

## VIII. Rechtsbegleitung in der Nachweisführung von Leistungsabweichungen während der Bauausführung

**DDr. Katharina Müller**  
**Partner**  
**Müller Partner Rechtsanwälte**  
**Rockhgasse 6, 1010 Wien**  
**k.mueller@mplaw.at**

### Inhaltsverzeichnis

Abstract .....	121
1 Einleitung .....	121
2 Nachweisführung bei Leistungsabweichungen.....	122
2.1 Anspruchsvoraussetzungen, Beweislast und Nachweisführung bei Leistungsänderungen.....	122
2.2 Anspruchsvoraussetzungen, Beweislast und Nachweisführung bei Störungen der Leistungserbringung.....	123
2.2.1 Umstände auf Seite des Auftraggebers.....	123
2.2.2 Zeitverlust .....	124
2.2.3 Kausalität der Umstände für den Zeitverlust.....	125
2.2.4 Verkürzung .....	126
2.2.5 Leistungsbereitschaft.....	126
3 Aufgaben der Rechtsbegleitung bei der Nachweisführung in der Ausführungsphase .....	127
3.1 Juristischer Projektsupport allgemein .....	127
3.2 Nachweisführung zum Bau-Soll und Vertragsauslegung .....	127
3.3 Nachweisführung zu Leistungsabweichungen während der Ausführung (Dokumentation) .....	128
3.3.1 Dokumentationspflichten nach dem ABGB.....	130
3.3.2 Dokumentationspflichten nach der ÖNORM B 2110 .....	130
3.3.3 Dokumentationsformen.....	131
3.4 Schriftverkehr.....	134

3.4.1	Anmeldung und Aufbereitung von Mehrkostenforderungen ...	134
3.4.2	Störungsmeldungen .....	136
4	Exkurs: Baubegleitende Konfliktlösung .....	136
5	Fazit.....	137
	Abkürzungsverzeichnis .....	139
	Literaturverzeichnis .....	140
	Judikaturverzeichnis.....	141

## Abstract

Die Nachweisführung bei Leistungsabweichungen ist in den letzten Jahren kontroversiell diskutiert worden. Einigkeit besteht zumindest in einem Punkt: sie kann nur mit einer entsprechenden Dokumentation gelingen. Dokumentation soll Tatsachen nachweisbar und beweisbar machen. Bei Bauvorhaben hat Dokumentation insbesondere für die Prüfung und Beurteilung von Ansprüchen infolge von Leistungsabweichungen – Mehrkostenforderungen (MKF) – Bedeutung, zumal die Praxis zeigt, dass Auftraggeber (AG) zunehmend höhere Anforderungen an die Qualität und den Umfang der Dokumentation und deren Auswertung stellen. Dem AN ist daher anzuraten, möglichst detailliert und chronologisch, vor allem zeitnah zu dokumentieren, was die Leistungserbringung beeinflusst hat und zwar im Sinne einer Darstellung von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen. Eine lückenlose Dokumentation schafft dabei idealerweise eine unstrittige Grundlage zur Beurteilung der Ansprüche des AN bei Leistungsabweichungen. Eine fundierte Rechtsbegleitung während der Bauausführung stellt unter anderem sicher, dass die Dokumentation zielgerichtet und qualitativ so erfolgt, dass die Nachweisführung zur Durchsetzung von Mehrkostenforderungen gelingen kann – bestenfalls baubegleitend und ohne zeit- und kostenintensive Gerichtsverfahren.

## 1 Einleitung

Primäres Ziel der Nachweisführung bei Leistungsabweichungen ist es, Grundlagen zur Beurteilung von MKF zu schaffen. Im Idealfall gelingt es, Tatsachen und Umstände als unstrittig zwischen den Parteien festzuhalten. Die solcherart qualitative Dokumentation stellt die Grundlage zur Geltendmachung von MKF des AN im Fall von Leistungsabweichungen dar. Dabei gilt, dass im Zweifel besser zu viel als zu wenig dokumentiert werden sollte. Dokumentation ist nicht nur auf die Bauausführung beschränkt, sondern beginnt vielmehr bereits vor Vertragsabschluss. In der Angebotsphase wird unter Dokumentation zunächst die detaillierte Darstellung der geschuldeten Leistung im Zuge der Kalkulation (K-Blätter) und der Bau-Soll-Erfassung verstanden. Während der Ausführung sind primär die Abläufe auf der Baustelle Gegenstand der Dokumentation, wobei vor allem bei Vorliegen von Bauablaufstörungen sowohl Ursachen als auch Folgen sorgfältig zu dokumentieren sind. Dies gilt insbesondere für solche Tatsachen, die zu einem späteren Zeitpunkt im Bauablauf nicht mehr festgestellt werden können.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 97.

## 2 Nachweisführung bei Leistungsabweichungen

Gerade im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Entgeltanpassung infolge von Leistungsabweichungen, vor allem bei gestörten Bauabläufen, ergeben sich in der Praxis oft Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern. Insofern ist eine detailliert und chronologisch geführte Dokumentation hilfreich und der erfolgreichen Durchsetzung der MKF dienlich.<sup>2</sup> Zu unterscheiden ist zwischen Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung: Während erstere vom AG angeordnet werden, sind letztere eine Folge von Umständen aus der Sphäre des AG.

Da in der Praxis vor allem bei Störungen der Leistungserbringung Uneinigkeit zwischen den Vertragspartnern besteht, wird nachfolgend insbesondere detaillierter auf die Anspruchsvoraussetzungen bei Störungen der Leistungserbringung eingegangen und nur kurz auch auf jene bei Leistungsänderungen. Vorweg ist festzuhalten, dass die Literatur<sup>3</sup> über die konkreten Anforderungen an die Nachweisführung zur Durchsetzung von Mehrkostenforderungen infolge von Störungen der Leistungserbringung uneinig ist und sich die Rechtsprechung noch nicht abschließend geäußert hat. Es wird daher auf eine detaillierte Literaturdiskussion verzichtet und nur die eigene Ansicht zusammengefasst behandelt.

### 2.1 Anspruchsvoraussetzungen, Beweislast und Nachweisführung bei Leistungsänderungen

Nach der ÖNORM B 2110 hat der AN bei Leistungsänderungen einen vertraglichen Anspruch auf Mehrkosten (Pkt 7.4.1). Wesentlich ist, dass die Anordnung des AG zu einer Änderung der vertraglich geschuldeten Leistung führt. Die Anordnung muss dabei kausal für die Änderung sein. Die MKF ist auf Preisgrundlage des Vertrages zu ermitteln. Gemäß Pkt 7.4.2 hat die Ermittlung der neuen Preise auf Basis des Vertrages unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen.<sup>4</sup>

Wenn die ÖNORM B 2110 nicht Vertragsgrundlage ist, richtet sich die Abgeltung der zusätzlichen/geänderten Leistung infolge von Leistungsänderungen nach der zugrunde liegenden Vereinbarung. Im Zweifel ist ein angemessenes Entgelt zu leisten.

Die anspruchsbegründenden Tatsachen sind grundsätzlich vom Kläger und die Einwendungs- und Einredetatsachen sind vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen.<sup>5</sup> Jede Partei trägt also die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der für sie günstigsten Norm.<sup>6</sup> Die Dokumentation dient in diesem Zusammenhang dem Nachweis eines konkret behaupteten Sachverhalts. Für den Entgeltanpassungsanspruch

<sup>2</sup> Siehe dazu auch *Karasek*, ÖNORM B 21102 Rz 1329.

bei Leistungsänderungen bedeutet dies, dass der AN vor allem für die Anordnung des AG, für die Folgen auf die vertraglich geschuldete Leistung sowie die Kausalität zwischen Anordnung und Folgen behauptungs- und beweispflichtig ist. Die Nachweisführung richtet sich daher primär auf die Anordnung des AG und deren Folgen sowie die Herleitung des Anspruchs der Höhe nach auf Preisgrundlage des Vertrages.

