

Verband österreichischer Biege- und Verlegetechnik

in Zusammenarbeit mit

SCHIEFER
VERGABE · RECHT · ANWÄLTE

Leitfaden zum Umgang mit den aktuellen Preissteigerungen auf dem Baustahlmarkt

Inhalt

1.	AUSGANGSLAGE UND AUFGABENSTELLUNG	3
1.1	AUSGANGSLAGE	3
1.2	AUFGABENSTELLUNG	3
2.	UMGANG MIT PREISSTEIGERUNGEN	5
2.1	ALLGEMEINES: RECHTLICHE AUSWIRKUNGEN VON PREISSTEIGERUNGEN AUF BESTEHENDE VERTRÄGE	5
2.2	PREISSTEIGERUNGEN	6
3.	LEITFADEN ZUM UMGANG MIT DEN AKTUELLEN PREISSTEIGERUNGEN.....	17
3.1	ALLGEMEINES UND VORÜBERLEGUNGEN	17
3.2	NACHWEISFÜHRUNG	17
3.3	PRÜFSHEMA – FESTPREISVEREINBARUNG	21
3.4	PRÜFSHEMA – VERÄNDERLICHE PREISE.....	23
4.	ANLAGEN.....	24

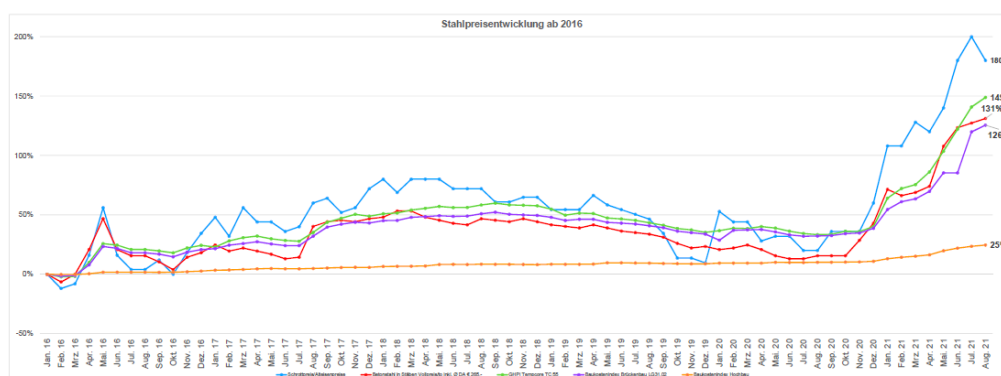
1. Ausgangslage und Aufgabenstellung

1.1 Ausgangslage¹

Die Situation auf dem Stahlmarkt stellt Biegereibetriebe in ganz Österreich vor große Herausforderungen mit teils existenzbedrohenden Auswirkungen. Eine Beruhigung der Lage ist nicht in Sicht (Stand: 29.6.2021).

Nach dem Ausbruch und der darauffolgenden weltweiten Ausbreitung der „COVID-19“ Pandemie wurden die Produktionskapazitäten für Stahl/Betonstahl weltweit heruntergefahren, um auf den Nachfrageeinbruch zu reagieren. Beginnend mit dem 3. Quartal 2020 kam es zu einem starken Anstieg der Nachfrage. In Kombination mit erschwerten Einreisebestimmungen und der nach wie vor gegebenen Pandemie führte dies dazu, dass sich die Marktlage immer mehr zuspitzte.

Die genannten Faktoren hatten zur Folge, dass sich der **Stahlpreis explosionsartig erhöhte**. Beispielsweise stieg der Vollpreis für Baustahl in Stäben inkl. Dimensionsaufpreis innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes um über 100% an. Es ist davon auszugehen, dass die Preise weiter ansteigen bzw sich auf einem hohen Niveau einpendeln werden. Den Angaben von Branchenvertretern zufolge kam eine derartige Preisentwicklung zum einen unvorhersehbar und kann zum anderen bei Festpreisen kalkulatorisch nicht mehr erfasst werden.



Das Diagramm zeigt die Entwicklung des Stahlpreises ab dem Jahr 2016. Die Schrottpreise/Alteisenpreise sind blau dargestellt; Betonstahl in Stäben rot.

Neben diesen exorbitanten Preissteigerungen ist der Geschäftsbereich der Biegereibetriebe mit **Lieferengpässen bei den relevanten Rohstoffen** konfrontiert. Die Ursachen hierfür lassen sich mit jenen für die Preissteigerungen zur Deckung bringen, nämlich das Herunterfahren der Produktionskapazitäten infolge des Ausbruches der „COVID-19“ Pandemie, erschwerte Einreise- und Transportbestimmungen, gleichzeitig aber sprunghafter Anstieg ab dem 3. Quartal 2020.

Die gestiegenen bzw schwankenden Preise und Lieferengpässe können von den Biegereibetrieben nicht beeinflusst werden. Die nunmehr vorherrschende Situation war aus Sicht der Branche weder vorhersehbar noch kalkulierbar.

1.2 Aufgabenstellung

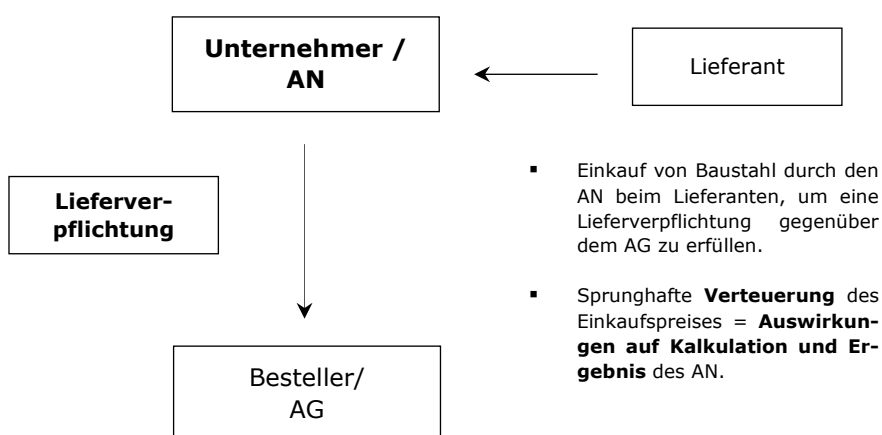
Die Schiefer Rechtsanwälte GmbH (SRAe) wurde vom Verband Österreichischer Biege- und Verlegetechnik (VÖBV) mit der Erstellung eines Leitfadens zum Umgang mit den aktuellen Preissteigerungen und Lieferkettenstörungen beauftragt.

¹ Quelle: *Saringer/Ritter*, Medieninformation VÖBV „Betonstahlversorgung + explosionsartige Stahlpreiserhöhung“, 29.6.2021.

