruch auf Erhöhung des Entgelts.<sup>14</sup> Die in § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB zum Ausdruck kommende Wertung sowie die dem Mehrkostenanspruch beigemessene Rechtsnatur sind für die Interpretation der Voraussetzungen wesentlich. Beim Mehrkostenanspruch geht es – wie auch in § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB – um die Preistragung einer realisierten Gefahr durch den Auftraggeber. Der Auftraggeber muss die Gefahr nicht verschuldet haben; die Gefahrtragung muss ihm nur vertraglich oder gesetzlich zugerechnet werden. Der Auftragnehmer muss nicht im Sinne eines Vermögensvergleichs geschädigt sein.<sup>15</sup> Vielmehr liegt eine durch die Gefahrenverwirklichung verursachte Störung der Äquivalenz zwischen Werkleistung und Entgelt vor.

Hier bleibt für schadenersatzrechtliche Überlegungen, die an ein Verschulden anknüpfen und auf den Ausgleich eines erlittenen Schadens abzielen, kein Raum. Eine Übertragung von Grundsätzen aus der deutschen Rechtsprechung<sup>16</sup> zum Schadenersatzanspruch des Auftragnehmers nach der VOB-Regelung bei Verzögerungen scheitert schon aufgrund der unterschiedlichen Qualifikation der Rechtsnatur der Ansprüche.<sup>17</sup> Auch die Übertragung von den auf den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB angewandten Grundsätzen ist kritisch zu sehen, da –

<sup>13</sup> Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 22.

<sup>14</sup> OGH 3 Ob 180/12k; OGH 7 Ob 174/11f; OGH 2 Ob 203/08d; OGH 5 Ob 558/93; Krejci „Angemessene Entschädigung“ (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB) und Schadenersatz, ZRB Heft 2/2013, Seite V; Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 28; M. Bydlinski in KBB<sup>5</sup> § 1168 Rz 7; Kodek in Kodek et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 18; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 49; Rebhahn in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1168 Rz 38.

<sup>15</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1305; aA Kodek in Kodek et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 28ff.

<sup>16</sup> BGH 20.2.1986 – VII ZR 286/84; BGH 21.3.2002 – VII ZR 224/00; BGH 24.2.2005 – VII ZR 141/03; BGH 24.2.2005 – VII ZR 225/03.

<sup>17</sup> Gegen die unbeschränkte Übertragung auch Kropik, ZVB 2017, 489 (490).

anders in Österreich – das Vorliegen eines Vermögensnachteils ist eines Schadens verlangt wird.<sup>18</sup>

§ 1168 Abs 2 ABGB gibt dem Werkunternehmer einen Anspruch auf Entschädigung durch verhältnismäßige Erhöhung (Aufstockung) des Werklohns, folglich eine Entgelterhöhung, wenn hindernde Umstände auf Seite des Bestellers zu einem Zeitverlust führen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts soll im Sinne der Äquivalenz gesichert werden.<sup>19</sup> Da es sich um keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Entgeltanspruch handelt, kommt es dabei auf ein Verschulden des Werkbestellers nicht an. Auch ist grundsätzlich keine „Bagatellgrenze“ vorgesehen. Die Angemessenheit des zusätzlichen Entgelts soll sich an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung orientieren.<sup>20</sup>

Es kann den Auftragnehmer schon nach der Rechtsnatur des Anspruchs keine dem Schadenersatzrecht vergleichbare Schadensminderungspflicht treffen.<sup>21</sup> Dem Auftragnehmer kann nicht in einer ex post Perspektive ein (Mit)Verschulden für einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand angelastet werden. Zwar kann der Grundsatz, dass der Auftragnehmer die verwirklichte Gefahr nicht selbst verschulden darf<sup>22</sup>, wohl auch soweit auf die Folgen ausgeweitet werden, dass den Auftragnehmer die Pflicht trifft, die Folgen gering zu halten. Dies entspricht auch der Regelung in Punkt 7.1 der ÖNORM B 2110 in der aktuellen Fassung<sup>23</sup>, wonach jeder Vertragspartner alles Zumutbare aufzuwenden hat, um eine Störung zu vermeiden oder deren Folgen so weit als möglich abzuwehren, sofern daraus keine Mehrkosten entstehen. Jedoch darf diese (fälschlich immer als Schadensminderungspflicht bezeichnete) (Treue)Pflicht vor dem Hintergrund der erforderlichen Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers nicht überspannt werden. Zudem ist das Verhalten des Auftragnehmers in einer ex ante Perspektive zu beurteilen, sodass es letztlich nicht darauf ankommen kann, ob seine Bemühungen auch tatsächlich zu einem Erfolg geführt haben, sondern nur darauf, ob er in der konkreten Situation auf Grundlage der gegebenen Information adäquate Maßnahmen getroffen hat.<sup>24</sup> Fraglich ist überhaupt, in welchem Ausmaß der Auftragnehmer Umdisposition und Um-

<sup>18</sup> OLG Köln 28.1.2014, 24 U 199/12; OLG Köln 23.2.2015, 17 U 35/14; OLG Köln 31.5.2017, 16 U 98/16; KG Berlin 10.1.2017, 21 U 14/16.

<sup>19</sup> So auch *Kodek*, bau aktuell 2017, 135.

<sup>20</sup> OGH 2 Ob 203/08d.

<sup>21</sup> AA *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 51f.

<sup>22</sup> RIS-Justiz RS0021782; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 8; *Hussian*, in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (255).

<sup>23</sup> ÖNORM B 2110 in der Fassung 15.03.2013

<sup>24</sup> Vergleichbar mit den Maßstäben der in Österreich anerkannten und gesetzlich verankerten Business Judgement Rule, die nicht auf die ex post Betrachtung einer unternehmerischen Entscheidung als richtig oder falsch, sondern auf die ex ante Betrachtung der zugrundeliegenden Entscheidung abstellt; vgl OGH 6 Ob 160/15w.

organisation schuldet, zumal er über seine Produktionsfaktoren nicht unbeschränkt verfügen kann.<sup>25</sup>

Die Pflicht des Auftragnehmers, sich allenfalls Ersparnisse anrechnen zu lassen, woraus sich eine Verringerung der Höhe seines zusätzlichen Entgeltanspruches ergeben kann, basiert ebenfalls nicht auf schadenersatzrechtlichen Grundsätzen (etwa Mitverschuldenseinwand gemäß § 1304 ABGB), sondern auf einer Anwendung der Anrechnungsregeln gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 ABGB.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anspruch auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB ein Vertragsanpassungsanspruch ist. Bei der Auslegung ist daher auf vergleichbare Rechtsnormen zurückzugreifen.

### 2.3 Die Vertragsanpassung

Auch an anderen Stellen im österreichischen Recht gibt es das Rechtsinstitut der Vertragsanpassung, insbesondere beim Irrtum. Es geht dabei um eine Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Zweck der irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung ist die Wiederherstellung der durch den Irrtum gestörten Äquivalenz, abgestellt auf den Vertragsabschlusszeitpunkt.

Gemäß § 872 ABGB hat der Irrrende bei unwesentlichem Irrtum Anspruch auf Vertragsanpassung. Auch hier wird der gesetzliche Begriff der „*angemessenen Vergütung*“ nicht als Schadenersatzanspruch interpretiert<sup>26</sup>, sondern als Anspruch auf Vertragsanpassung an die wahren Gegebenheiten.

Dies bedeutet bei einem Werkvertrag, der aufgrund eines mit Irrtum behafteten Angebots abgeschlossen wurde, dass der Irrrende für die erbrachten und vom Irrtum betroffenen Leistungen Anspruch auf das angemessene Entgelt hat.<sup>27</sup>

Die Anpassung folgt dem Grundsatz der subjektiven Äquivalenz.<sup>28</sup> Ziel ist die Wiederherstellung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung bei nachträglicher Kenntnis der wahren Gegebenheiten.<sup>29</sup>

Diese Wertungen lassen sich auch auf den Mehrkostenanspruch gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB übertragen. Dies scheint auch vom OGH so beurteilt zu werden, der judiziert hat, dass „*sich die Angemessenheit des*

<sup>25</sup> Kropik, ZVB 2017, 538 (541f).

<sup>26</sup> 3 Ob 564/94 = SZ 68/35 = ecolex 1995, 634.

<sup>27</sup> OGH 3 Ob 564/94 SZ 68/35 = ecolex 1995, 634

<sup>28</sup> Rummel in Rummel/Lukas, ABGB<sup>3</sup> § 872 Rz 5.