## 2.2 Anspruchsvoraussetzungen, Beweislast und Nachweisführung bei Störungen der Leistungserbringung

### 2.2.1 Umstände auf Seite des Auftraggebers

Der gesetzliche Wortlaut (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB) fordert, dass der AN infolge von *Umständen auf Seite des AG* durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wurde. Der Anspruch setzt also zunächst das Vorliegen von Umständen voraus, die die Ausführung des Werkes stören und deren Folgen vom AG zu tragen sind.<sup>7</sup> Wesentlich ist, dass das Werk nicht endgültig verhindert wird. Die Umstände auf Auftraggeberseite verhindern nur die rechtzeitige Fertigstellung.

<sup>3</sup> Müller/Ilg, Die Mehrkostenforderung infolge von gestörten Bauabläufen, in FS Georg Karasek (2018) 617ff; Karasek, Die Dokumentation des Bauablaufs – Eine Antwort auf die Wehklagen der österreichischen Bauwirtschaft, bauaktuell 2019, 105; 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); Heck, Mehrkostenforderungen, ein anstehender Paradigmenwechsel oder nur lästige Pflicht in der Nachweisführung?, in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018 7; Hussian, Die Nachweisführung gestörter Bauabläufe aus Sicht des Auftragnehmers, in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018 49; Kodek, Mehrkosten beim Bauvertrag – Anspruchsvoraussetzungen und Nachweisführung, in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018 67; Kletečka, Rechtliche Betrachtung der Diskussion der Nachweisführung von Mehrkostenforderungen, in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018 95; Müller, Die Illusion des Einzelnachweises – Möglichkeiten der Nachweisführung und ihre Grenzen, in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018 97.

Die Frage, welche Umstände vom AG zu tragen sind, richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung, aus der sich die Risikosphären der Vertragspartner ergeben. Subsidiär kommt dispositives Recht zur Anwendung.<sup>8</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 AG – entgegen der Regelung des ABGB<sup>9</sup> – auch die Risiken der neutralen Sphäre zu.

Für den Entgeltanpassungsanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bedeutet dies, dass den AN die Behauptungs- und Beweislast für die Ursache aus der Sphäre des AG, trifft.<sup>10</sup>

### 2.2.2 Zeitverlust

Das Gesetz verlangt einen „Zeitverlust“, wobei die hA diesem erhöhte Anstrengungen oder einen Mehraufwand gleichsetzt. Die hindernden Umstände müssen nämlich nicht immer zu einem Zeitverlust führen, sondern können den AN auch zu erhöhten Anstrengungen zwingen (wie etwa dem Einsatz von mehr Gehilfen oder stärkeren Maschinen, der Änderung des Arbeitskonzepts, Überstunden oder Mehraufwand durch Winterbau). Die Fertigstellung des Werkes wird diesfalls nicht verzögert, dem AN erwachsen aber erhöhte Aufwendungen.<sup>11</sup> § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB erfasst nach hA also nicht nur Zeitverlust im engen Sinn; es reicht, wenn der AN in der Ausführung seiner Leistungen erschwert war.<sup>12</sup>

Die Parteien vereinbaren im Werkvertrag nicht nur die für die Ausführung des Werks erforderlichen Einzelleistungen, sondern auch die Umstände der Leistungserbringung.<sup>13</sup> Die ÖNORM B 2110 definiert in Pkt 3.8 Bau-Soll (Leistungsumfang) ausdrücklich als diejenigen Leistungen des AN, die durch den „Vertrag [...] unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung festgelegt werden.“ Diese Umstände fließen letztlich in die Kalkulation des AN ein, insbesondere in seine Erwartungen zu konkreten Produktivitätsannahmen.<sup>14</sup>

<sup>4</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>5</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 17f. (Stand 01.02.2017, rdb.at)

<sup>6</sup> Rechberger in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 Vor § 266 ZPO Rz 32 mwN. (Stand 01.02.2017, rdb.at)

<sup>7</sup> Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 27. (Stand 01.01.2000, rdb.at)

<sup>8</sup> Müller in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 227ff.

<sup>9</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1194.

<sup>10</sup> Müller/Ilg, in FS Georg Karasek (2018) 635.

<sup>11</sup> Siehe dazu umfassend Müller/Goger, Der gestörte Bauablauf (2016) 59f.

<sup>12</sup> SZ 58/41; OGH 5 Ob 558/93; Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 25 (Stand 01.01.2000, rdb.at); Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1168 Rz 42 (Stand 01.08.2020, rdb.at); Kodek in Kodek/et al, Mehrkosten beim Bauvertrag (2017) 23f.

<sup>13</sup> Müller in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 74f.

<sup>14</sup> So auch Kropik, ZVB 2017, 489 (493).

Eine Kalkulation ist immer eine mit entsprechenden Unsicherheiten behaftete Prognose. Der AN kann den Gesamtaufwand letztlich nur schätzen. Wovon der AN ausgeht, kommt vor allem in den Leistungsansätzen zum Ausdruck. Zur Ermittlung des den Leistungsansätzen zugrundeliegenden und zu erwartenden Betriebsmitteleinsatzes muss der AN von einer bestimmten Produktivität dieser Betriebsmittel ausgehen. Grundlage seiner Erwartungen ist das Bau-Soll und die sich daraus ergebenden Umstände der Leistungserbringung.<sup>15</sup> Ändert sich das Bau-Soll, insbesondere die Umstände der Leistungserbringung, so ändern sich auch die Grundlagen der Kalkulation nachträglich. Damit realisieren sich die Kalkulationsannahmen nicht, sodass eine Erschwernis vorliegt.<sup>16</sup> Im Ergebnis bedeutet das, dass die getroffenen Kalkulationsannahmen verändert wurden und die Kalkulation daher auf Basis des Vertrages entsprechend angepasst werden muss.

### 2.2.3 Kausalität der Umstände für den Zeitverlust

Der Umstand aus der Sphäre des AG (= Störung) muss kausal für den Zeitverlust oder die Erschwernis (= Mehraufwand) sein. Dies liegt dann vor, wenn ohne die Störung der Zeitverlust oder die Erschwernis nicht eingetreten wäre.<sup>17</sup> Der AN hat dem Grunde nach nur dann Anspruch auf Entgeltanpassung, wenn der Mehraufwand auf die konkret behaupteten Umstände aus der Sphäre des AG zurückzuführen ist (etwa weil Stehzeiten entstanden sind, Umsetzungsvorgänge nötig wurden, Partien verstärkt werden mussten, andere Maschinen eingesetzt wurden).<sup>18</sup>

Bei MKF kommt dem Anscheinsbeweis insbesondere beim Beweis des Kausalzusammenhangs Bedeutung zu.<sup>19</sup> Die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises für die Kausalität einer Störung, für einen Zeitverlust oder einen Mehraufwand wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur kontroversiell diskutiert.<sup>20</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

<sup>15</sup> *Kletečka*, bauaktuell 2017, 44 (46); *Müller* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management2 (2015) 74ff; *Kropik*, ZVB 2017, 489 (497ff).