Wie eingangs festgehalten, wird die Thematik bzw. werden die sich hieraus ergebenden Probleme bei der Abwicklung laufender Aufträge aus der Perspektive **der betroffenen Unternehmer/Auftragnehmer (AN) im Verhältnis zu deren jeweiligen Auftraggeber (AG)** beleuchtet. Ziel der vorliegenden Ausarbeitung ist es, den Mitgliedern des VÖBV aber auch anderen Betrieben der einschlägigen Branche, die von der aktuellen Situation betroffen sind, eine Handlungsanleitung zu geben, auf deren Grundlage – im Idealfall in Abstimmung mit den AG – Lösungen gefunden werden können.

Um der Zielsetzung eines Leitfadens für die Praxis gerecht zu werden, sind die rechtlichen Ausführungen unter Verweis auf die herrschende bzw. (bislang) veröffentlichte Rechtsprechung (Rsp) und Fachliteratur auf das erforderliche Maß beschränkt. Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist und somit auch im Rahmen dieses Leitfadens Empfehlungen abgegeben werden können. Die Beurteilung eines Sachverhaltes führt in einem Einzelfall möglicherweise zu einem abweichenden Ergebnis.

Schematisch lassen sich die Fragen und Probleme, die sich aus den aktuellen Preissteigerungen bei der Abwicklung laufender Verträge ergeben, wie folgt darstellen:



Fragen im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung:

1. Bindung an die vertraglich eingegangene Lieferverpflichtung

Muss der Vertrag trotz eingetretener Steigerung bei den Preisen für Baustahl erfüllt werden, sprich ist der Unternehmer/AN an den mit dem Besteller/AG vereinbarten Preis gebunden oder kann einseitig eine Preisanpassung verlangt werden?

Wie ist die Rechtslage bei Vereinbarung eines Festpreises/eines unveränderlichen Preises?

Wie ist die Rechtslage bei Vereinbarung einer Preisgleitung/eines veränderlichen Preises?

Gibt es eine Möglichkeit für den Unternehmer/AN einseitig die Leistungspflichten vorübergehend auszusetzen?

2. Anforderungen an die Nachweispflichten

Welche Nachweise sind vom Unternehmer/AN auf inhaltlicher Ebene zu führen, um einen Anspruch auf einseitige Preisanpassung oder einen Anspruch auf (vorübergehende) Einstellung der Leistungen darlegen zu können?

Was sind geeignete Nachweise?

Welche Anforderungen sind an die „Prüfpflichten“ des Bestellers/AG zu stellen?

2. Umgang mit Preissteigerungen

2.1 Allgemeines: rechtliche Auswirkungen von Preissteigerungen auf bestehende Verträge

2.1.1 Nicht nur die aktuellen Preissteigerungen und Lieferengpässe („Lieferkettenstörungen“), (mutmaßlich) eine Folge der „COVID-19 Pandemie“ bzw der im Zusammenhang damit von öffentlicher wie auch von privater Seite ergriffenen Maßnahmen, haben Auswirkungen auf privatrechtliche Verträge. In einer komplexen, arbeitsteiligen Wirtschaft, in der nahezu jeder Wirtschaftsteilnehmer auf externe Produktionsprozesse, Transportwege und / oder die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte angewiesen ist, nehmen Veränderungen der Marktpreise und Verfügbarkeiten von Materialien, so auch die Verfügbarkeit von Baustahl und anderen Metallprodukten, unweigerlich – unmittelbar oder mittelbar – Einfluss auf die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen.

2.1.2 Soweit es um die in Rede stehenden Probleme geht – nämlich jenes der zT ganz erheblich gestiegenen Preise ebenso wie die Tatsache, dass Lieferzeiten für Materialien (Baustahl) beginnend mit dem 3. Quartal 2020 enorm zugenommen haben, diese dem Vernehmen nach teilweise gar nicht verfügbar sind – lassen sich zwei Auswirkungen identifizieren:
(1) Die gestiegenen Preise / Preissteigerungen wirken sich auf das wirtschaftliche Ergebnis des AN aus, da sich das Verhältnis zwischen den vom AN angesetzten Kosten der Leistungserbringung zu dem vom AN über den vereinbarten Werklohn erwirtschafteten Erlös verändert.

(2) Längere Lieferzeiten oder überhaupt die fehlende Verfügbarkeit von Materialien haben zur Folge, dass die Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten nicht innerhalb jener Zeit bzw in jenem Ablauf, wie dies geplant worden ist und dem Vertrag zugrunde gelegt wurde, möglich ist. Sollten Materialien gar nicht mehr verfügbar sein, hätte dies gar ein gänzlich Unterbleiben der Fertigstellung zur Folge.

2.1.3 Bevor im Einzelnen auf die verschiedenen Fallkonstellationen sowie deren rechtliche Konsequenzen eingegangen wird, gilt es, die beiden denkbaren Auswirkungen vor dem Hintergrund der einschlägigen Grundsätze und Regelungen des Zivilrechts (Vertragsrecht) einer allgemeinen Würdigung zu unterziehen. Anhand dieser lässt sich ableiten, nach welchen zivilrechtlichen Rechtsinstituten die Auswirkungen zu beurteilen sind. Diese Kategorisierung ermöglicht es wiederum, die mit dem vorliegenden Leitfaden aufgezeigte Herangehensweise sowie den Umgang mit den Forderungen nach einer einseitigen Vertragsanpassung (Anpassung der vereinbarten Vergütung, Anpassung der Leistungsfrist) methodisch nachvollziehbar zu begründen.

Angenommen wird, dass es sich bei den untersuchten Verträgen im Verhältnis zwischen dem Unternehmer/AN zum Besteller/AG um Verträge zur Ausführung von Bauleistungen (iWS) handelt. Diese sind rechtlich als Werkvertrag zu qualifizieren. Auf Werkverträge finden wiederum die besonderen Bestimmungen der §§ 1151, 1165 ff ABGB sowie die allgemeinen Regelungen des Schuldrechts, hier insbesondere die Bestimmungen der §§ 859 ff ABGB, Anwendung.

2.2 Preissteigerungen

2.2.1 Rechtliche Qualifikation und Zuordnung des Risikos

- 2.2.1.1 Preissteigerungen bzw gestiegene Einkaufspreise wirken sich auf das wirtschaftliche Ergebnis des AN aus – beziehen sich zunächst also ausschließlich auf die (internen) wirtschaftlichen Verhältnisse und Erwartungen des AN.