<sup>29</sup> Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 872 Rz 9.

*zusätzlichen Entgelts an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden subjektiven Äquivalenz [...] orientieren soll“.*<sup>30</sup>

Aus den Wertungen der Rechtsordnung kann daher abgeleitet werden, dass der Anspruch auf Vertragsanpassung auf die Wiederherstellung der gestörten Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung in einer ex ante Betrachtung abzielt. Es kommt also auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an und nicht auf einen nachträglich ex post anzustellenden Vermögensvergleich (wie im Schadenersatzrecht).

Für den Anspruch auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bedeutet dies, dass nicht die tatsächlich über der Kalkulation liegenden Mehraufwendungen in einer ex post Bewertung erfasst werden, sondern auf die Wiederherstellung der gestörten Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung in einer ex ante Betrachtung abzielen ist. Ziel der Vertragsanpassung ist die Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz.

Wesentlich ist daher, dass der aus einer konkreten Gefahr, die der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen ist, entstandene Aufwand nicht bereits bei Kalkulation des Vertragspreises berücksichtigt wurde oder aber zu berücksichtigen war. Zur Ermittlung der Höhe der Entgeltanpassung ist daher zu fragen, wie dieser Aufwand in der Kalkulation des Vertragspreises ex ante vom Auftragnehmer berücksichtigt worden wäre.

Dieser Zugang steht aber im diametralen Widerspruch zur schadenersatzrechtlichen Anspruchsermittlung, die eben auf einen Vermögensvergleich im Sinn einer Differenzbetrachtung ex post abstellt. Hier ist die zentrale Frage: Wie hoch wäre das Vermögen des Geschädigten, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre? Im Zentrum steht der Ausgleich des Vermögensschadens, nicht die Abgeltung einer anderen Art der Leistungsausführung auf Basis eines konkreten Vertrages und der Ausgleich einer gestörten Austauschrelation von Preis und Leistung.<sup>31</sup>

Diese grundsätzlichen Überlegungen zur Qualifikation des Entgeltanpassungsanspruchs sind in der Folge bei Analyse der Elemente des Anspruchs zu berücksichtigen.

---

<sup>30</sup> OGH 2 Ob 203/08d; idS auch OGH 2 Ob 336/98w; Müller/Huber-Starlinger in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 417.

<sup>31</sup> Kletečka, bau aktuell 2017, 44(46).

### 3. Elemente des Anspruchs gemäß § 1168 ABGB

#### 3.1 Umstände auf der Seite des Auftraggebers

Der gesetzliche Wortlaut des § 1168 Abs 1 ABGB fordert, dass der Auftragnehmer infolge von Umständen auf Seite des Auftraggebers durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wurde. Der Anspruch setzt das Vorliegen von Umständen voraus, die die Ausführung des Werkes stören und deren Folgen vom Auftraggeber zu tragen sind. Es hat also eine Störung der Ausführung einzutreten.<sup>32</sup> Die ÖNORM B 2110 definiert in Pkt 3.7.2 als Störung der Leistungserbringung *jede Veränderung des Leistungsumfangs, deren Ursache nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers stammt und die keine Leistungsänderung ist*. Damit weist die ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber auch die Risiken der neutralen Sphäre zu.

Die Frage, welche Umstände auf der Seite des Auftraggebers liegen, richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung, aus der sich die Risikosphären der Vertragspartner ergeben. Subsidiär kommt dispositives Recht zur Anwendung.<sup>33</sup> Der Auftragnehmer hat zu behaupten und zu beweisen, dass Umstände auf der Seite des Auftraggebers vorliegen, die zu einer Erschwernis in der Ausführung führen.

Wesentlich ist, dass das Werk nicht endgültig verhindert wird. Es kann nur infolge von Umständen auf Auftraggeberseite nicht rechtzeitig fertiggestellt werden; sei es, weil es zu spät begonnen wurde; sei es, weil während der Werkerstellung Behinderungen aufgetreten sind, die zu Arbeitsunterbrechungen oder sonstigen Verzögerungen in der Durchführung der erforderlichen Arbeiten geführt haben; der für die Werkerstellung nötige Stoff zu spät geliefert wird; der Besteller die Gehilfen des Unternehmers nicht rechtzeitig an den Ort der Werkerstellung lässt; die versprochenen Vorbereitungsarbeiten nicht verrichtet worden sind etc.

#### 3.2 Zeitverlust

Als Folge verlangt das Gesetz einen „Zeitverlust“, wobei die hA diesem erhöhte Anstrengungen oder einen Mehraufwand gleichsetzt. Nicht immer müssen die hindernden Umstände auf Seite des Auftraggebers nämlich zu einem Zeitverlust führen. Es kann auch sein, dass diese Umstände den Auftragnehmer zu erhöhten Anstrengungen zwingen. Um rechtzeitig fertig zu werden, setzt dieser etwa mehr Gehilfen oder stärkere Maschinen ein; oder er ändert sein Arbeitskonzept. Die Fertigstellung

<sup>32</sup> Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 27.

<sup>33</sup> Müller in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 227ff.

des Werkes wird nicht verzögert, es ist aber ein erhöhter Arbeitseinsatz vonnöten und dem Auftragnehmer erwachsen erhöhte Aufwendungen.<sup>34</sup> Wie *Kletečka*<sup>35</sup> richtig ausführt, wäre nicht einzusehen, dass die Parteien dasselbe Risiko – je nachdem, ob dieses zu einem Zeitverlust oder erhöhten Anstrengungen führt – einmal dem Auftraggeber und das andere Mal dem Auftragnehmer zuordnen wollten. Derartige Fälle sind ebenso zu beurteilen wie jene der Werkverzögerung und führen zur Anhebung des Werklohns.<sup>36</sup> Es ist daher der herrschenden Ansicht zu folgen. § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB erfasst nicht nur Zeitverlust; es reicht, wenn der Auftragnehmer in der Ausführung seiner Leistungen erschwert war.<sup>37</sup>

Die Parteien vereinbaren im Werkvertrag nicht nur die für die Ausführung des Werks erforderlichen Einzelleistungen, sondern auch die Umstände, unter denen diese Leistungen zu erbringen sind.<sup>38</sup> Die ÖNORM B 2110 definiert in Pkt 3.8 als Bau-Soll (Leistungsumfang) ausdrücklich als diejenigen Leistungen des Auftragnehmers, die durch den „*Vertrag [...] unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung festgelegt werden.*“

Diese Umstände fließen letztlich in die Kalkulation des Auftragnehmers ein, insbesondere in seine Erwartungen zu konkreten Produktivitätsannahmen. Eine Kalkulation ist immer eine Prognose, die mit entsprechenden Unsicherheiten behaftet ist. Oberster Grundsatz der Kalkulation ist, dass es zu einem Risikoausgleich zwischen den Positionen kommt. „Gute“ Positionen wiegen „schlechte“ Positionen auf. Ein Kalkulationsgewinn bei einzelnen Positionen ist daher noch kein Gewinn für den Unternehmer, sondern ein Risikopolster für „schlechte“ Positionen.<sup>39</sup>

Der Auftragnehmer kann den Gesamtaufwand letztlich nur schätzen. Welchen Aufwand der Auftragnehmer kalkuliert hat, kommt vor allem in den Leistungsansätzen zum Ausdruck. Zur Ermittlung des den Leistungsansätzen zugrundeliegenden und zu erwartenden Betriebsmitteleinsatzes muss der Auftragnehmer von einer bestimmten Produktivität dieser Betriebsmittel ausgehen. Grundlage seiner Erwartungen ist das Bau-Soll und die sich daraus ergebenden Umstände der Leistungserbringung.<sup>40</sup>

Ändern sich die Umstände der Leistungserbringung, so ändern sich auch die Grundlagen der Kalkulation nachträglich, der tatsächliche Aufwand

<sup>34</sup> Siehe dazu umfassend *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf (2016) 59f.

<sup>35</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 40ff.

<sup>36</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 24f; OGH 8 Ob 63/98t; OGH 5 Ob 558/93.

<sup>37</sup> SZ 58/41; OGH 5 Ob 558/93; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 25; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 42; *Kodek* in *Kodek/et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 23f.

<sup>38</sup> *Müller* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 74f.

<sup>39</sup> So auch *Kropik*, ZVB 2017, 489 (493).