<sup>16</sup> *Kropik*, ZVB 2017, 489 (497ff).

<sup>17</sup> *Hussian* in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft (2009) 251 (254); *Berlakovits/Karasek*, bauaktuell 2017, 89 (90).

<sup>18</sup> *Berlakovits/Karasek*, bauaktuell 2017, 89 (90)

<sup>19</sup> *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf 92f; *Kletečka*, bauaktuell 2017, 44 (49); *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten beim Bauvertrag 71; *Hussian* in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft 254.

<sup>20</sup> Gegen die Zulässigkeit: *Berlakovits/Karasek*, bauaktuell 2017, 89 (93f); für die Zulässigkeit: *Kropik*, ZVB 2017, 489 (499); *Kletečka*, bauaktuell 2017, 44 (49); *Müller/Goger*, Der gestörte Bauablauf 92f; *Hussian* in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft 254f; *Kletečka* in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018, 95; *Müller* in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018, 119; *Hussian* in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018, 64; differenzierend: *Kodek*, bauaktuell 2017, 135 (142); *Kodek* in Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar 2018, 88f.

gültigen Erfahrungssätzen beruhende Geschehensabläufe für den Anspruchswerber sprechen.<sup>21</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 zwar nicht auf jeden bauwirtschaftlichen Mehraufwand zutreffen, ist vor dem Hintergrund der auf Studien basierenden, bauwirtschaftlichen Literatur für zentrale Bereiche aber häufig zu bejahen sein. Es ist Kropik<sup>22</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 kommt bauwirtschaftlichen Erfahrungssätzen bei der Beweisführung Bedeutung zu.<sup>23</sup>

#### 2.2.4 Verkürzung

Als weitere Voraussetzungen fordert der § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB, dass der AN durch den Zeitverlust oder die Erschwernis *verkürzt* wurde. Nach eigener Ansicht normiert der Begriff die Voraussetzung, dass der Zeitverlust oder die Erschwernis 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 darauf an, ob der entstandene Mehraufwand auf Grundlage der Kalkulationsannahmen vom vertraglich vereinbarten Entgelt abgedeckt ist oder nicht, wobei eine Verkürzung auch vorliegen kann, wenn der AN seinen Kalkulationsgewinn aufgrund von Störungen nicht realisieren kann.<sup>24</sup>

#### 2.2.5 Leistungsbereitschaft

Überdies setzt die Durchsetzung einer MKF die Leistungsbereitschaft des AN voraus. Dazu muss der AN die notwendigen Kapazitäten und den Willen zur Herstellung des Werkes haben.<sup>25</sup> Die Leistungsbereitschaft kann sich bereits aus den Umständen ergeben; ist dies nicht der Fall, liegt es im Interesse des AN seine Leistungsbereitschaft zu erklären.<sup>26</sup>

Der Auftragnehmer hat 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>27</sup>

<sup>21</sup> RIS-Justiz RS0040266.

<sup>22</sup> Kropik, ZVB 2017, 489 (499); Müller/Ilg, in FS Georg Karasek 635f.

<sup>23</sup> Müller/Ilg, in FS Georg Karasek 638.

<sup>24</sup> Kropik, ZVB 2017, 538 (541).

<sup>25</sup> Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1168 Rz 18 (Stand 01.08.2020, rdb.at); Rebhahn in Schwimann, Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 20.

<sup>26</sup> RIS-Justiz RS0021762.



### 3 Aufgaben der Rechtsbegleitung bei der Nachweisführung in der Ausführungsphase

#### 3.1 Juristischer Projektsupport allgemein

Der juristische Projektsupport soll die Projektleitung entlasten. Der:Die Jurist:in unterstützt schon in der Angebotsphase bei der Dokumentation und Herleitung des Bau-Soll auf Basis des Bauvertrages (Vertragsauslegung), prüft im Zusammenspiel mit dem:der Kalkulanten:in die Kalkulationsannahmen auf Übereinstimmung mit den vertraglichen Grundlagen, erarbeitet bei Projektstart Dokumentationsziele, erstellt Checklisten und Formulare zur Erleichterung der Standarddokumentation, unterstützt bei der Dokumentation von Leistungsabweichungen und erarbeitet Begründungen zur Anmeldung von MKF. Dazu kommt die chronologische Aufarbeitung und strukturierte Führung des rechtlich relevanten Schriftverkehrs, die Begleitung eines regelmäßigen Soll-Ist-Vergleichs sowie die Unterstützung bei Verhandlungen über MKF. Auch die Prüfung von Baubesprechungsprotokollen und die Formulierung von Einsprüchen werden durch einen juristischen Support erleichtert.

#### 3.2 Nachweisführung zum Bau-Soll und Vertragsauslegung

Das Bau-Soll ist die Grundlage der Kalkulation und in der Folge Ausgangspunkt des vom AN im Zuge der Ausführung laufend durchzuführenden Soll-Ist-Vergleichs. Abweichungen vom Bau-Soll können sich neben Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung auch aus Verbesserungsvorschlägen des AN in Folge eines fehlerhaften oder eben undeutlichen Bau-Soll ergeben. Der Dokumentation der Kalkulationsannahmen zum Nachweis des der Ermittlung des Preises zugrunde gelegten Leistungsumfanges kommt daher erhebliche Bedeutung zu.<sup>28</sup> Dabei ist von einem objektiven Maßstab auszugehen; das heißt, dass die vom AN im Zuge der Ermittlung des Bau-Soll getroffenen Annahmen objektiv zu begründen sind und nicht im Widerspruch zu anderen Teilen der Leistungsbeschreibung stehen dürfen. Allerdings ist davon auszugehen, dass der AN im Zuge der Kalkulation auf Grundlage der Leistungsbeschreibung und der sich daraus ergebenden Umstände der Leistungserbringung berechtigt ist, seine Leistung zu optimieren und der Preisermittlung daher einen optimierten Leistungsablauf und Ressourceneinsatz zugrunde zu legen.<sup>29</sup> Aus dieser Überlegung heraus können auch subjektive Elemente in die Bau-Soll-Ermittlung einfließen.<sup>30</sup> Die Rechtsbegleitung in dieser Phase soll sicher-

<sup>27</sup> Müller/Ilg, in FS Georg Karasek 640.

<sup>28</sup> Karasek, Beweispflichten und Dokumentationen bei Behinderungen, in Tagungsband 8. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar (2015) 111.

<sup>29</sup> Oberndorfer/Haring, Claim Management<sup>3</sup> (2017) 109f.

stellen, dass Kalkulationsannahmen ihre Deckung in den vertraglichen Grundlagen finden. Dabei ist die sorgfältige Vertragsauslegung von besonderer Bedeutung.

Um Leistungsabweichungen zu erkennen und richtig zu dokumentieren, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den vertraglichen Grundlagen. Gerade Bauverträge bestehen in der Regel aus einer Vielzahl an einzelnen Dokumenten, die auszulegen sind. Im Zuge einer projektbegleitenden Rechtsberatung muss zunächst ein gemeinsames Verständnis über den Vertrag geschaffen werden. Die Erarbeitung von Übersichten zum Vertrag, wesentlichen vertraglichen Regelungen und Pflichten durch einen:eine Juristen:in erleichtert Techniker:innen die Handhabung des Vertrages während der Ausführung.