Grundsätzlich hat sich der AN aus eigenem Interesse dafür entschieden, dem Besteller/AG für die Ausführung der in Aussicht genommenen Leistungen ein Angebot zu legen. Als Gegenleistung hierfür verlangt der AN die von ihm angebotene Vergütung (Werklohn). Die Höhe der Vergütung beruht auf betriebswirtschaftlichen / kalkulatorischen Überlegungen des AN und wird von internen Verhältnissen ebenso beeinflusst wie von äußeren Faktoren. Zu Letzteren zählen neben den konkreten Leistungen, die zu erbringen sind, freilich auch die Umstände, unter denen die Leistungen (mutmaßlich) auszuführen sein werden. Die äußeren Faktoren umfassen aber auch die Kosten, welche der AN aufzuwenden hat, um die für die Ausführung der Leistung erforderlichen Arbeiten, Materialien, Betriebsmittel und Geräte bereitstellen zu können (Gestehungskosten). Steigen die Preise, welche der AN für Materialien zu bezahlen hat, verändern sich die Gestehungskosten. Diese steigen ebenfalls. Dies wiederum führt zur besagten Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

- 2.2.1.2 Zivilrechtlich ist nun von Interesse, wie diese spezifische Auswirkung (Preissteigerung) zu qualifizieren ist. Zumal sich **steigende Preise** auf die Kalkulation des Werklohnes auswirken und **die Kalkulation des Angebots / der Vergütung grundsätzlich Sache des AN ist**, liegt eine Subsumtion unter das Kalkulationsrisiko und damit eine **Zuordnung zur Sphäre des AN** nahe. Grundsätzlich ist dem auch aus Sicht der Verfasser des vorliegenden Leitfadens zuzustimmen, wobei das spezifische Problem respektive die spezifische Auswirkung einer **weiteren Differenzierung** bedarf.

Unter dem Begriff des Kalkulationsrisikos werden gemeinhin jene Risiken zusammengefasst, die sich aus der Bewertung und Kalkulation des Bau-SOLL durch den AN bzw die vom AN mit dieser Aufgabe betrauten Fachkräfte (Kalkulanten) ergeben. In der Ergründung der Ursachen für diese Risiken zeigt sich, dass diese aus der (selbstständigen) Analyse, Beurteilung und Interpretation jener Unterlagen resultieren, die dem AN zum Zwecke der Angebotskalkulation zur Verfügung gestellt werden (Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis, Pläne udgl). Das konkrete Risiko manifestiert sich nun darin, dass der AN die ihm beigegebenen Unterlagen nicht in seiner Gesamtheit erfasst, deren Inhalte falsch interpretiert, dem Bau-SOLL aus sonstigen Gründen ein anderes Verständnis beimisst, als dies bei objektiver Beurteilung geboten wäre, oder, dass der AN in gewissen Punkten schlichtweg spekuliert und die Spekulation nicht „aufgeht“. Der Begriff des Kalkulationsrisikos, wie er allgemein verstanden wird, hängt also untrennbar mit dem Bau-SOLL und dessen Beschreibung durch den Besteller/AG zusammen.² Dies bringt nicht zuletzt die ÖNORM B 2110:2013 zum Ausdruck, wenn in Pkt 7.2.2 explizit auf die *Ausschreibungsunterlagen* verwiesen wird. Um diese Art des Risikos geht es bei bloßen Preissteigerungen jedoch nicht. Die Ursachen für derartige Preissteigerungen sind nicht auf das Bau-SOLL bzw dessen Beschreibung durch den AG zurückzuführen, sondern haben andere Gründe, die sich außerhalb des Bau-SOLL und ebenso außerhalb der Sphäre des AG abspielen.

- 2.2.1.3 Mit Blick auf die ÖNORM B 2110:2013 im Speziellen folgt aus dieser Kategorisierung des Risikos bloßer Preissteigerungen noch eine weitere Erkenntnis. Als die Folgen der „COVID-19 Pandemie“ auch hierzulande spürbar wurden und in Form von konkreten staatlichen Maßnahmen Gestalt annahmen (Stichwort: „Lock-Down“), wurden die Auswirkungen auf laufende Bauvorhaben über die Sphärenzuordnung gelöst. Sehr bald herrschte Einigkeit

² K. Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management: Rechtliche und bauwirtschaftliche Lösungsansätze zur Abwicklung von Bauprojekten für Auftraggeber und Auftragnehmer² (2015) 65.

darin, dass die Folgen der „COVID-19 Pandemie“ bzw die im Zusammenhang damit erlassenen Maßnahmen als „höhere Gewalt“ zu qualifizieren seien, jedenfalls aber für die Beteiligten unvorhersehbar und unabwendbar gewesen wären.

Allen voran *Kletecka* betonte zuletzt, dass es sich bei den gegenständlichen Preissteigerungen (und Lieferkettenstörungen) um einen Fall „höherer Gewalt“ handle.³ Als Kriterien, welche die „höhere Gewalt“ charakterisieren, werden von ihm – mit ausführlicher Begründung sowie unter Rückgriff auf die einschlägige Rechtsprechung und Fachliteratur – sowohl die Außergewöhnlichkeit des Ereignisses als auch der Umstand genannt, dass die schädigenden Folgen eines solchen Ereignisses auch mit der äußerst zumutbaren Sorgfalt nicht abgewendet werden können.⁴

Wendet man die in der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze an, ist auch aus Sicht der Verfasser des vorliegenden Leitfadens zu konstatieren, dass es sich bei den gegenständlichen Preissteigerungen (siehe die Ausführungen oben, unter Pkt 1.1, zur Ausgangslage) um Ereignisse handelt, die als „höhere Gewalt“ zu qualifizieren sind. Ob und inwiefern die hierfür erforderlichen Kriterien tatsächlich verwirklicht sind, die Preissteigerungen also ein außergewöhnliches Ausmaß erreichen und dies zudem auch mit äußerster Sorgfalt nicht vorhersehbar sind und diese auch nicht abgewendet werden können, ist **vom AN nachzuweisen**.

- 2.2.1.4 Fraglich ist nun, welche **Risikoverteilung** zum Tragen kommt, sollte sich ein Fall der „höheren Gewalt“ verwirklichen. Die Risikoverteilung ist wiederum davon abhängig, ob die Regelungen des ABGB oder aber jene der ÖNORM B 2110:2013 zur Anwendung gelangen bzw zwischen den Vertragsparteien allenfalls eine individuell getroffene Vereinbarung maßgeblich ist.