<sup>40</sup> *Kletečka*, bau aktuell 2017,44 (46); *Müller* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 74ff; *Kropik*, ZVB 2017, 489 (497ff).

der Ausführung des Werks entspricht nicht mehr den Annahmen des Kalkulanten. Der erhöhte Aufwand kann etwa aus dem Einsatz von mehr Gehilfen, stärkeren Maschinen, der Änderung des Arbeitskonzepts, Überstunden oder Mehraufwand durch Winterbau entstehen. Damit realisieren sich die Kalkulationsannahmen nicht.<sup>41</sup>

Der Auftragnehmer muss behaupten und beweisen, dass sich seine Kalkulationsannahmen zu Leistungs- und Aufwandswerten nicht realisiert haben, sodass eine Erschwernis vorliegt. Um diesen Beweis zu führen, ist zunächst die konkrete Kalkulation offenzulegen. Schon dazu stellt sich in der Praxis oft die Beweisfrage, vor allem wenn die Urkalkulation bei Vertragsabschluss nicht offengelegt wurde.

### 3.3 Kausalität der Umstände für den Zeitverlust

Der Umstand aus der Sphäre des Auftraggebers (= Störung) muss kausal für den Zeitverlust oder die Erschwernis (= Mehraufwand) sein. Ein Ereignis ist dann ursächlich für den Zeitverlust oder die Erschwernis, wenn ohne das Ereignis der Zeitverlust oder die Erschwernis im Sinne einer „*condition sine qua non*“ nicht eingetreten wäre.<sup>42</sup> Der Auftragnehmer hat dem Grunde nach nur dann Anspruch auf Entgeltanpassung infolge eines erhöhten Aufwands, wenn dieser Mehraufwand auf die konkret behaupteten Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers zurückzuführen ist. Der Auftragnehmer hat daher zu behaupten und zu beweisen, dass die Störung ihm einen Mehraufwand verursacht hat (etwa weil Stehzeiten entstanden sind, Umsetzungsvorgänge nötig wurden, Partien verstärkt werden mussten, andere Maschinen eingesetzt wurden).<sup>43</sup> Im Ergebnis bedeutet das, dass die im SOLL getroffenen Kalkulationsannahmen verändert wurden und die Kalkulation daher auf Basis des Vertrages (zB K7 Blätter) entsprechend fortgeschrieben werden muss.

### 3.4 Verkürzung

Als weitere Voraussetzungen fordert der § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB, dass der Auftragnehmer durch den Zeitverlust oder die Erschwernis verkürzt wurde.

*Kodek*<sup>44</sup> folgert aus dem Begriff, dass der Mehrkostenanspruch dem Grunde nach das Vorliegen eines Nachteils fordert, der auf einen Vergleich des durch eine Behinderung hervorgerufenen Ist-Aufwands mit

<sup>41</sup> Kropik, ZVB 2017, 489 (497ff).

<sup>42</sup> Hussian in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (254); Berlakovits/Karasek, bau aktuell 2017, 89

<sup>43</sup> Berlakovits/Karasek, bau aktuell 2017, 89 (90)

<sup>44</sup> Kodek in Kodek/et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 27ff.

dem vom Auftragnehmer kalkulierten Soll-Aufwand abstellen würde. Nicht nachvollziehbar ist, wie er zum Auslegungsergebnis kommt, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff „verkürzt“ einen Nachteil im Sinne eines Vergleichs gemeint hat.

Der Begriff der Verkürzung findet sich auch in dem im Wesentlichen wortgleichen § 1155 ABGB für Dienstverträge. Dort wird der Begriff so interpretiert, dass der Arbeitnehmer dann verkürzt ist, wenn der Zeitverlust zu einer Minderung des Entgelts führt.<sup>45</sup>

Übertragen auf den Mehrkostenanspruch des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB heißt das: der Begriff „verkürzt“ normiert die Voraussetzung, dass der Zeitverlust oder die Erschwerung noch nicht vom vereinbarten Entgelt abgegolten ist, daher eine Äquivalenzstörung vorliegt (das Verhältnis von Preis und Leistung entspricht nicht mehr dem vereinbarten Verhältnis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses). Es kommt daher für eine Verkürzung letztlich nicht auf einen Nachteil im Sinne eines Vergleichs von (Gesamt)Aufwand an. Richtigerweise ist zu fragen, ob der entstandene Mehraufwand auf Grundlage der Kalkulationsannahmen vom vertraglich vereinbarten Entgelt abgedeckt ist oder eben nicht. Eine Verkürzung liegt auch dann vor, wenn der Auftragnehmer seinen Kalkulationsgewinn aufgrund von Störungen nicht realisieren kann.<sup>46</sup>

Angewandt auf das gerne zitierte Beispiel des einkalkulierten Zeitpuffers bedeutet dies, dass zunächst davon auszugehen ist, dass der Puffer eine Gefahrenverwirklichung in der Sphäre des Auftragnehmers auffangen soll. Mit dem vereinbarten Entgelt für den Puffer kann eine Gefahrenverwirklichung aus der Sphäre des Auftraggebers nicht abgegolten sein (außer bei anderslautender vertraglicher Vereinbarung). Der Umstand, dass durch Verbrauch eines einkalkulierten Puffers die Folgen einer Störung ausgeglichen werden können, führt daher entgegen der Meinung von *Kodek*<sup>47</sup> nicht dazu, dass der Auftragnehmer keinen Nachteil erlitten hat. Die Ansicht *Kodeks* steht im Widerspruch zum Gedanken der Gefahrtragung, der die Grundlage für den Anspruch auf Entgeltanpassung darstellt, und entspricht auch nicht dem subjektiven Äquivalenzprinzip.

Hier zeigt sich anschaulich der Unterschied zu einer schadenersatzrechtlichen Betrachtung: aus Sicht eines Vermögensvergleichs wäre dies wohl anders zu beurteilen, da im Vermögen des Auftragnehmers bei diesem Sachverhalt tatsächlich kein finanzieller Nachteil entstanden ist. Dies setzt jedoch voraus, dass es keine Ursachen aus der Sphäre des Auftragnehmers gibt, die diesen Zeitpuffer ebenfalls erfordern.

<sup>45</sup> Pfeil in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 ABGB Rz 25; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1155 Rz 25; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1155 Rz 31ff.

<sup>46</sup> *Kropik*, ZVB 2017, 538 (541).

<sup>47</sup> *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 32.

Im Ergebnis ist Voraussetzung für die Entgeltanpassung die Verkürzung des Auftragnehmers in dem Sinn, dass sich eine Gefahr verwirklicht, deren (mögliche) Folgen (insbesondere ein Mehraufwand wie etwa Koordinationsaufwand, Besprechungsaufwand) nicht in den Angebotspreis einkalkuliert wurden. Der Auftragnehmer würde daher für die geänderten Umstände der Leistungserbringung aufgrund einer Gefahr, die auf Grundlage der Sphärentheorie der Auftraggeber zu tragen hat, kein Entgelt erhalten. Voraussetzung eines Mehrkostenanspruchs ist daher, dass sich eine vom Auftraggeber zu tragende Gefahr verwirklicht, deren Einbeziehung in die Kalkulation des Auftragnehmers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vereinbart war. Dabei sind aber nur Mehraufwendungen zu betrachten, nicht aber auch allfällige „Minderaufwendungen“ die sich daraus ergeben, dass eine einkalkulierte Gefahr sich nicht oder zumindest nicht in dem kalkulierten Ausmaß verwirklicht. § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gewährt dem Auftraggeber keinen Anspruch auf Minderkosten. Dies geht schon aus dem Wortlaut klar hervor und resultiert letztlich daraus, dass die vertragliche Risikoordnung das maßgebende Kriterium ist.<sup>48</sup>

Es gibt den umgekehrten Tatbestand schlicht nicht. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass der Auftragnehmer Entgelt herauszugeben hätte, wenn er sich aufgrund von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers Zeit oder Aufwendungen erspart. Das Gesetz kennt keinen Anspruch des Auftraggebers auf Reduzierung des Entgelts, wenn sich eine einkalkulierte Erschwernis in seiner Sphäre nicht verwirklicht. Dieser Grundsatz ist letztlich auch in § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB verankert, da der Auftragnehmer auch bei Unterbleiben des Werkes aufgrund von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers seinen Entgeltanspruch dem Grunde nach behält.