Kommt es zu Konflikten über den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages, weil das Bau-Soll, insbesondere die Umstände der Leistungserbringung, unklar sind, muss durch Vertragsauslegung ermittelt werden, was vertraglich geschuldete Leistung ist.<sup>31</sup> In Abhängigkeit vom Ergebnis der Vertragsauslegung hat der AN einen Anspruch auf Erhöhung des Werklohns, wenn seine der Kalkulation zugrunde liegende Auslegung sich als richtig herausstellt und es zu Leistungsabweichungen kommt. Ist dies nicht der Fall, so kommt ihm zunächst auf Grundlage des Vertrages kein Anspruch auf Mehrkosten zu, allerdings kann sich aus einem unklaren, vom AG formulierten Bau-Soll allenfalls irrtumsrechtlich ein Anspruch auf Vertragsanpassung und in der Folge auf Mehrkosten für den AN ergeben. Auch Schadenersatzansprüche gegen den AG, der gegen die Pflicht zur sorgfältigen Beschreibung der Leistung verstoßen hat, sind denkbar.<sup>32</sup> Bei der Vertragsauslegung unterstützt die Rechtsbegleitung bei der richtigen Anwendung von Vertragsauslegungsregeln und der Auflösung von Widersprüchen im Vertrag.

### 3.3 Nachweisführung zu Leistungsabweichungen während der Ausführung (Dokumentation)

Ganz generell dient Dokumentation während der Ausführung dazu, den Nachweis über bestimmte Umstände und Tatsachen zur Verwendung zu einem späteren Zeitpunkt zu schaffen, primär also der Beweissicherung.<sup>33</sup> Dies gilt insbesondere für diejenigen Feststellungen, die zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich sind. Als Maßstab gilt dabei, dass Ereignisse zu dokumentieren sind, die einen möglichen Einfluss auf die Ausführung der Leistung oder die Abrechnung haben können.<sup>34</sup> Aus Sicht des AN ist es darüber hinaus wesentlich, die Leistung selbst (sowohl auf der Baustelle als auch außerhalb) sowie die konkreten Auswirkungen von Leistungsabweichungen exakt zu

<sup>30</sup> Müller in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 78.

<sup>31</sup> Straube/Car/Kropik in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.2 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>32</sup> Müller in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 78.

<sup>33</sup> Oberndorfer/Haring, Claim Management<sup>3</sup> 28.

<sup>34</sup> Karasek, bauaktuell 2019, 105.

dokumentieren. Aus diesem Grund sind vor allem Umstände bei der Bauausführung, die zu Erschwernissen und Behinderungen führen, zu dokumentieren.

Die Dokumentation soll daher einerseits Aufschluss über den Zustand der Baustelle, die erbrachte Leistung und Leistungsabweichungen geben und andererseits den Einsatz der Kapazitäten aufzeichnen, um die Auswirkungen von Leistungsabweichungen auf die Leistungserbringung bewerten zu können.<sup>35</sup> Darüber hinaus sind die Tätigkeiten der Vertragsparteien im Laufe des Bauprojekts möglichst exakt zu dokumentieren, wobei auch die Leistungen sowie Folgen von Leistungsabweichungen der Techniker:innen und Planer:innen erfasst werden sollten. Gerade der Nachweis erhöhter Gemeinkosten hängt von der Dokumentation dieser Leistungen und deren Ursachen ab. Neben der erbrachten Leistung sollten auch Anweisungen und Vorgaben sowie Warnungen und Hinweise der Vertragspartner dokumentiert werden.<sup>36</sup>

Darüber hinaus ist eine sorgfältige Dokumentation bereits während des Baubetriebs hilfreich, um auftretende Störungen leichter erkennen zu können, die nötige Warnung an den AG zu veranlassen und schließlich rasch Maßnahmen zu ergreifen. Kommt es zu einem Prozess, so dient die Dokumentation vor allem der Beweisführung. Urkunden stellen (neben Zeugenaussagen) ein wesentliches Beweismittel dar. Dabei kann eine gute Dokumentation zu einem gewissen Grad einen Rechtsstreit verhindern: Bei einer gut dokumentierten Faktenlage wird ein Vertragspartner eher davon absehen, ein Gericht anzurufen und einer außergerichtlichen Einigung über Mehrkosten zustimmen. Nicht zuletzt können auf Basis einer entsprechenden Dokumentation auch im Vorfeld eines Prozesses Prozesschancen besser beurteilt werden.<sup>37</sup>

Die Rechtsbegleitung während der Ausführung soll vor allem sicherstellen, dass die Dokumentation qualitativ den Vorgaben entspricht und diejenigen Tatsachen dokumentiert werden, die in der Folge zur Nachweisführung, insbesondere bei Leistungsabweichungen, erforderlich sind.

Schon am Beginn der Ausführungsphase sollte das Dokumentationsziel und der Detaillierungsgrad der Dokumentation mit Projekt- und Bauleitung definiert werden. Diese Vorgaben hängen wesentlich vom konkreten Projekt und dessen Komplexität ab. Diese wird wiederum vom Terminplan, der Art des Projekts (Bestand, Neubau, Sanierung, Jahreszeit, Örtlichkeit, AG) und der Projektorganisation maßgeblich bestimmt. Die Dokumentationsziele sind regelmäßig zu überprüfen und allenfalls anzupassen.

Während der Ausführung sollte die Dokumentation regelmäßig evaluiert werden; die Rechtsbegleitung überprüft hier insbesondere, ob erkannte Soll-Ist-Abweichungen sich aus der Dokumentation erklären und begründen lassen. Gerade in gestörten Bauabläufen sollte diese Evalu-

<sup>35</sup> *Vygen/Schubert/Lang*, Bauverzögerung und Leistungsänderung<sup>4</sup> 292ff.

<sup>36</sup> *Müller*, Dokumentation im Bauprojekt, Netzwerk Bau 17/2013, 14 (15).

<sup>37</sup> *Weselik* in *Weselik/Hussian*, Bauprozess<sup>2</sup> 41ff.

ierung in kurzen Abständen erfolgen, um sicherzustellen, dass Ursachen und Folgen von Leistungsabweichungen oder einer Vielzahl an einzelnen Störungen ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert werden. Auch hier kann die Erarbeitung von Checklisten und Mustertexten durch die Rechtsbegleitung die Ausführenden entlasten und qualitätssichernd wirken. Werden Defizite in der Dokumentation festgestellt, ist eine Korrektur vorzunehmen. Dabei ist es insbesondere wichtig, diejenigen Personen, die auf der Baustelle dokumentieren zu schulen, um Akzeptanz für die Notwendigkeit einer detaillierten Dokumentation zu schaffen. Auch in diesem Bereich unterstützt die Rechtsbegleitung.

Zudem ist es Aufgabe der Rechtsbegleitung, darauf zu achten, dass vertragliche oder gesetzliche Dokumentationspflichten eingehalten werden.

### 3.3.1 Dokumentationspflichten nach dem ABGB

Das ABGB selbst enthält keine Bestimmungen über die Dokumentationspflichten der Vertragspartner beim Bauprojekt.<sup>38</sup> Im Bauvertrag sind aber regelmäßig besondere Dokumentationspflichten vorgesehen. Schon aufgrund der Beweislastverteilung ist die Dokumentation anspruchsbegründender Tatsachen jedenfalls erforderlich, ungeachtet des Umstands, ob der Bauvertrag konkrete Dokumentationspflichten enthält oder nicht. Schlussendlich liegt es also – auch ohne Regelungen im ABGB – im Interesse des AN, die Vorgänge auf der Baustelle sorgfältig zu dokumentieren.