Das Werkvertragsrecht des ABGB regelt die Fälle der höheren Gewalt nicht explizit. Die Zuordnung zur Sphäre ergibt sich mehr oder weniger nur indirekt aus den gesetzlichen Regelungen, und zwar dadurch, dass nur solche Umstände, welche in die Sphäre des AG fallen, Ansprüche des AN auf Verlängerung der Bauzeit und Vergütung von Mehrkosten begründen (vgl §§ 1168 f ABGB). Umstände aus der eigenen Sphäre gehen – selbstredend – zulasten des AN, im Geltungsbereich des ABGB allerdings auch Umstände aus der sogenannten „neutralen Sphäre“, womit Ereignisse gemeint sind, die weder der einen noch der anderen Sphäre zugeordnet werden können.

Kletecka, der die gegenständlichen außergewöhnlichen Preissteigerungen als Fall der „höheren Gewalt“ einstuft (siehe vorhin, Pkt 2.2.1.3) plädiert in diesem Zusammenhang für ein temporäres „Aussetzen“ der Leistungspflichten und begründet dies mit einer Analogie zu den Bestimmungen des Bestandsrechts, namentlich zu den Regelungen der §§ 1104 f ABGB.⁵ Demzufolge sollen die wechselseitigen Verpflichtungen für die Dauer der Preissteigerungen ruhen. Dies bezieht sich, den Ausführungen von *Kletecka* zufolge, sowohl auf die Verpflichtung des AN zur Ausführung der Bauleistung als auch auf die Verpflichtung des AG zur Zahlung des vereinbarten Werklohns.

- 2.2.1.5 Sehr wohl regelt die ÖNORM B 2110:2013 die Fälle der „höheren Gewalt“ und nimmt in diesem Punkt eine vom ABGB abweichende Sphärenzuordnung vor: Ereignisse, welche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden können, fallen in die Sphäre des AG (Pkt 7.2.1 Abs 3, UAbs 2). Die zitierte Regelung der ÖNORM B 2110 wurde bzw darauf aufbauend wurden/werden die **Regelungen in Pkt 7.4 ÖNORM B 2110:2013** als Grundlage für Ansprü-

³ *Kletecka*, Rechtsgutachten zur Frage der Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung bzw. Vertragsauflösung eines Bauvertrages bei unvorhersehbarer nachträglicher Änderung der Preise und/oder Verfügbarkeit von Baustoffen (September 2021).

⁴ *Kletecka*, Rechtsgutachten 11.

⁵ *Kletecka*, Rechtsgutachten 11 ff.

che auf Bauzeitverlängerung und Vergütung von Mehrkosten als Folge von COVID-19 bedingten Störungen der Leistungserbringung herangezogen.⁶ Inwiefern sich mit diesen Regelungen tatsächlich entsprechende Forderungen des AN begründen lassen, bedarf nach Meinung der Verfasser des vorliegenden Leitfadens einer näheren Untersuchung. Immerhin darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die Regelungen in Pkt 7.4 ÖNORM B 2110:2013 erkennbar nur auf Störungen der Leistungserbringung beziehen, die eine Leistungsabweichung zur Folge haben (Pkt 7.4.1). Das wiederum folgt aus den einschlägigen Begriffen, die den Regelungen der ÖNORM B 2110:2013 zugrunde liegen und die in der ÖNORM selbst definiert werden (siehe dazu die Begriffsbestimmungen in Abschnitt 3.). Unter einer Leistungsabweichung sind demnach Veränderungen des Leistungsumfanges zu verstehen (Pkt 3.7). Der Leistungsumfang wird in der ÖNORM B 2110 als die vom AN **nach dem Vertrag zu erbringende(n) Leistung(en)** definiert, wobei der „Vertrag“ (als Grundlage für die Ermittlung des Leistungsumfanges, Anm) beispielhaft mit dem Leistungsverzeichnis, der Baubeschreibung, den technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, und nicht zuletzt mit den objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung umschrieben wird (Pkt 3.8).⁷

Ausgehend von Pkt 7.4 sowie den einschlägigen Begriffsbestimmungen der ÖNORM ist die Problematik, die sich bei einer Anwendung der Regelungen der ÖNORM B 2110 auf „bloße Preissteigerungen“ ergibt, offenkundig: Preissteigerungen – auch außergewöhnliche Preissteigerungen – haben streng genommen keine Auswirkungen auf den Umfang der zu erbringenden Leistungen. Umgekehrt ist der Vertrag, oder besser ist die aus dem Vertrag und den Vertragsgrundlagen resultierende Beschreibung der Leistung für die gestiegenen Gestehungskosten nicht kausal. Insoweit die ÖNORM B 2110:2013 für das Vorliegen einer Störung der Leistungserbringung also eine Leistungsabweichung, sprich ein Abweichen des vom AN auf Basis des Vertrages kalkulierten Bau-SOLL vom Bau-IST verlangt, bieten die Regelungen des Pkt 7.4 der ÖNORM B 2110:2013 keine geeignete Grundlage für einen Anspruch des AN auf Anpassung des Vertrages infolge gestiegener Einkaufspreise.⁸

- 2.2.1.6 Zum Leistungsumfang zählen, wie dargelegt, ebenso die Umstände der Leistungserbringung. Folglich führt auch eine Änderung in den Umständen der Leistungserbringung zu einer Leistungsabweichung iSd Pkt 3.7 ÖNORM B 2110:2013. Stammt die Ursache für die Änderung der Umstände der Leistungserbringung aus der Sphäre des AG, begründet dies – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des Pkt 7.4 – einen Anspruch des AN auf Vergütung von Mehrkosten.

In diesem Zusammenhang ist fraglich, inwiefern bloße Preissteigerungen unter den Begriff der Umstände der Leistungserbringung subsumiert werden können, womit sich – analog zur Abweichung des kalkulierten Bau-SOLL vom Bau-IST (siehe vorhin) – auch in diesem Kontext die Frage nach der generellen Anwendbarkeit der Regelungen des Pkt 7.4 ÖNORM B 2110:2013 stellt. Im Unterschied zum Begriff der Leistungsabweichung findet sich in der ÖNORM B 2110:2013 keine genaue Definition der „Umstände der Leistungserbringung“. Aus der ÖNORM ergibt sich insoweit nur, dass es sich um Umstände handelt, welche aus dem Vertrag bzw den Vertragsgrundlagen *abgeleitet* werden können und die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses *objektiv zu erwarten* waren.⁹ Auf diese Weise werden auch die Umstände der Leistungserbringung durch die ÖNORM B 2110 in Bezug zum Bau-SOLL und dessen Beschreibung durch den AG gesetzt. Gewissermaßen handelt es sich um die Begleitumstände und Rahmenbedingungen der Bauausführung, die explizit oder implizit aus den Ausschreibungsunterlagen (LV, Pläne, Baubeschreibung, technische und rechtliche Rahmenbedingungen) abgeleitet werden können (Pkt 3.8 ÖNORM B 2110:2013). Derartige

⁶ Siehe nur *Kletecka*, Rechtsgutachten 35.