Pkt 7.4.1 der ÖNORM B 2210 räumt dem Auftraggeber vermeintlich eine „*Minderkostenforderung*“<sup>49</sup> bei Änderungen der Leistungserbringung ein. Der Bestimmung fehlt jedoch der normative Inhalt zur Schaffung einer Anspruchsgrundlage zur Vertragsanpassung bei Störungen der Leistungserbringung, die den Auftraggeber zu Minderkostenforderungen berechtigen (Pkt 7.4.1 regelt nur Anmeldeobligationen für die Vertragsanpassung). Der Bestimmung des Pkt 7.4.1 kann daher nur im Zusammenhang mit Leistungsänderungen Bedeutung zukommen.<sup>50</sup>

In der Praxis gibt es keine Störungen, die den Auftraggeber zu einer Minderkostenforderung berechtigen. Hier gilt, dass der Auftragnehmer grundsätzlich keine Störungen zu kalkulieren hat (es sei denn der Ver-

<sup>48</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1297.

<sup>49</sup> Pkt 3.10 der ÖNORM B 2110 definiert den „*Mehr- und Minderkostenforderung*“ neutral als Forderung „*eines Vertragspartners*“ auf terminliche und preisliche Anpassung des Vertrags; der Begriff ist insofern irreführend, als keine „*Forderung*“, sondern nur ein Anspruch auf Vertragsanpassung bestehen kann.

<sup>50</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1297.

trag sieht dies etwa durch explizit definierte und quantifizierbare Erschwernisse vor). Der Auftragnehmer muss bei seiner Preisbildung schon im Sinne des Wettbewerbs davon ausgehen, dass er seine Leistung ungestört erbringen kann. Das Bau-SOLL enthält daher grundsätzlich nie eine monetäre Bewertung von eventuellen Störungen, daher ist eine Minderkostenforderung auf dieser Basis ausgeschlossen.

Die Frage einer allfällig anzurechnenden Ersparnis stellt sich auf dieser Ebene noch gar nicht; sie betrifft ausschließlich die Ermittlung des Entgelts und damit den Anspruch der Höhe nach. Zudem darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass gerade eine Vermischung der unplanmäßig eingesetzten mit den planmäßig eingesetzten Produktionsfaktoren infolge einer Umdisposition durch den Auftragnehmer die separierte Ermittlung der Effekte von Störungen einerseits und Umdispositionen andererseits erheblich verkompliziert.<sup>51</sup>

### 3.5 Leistungsbereitschaft

Als weitere Voraussetzung für die Durchsetzung seines Anspruchs muss der Auftragnehmer leistungsbereit sein. Das setzt das Vorhandensein der notwendigen Kapazitäten und den Willen zur Herstellung des Werkes voraus.<sup>52</sup> Die Leistungsbereitschaft kann sich bereits aus den Umständen ergeben; ist dies nicht der Fall, liegt es im Interesse des Auftragnehmers seine Leistungsbereitschaft zu erklären.<sup>53</sup>

### 3.6 Zwischenergebnis

Das Entstehen eines Mehrkostenanspruchs gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB setzt voraus, dass sich eine vom Auftraggeber zu tragende Gefahr verwirklicht, deren Folge eine Zeitverzögerung oder Erschwernis ist, die mit dem vereinbarten Entgelt nicht abgegolten ist. Der Auftragnehmer muss durch die verwirklichte Gefahr aber nicht am Vermögen geschädigt sein.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Kropik, ZVB 2017, 489 (502).

<sup>52</sup> Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 18; Rebhahn in Schwimann, Praxiskommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 20.

<sup>53</sup> RIS-Justiz RS0021762, zuletzt OGH 3 Ob 198/11f.

<sup>54</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>9</sup> Rz 1305.

#### 4. Zur Höhe des Anspruchs auf Entgeltanpassung

Dem Unternehmer steht im Ergebnis ein höherer Werklohn (Aufpreis) wegen Mehraufwendungen zu, die ihm aufgrund von Umständen aus der Bestellersphäre entstanden sind.<sup>55</sup>

In welcher Höhe der Mehraufwand zu berücksichtigen ist, ist eine Frage der Beurteilung des Entgeltanspruchs der Höhe nach. Festzustehen hat, dass ein Mehraufwand infolge der vom Auftraggeber zu vertretenden Störung entstanden ist. Das angepasste Entgelt ist so zu ermitteln, dass die aufgrund des entstandenen Mehraufwands gestörte Äquivalenz zwischen vereinbarter Leistung und vereinbartem Entgelt wiederhergestellt wird.

Bei Ermittlung des Entgelts ist nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre auf alle Umstände Bedacht zu nehmen, insbesondere auf die Dauer des Zeitverlustes und den bei der Kalkulation bestimmenden Zeitfaktor.<sup>56</sup> Daher können auch die Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers für einen konkreten Auftrag herangezogen werden.<sup>57</sup> Die ÖNORM B 2110 postuliert in Pkt 7.4.2, dass die Ermittlung der neuen Preise auf Basis des Vertrages unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages erfolgen muss.<sup>58</sup> Damit ist das Prinzip der Preisgrundlagenbindung für den ÖNORM-Vertrag ausdrücklich festgeschrieben. Der OGH hat dies aber auch ohne Verweis auf die ÖNORM B 2110 bereits nach dem Prinzip „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ bejaht und Mehrkosten zugesprochen, die ohne Nachweis der tatsächlichen Kosten auf Preisgrundlage des Vertrages und kalkulativen Ansätzen ermittelt wurden.<sup>59</sup>

Grundsätzlich gilt das Prinzip, dass das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Gleichgewicht bleiben soll. Es kommt daher bei einer Fortschreibung des Vertrages immer zu einer relativen Anpassung um dieses Gleichgewicht aufrechterhalten zu können. Selbst wenn trotz Mehraufwand aufgrund einer Leistungsstörung die kalkulierten Gesamtaufwandswerte unterschritten werden, kann bei Gesamtbetrachtung durch den Mehraufwand eine Äquivalenzstörung entstehen, welche entsprechend auszugleichen ist.

<sup>55</sup> SZ 58/41.

<sup>56</sup> OGH 5 Ob 558/93.

<sup>57</sup> *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1168 Rz 25

<sup>58</sup> *Müller/Huber-Starlinger in Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 417ff; *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1460ff.

<sup>59</sup> OGH 5 Ob 558/93.

## 5. Beweisführung – Behauptungs- und Beweislast

### 5.1 Allgemeines<sup>60</sup>

Die für die Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm erforderlichen Tatsachen müssen durch Parteienbehauptungen oder von Amts wegen in den Prozess eingeführt werden. Grundsätzlich trifft den Kläger die Pflicht zur Behauptung der anspruchsbegründenden Tatsachen und den Beklagten die Pflicht zur Behauptung der Einwendungs- und Einredetatsachen.<sup>61</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der für sie günstigsten Norm.<sup>62</sup>

Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB hat der Auftragnehmer daher die anspruchsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen. Die Beweisführung zielt darauf ab, Tatsachen festzuhalten. Der Beweisgegenstand umfasst Ereignisse oder Zustände.<sup>63</sup> Die Beweisführung durch den Auftragnehmer beinhaltet keine rechtliche Beurteilung, sondern lediglich den Beweis von Tatsachen und Tatsachelementen als Grundlage der rechtlichen Beurteilung.

Bei Ansprüchen gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB sind die anspruchsbegründenden Tatsachen, für welche die Beweislast beim Auftragnehmer liegt, folgende:

- Ursache aus der Sphäre des Auftraggebers
- Kausalität
- Zeitverlust (und/oder Mehraufwand) bei der Ausführung des Werks
- Verkürzung
- Leistungsbereitschaft

In einem Gerichtsverfahren spielen die Fragen der Behauptungspflicht und der Beweislast regelmäßig eine zentrale Rolle. Beweis zu einem Beweisthema darf überhaupt erst aufgenommen werden, wenn es dazu konkrete Behauptungen (Vorbringen) gibt. Wer einen Anspruch geltend macht, muss die anspruchsbegründenden Tatsachen konkret behaupten und beweisen, gerade bei Klagen über Mehrkosten infolge von Störungen der Leistungserbringung kommt der Behauptungs- und Beweislast

<sup>60</sup> Dazu ausführlich *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf (2016) 89ff.

<sup>61</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 17f.

<sup>62</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 32 mwN.