Die Dokumentation des Bauablaufs und der erbrachten Leistung soll es dem AN erlauben, die Tatsachen für alle möglichen Ansprüche vorliegend zu haben, ungeachtet der Tatsache, ob diese Ansprüche schließlich auch erhoben werden. In diesem Zusammenhang ist es wesentlich, Auslöser und Folgen einer Störung detailliert in den Bautagesberichten und auch in internen Stundenerfassungssystemen zu dokumentieren. Daher sollte der AN bei jedem störenden Ereignis die konkreten Auswirkungen auf seine Leistung festhalten, um den Nachweis der Erschwernis im Sinne des § 1168 ABGB erbringen zu können.<sup>39</sup>

### 3.3.2 Dokumentationspflichten nach der ÖNORM B 2110

Pkt. 6.2.7.1 ÖNORM B 2110 bestimmt, dass eine Dokumentation jedenfalls dann notwendig ist, wenn Feststellungen getroffen werden müssen, die zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr nachvollzogen werden können oder wenn Vorkommnisse am Erfüllungsort (das ist der Baustellenbereich) auftreten, die die Ausführung der Leistung beeinflussen. Die ÖNORM B 2110 versteht dabei unter „Vorkommnissen“ Tatsachen, Anordnungen und getroffene Maßnahmen.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Müller/Sommerauer in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 322.

<sup>39</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf, 98.

<sup>40</sup> Straube/Car/Kropik in Straube/Aicher/Ratka/Rauter, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.6 (Stand 1.10.2017, rdb.at); Müller/Sommerauer in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 324.

Beide Vertragspartner sind gemäß Pkt. 6.2.7.1 ÖNORM B 2110 verpflichtet, an einer gemeinsamen Dokumentation mitzuwirken, dies gilt umso mehr im Fall von Störungen der Leistungserbringung. Zusätzlich enthält Pkt. 6.2.7.1 ÖNORM B 2110 eine Regelung für den Fall, dass die Dokumentation ausnahmsweise einseitig verfasst werden muss, um den Beweis Zweck der Dokumentation sicherzustellen. In diesem Fall muss die Dokumentation dem Vertragspartner nachweislich übermittelt werden. Der andere Vertragspartner hat 14 Tage Zeit, Einspruch zu erheben.<sup>41</sup> Tut er dies nicht, wird zwar nicht von einem Anerkenntnis auszugehen sein, allerdings kommt es zu einer Beweislastumkehr: Es trifft dann denjenigen, der die Dokumentation durch Schweigen bestätigt, die Beweispflicht für die nachträgliche Behauptung der Unrichtigkeit der nicht beeinspruchten Dokumentation.<sup>42</sup> Der OGH qualifiziert hier Eintragungen als Wissenserklärungen. Eine derartige Wissenseintragung ist zwar widerrufbar, jedoch obliegt die Beweispflicht demjenigen Vertragspartner, der sich verschwiegen hat.<sup>43</sup>

Die Kosten der vertragsgemäßen Dokumentation hat gemäß Pkt. 6.2.7.1 ÖNORM B 2110 grundsätzlich jeder Vertragspartner selbst zu tragen.<sup>44</sup>

### 3.3.3 Dokumentationsformen

Als Standarddokumentationsformen nennt Punkt 6.2.7.2 ÖNORM B 2110/2118 das Baubuch und die Bautagesberichte. Ergänzend stehen auch noch andere Methoden der Dokumentation zur Verfügung.<sup>45</sup>

#### 3.3.3.1 Baubuch

Das Baubuch wird grundsätzlich vom AG geführt, wobei die Führung vertraglich vereinbart sein oder dem AN anderwärtig vom AG zur Kenntnis gebracht werden muss. Eine Verpflichtung zur Führung eines Baubuches besteht nicht.<sup>46</sup>

Im Baubuch sind alle getroffenen Anordnungen festzuhalten und alle wichtigen Tatsachen und Feststellungen zu dokumentieren. Aus den Regelungen der ÖNORM B 2110 (Pkt. 6.2.7.2.1.) ergibt sich das Recht (und umgekehrt die Pflicht) des AN zur täglichen, mindestens aber wöchentlichen Einsichtnahme in das Baubuch. Analog zu den Bestimmungen über die Bautagesberichte gilt, dass die stillschweigende Kenntnisnahme von Eintragungen ohne (schriftlichen) Einspruch, zwar nicht zu

<sup>41</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 5.1.1.4.1 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

<sup>42</sup> *Straube/Car/Kropik* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.6.5 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *Müller/Goger* (Hrsg.), *Der gestörte Bauablauf*, 100.

<sup>43</sup> OGH 2 Ob 239/14g.

<sup>44</sup> *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten beim Bauvertrag 117.

<sup>45</sup> *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten beim Bauvertrag 119.

<sup>46</sup> *Müller/Sommerauer* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 328.

einem Anerkenntnis eines Rechtes oder einer Forderung führt, wohl aber zu einer (in der Praxis schwerwiegenden) Beweislastumkehr in dem Sinn, dass der AN allenfalls die Unrichtigkeit dokumentierter Tatsachen im Fall ihrer Strittigkeit beweisen muss. Im Gegensatz zu den Bautagesberichten muss jedoch der AN nicht über Eintragungen in das Baubuch informiert werden.<sup>47</sup> Die Rechtsbegleitung unterstützt die Projektleitung bei der Analyse von Baubucheintragungen und der Formulierung von Einsprüchen.

### 3.3.3.2 Bautagesberichte

Die Bautagesberichte werden vom AN geführt. Ebenso wie das Baubuch, gehören die Bautagesberichte zu der in der ÖNORM B 2110 vorgesehenen Routedokumentation und werden grundsätzlich vom AN alleine geführt. Der AN kann aber auch vertraglich dazu verpflichtet sein.<sup>48</sup>

Bautagesberichte sind deshalb so relevant, da hier alles zu dokumentieren ist, was für die Leistungserbringung relevant ist, insbesondere die konkreten Umstände der Leistungserbringung. Damit stellen sie die Grundlagen der Nachweisführung zu Leistungsabweichungen und deren Folgen dar. Wichtig ist dabei, dass eine Dokumentation geschaffen wird, die verständlich und auch später nachvollziehbar ist, um Tatsachen im Streitfall beweisen zu können. Letztendlich muss die Dokumentation eine Grundlage für die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen einer bestimmten Tatsache und der daraus resultierenden Folge dienen; aus diesen Folgen sind dann allenfalls Mehrkosten und Ansprüche auf Bauzeitverlängerung abzuleiten.<sup>49</sup> Die Rechtsbegleitung hat die Aufgabe, darauf hinzuwirken, dass die Bautagesberichte so geführt werden, dass diese Anforderungen erfüllt werden. Auch in diesem Zusammenhang bewähren sich Checklisten und Musterformulierungen für konkrete Sachverhalte. Zudem ist die Übereinstimmung der in den Bautagesberichten festgehaltenen Tatsachen mit dem Schriftverkehr und dem tatsächlichen Bauablauf zu überprüfen. Gerade der schlüssige Aufbau der gesamten Dokumentation ist ein wesentlicher Erfolgsfaktor der Nachweisführung bei Leistungsabweichungen.