⁷ Die einschlägigen Begriffsbestimmungen im Wortlaut: Pkt 3.7 Leistungsabweichung „Veränderung des Leistungsumfanges entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungserbringung.“; Pkt 3.8 Leistungsumfang; Bau-Soll „alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z.B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden“.

⁸ In diesem Sinne *F. Müller/H. Lackner/D. Heck/M. Schiefer*, Auswirkungen der aktuellen Materialpreissteigerungen und Lieferkettenstörungen, *bauaktuell* 2021, 142 (143).

⁹ Siehe die Begriffsbestimmungen in FN 7.

Umstände können also entweder ausdrücklich im Vertrag/den Vertragsgrundlagen beschrieben sein, so zB Zufahrtswege/Zufahrtsstraßen zur Baustelle, Lage, Größe und Erreichbarkeit der Flächen für die Baustelleneinrichtung, behördlichen Vorgaben hinsichtlich der Arbeitszeiten, Schallemissionen odgl. Denkbar und in der Praxis wohl nicht selten anzutreffen ist es, dass bestimmte Tatsachen, Umstände und Rahmenbedingungen zwar nicht ausdrücklich beschrieben werden, diese Umstände aber dennoch für die Bauausführung und somit die Kalkulation des AN relevant sind, wie etwa jahreszeitlich bedingte Rahmenbedingungen (Niederschlag, Temperatur, Schnee). Auch in einem solchen Fall – Umstände sind nicht ausdrücklich im Vertrag beschrieben – ist der AN nicht schlechthin angehalten, seine Leistungen unter jedweden Rahmenbedingungen auszuführen und/oder alle erdenklichen Einflüsse einzukalkulieren. Wie die Begriffsbestimmungen der ÖNORM bereits zum Ausdruck bringen, sind nur jene Umstände zu berücksichtigen/einzukalkulieren, die aus dem Vertrag abgeleitet werden können und welche für den AN objektiv zu erwarten waren. Im einschlägigen Schrifttum wird dementsprechend vertreten, dass, so sich im Vertrag keine ausdrückliche Beschreibung findet, jene Umstände zum Bau-SOLL zu zählen sind, mit denen ein sachverständiger Bauunternehmer (§ 1299 ABGB) rechnen hätte müssen.¹⁰

Zwar ist es richtig, dass die Entwicklung der Gestehungskosten des AN bzw deren Höhe keine Frage des konkreten Bau-SOLL ist. Dies gilt jedoch – wie ebenso bereits richtig festgestellt wurde – insoweit, als die Höhe der Gestehungskosten, somit die Kosten für Löhne und Einkaufspreise für Materialien, von Marktgegebenheiten abhängen, die der Einflussphäre der Vertragsparteien (AG und AN) entzogen sind. Nichtsdestotrotz korreliert die Beschreibung des Bau-SOLL mit den Gestehungskosten, und zwar schlicht und ergreifend dadurch, dass der AG die Erbringung von Leistungen (Sachleistungen) verlangt, die zu (bestimmten) Gestehungskosten beschafft werden müssen. Zu welchen Kosten diese Leistungen zugekauft werden können/zugekauft werden müssen, stellt für den AN natürlich **einen wesentlichen Umstand der Erbringung der eigenen Leistung** dar. Und natürlich sind auch diese Umstände, wenn auch nur mittelbar, qua Beschreibung der Leistung durch den AG sowie den Zeitpunkt und den Ort der Leistungserbringung aus dem Vertrag bzw den Vertragsgrundlagen objektiv ableitbar. Es lässt sich also vertreten, dass auch die Gestehungskosten für die Erbringung der eigenen Leistungen durch den AN zu den Umständen der Leistungserbringung zählen und eine Änderung in den Gestehungskosten grundsätzlich eine Leistungsabweichung iSd Pkt 3.7 der ÖNORM B 2110:2013 zur Folge hat.¹¹

Zwischenergebnis

Die aktuellen Preissteigerungen auf dem Baustahlmarkt können **als „höhere Gewalt“** im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und anerkannten Meinungen in der Fachliteratur qualifiziert werden. Die Intensität der Preissteigerungen, aber auch die Umstände, welche für die – immer noch anhaltende – Marktsituation ursächlich waren, machen die gegenwärtige Situation außergewöhnlich und für die Marktteilnehmer gleichsam unvorhersehbar und unabwendbar (Kriterien der „Außergewöhnlichkeit“ und „Unvorhersehbarkeit/Unabwendbarkeit“).

Mit Blick auf die Auswirkungen der Preissteigerungen ist zu differenzieren, ob die ÖNORM 2110:2013 vereinbart wurde oder ob die Regelungen des ABGB zur Anwendung gelangen.

ÖNORM B 2110:2013:

Aufgrund der „Außergewöhnlichkeit/Unvorhersehbarkeit“ und „Unabwendbarkeit“ lassen sich die Preissteigerungen als Ereignis qualifizieren, welches zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht *vorhersehbar* war und vom AN *nicht in zumutbarer Weise abgewendet* werden kann. Gemäß **Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110:2013** führt dies zu einer Verlagerung des Risikos in die Sphäre des AG. Als „Gradmesser“ für die Vorhersehbarkeit/Unvorhersehbarkeit kann das 10-

¹⁰ Karasek, ÖNORM B 2110: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, Kommentar³ (2016) Rz 1151.

¹¹ AA F. Müller/H. Lackner/D. Heck/M. Schiefer, bauaktuell 2021, 143.

jährliche Ereignis für das Vorliegen von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen herangezogen werden. Folgt man dieser Grundwertung, ist eine Preissteigerung dann unvorhersehbar, wenn sie jenes Ausmaß übersteigt, mit dem aufgrund statistischer Daten innerhalb eines Beobachtungszeitraumes von 10 Jahren gerechnet werden konnte.

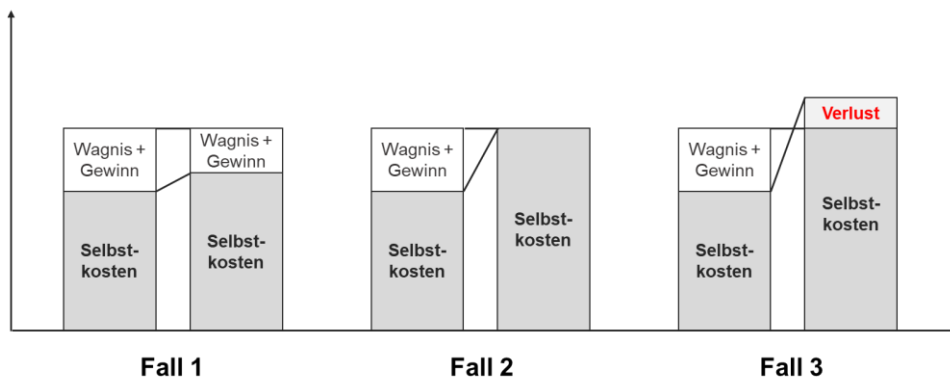
Nach nunmehr vertretener Auffassung ändern sich aufgrund einer außergewöhnlichen Preissteigerung die Umstände der Leistungserbringung (Pkt 3.8 ÖNORM B 2110:2013), sodass insoweit eine Leistungsabweichung (Pkt 3.7 ÖNORM B 2110:2013) vorliegt.