<sup>63</sup> *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>7</sup> Rz 763.

große Bedeutung zu. So hat der Kläger konkrete Behauptungen dazu aufzustellen, welche Ursache aus der Sphäre des Auftraggebers zu einer Erschwernis (Mehraufwand) bei der Ausführung führt, worin diese Erschwernis konkret liegt (Behauptungen zu den konkreten Umständen der Leistungserbringung), welche Verkürzung daraus resultiert (was wurde kalkuliert und ist vom Entgelt abgedeckt, welche Aufwände/Umwstände der Leistungserbringung nicht) und welche bauwirtschaftlichen Folgen ergeben sich daraus. Letztere stellen die Grundlage für die Ermittlung des Entgeltanspruchs dar, zu dessen Höhe auch der Auftragnehmer beweispflichtig ist. In diesem Zusammenhang sind die Preisgrundlagen des Vertrages zu behaupten und zu beweisen (regelmäßig durch Offenlegung der Kalkulationsblätter).

## 5.2 Regelbeweismaß und Beweiserleichterungen

Der Beweis ist gelungen, wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt ist. Zu diesem Zweck hat der Anspruchsteller die geeigneten Beweise anzubieten. Dafür ist das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit ausreichend, eine endgültige Sicherheit ist nicht erforderlich und wohl auch nicht erreichbar.<sup>64</sup> Der OGH judiziert seit vielen Jahren, dass das Regelbeweismaß – auch Vollbeweis genannt – die hohe Wahrscheinlichkeit ist.<sup>65</sup>

Aus dem für den österreichischen Zivilprozess zentralen Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat die Rechtsprechung in richterlicher Rechtsfortbildung den Anscheinsbeweis entwickelt. Dieser bietet bei Vorliegen der Voraussetzungen insofern eine Beweiserleichterung, als tatbestandsrelevante Tatsachen, die nicht direkt bewiesen werden können, mittelbar, also auf dem Umweg über den Beweis anderer Tatsachen, bewiesen werden kann.<sup>66</sup> Er steht grundsätzlich hinsichtlich aller zu beweisenden Tatsachen offen.<sup>67</sup> Der Anscheinsbeweis ist zulässig, wenn eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement besteht. Er darf nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen zu füllen.<sup>68</sup> Der Anscheinsbeweis schafft dem Beweispflichtigen hinsichtlich aller zu beweisenden Tatsachen eine Beweiserleichterung, gleichgültig ob zum Grund oder zur Höhe des Anspruchs. Grund für diese Beweiserleichterung ist ein typischer Erfah-

<sup>64</sup> So auch *Hussian* in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (253).

<sup>65</sup> RIS-Justiz RS0110701.

<sup>66</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 56f.

<sup>67</sup> *Kletečka*, bau aktuell 2017, 44 (49).

<sup>68</sup> OGH 3 Ob 45/88; OGH 2 Ob 119/88.

rungszusammenhang, der dazu führt, dass bei Vorliegen einer (erwiesenen) Tatsache auf eine andere geschlossen werden darf.

Ein derartiger Beweis beruht darauf, dass bestimmte Geschehensabläufe typisch sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartiger gewöhnlicher Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist.<sup>69</sup>

Bei Mehrkostenforderungen kommt dem Anscheinsbeweis insbesondere bei Beweis des Kausalzusammenhangs Bedeutung zu.<sup>70</sup> Die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises für die Kausalität einer Störung für einen Zeitverlust oder einen Mehraufwand wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur kontroversiell diskutiert.<sup>71</sup> Dieser kommt insbesondere in Betracht, wenn ein allgemein, also für jedermann in gleicher Weise bestehender Beweisnotstand gegeben ist und wenn objektiv typische, also auf allgemein gültigen Erfahrungssätzen beruhende Geschehensabläufe für den Anspruchswerber sprechen.<sup>72</sup> Zentral ist die Frage, ob es eine typische formelhafte Verknüpfung nach allgemeiner Lebenserfahrung zwischen dem Eintritt einer Störung und einem konkreten Mehraufwand geben kann. Das wird nicht auf jeden bauwirtschaftlichen Mehraufwand zutreffen, ist vor dem Hintergrund der auf Studien basierenden, bauwirtschaftlichen Literatur für zentrale Bereiche häufig zu bejahen. Es ist *Kropik*<sup>73</sup> zuzustimmen, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung die Produktivität bei Verlängerung der täglichen Arbeitszeit, bei sehr hohen und sehr tiefen Temperaturen, bei Zerstückelung einer Gesamtleistung in viele kleine Teilleistungen, bei Erhöhung der Anzahl der Beschäftigten über einen bestimmten kritischen Punkt hinaus sinkt. In diesem Zusammenhang kommen bei Mehrkostenforderungen auch bauwirtschaftlichen Erfahrungssätzen Bedeutung zu.<sup>74</sup>

In der Entscheidung 5 Ob 558/93 scheint der OGH eine formelhafte Verknüpfung zwischen falschen/unvollständigen Bodengutachten und Mehrkosten im Tunnelbau zu bejahen: „*Vor allem im Tiefbau und hier regelmäßig im Tunnel- und Stollenbau führen auf Gutachten und Untersuchungsbefunde abgestellte, an sich vollständige und entsprechende Leistungsverzeichnisse vielfach zu Mehraufwendungen zufolge veränderter Verhältnisse und Umstände, die im Gutachten nicht vorhergesehen und daher auch für den Werkunternehmer nicht kalkulierbar waren.*“

<sup>69</sup> SZ 57/20; SZ 61/61; RZ 1990/57 uva.

<sup>70</sup> Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 92f; Kletečka, bau aktuell 2017, 44(49); Kodek in Kodek et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 71; Hussian in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (254)

<sup>71</sup> Gegen die Zulässigkeit: Karasek, bau aktuell 2017, 89 (93f); für die Zulässigkeit: Kropik, ZVB 2017, 489 (499); Kletečka, bau aktuell 2017, 44 (49); Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 92f; Hussian in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (254f); differenzierend: Kodek, bau aktuell 2017, 135 (142).

<sup>72</sup> RIS-Justiz RS0040266.

<sup>73</sup> Kropik, ZVB 2017, 489 (499).

<sup>74</sup> So auch Kletečka, bau aktuell 2017, 44 (49).

Für den praktisch häufig vorkommenden Fall, dass der beweisführenden Partei zwar der Beweis dem Grunde nach gelingt, aber der Höhe nach scheitert, sieht die ZPO die freie richterliche Schätzung in § 273 ZPO vor. Die richterliche Befugnis des § 273 ZPO erstreckt sich auf die Festsetzung der Höhe des Anspruchs „nach freier Überzeugung“. Die Anwendungsvoraussetzung ist, dass im Verfahren bereits festgestellt wurde, dass der Anspruch dem Grunde nach besteht, aber der Beweis über den strittigen Betrag gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist. § 273 Abs 1 ZPO ist auch dann anzuwenden, wenn die Unmöglichkeit des Beweises oder der Beweisnotstand oder die Unverhältnismäßigkeit durch die beweispflichtige Partei selbst verursacht oder sogar verschuldet ist. Der Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO sind durch den Umfang der Forderung keine Schranken gesetzt; die Vorschrift ist also keineswegs auf geringfügige Forderungen beschränkt. § 273 Abs 1 ZPO kann entsprechend der einschlägigen Fachliteratur bei der Ermittlung der Höhe der Mehrkosten infolge Produktivitätsverluste vom Gericht herangezogen werden.<sup>75</sup>

### 5.3 Begriff des Beweises

Der Beweis ist im Rahmen der Aufklärung eines Sachverhalts jener Vorgang, der den Richter dazu veranlassen soll, die entscheidungserheblichen Tatsachen als feststehend anzunehmen. Der Begriff Beweis kann sich auf die Beweisführung selbst, das Beweismittel, die Beweisaufnahme oder auch das Beweisergebnis beziehen.<sup>76</sup> Die Durchführung des von der ZPO geregelten Beweisverfahrens ist für die Ermittlung der notwendigen Tatsachen zwingend.<sup>77</sup> Zum Beweis ihrer Tatsachenbehauptungen stehen den Parteien nach der ZPO fünf Arten von Beweismitteln zur Verfügung (nicht taxativ<sup>78</sup>): Urkundenbeweis (§§ 292ff ZPO), Zeugenbeweis (§§ 320ff ZPO), Sachverständigenbeweis (§§ 351ff ZPO), Augenscheinbeweis (§§ 368ff ZPO) und Parteienvernehmung (§§ 371ff ZPO).