Im Gegensatz zu dem Baubuch, hat der AN die Bautagesberichte dem AG ehestens, spätestens jedoch innerhalb von 14 Tagen, nachweislich zu übergeben.<sup>50</sup> Daraus ergibt sich auch die Anforderung einer zeitnahen Dokumentation: Die Dokumentation soll so rechtzeitig erfolgen, dass der Baufortschritt Nachweise erst nach deren Dokumentation vernichtet. Der AG ist berechtigt, seinerseits Eintragungen in die Bautagesberichte vorzunehmen, wobei diese Eintragungen dem AN nachweislich zur Kenntnis zu bringen sind. Eine Eintragung in die Bautagesberichte gilt

<sup>47</sup> *Straube/Car/Kropik* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.6.4 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>48</sup> *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten beim Bauvertrag 119.

<sup>49</sup> *Straube/Car/Kropik* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.6.3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>50</sup> *Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm*, Mehrkosten beim Bauvertrag 119.

dann als bestätigt, wenn der andere Vertragspartner nicht innerhalb von 14 Tagen schriftlich dagegen Einspruch erhebt.<sup>51</sup> Hier kommt es wiederum zu einer Beweislastumkehr: Stellen sich die Eintragungen im Nachhinein als unrichtig heraus, so ist diejenige Partei beweispflichtig, die die Richtigkeit der Eintragung bestreitet.<sup>52</sup>

Eine weitere Aufgabe der Rechtsbegleitung ist daher die Bearbeitung von Anmerkungen und Kommentaren der ÖBA in den Bautagesberichten. In der Praxis kommt es regelmäßig zu Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt von Bautagesberichten; insbesondere die Dokumentation der Folgen von Leistungsabweichungen auf die Ausführung wird von der ÖBA meist abgelehnt. Die Rechtsbegleitung kann hier die Projektleitung bei der rechtlichen Argumentation zur Entkräftung und Widerlegung derartiger Kommentare und Anmerkungen unterstützen. Auch hier sollte das Ziel einer einvernehmlichen Dokumentation zu Leistungsabweichungen und ihren Folgen aber im Fokus stehen.

Der konkrete Vertrag kann weitere Regelungen zur Dokumentation und Fristen zur Übergabe von Bautagesberichten enthalten. Der Rechtsbegleitung kommt die Aufgabe zu, Fristen mittels Checklisten transparent zu machen und im Anlassfall für deren Einhaltung zu sorgen.

### 3.3.3.3 Weitere Dokumentationsformen

Neben dieser Standarddokumentation können als Hilfsmittel Fotos, Protokolle, Sachverhaltsdarstellungen, Planeingangs- und -ausgangslisten, Schriftverkehr, Videofilme, usw. verwendet werden.<sup>53</sup> Zeichnet sich schon im Zuge der Bauausführung eine bevorstehende gerichtliche Auseinandersetzung, etwa über störungsbedingte Ansprüche ab, kann auch eine gerichtliche Beweissicherung in Betracht gezogen werden. Auch hier leistet die Rechtsbegleitung Unterstützung und stellt im Idealfall durch regelmäßige Projektbesprechungen und ein Screening der Dokumentation sicher, dass eine ausreichende Grundlage zur Nachweisführung iVm der Begründung und Durchsetzung von MKF bei Leistungsabweichungen geschaffen wird. Die erforderliche Nachweisführung zu den einzelnen Elementen des Anspruchs (siehe oben) muss von dem:der Juristen:in in Hinblick auf mögliche gerichtliche Auseinandersetzungen regelmäßig am Sachverhalt geprüft und ergänzt werden. Zudem sollte mit der Projektleitung festgelegt werden, welcher konkreten, allenfalls über die üblichen Methoden (Dokumentation, Schriftverkehr, ...) hinausgehenden Maßnahmen es bedarf. Zu denken ist etwa an gerichtliche Beweissicherung, Einbindung von speziellen technischen Sachverständigen zur Dokumentation einzelner Abweichungen (etwa im Bestand bei Sanierungsprojekten) oder auch eines:einer bauwirtschaftlichen Sachverständigen, der:die in Abstimmung mit dem:der Juristen:in Vorgaben zur

<sup>51</sup> *Straube/Car/Kropik* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II Kap. 1.6.5 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>52</sup> OGH 10.07.1997, 8 Ob 229/ 97b.

<sup>53</sup> Siehe im Detail *Müller/Sommerauer* in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> 328.



Dokumentation von bauwirtschaftlichen Folgen erarbeitet (etwa zum Nachweis von Produktivitätsverlusten). Eine weitere Aufgabe der Rechtsbegleitung kann es sein, auf einvernehmliche Festlegungen der Vertragspartner zu einer gemeinsamen Dokumentation im Fall von Leistungsabweichungen, insbesondere gestörten Bauabläufen hinzuwirken. Hier gilt es allenfalls auch ergänzende Vereinbarungen zu treffen.

### 3.4 Schriftverkehr

#### 3.4.1 Anmeldung und Aufbereitung von Mehrkostenforderungen

Sowohl Ansprüche aus Leistungsänderungen wie auch Ansprüche aus Störungen der Leistungserbringung sind in der Regel ehestens nachweislich anzumelden.<sup>54</sup> Die Anmeldung hat zwar grundsätzlich nicht schriftlich zu erfolgen, aus Beweis Zwecken wird aber dringend angeraten, die Mitteilung nachweislich schriftlich abzufassen.

Gem Pkt 7.3.1 der ÖNORM B 2110 sind Ansprüche aus Leistungsänderungen vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach anzumelden.<sup>55</sup> Die Anmeldung kann entfallen, wenn die daraus abzuleitenden Ansprüche offensichtlich sind. Die Offensichtlichkeit kann wohl grundsätzlich in all jenen Fällen angenommen werden, in denen der AG eine zusätzliche Leistung beauftragt. Dennoch empfiehlt sich vorsichtshalber auch in diesen Fällen, die Mehrkosten dem Grunde nach noch vor Ausführung der Leistung anzumelden und nicht von der Offensichtlichkeit auszugehen. Der AN riskiert ansonsten einen Anspruchsverlust im Sinne des Pkt 7.4.3 ÖNORM B 2110.<sup>56</sup>

Bei einer Leistungsstörung gilt Pkt 7.3.2 ÖNORM B 2110 uneingeschränkt. Jegliche MKF ist ehestens anzumelden.<sup>57</sup> Diesbezüglich ist auf Pkt 7.5.1 der ÖNORM B 2110 zu verweisen: Leistungen, die nicht im Leistungsumfang enthalten sind und durch eine Störung der Leistungserbringung erforderlich werden, dürfen nach Erkennbarkeit, ausgenommen bei Gefahr in Verzug, ohne schriftliche Zustimmung des AG nicht aus- oder fortgeführt werden. Der AN verliert somit ausdrücklich seine Ansprüche für geänderte Leistungen, wenn nicht Gefahr in Verzug besteht.<sup>58</sup>

Nach der Anspruchsanmeldung dem Grunde nach hat der AN die Ansprüche der Leistungserbringung auch der Höhe nach ehestens vorzulegen. Die zentrale Regelung der Ansprüche des AN bei Leistungsabweichungen ist Pkt 7.4 der ÖNORM B 2110: Bei Leistungsabweichungen

<sup>54</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaf-tungsrecht II Kap. 5.1.1.4 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

<sup>55</sup> Karasek, bauaktuell 2019, 111.

<sup>56</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf, 85.