ABGB:

Fälle der „höheren Gewalt“ und folglich auch die gegenständlichen außergewöhnlichen Preissteigerungen werden als „Sonderfall“ der neutralen Sphäre qualifiziert. Die negativen Folgen sind demnach nicht schlechthin vom AN zu tragen. In analoger Anwendung der §§ 1104 f und 1155 ABGB führen derartige Umstände zu einem temporären Aussetzen der wechselseitigen Leistungspflichten. Für die Dauer der Preissteigerungen ist der AN somit nicht zur Leistungserbringung verpflichtet, ebenso ist die Pflicht des AG zur Zahlung des Werklohns ausgesetzt.

2.2.2 Möglichkeiten der einseitigen Vertragsanpassung?

2.2.2.1 Basierend auf den Preisermittlungsgrundlagen ergibt sich für jeden Vertrag, mit dem gegen Entgelt Sachleistungen erbracht werden, ein **gewisses Preisgefüge**. Verändern über den Bauablauf einzelne Werte dieses Preisgefüge in einem überproportionalen Ausmaß, so haben sich die Vertragspartner mit dessen Ursachen auseinander zu setzen. So ist eine Preissteigerung zunächst **im Gesamtkontext des Vertrages** zu analysieren.



© DI Florian Müller, Heck+Partner Consult (www.heck-partner.com) 2021.

Erläuterung:

Im Fall 1 steigen durch die Preissteigerung (PS) die Selbstkosten (SK) und schmälern dadurch das Wagnis (W) und den Gewinn (G). Im Fall 2 verzehren die gestiegenen Selbstkosten Wagnis und Gewinn vollständig. Im Fall 3 steigen die Selbstkosten über den Anteil an Wagnis und Gewinn und verursachen einen Verlust.

2.2.2.2 Noch ein weiterer Aspekt ist an dieser Stelle zu berücksichtigen. Wie bereits dargelegt, trifft den AN das Kalkulationsrisiko und er trägt, vorbehaltlich einer anderslautenden individuellen Vereinbarung (zB veränderliche Preise), zunächst das wirtschaftliche Risiko steigender Preise.

Da die Kalkulation der Preise (als Grundlage für den angebotenen Werklohn) grundsätzlich Sache des AN ist, ist es ebenso Sache des AN, gegenüber dem AG darzulegen und mithilfe geeigneter Nachweise zu begründen, in welchem Ausmaß eine Veränderung des Preisgefüges eingetreten ist und welche Ursachen hierfür ausschlaggebend waren bzw sind. Diese **Nachweisführung** ist vom AN im Falle gestiegener Preise abzuverlangen, immerhin weiß (strenggenommen) nur der AN über die von ihm selbst getroffenen kalkulatorischen Annahmen sowie die Grundlagen der Preisermittlung Bescheid. Auch kann nur der AN selbst

angeben, inwiefern – bedingt durch gestiegene Einkaufspreise – das wirtschaftliche Gesamtergebnis des Auftrages eine Änderung erfährt und etwa SK nicht mehr erwirtschaftet werden können.

Voraussetzung dafür, dass ein Verlangen auf Anpassung des Werklohnes überhaupt geprüft und anhand des rechtlichen Rahmens einer Beurteilung unterzogen werden kann, ist also, dass **der AN die relevanten Umstände offenlegt und die erforderlichen Nachweise erbringt**. Hierzu zählt sowohl der Umstand, **in welchem Ausmaß es zu einer Preissteigerung / zu Preissteigerungen gekommen ist und welche Produkte / Warengruppen betroffen sind, als auch die Frage nach den Folgen für das Gesamtergebnis des Auftrages**.

2.2.2.3 Vereinbarung eines Festpreises

Das **Festpreisrisiko** stellt ein beiderseitiges Vertragspreisrisiko dar. Es birgt einerseits für den AN das Risiko, dass es durch eine Preissteigerung von Preisanteilen zu einer unzureichenden Deckung der Selbstkosten kommt, und andererseits für den AG, dass es bei einer Preiserminderung von Preisanteilen zu einer Überzahlung der Leistung kommt.

Zur Reduktion des Festpreisrisikos hat der AN eine übliche Preissteigerung in seiner Kalkulation zu berücksichtigen und in seinem Wagniszuschlag das Szenario einer außergewöhnlichen Preissteigerung anhand dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen. Erst wenn durch die Preissteigerung diese Kostenanteile aufgezehrt sind, kommt es zu einer Schmälerung des Gewinns. Anzumerken ist, dass grundlegend **kein Anspruch auf Gewinn** besteht. So hat der AN bei einer Festpreisvereinbarung ebenso einen Preisanstieg bis zum vollständigen Verzehr des Gewinns in Kauf zu nehmen.