### 5.4 Begriff des Einzelnachweises

In der ZPO gibt es den Begriff des Einzelnachweises nicht. Vielmehr ist von Beweismitteln die Rede. Dessen ungeachtet verwenden einige Autoren den Begriff offensichtlich als Synonym.

<sup>75</sup> Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 94.

<sup>76</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 4.

<sup>77</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 76.

<sup>78</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 99.

Der Einzelnachweis findet sich in unterschiedlichem Kontext, stets aber unter Bezugnahme auf bauwirtschaftliche Literatur, vereinzelt in der rechtswissenschaftlichen Literatur zu § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB.<sup>79</sup>

Die Bauwirtschaft versteht unter dem Begriff des Einzelnachweises im Kern etwas anderes als die Rechtswissenschaft und ist in ihrer Begriffsausprägung unscharf. Die Bauwirtschaft versteht darunter nicht den Beweis im Sinne der ZPO, sondern eine Betrachtungsweise auf Grundlage der vorhandenen Dokumentation; konkret sind Ansätze bezeichnet, wie die Höhe des Entgeltsanpassungsanspruchs hergeleitet werden kann.<sup>80</sup> Die Begriffe Globalbetrachtung, Detailnachweis und repräsentativer Einzelnachweis sind von *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner*<sup>81</sup> geprägt. Dort werden die Begriffe als Modelle der Nachweisführung zur Ermittlung der Mehrkostenforderung der Höhe nach behandelt. Es geht dabei also um die Ermittlung der Entgeltanpassung (*angemessene Entschädigung*), nicht aber den Mehrkostenanspruch dem Grunde nach.

Die Globalbetrachtung basiert auf globalen Kennwerten des Vertrages. Dabei werden SOLL-Kennwerte aus dem Vertrag verglichen, die aus dem SOLL-SOLLTE-IST-Vergleich ermittelten Abweichungen analysiert und als Basis für die Ermittlung von Mehrkostenforderung herangezogen.<sup>82</sup>

Beim Detailnachweis wird das Ausmaß jeder Störung im Detail auf Basis der vorliegenden Dokumentation (zB Bautagesberichte) hergeleitet. Voraussetzung dabei ist eine detaillierte Dokumentation, bei der jede Störung sofort mitdokumentiert wurde. Detailnachweise bedürfen umfassender SOLL-SOLLTE-IST-Stunden-Vergleiche für alle von der Störung betroffenen Stunden. Diese Vergleiche müssen iA auf Positionsebene bzw zumindest auf (Unter-)Leistungsgruppenebene durchgeführt werden. Diese Nachweisführung ist immer sehr aufwendig und die Aussagen sind aufgrund der Schwierigkeiten eindeutiger und korrekter Zuordnung der Ursachen und Sphärenabgrenzungen oft kritisch zu hinterfragen.<sup>83</sup>

Die oben dargelegten Probleme und Grenzen der Globalbetrachtung und der Detailnachweise für die gesamte Störung der Leistungserbringung führen zum dritten Nachweismodell, dem Modell der repräsentativen Einzelnachweise. Das Modell ist eine Kombination aus der Globalbetrachtung und dem Detailnachweis. In einem ersten Schritt sind die re-

<sup>79</sup> So etwa bei Kodek in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 32; siehe auch *Hock*, *ecolex* 2015, 539; *Berlakovits/Karasek*, *bau aktuell* 2017, 89 (97).

<sup>80</sup> *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* in *Müller/Stempkowski*, *HB Claim-Management*<sup>2</sup> (2015) 443ff; *Goger/Gallistel*, *bau aktuell* 2017, 10 (15).

<sup>81</sup> *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* in *Müller/Stempkowski*, *HB Claim-Management*<sup>2</sup> (2015) 443ff.

<sup>82</sup> *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* in *Müller/Stempkowski*, *HB Claim-Management*<sup>2</sup> (2015) 443ff.

<sup>83</sup> *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* in *Müller/Stempkowski*, *HB Claim-Management*<sup>2</sup> (2015) 445f.

präsentativen Einzelnachweise für ausgewählte Störungen zu erbringen, in einem weiteren Schritt können dann die im Detail für einen kleinen Bereich nachgewiesenen Erschwernisse auf den gesamten von den Erschwernissen betroffenen Bereich oder die gesamte von den Erschwernissen betroffene Periode hochgerechnet werden.<sup>84</sup>

Zusammenfassend wird der Begriff des Nachweises von den bauwirtschaftlichen Autoren im Sinne einer Betrachtung verwendet, wobei sich die unterschiedlichen Modelle (Globalbetrachtung, Einzelnachweis und repräsentativer Einzelnachweis) durch den Detaillierungsgrad der gutachterlichen Betrachtung bei Ermittlung (Kalkulation) des Entgelts für den Mehraufwand unterscheiden. Im Kern geht es darum, auf welcher Datengrundlage der Bauwirtschaftler das Entgelt für den gestörten Bauablauf kalkuliert. Der Begriff des (repräsentativen) Einzelnachweises bezieht sich im bauwirtschaftlichen Kontext ausschließlich auf die Höhe des Anspruchs. Keinesfalls ist der Begriff aber auf Anforderungen an die zivilprozessuale Beweisführung zum Grund des Anspruchs zu übertragen.

Dennoch wird der Begriff des Einzelnachweises von der rechtswissenschaftlichen Literatur unter Verweis auf schadenersatzrechtliche Überlegungen auf die Nachweisführung zum Anspruchsgrund übernommen.<sup>85</sup> *Berlakovits/Karasek*<sup>86</sup> befassen sich primär mit dem Begriff im Zusammenhang mit der Kausalität und meinen, dass auf Basis einer ausreichend detaillierten Dokumentation der Einzelkausalitätsnachweis möglich sein soll. *Kodek*<sup>87</sup> ordnet den Begriff den zivilprozessualen Verfahrensfragen zu, scheint damit aber weniger den Beweis zu meinen, als vielmehr den Detaillierungsgrad der aufzustellenden Behauptungen. *Hock*<sup>88</sup> leitet die Notwendigkeit von Einzelnachweisen aus der Unzulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung ab, deren Grundsätze er auf die angemessene Entschädigung gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB für übertragbar hält. Diese Anforderungen an die Beweisführung lassen sich aber dem Gesetz nicht entnehmen. Wie *Kletečka*<sup>89</sup> richtig ausführt, ist „eine naturwissenschaftlich exakte Bestimmung der durch die Störung hervorgerufenen Nachteile des Auftragnehmers [...] schon nach materiellem Recht nicht gefordert“. Auch die ÖNORM B 2110 fordert in Pkt 7.4.1 der ÖNORM B 2110 lediglich eine nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen einer Störung auf die Leistungserbringung.<sup>90</sup>

<sup>84</sup> *Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 446ff.

<sup>85</sup> *Berlakovits/Karasek*, bau aktuell 2017, 89 (95ff); *Kodek* in *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 54f, 66, 80; *Hock*, *ecolex* 2015, 539 ().

<sup>86</sup> *Berlakovits/Karasek*, bau aktuell 2017, 89 (95ff).

<sup>87</sup> *Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 54f, 66, 80.

<sup>88</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 539 (541ff).

<sup>89</sup> *Kletečka*, bau aktuell 2017, 44 (48).

<sup>90</sup> *Kropik*, ZVB 2017, 538 (539f).

## 5.5 Zwischenergebnis

Zur Geltendmachung von Mehrkostenforderungen nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB muss der Auftragnehmer die anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und beweisen. Als Beweismittel stehen ihm die in der ZPO angeführten Beweismittel zur Verfügung. Der Begriff des Einzelnachweises hat nichts mit Beweismitteln im engeren Sinn zu tun, sondern bezieht sich auf den Detaillierungsgrad der Aufbereitung der störungsinduzierten Mehraufwände. Dahinter steht die Frage, auf welcher Grundlage die Höhe des Mehrentgelts zu ermitteln ist. Eine daraus abgeleitete Einschränkung der Beweisführung auf eine entsprechend detailliert aufbereitete Dokumentation lässt sich daraus nicht ableiten.

Die Verfechter des Einzelnachweises fordern eine Dokumentation auf Einzelstörungsebene, um jede einzelne Störung und ihre Auswirkungen gesondert beurteilen zu können. Sie übertragen die bauwirtschaftlichen Überlegungen zum Einzelnachweis als Methode zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs auf die Elemente des Anspruchs dem Grunde nach, indem sie fordern, dass für jede einzelne Störung separat Ursache und Wirkung genau anzugeben seien, weil jede einzelne Störung für sich alleine zu betrachten sei.<sup>91</sup> Damit werden vor allem die Anforderungen an die Behauptung und den Beweis der Kausalität überspannt, insbesondere bei gestörten Bauabläufen, bei denen eine Vielzahl von Störungen teilweise parallel und überlagernd wirken.