<sup>57</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaf-tungsrecht II Kap. 5.1.1.3 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

<sup>58</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaf-tungsrecht II Kap. 5.1.1.4.3 (Stand 1.10.2019, rdb.at).



besteht ein Anspruch des AN auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts, wenn der AN die Forderung auf Vertragsanpassung angemeldet hat und der AN eine MKF in prüffähiger Form vorgelegt hat.<sup>59</sup>

Das Kriterium der „Prüfbarkeit“ ist dann erfüllt, wenn der Vertragspartner anhand der Ausführungen und vorgelegten Unterlagen ableiten kann, welche Ansprüche dem AN zustehen. Der Begriff „prüfbar“ wird in der ÖNORM B 2110 auch im Zusammenhang mit der Schlussrechnung verwendet. Dazu hat der OGH<sup>60</sup> festgehalten, dass die Anforderungen an die Prüffähigkeit der Schlussrechnung unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Werkes und des Einblickes des AG nicht überspannt werden dürfen. Dieser kann auch auf die Aufbereitung von MKF herangezogen werden. Sofern also die Leistung und der Angebotspreis nachvollziehbar aufbereitet sind, wird eine MKF als prüfbar anzusehen sein. Naturgemäß wird die Aufbereitung bauwirtschaftlicher MKF einen höheren Detaillierungsgrad verlangen als eine Forderung für eine bspw zusätzlich zu liefernde Komponente.<sup>61</sup>

Bei einer Leistungsänderung ist es in der Regel ausreichend, wenn in der MKF auf die entsprechende Anordnung Bezug genommen wird. Eine darüberhinausgehende Nachweisführung dem Grunde nach ist in diesem Fall nicht erforderlich. Erforderlich ist eine nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen auf die Leistungserbringung und ein entsprechendes Zusatzangebot.<sup>62</sup>

Dieselbe Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt sinngemäß, wenn der AN Forderungen aus einer Störung der Leistungserbringung stellt, wobei gerade hier die nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen die AN in der Praxis vor große Herausforderungen stellt. Die Verknüpfung, im Sinne der Kausalität eines zB verspätet übergebenen Plans mit der Stehzeit oder dem Produktivitätsverlust eines: einer Mitarbeiters:in ist in der Praxis kaum möglich. Gerade in einem gestörten Bauablauf überlagern sich die Störungen und eine konkrete Zuordnung von Ursache und Wirkung ist nicht mehr möglich. Eine prüfbare Aufarbeitung einer MKF aufgrund einer Störung der Leistungserbringung ist daher anzunehmen, wenn auf Basis eines vollständig aufgearbeiteten Sachverhaltes die Folgen beispielhaft angeführt werden und zusammen mit der Bewertung der Höhe nach eine schlüssige und plausible Forderung darstellen.<sup>63</sup> Gerade in diesem Zusammenhang kann die Rechtsbegleitung unterstützen und zuarbeiten, insbesondere wenn es um die Begründung einer MKF dem Grunde nach und eben die Nachweisführung geht.

<sup>59</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaf-tungsrecht II Kap. 5.1.1.4.1 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

<sup>60</sup> Zuletzt OGH 1 Ob 161/14d.

<sup>61</sup> Müller/Goger (Hrsg), *Der gestörte Bauablauf*, 87.

<sup>62</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1294ff.

<sup>63</sup> Müller/Goger (Hrsg), *Der gestörte Bauablauf*, 88.

### 3.4.2 Störungsmeldungen

Die Dokumentation und die Störungsmeldung sollten konkret die Umstände, die zu einer Störung geführt haben, sowie deren Auswirkungen auf die Leistungserbringung aufzeigen<sup>64</sup>, wie etwa Leistungsverdünnung, Umdisposition, Stehzeiten etc. Auch die Einhaltung von Hinweis- und Mitteilungspflichten nach dem Vertrag oder der ÖNORM muss durch den AN dokumentiert werden. Konkret ist es erforderlich, den Anforderungen der ÖNORMen B 2110/B 2118 zu Mitteilungs- und Anmeldepflichten bei Störungen nachzukommen. Dh, dass eine Störungsanzeige schon dann an den AG übermittelt werden muss, wenn eine Störung droht, jedenfalls aber, wenn eine Störung konkret eingetreten ist. Zusätzlich zur Störungsanzeige ist der Anspruch auf Mehrkosten und Bauzeitverlängerung ehestens dem Grunde nach nachweislich anzumelden. Der Wegfall einer Störung sowie die Wiederaufnahme ungestörter Arbeiten ist gem Pkt 7.3.2 ÖNORM B 2110 dem AG zu melden.<sup>65</sup> Die Rechtsbegleitung stellt sicher, dass Störungsmeldungen ausreichend substantiiert und konkret sind. Auch hier empfiehlt sich die Erstellung von Checklisten, die die wesentlichen Elemente einer Störungsmeldung vorgeben.

## 4 Exkurs: Baubegleitende Konfliktlösung

Je höher die Qualität der Ausschreibung und Planungsphase und je klarer die Vertragsbestimmungen, desto geringer das Konfliktpotential. Ein häufiger Streitpunkt ist ua die unterschiedliche Vertragsauslegung oder die Prüfung von MKF bei Leistungsabweichungen. Endet ein Streit vor Gericht, ist das für alle Beteiligten in der Regel mühsam und belastend. Gerichtsverfahren dauern nicht selten mehrere Jahre. Der Gang zu Gericht könnte in vielen Fällen allerdings vermieden werden, gibt es doch zahlreiche Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung.<sup>66</sup>

Bei der außergerichtlichen Streitbeilegung gelten derzeit in Österreich die Mediation, die Schlichtung und das Schiedsgericht als die drei in der Baubranche verfestigten Verfahren. Zunehmende Bedeutung gewinnt zudem die Adjudikation. Die Streitbeilegungsverfahren unterscheiden sich im Wesentlichen in der Anzahl und Funktion der Beteiligten, in der Geschwindigkeit, in der das Verfahren abgewickelt werden kann, und in der Höhe der Verfahrenskosten.<sup>67</sup>

Das Schlichtungsverfahren ist in Bausachen va für das Abklären von Meinungsverschiedenheiten, zB aufgrund von unterschiedlicher Vertrags-

<sup>64</sup> Oberndorfer/Haring, Claim Management<sup>3</sup> 29.

<sup>65</sup> Wiener in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaf-tungsrecht II Kap. 5.1.1.3 (Stand 1.10.2019, rdb.at).

<sup>66</sup> Müller/Ilg, Bau & Immobilien Report 02/21, 11.

<sup>67</sup> Fleischhacker-Hofko/Wallner-Kleindienst in *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> 688f.

auslegung oder über die Folgen von Leistungsabweichungen geeignet. Die Voraussetzung für das Schlichtungsverfahren kann entweder eine Schlichtungsabrede im Hauptvertrag oder eine ad hoc Vereinbarung sein. Sinn und Zweck ist es, die jeweiligen Standpunkte auszutauschen. Dadurch soll unter Anleitung eines/einer erfahrenen Schlichters:in das gemeinsame Ausarbeiten von Lösungsvorschlägen, unter Berücksichtigung der wechselseitigen Standpunkte, vereinfacht werden. Es gibt diesbezüglich keine bestimmten Verfahrens- oder Formvorschriften, vielmehr obliegt den Parteien die genaue Verfahrensgestaltung. Kann kein Ergebnis erzielt werden, sind die gemachten Aussagen während des Verfahrens weder bindend noch präjudiziell. Die Bindungswirkung des Schlichtungsverfahrens entfaltet sich erst dann, wenn die teilnehmenden Parteien den Konflikt tatsächlich einvernehmlich bereinigt haben.<sup>68</sup> Der wesentliche Erfolgsfaktor für eine Schlichtung ist die Wahl eines/einer geeigneten, erfahrenen und von beiden Parteien akzeptierten Schlichters:in. Im Rahmen einer Schlichtung unterstützt die Rechtsbegleitung bei der Aufbereitung des Sachverhalts für den Schlichter, der Ausarbeitung der Schlichtungsvereinbarung und der rechtssicheren Umsetzung einer Einigung in einer Vereinbarung.