Aus rechtlicher Sicht bereitet die Vereinbarung eines Festpreises an sich zunächst keine besonderen Schwierigkeiten, und zwar aus mehreren Gründen: Dies beginnt bei der allgemeinen Überlegung, dass sich AN und AG (zivilrechtlich betrachtet) als mündige Vertragspartner gegenüberstehen und sich augenscheinlich bewusst dafür entschieden haben, Festpreise zu vereinbaren. Der Entschluss, dass nachträgliche Preisänderungen keine Berücksichtigung finden sollen, entspringt also dem privatautonomen Willen der Vertragsparteien, welcher von der Zivilrechtsordnung respektiert wird. Auch der OGH hat wiederholt erkannt, dass der Abschluss von Werkverträgen zu Festpreisen zulässig ist.¹² Diese Schlussfolgerung ist nicht nur vor dem Hintergrund der Privatautonomie folgerichtig, sondern auch unter dem Aspekt zutreffend, dass der Abschluss einer Festpreisvereinbarung ein beiderseitiges Vertragspreisrisiko birgt, welches zulasten des AN, aber auch zulasten des AG gehen kann. Einer Festpreisvereinbarung liegt sohin nicht schlechthin die Vermutung zugrunde, dass damit nur ein Vertragspartner ein Risiko übernehmen würde bzw diese stets zulasten eines Vertragspartners ausgestaltet wäre. Weiters ist zu bedenken, dass an die von AN und AG bei Abschluss eines Bauvertrages zu verlangende Diligenz ein objektiver Maßstab anzulegen ist. Die objektiven Sorgfaltspflichten anlässlich des Abschlusses eines Bauvertrages verlangen vom AN ohne jeden Zweifel, dass er in der Kalkulation auf die Risiken aus einer Festpreisvereinbarung Bedacht nimmt und in die Preise einkalkuliert. Mit anderen Worten, wird ein Vertrag zu Festpreisen abgeschlossen, darf davon ausgegangen werden, dass der AN **übliche Preissteigerungen** ebenso berücksichtigt hat wie das Szenario einer **außergewöhnlichen Preissteigerung** (Letzteres über einen sorgfältig kalkulierten **Wagniszuschlag**). Die Tatsache, dass der AN dies mit Blick auf einen konkreten Auftrag oder ein konkretes Bauvorhaben möglicherweise nicht bzw nicht mit der gebotenen Sorgfalt getan hat, geht dabei zu seinen Lasten. Zumal sich die Eintrittswahrscheinlichkeit einer außergewöhnlichen Preissteigerung mit einiger Genauigkeit ermitteln lässt, die Anwendung der hierfür zur Verfügung stehenden bauwirtschaftlichen Methoden vom AN ebenso zu verlangen ist (entspricht dem objektiven Sorgfalthmaßstab) und statische Daten über die Preisentwicklung auf dem Baustoffmarkt allgemein zugänglich sind, kann in der Vereinbarung

¹² Vgl insbesondere die Entscheidungen vom 24.10.2013, 6 Ob 70/13g sowie vom 13.11.1986, 6 Ob 662/86.

eines Festpreises auch nicht per se die Übernahme eines unkalkulierbaren Risikos gesehen werden.

Ebenso folgerichtig sieht der OGH daher den Zweck (*Absicht*), den die Parteien des Vertrags mit dem Abschluss einer Festpreisvereinbarung verfolgen, im Allgemeinen nicht in einer Berechnungsvereinfachung, sondern in einer bewussten Risikoaufteilung.¹³

Keine besonderen Schwierigkeiten bereitet die Vereinbarung eines Festpreises nun deshalb, da der Abschluss einer solchen Vereinbarung aus den besagten Gründen zulässig ist und die Vertragsparteien (AG und AN) daran oder besser an die auf diesem Weg festgelegte Risikoaufteilung gebunden sind (*pacta sunt servanda*). **Fraglich ist jedoch, wie weit – aus der Perspektive des AN – die Bindung an die getroffene Risikoverteilung reicht, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen rückwirkend in den Vertrag eingegriffen werden kann.** Als denkbare Eingriffe käme entweder eine gänzliche Aufhebung des Vertrags oder eine Anpassung der Entgeltvereinbarung (im Wege einer Anhebung des Werklohns) in Betracht. Hier zeigt sich, dass die Beurteilung auf den ersten Blick relativ klar ausfällt, was wiederum mit besagter Risikoaufteilung zu tun hat. Mit dem Abschluss des Vertrages auf Basis einer Festpreisvereinbarung hat der AN bewusst das Risiko sich verändernder Preise übernommen und hat außerdem – dies muss dem AN ebenfalls unterstellt werden – die Wahrscheinlichkeit außergewöhnlicher Preissteigerungen in die angebotenen Preise einkalkuliert. De facto geht das Risiko des AN noch weiter. Die Möglichkeit, dass sich die Gestehungskosten der Leistungserbringung zu seinen Ungunsten entwickeln, inkludiert freilich auch die Möglichkeit, dass der AN am Ende des Tages einen Verlust erwirtschaftet. Damit rechtfertigt prinzipiell nicht einmal ein Verlust des AN einen Eingriff in den Vertrag, schon gar nicht eine bloße Gewinnschmälerung oder eine Leistungserbringung zu Selbstkosten.

Da es dem Grunde nach um eine Frage der Verteilung des Risikos zwischen AN und AG geht, konkret um die Frage, welcher der beiden Vertragspartner das Risiko gestiegener Einkaufspreise zu tragen hat, hängt die Möglichkeit einer Anpassung des vereinbarten Entgelts zunächst wiederum davon ab, ob die Geltung der **ÖNORM B 2110** vereinbart worden ist oder ob auf den Vertrag ausschließlich die Regelungen des ABGB Anwendung finden. Weiter oben wurde bereits gezeigt, dass eine Änderung der Einkaufspreise für Baumaterialien als **Änderung der Umstände der Leistungserbringung** und damit als Leistungsabweichung iSd Pkt 3.7 der ÖNORM B 2110:2013 qualifiziert werden kann (Pkt 2.2.1.6). Gelingt dem AN der Nachweis, dass die eingetretenen Preissteigerungen – verglichen mit den bisherigen Entwicklungen auf dem Baustoffmarkt – außergewöhnlich waren/sind und deren Eintritt für ihn unvorhersehbar und unabwendbar gewesen ist, liegen Umstände vor, die gemäß Pkt 7.2.2 ÖNORM B 2110:2013 in die Sphäre des AG fallen. Wurde die ÖNORM B 2110 vereinbart, ist es durchaus sachgerecht, wenn als „Gradmesser“ für das Vorliegen von „Außergewöhnlichkeit“ das 10-jährliche Ereignis (Pkt 7.2.2 ÖNORM B 2110:2013) abgestellt wird. Sind diese Voraussetzungen verwirklicht und wurde seitens des AN rechtzeitig eine Störung der Leistungserbringung angemeldet, hat der AN auf Grundlage der Bestimmungen in Pkt 7.4 ÖNORM B 2110:2013 Anspruch auf Anpassung des Entgelts.

Gemäß **Pkt 7.4.2 ÖNORM B 2110:2013** hat die Ermittlung der neuen Preise auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebots) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen zu erfolgen. Den Regelungen der ÖNORM liegt der Gedanke zugrunde, dass dem AN die aus der Störung der Leistungserbringung entstandenen Mehrkosten unter Wahrung des ursprünglichen Preisniveaus abgegolten werden. Übertragen auf den Fall der außergewöhnlichen Preissteigerungen lässt sich daraus ableiten, dass die Berechnung der Mehrkostenforderung unter Anwendung einer Preisgleitung, welche die eingetretenen Preissteigerungen auf Basis der Vertragspreise (Material) berücksichtigt, erfolgen kann. Ein Beispiel für eine solche Berechnung ist weiter unten (Pkt 3.2.2) abgebildet.

¹³ OGH 13.11.1986, 6 Ob 662/86.