## 6. Behauptungs- und Beweislast beim gestörten Bauablauf

Ein gestörter Bauablauf resultiert bei einem Bauvorhaben aus mannigfachen Leistungsabweichungen (Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung) gegenüber dem vereinbarten Leistungsumfang (Bau-Soll).<sup>92</sup> Bei gestörten Bauabläufen treten Leistungsabweichungen gegenüber dem vereinbarten Bau-Soll/Leistungsumfang auf. Dabei führen wechselseitige Überlagerungen einzelner Leistungsabweichungen (zB verspätete Auftragserteilung, verzögerter Baubeginn, verspätete Übergabe von Ausführungsunterlagen, fehlende Vorleistung des AG, geänderte Baugrundeigenschaften) zu massiven baubetrieblichen Folgewirkungen auf die Leistungserbringung, deren bauwirtschaftliche und baubetriebliche Auswirkung (Bauzeit und Kosten) im Einzelfall oft schwierig und nur mit großem Aufwand bewertet werden können.<sup>93</sup>

Die Auswirkungen des gestörten Bauablaufs sind wohl auch deshalb so erheblich, weil Auftragnehmer durch die gegebene Marktentwicklung

<sup>91</sup> *Berlakovits/Karasek*, bau aktuell 2017, 89 (95ff); *Kodek in Kodek et al*, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 65ff.

<sup>92</sup> *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf (2016) 6.

<sup>93</sup> *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf (2016) 18.

gezwungen sind, bei Kalkulation ihres Preises von optimalen Abwicklungsbedingungen auszugehen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Dies entspricht auch der Optimierungsvermutung in der Kalkulation mangels anderer Angaben in der Leistungsbeschreibung.<sup>94</sup> Ähnlich argumentiert auch *Kropik*<sup>95</sup>, der festhält, dass mit Vertragsabschluss eine gewisse Ordnung vereinbart wird, deren Störung regelmäßig zusätzlichen Aufwand und Kosten notwendig macht, um die Ordnung auf neuem Niveau wiederherzustellen. Jede Änderung von diesem kalkulierten Ablauf führt zwangsläufig dazu, dass sich das Verhältnis zwischen Aufwand und Preis verändert, in der Regel für den Auftragnehmer verschlechtert, sofern nicht eine Entgeltanpassung erfolgt.

Unstrittig ist, dass der Auftragnehmer bei gestörten Bauabläufen behaupten und beweisen muss, dass Störungen vorliegen, deren Ursache in der Risikosphäre des Auftraggebers liegt, sodass er die Folgen der Störung tragen muss. Dieser Beweis (Regelbeweismaß gefordert) gelingt durch Vorlage der vertraglichen Vereinbarung zur Risikoverteilung sowie insbesondere Behinderungsmeldungen, Bautagesberichten, Fotodokumentation, Planeingangslisten und Zeugenbeweise. Die Störungen sind chronologisch einschließlich ihrer Dauer darzulegen, sodass insbesondere die Parallelität der Störungen aufgezeigt werden kann.

Der Auftragnehmer muss weiters den Mehraufwand behaupten und beweisen, wobei das Regelbeweismaß gilt (hohe Wahrscheinlichkeit). Unter Offenlegung seiner Annahmen in der Kalkulation muss der Auftragnehmer darlegen, dass sich diese nicht realisiert haben, sondern andere als der Kalkulation zugrunde gelegte Umstände der Leistungserbringung vorliegen. Zu denken ist insbesondere an diskontinuierliche Leistungserbringung, zahlreiche Umsetzungsvorgänge, Stehzeiten, Mehrstunden bei der Bau- und Projektleitung, höhere Anzahl an Besprechungen, wiederholte Prozesse der Arbeitsvorbereitung, Mehrverbrauch bei Material, höhere Anzahl an parallel zu bearbeitenden Bauabschnitten, vermehrte Zu- und Abfahrten, geänderter Personaleinsatz, etc. Der Beweis der Kalkulationsannahmen kann durch Offenlegung der K-Blätter oder die Einnahme des Kalkulanten als Zeugen erbracht werden. Zulässig ist auch die sachverständige Herleitung der Kalkulationsannahmen. Der Mehraufwand kann durch die Vorlage von Bautagesberichten, internen Stundenerfassungen, Besprechungsprotokollen, Fotos und sonstige Urkunden sowie Zeugenbeweis erbracht werden. Die Aussage des Poliers macht oft mehr Eindruck auf den Richter als jeder Bautagesbericht.

Zentrale Frage ist, in welchem Detaillierungsgrad die einzelnen Störungen mit dem Mehraufwand in Verbindung gebracht werden müssen. Folgt man den Befürwortern des Einzelnachweises, so müsste der

<sup>94</sup> So auch *Oberndorfer/Haring*, Claim Management<sup>9</sup> (2017) 109f.

<sup>95</sup> *Kropik*, ZVB 2017, 489 (497f).

Mehraufwand detailliert den einzelnen Störungen zugeordnet werden. Schon aus dem Wortlaut des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB, der auf „*Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen*“ abstellt, lässt sich dies nicht ableiten. Gerade bei gestörten Bauabläufen steigt zudem die Anzahl der parallel wirkenden Störungen, sodass eine Abgrenzung der einzelnen Störungen zuzuordnender Effekte selbst mit hohem Dokumentationsaufwand kaum noch möglich ist. Aus vielen einzelnen Störungen wird ein gesamt gestörter Bauablauf, sodass sich die kalkulierten Umstände der Leistungserbringung in Summe verändern und es im Sinn der Äquivalenz zu einer Anpassung des Gesamtpreises kommen muss.

Der Einzelnachweis, wie er von einem Teil der Literatur gefordert wird, scheitert bei massiv gestörten Bauabläufen zudem an der Menge der Daten. Der Nachweis der Folgen jeder einzelnen Störung kann schon deshalb nicht gelingen, da Störungsüberlagerungen zu sekundären Auswirkungen führen. Damit bezeichnet man jene Effekte, die eintreten, wenn die direkten Auswirkungen einer Störung auf den Bauablauf die Produktionsfaktoren anderer, ungestörter oder bereits anderweitig gestörter Leistungen beeinflussen.<sup>96</sup> Die Behauptungs- und Beweislast zur Kausalität kann sich daher in diesem Fall auch nur auf den gesamt gestörten Bauablauf und seine Folgen für das gesamte Bauvorhaben beschränken. Würde man hier auch auf einen Einzelnachweis bestehen, so wäre der Auftraggeber umso bessergestellt, je mehr Störungen auftreten und parallel wirken, da die daraus resultierenden, zunehmenden Beweisschwierigkeiten ausschließlich zulasten des Auftragnehmers gehen würden. Der Auftragnehmer würde regelmäßig am Einzelnachweis scheitern. Nicht übersehen werden darf, dass auch für den Beweis der Kausalität der Sachverständigenbeweis neben den sonstigen Beweismitteln der ZPO offensteht. Überdies wird in der Regel gerade bei bauwirtschaftlichen Mehraufwänden die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises aufgrund bauwirtschaftlicher Erfahrungssätze zu bejahen sein. Vor allem beim Kausalbeweis ist bei gestörten Bauabläufen ein für jedermann in gleicher Weise bestehender Beweisnotstand gegeben. Der Auftraggeber könnte im Übrigen den Gegenbeweis erbringen, dass im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs besteht.<sup>97</sup> Dies wird ihm aber wohl nur dann gelingen, wenn im konkreten Fall die Möglichkeit besteht, dass andere Umstände als die Störungen etwa Unproduktivitäten oder Stehzeiten begründen können.

Für das Vorliegen der Verkürzung im Sinne des oben vertretenen Standpunktes ist zu behaupten und zu beweisen, dass der behauptete Mehraufwand nicht vom vereinbarten Werklohn abgegolten ist. Es gilt das Regelbeweismaß. Der Beweis der Verkürzung ist daher durch Offenle-

---

<sup>96</sup> Kropik, ZVB 2017, 538 (539ff).

<sup>97</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 64.

gung der Kalkulation und der Kalkulationsannahmen zu den laut Vertrag übernommen Gefahren zu führen.