Generell sind außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren im Gegensatz zu Gerichtsverfahren nicht öffentlich. Die Parteien können somit ihre Streitigkeiten in einem dafür vorgesehenen Rahmen erörtern und müssen nicht mit negativen Auswirkungen auf andere Geschäftspartner rechnen. Zudem wird im Allgemeinen die Einigungsquote bei außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren als sehr hoch beschrieben.<sup>69</sup>

Aus einer Umfrage der ÖGEBAU<sup>70</sup> ergibt sich, dass über 90 % der Personen, welche bereits an einem Bauprojekt beteiligt waren, Alternativen zu einem Bauprozess kennen und schon erste Erfahrungen damit machen durften. Jene, die an solch einem alternativen Verfahren teilgenommen haben, bewerteten dies als eine positive Erfahrung. Adjudikation und Schiedsgericht galten demnach als die bestbewerteten Alternativen. In der Umfrage zeigt sich zusammengefasst, dass außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren als durchwegs positiv wahrgenommen werden und eine sinnvolle Alternative darstellen.

## 5 Fazit

Durch Rechtsbegleitung während der Ausführung soll vor allem sichergestellt werden, dass die Dokumentation qualitativ den Vorgaben entspricht und diejenigen Tatsachen dokumentiert werden, die in der Folge zur Nachweisführung erforderlich sind. In conclusio dient die Dokumentation während der Ausführung dazu, den Nachweis über bestimmte Umstände

<sup>68</sup> Müller/Ilg, Das Schlichtungsverfahren, Bau & Immobilien Report 04/2021.

<sup>69</sup> Fleischhacker-Hofko/Wallner-Kleindienst in Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> 689.

<sup>70</sup> <[https://www.oegebau.at/fileadmin/user\\_upload/Umfrage\\_Arbeitskreis\\_aussergerichtliche\\_Streitbeilegung.pdf](https://www.oegebau.at/fileadmin/user_upload/Umfrage_Arbeitskreis_aussergerichtliche_Streitbeilegung.pdf)> (Zugegriffen am 15.03.2022)

und Tatsachen zur Verwendung zu einem späteren Zeitpunkt zu schaffen, primär also der Beweissicherung. Dies gilt insbesondere für diejenigen Feststellungen, die zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich wären. Darüber hinaus ist eine sorgfältige Dokumentation während der Ausführung hilfreich, um auftretende Störungen leichter erkennen zu können, die nötige Warnung an den AG zu veranlassen und schließlich rasch Maßnahmen zu ergreifen. Durch den juristischen Support gelingt es im Idealfall, dass Tatsachen und Umstände als unstrittig zwischen AG und AN festgehalten werden.

Der:Die Jurist:in unterstützt aber auch schon in der Angebotsphase, etwa bei der Dokumentation und Herleitung des Bau-Soll auf Basis des Bauvertrages oder bei der Erarbeitung von Dokumentationszielen. Dazu kommt die chronologische Aufarbeitung und strukturierte Führung des rechtlich relevanten Schriftverkehrs während der Ausführung, die Begleitung eines regelmäßigen Soll-Ist-Vergleichs sowie die Unterstützung bei Verhandlungen über MKF, allenfalls auch im Rahmen außergerichtlicher, baubegleitender Streitbeilegungsverfahren.

Zusammengefasst ist das Ziel einer fundierten Rechtsbegleitung während der Bauausführung insbesondere eine ordentliche Dokumentation, welche qualitativ so erfolgt, dass die Nachweisführung zur Durchsetzung von Mehrkostenforderungen gelingen kann – bestenfalls baubegleitend und ohne zeit- und kostenintensive Gerichtsverfahren.

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
Bspw	beispielsweise
Dh	das heißt
Gem	gemäß
Ggf	gegebenenfalls
HB	Handbuch
Hrsg	Herausgeber
MKF	Mehrkostenforderung
OGH	Oberster Gerichtshof
Pkt	Punkt
ua	unter anderem
Vgl	vergleiche
zB	zum Beispiel

## Literaturverzeichnis

**Berlakovits/Karasek**, Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen, bauaktuell 2017.

**Goger/Gallistel**, Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen, bauaktuell 2017.

**Heck/Hofstadler**, Tagungsband des 8. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar, Graz, 2015.

**Heck/Hofstadler**, Tagungsband des 10. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar, Graz, 2018.

**Hock**, Zur Angemessenheitsprüfung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenforderungen von Werkunternehmern – ein Beitrag zu § 1168 Abs 1 ABGB, ecolex 2015.

**Hussian**, Die Behauptungs- und Beweislast bei Mehrkostenforderungen bei Mehrkostenforderungen, in FS 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Wien, 2009.

**Fasching/Konecny**, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> (Stand 01.02.2017, rdb.at).

**Karasek**, ÖNORM B 2110 Kommentar<sup>2</sup>, Wien, 2009.

**Karasek**, Die Dokumentation des Bauablaufs, bauaktuell 2019.

**Kletečka/Schauer**, ABGB-ON<sup>1.04</sup> (Stand 01.08.2020, rdb.at).

**Kletečka**, Beweisfragen in Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, bauaktuell 2017.

**Kodek**, Mehrkosten beim Bauvertrag: Dogmatische Grundfragen und praktische Anwendung, bauaktuell 2017.

**Kodek**, Mehrkosten beim Bauvertrag – Zum Entschädigungsanspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB, ZAK 2017.

**Kodek/Plettenbacher/Draskovits/Kolm**, Mehrkosten beim Bauvertrag, Wien, 2017.

**Kropik**, Mehrkostenforderungen von Bauunternehmern, ZVB 2017.

**Müller/Ilg**, Die Mehrkostenforderung infolge von gestörten Bauabläufen, in FS Georg Karasek, Wien, 2018.

**Müller**, Dokumentation im Bauprojekt, Netzwerk Bau 2013.

**Müller/Goger**, Der gestörte Bauablauf, Wien, 2015.

**Müller/Stempkowski**, Handbuch Claim-Management<sup>2</sup>, Wien, 2014.

**Oberndorfer/Haring**, Claim Management<sup>3</sup>, Wien, 2017.

**Rummel**, ABGB<sup>3</sup> (Stand 01.01.2000, rdb.at).

**Schwimmann**, Praxiskommentar<sup>4</sup>, Wien, 2014.

**Straube/Aicher/Ratka/Rauter**, Handbuch Bauvertrags- und Bauhafungsrecht II (Stand 1.10.2019, rdb.at).

**Vygen/Schubert/Lang**, Bauverzögerung und Leistungsänderung<sup>4</sup>, Duisburg, 2002.

**Weselik/Hussian**, Der österreichische Bauprozess<sup>2</sup>, Wien, 2009.

## Judikaturverzeichnis

BGH 21.03.2002 - VII ZR 224/00

BGH 24.02.2005 - VII ZR 141/03

BGH 24.02.2005 - VII ZR 225/03

BGH 20.04.2017 - VII ZR 194/13

OGH 06.12.1989, 9 ObA 326/89

OGH 01.12.1998, 7 Ob 337/98d

OGH 21.10.1999, 6 Ob 132/99a