Der Auftragnehmer hat weiters seine Leistungsbereitschaft zu behaupten und zu beweisen. Umstände, die für das Vorliegen der Leistungsbereitschaft sprechen, sind etwa das Vorliegen der für die Herstellung notwendigen Fähigkeiten, Mittel, Personalressourcen und Zeit auf Seiten des Auftragnehmers.<sup>98</sup> Als Beweis kommen insbesondere Bautagesberichte, Anwesenheitslisten, Fotos sowie die Einvernahme von Zeugen in Frage. Auch hier gilt das Regelbeweismaß.

Zur Ermittlung der Höhe der Entgeltanpassung sind zunächst die Preisgrundlagen zu behaupten und durch Offenlegung der Kalkulation zu beweisen. Die Entgeltanpassung ist im Sinne der Angemessenheit unter Berücksichtigung der subjektiven Äquivalenz zu kalkulieren. Der OGH<sup>99</sup> hat zum Begriff der „*angemessenen Entschädigung*“ bereits festgehalten, dass sich daraus ein Beurteilungsspielraum für den Rechtsanwender ergibt. Das zeigt auch, dass der Anspruch nicht in allen Fällen einer genauen Berechnung zugänglich ist.<sup>100</sup> Dies gilt insbesondere bei gestörten Bauabläufen, da Mehrkosten wegen eines gestörten Bauablaufs immer nur annähernd ermittelt werden können.<sup>101</sup> Der Beweis der Höhe der Entgeltanpassung kann daher durch ein bauwirtschaftliches Sachverständigengutachten erbracht werden. Überdies ist unstrittig, dass auch der § 273 Abs 1 ZPO offensteht, wenn sich die Höhe des Anspruchs nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand ermitteln lässt.

## 7. Bedeutung der Dokumentation für den (bauwirtschaftlichen) Nachweis

Dokumentation dient der objektiven Darlegung von Tatsachen. Der Auftragnehmer sollte im eigenen Interesse den Zustand der Baustelle, seine Leistungen, Störungen und deren Auswirkungen (= Mehraufwände) exakt dokumentieren. Die Dokumentation dient auch dazu, Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge aufzuzeigen. Sie ist zentrales Element der Beweisführung in Prozessen über Mehrkostenforderung infolge gestörter Bauabläufe. Im Bauvertrag sind regelmäßig besondere Dokumentationspflichten vorgesehen; vor allem aus der ÖNORM B 2110 ergibt die Pflicht zur Führung von Bautagesberichten durch den Auftragnehmer. Gerade den Bautagesberichten kommt entscheidende Bedeutung für die Dokumentation der Umstände der Leistungserbringung zu. Im Idealfall

<sup>98</sup> RIS-Justiz RS0021762, zuletzt OGH 3 Ob 198/11f.

<sup>99</sup> OGH 5 Ob 558/93.

<sup>100</sup> Zustimmend *Hussian* in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (258); *Kletečka*, bau aktuell 2017,44 (46).

<sup>101</sup> *Kropik*, ZVB 2017, 538 (542).

werden in den Bautagesberichten nicht nur Störungen angeführt, sondern auch deren (bauwirtschaftliche) Folgen. Eine sorgfältige Dokumentation schafft die Grundlage zur Geltendmachung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenforderungen. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass die Störung selbst sehr ordentlich dokumentiert ist, nicht aber der daraus resultierende Mehraufwand. Im Bautagesbericht sollte daher neben der Störung, der Ressourceneinsatz, weiters der Ort des Ressourceneinsatzes, Arbeitsunterbrechungen, Stehzeiten, Umsetzungsvorgänge, Überstunden, etc festgehalten werden. Die Dokumentation soll einen Zusammenhang zwischen Störung und bauwirtschaftlichen Folgen herstellen und der Plausibilisierung dienen.<sup>102</sup>

Der bauwirtschaftliche Sachverständige kalkuliert auf Basis der Auswertung der vorliegenden Dokumentation das zusätzliche Entgelt. Hier schließt sich der Kreis zu den oben beschriebenen Modellen der bauwirtschaftlichen Nachweisführung<sup>103</sup>. Selbst bei Vorliegen einer detaillierten Dokumentation ist der Detaillierungsgrad der Betrachtung in Relation zur Wirtschaftlichkeit der umfassenden Auswertung der Dokumentation zu setzen. Je nach Komplexität, Anzahl, Dauer, Intensität und Separierbarkeit der Folgen der Störungen, Größe des Bauprojekts und erforderlichem Aufwand für die Auswertung wählt der Sachverständige die angemessene Betrachtung.<sup>104</sup> Letztlich sind der Dokumentation eines komplexen gestörten Bauablaufes Grenzen gesetzt.<sup>105</sup>

## 8. Fazit

Ergebnis der oben ausgeführten Überlegungen ist, dass der Einzelnachweis, wie er zuletzt gefordert wurde, schon materiellrechtlich keine Deckung findet und zivilprozessual keinesfalls mit dem Begriff des Beweises gleichzusetzen ist. In der ZPO ist der Einzelnachweis keine Kategorie; die Beweismittel nach der ZPO gehen über den Urkundenbeweis hinaus und sagen nichts zu einer geforderten Auswertung von Daten, die auf der Baustelle erhoben werden können.

Die in der bauwirtschaftlichen Literatur entwickelten Modelle zur Nachweisführung (inhaltlich ist damit die Betrachtung gemeint), darunter auch das Modell des Einzelnachweises, stellen nicht auf die Beweisführung zum Grund des Mehrkostenanspruchs ab, sondern auf die Methoden der Ermittlung der Höhe des Anspruchs. Der Einzelnachweis betrifft aus-

<sup>102</sup> Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 102f.

<sup>103</sup> Die Bauwirtschaft bezeichnet dies etwas irreführend als Nachweis. Treffender wäre wohl der Begriff „Betrachtung“.

<sup>104</sup> Stempkowski/Wallner-Kleindienst/Wiesner in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>3</sup> (2015) 443ff; Kropik, ZVB 2017, 538 (543ff).

<sup>105</sup> Goger/Gallistel, bau aktuell 2017, 10 (17).

schließlich die Höhe des Entgelts und stellt darauf ab, auf welcher Tatsachengrundlage das Entgelt neu zu ermitteln (oder schätzen) ist.

Die von Teilen der Literatur unter Anwendung dieser Modelle abgeleitete Forderung den Mehrkostenanspruch auf Grundlage einer Einzelbetrachtung jeder einzelnen Störung und ihrer Folgen zu begründen, entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB. Die Auslegung des Anspruchs dem Grunde nach unter Bezugnahme auf die schadenersatzrechtliche Überlegung des Vermögensvergleichs widerspricht der Grundwertung des § 1168 ABGB, der darauf abzielt, die Äquivalenz des Vertrages unter Berücksichtigung der Gefahrtragungsregeln aufrecht zu erhalten, nicht aber Schaden auszugleichen.

Vom Auftragnehmer zu verlangen, bezogen auf jede einzelne Störung eine Dokumentation zu erstellen, die jeden Arbeitsschritt, den Grund für den Arbeitsschritt und die Dauer des Arbeitsschritts in einem Dokument einzeln aufzeichnet sowie diese detailliert auszuwerten, überspannt die gesetzlichen Anforderungen an die Behauptungslast und Beweisführung bei Mehrkostenansprüchen. Dabei ist zu beachten, dass der Anspruch auf Entgeltanpassung gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB auch nicht in jedem Fall einer genauen Berechnung zugänglich ist; das Gesetz stellt auf die Angemessenheit ab und eröffnet schon dadurch dem Rechtsanwender einen Beurteilungsspielraum. Eine konkrete Berechnung, wie im Rahmen des Schadenersatzrechts gefordert, ist schon deshalb nicht erforderlich. Die Ermittlung des Entgelts bei gestörten Bauabläufen ist ein Paradebeispiel der notwendigen Zusammenarbeit von Juristen und Bauwirtschaftern; in diesem Sinne ist ein Schulterschluss anzustreben und auch notwendig.

Abschließend ist zu sagen, dass der Wunsch nach Einzelnachweisen aus Sicht der Auftraggeber zwar nachvollziehbar sein mag; rechtlich ist er nicht erforderlich und praktisch kaum umsetzbar. Der Einzelnachweis kann daher insbesondere bei gesamt gestörten Bauabläufen nur eine Illusion bleiben.