Diffiziler zu beurteilen sind jene Fälle, in denen die ÖNORM B 2110:2013 nicht vereinbart wurde und daher die **Regelungen des ABGB** zur Anwendung gelangen. Wie vorhin ausgeführt, muss dem AN unterstellt werden, dass von ihm sowohl das Risiko üblicher als auch das Risiko einer außergewöhnlichen Preissteigerung anlässlich der Kalkulation des Werklohnes berücksichtigt wurde. Der AN ist an den vereinbarten Werklohn daher grundsätzlich gebunden. Fraglich ist, ob dies in allen Fällen einer außergewöhnlichen Preissteigerung gilt, namentlich dann, wenn der Verlust des AN zu einer groben Äquivalenzstörung führt und eine Bindung an die Festpreisvereinbarung für den AN nicht mehr zumutbar erscheint. In vergleichbaren Fällen lässt die Rechtsprechung – unter Rückgriff auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage – Eingriffe in das Vertragsgefüge ausnahmsweise zu, wiewohl der Grundsatz der Vertragstreue ein Festhalten am Vertrag selbst dann gebietet, wenn sich die Verhältnisse für einen Vertragspartner ungünstig entwickeln.¹⁴ Allerdings ist auch hier zu bedenken, dass die Vertragsparteien mit der Vereinbarung des Festpreises eine bewusste Risikoaufteilung vorgenommen haben. Ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut des Wegfalls bzw der Änderung der Geschäftsgrundlage soll nach hA allerdings bloß die **ultima ratio**¹⁵ sein und eben nicht dazu herangezogen werden, um eine durch Gesetz oder Vertrag vorgenommene Risikoverteilung zu unterlaufen.¹⁶ Gerade das wäre aber der Fall, ließe man die Anpassung des Werklohns im Falle eklatanter (für den AN unvorhersehbarer) Preissteigerungen unter Rückgriff auf die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zu.

Aus denselben Überlegungen scheidet auch eine Lückenschließung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Eine solche würde, wie gesagt, das Vorliegen einer „Vertragslücke“ verlangen, also den Eintritt eines Umstandes, den die Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages nicht bedacht haben, und welche auch nicht durch die Regelungen des dispositiven Rechts geschlossen werden kann. Unseres Erachtens haben die Vertragsparteien das Risiko sich ändernder Preise mit der Vereinbarung eines Festpreises sehr wohl bedacht und einer Regelung zugeführt, nämlich dahingehend, dass sich ändernde Preise auf die Höhe des Werklohns keinen Einfluss haben sollen. Die Risikoübernahme deckt hierbei, wie ebenso dargelegt, sogar die Gefahr außergewöhnlicher Preissteigerungen ab.

Aus alldem folgt, dass der AN an die Festpreisvereinbarung gebunden ist, und zwar selbst dann, wenn es zu eklatanten Preissteigerungen kommt, die sich in einem Verlust des AN niederschlagen.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung anerkannt sind Fälle, in denen einem Vertragspartner infolge **einer sogenannten „Unerschwinglichkeit“ der Leistung** ein besonderes Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Die Unerschwinglichkeit wird hierbei der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung (vgl § 920 ABGB) gleichgestellt. Die Sachverhalte erfassen „extreme wirtschaftliche Erschwerungen“ bei der Erbringung von Sachleistungen. Verlangt wird ein „grobes Missverhältnis von Aufwand und Wert der Gegenleistung“, wobei es nach der jüngeren Rechtsprechung ausreichend sein soll, wenn die eigene Leistungserbringung aufgrund der Umstände „unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos“ wäre.¹⁷ Unumstritten lassen sich die von der Judikatur anerkannten Fälle der wirtschaftlichen Unerschwinglichkeit auf die gegenständlichen Fälle gestiegener Preise für Baustoffe und Materialien übertragen. Nachträglich gestiegene Lieferantenpreise erhöhen die Selbstkosten für die Erbringung der eigenen Leistungen, immerhin steigen die Kosten für den Anteil Sonstiges. Auf den Umstand, dass es bei der Beurteilung der Unerschwinglichkeit nicht auf die einzelne Position oder die einzelne LG, ULG oder OLG ankommt, sondern auf das Gesamtergebnis aus dem Auftrag abzustellen ist, sei an dieser Stelle hingewiesen. Ebenso hingewiesen sei auf die Nachweispflichten, die dem AN diesbezüglich obliegen.

Wann genau die Grenze bzw Schwelle zur Unerschwinglichkeit erreicht ist, ist freilich eine Frage des Einzelfalles. Der OGH sah diese in einem Anlassfall verwirklicht, in dem einem

¹⁴ Vgl Riedler in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 901 ABGB Rz 6

¹⁵ Riedler in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 901 ABGB Rz 11.

¹⁶ ZB OGH 14.6.2000, 7 Ob 40/99d; RIS-Justiz RS0113788.

¹⁷ Mit entsprechenden Nachweisen siehe nur Riedler in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 901 ABGB Rz 11.

kalkulierten Deckungsbeitrag von EUR 90.000,00 Mehrkosten in Höhe von EUR 2,0 Mio gegenüberstanden.¹⁸ Kletecka sieht die Grenze zur Unerschwinglichkeit in den Fällen der laesio enormis (§ 934 ABGB) verwirklicht, wenn also der Werklohn, den der AN aus der Abwicklung/Durchführung des Auftrages lukriert, weniger als die Hälfte der aufzuwendenden Kosten erreicht.¹⁹

Aufgrund des rechtlichen Rahmens scheidet eine Anpassung des Werklohnes im Anwendungsbereich des ABGB uE aus. Dem steht die bewusste Risikoaufteilung entgegen, die der Vereinbarung eines Festpreises innewohnt. Einen differenzierten Ansatz vertritt demgegenüber scheinbar *Kletecka*²⁰. Dieser spricht sich offensichtlich für eine einseitige Vertragsanpassung durch den AN aus. Nach hA hat der „Verkürzte“ im Anwendungsbereich des § 934 ABG allerdings keinen Anspruch auf Anpassung des Vertrages, vielmehr steht ihm nur die Berechtigung zur einseitigen Aufhebung zu. Vielmehr wird dem „Verkürzenden“ eine „Ersetzungsbefugnis“ gestattet. Im Rahmen der Ersetzungsbefugnis hat der „Verkürzende“ die Möglichkeit bzw das Recht, den Vertrag durch Aufzahlung der Differenz bis zum vollen gemeinen Wert der Leistung aufrechtzuerhalten.²¹ Zieht man, wie Kletecka, die Wertungen des § 934 ABGB heran und lässt neben der Vertragsaufhebung auch eine Anpassung zu, müsste konsequenterweise eine Anpassung bis zum „gemeinen Wert“ der vom AN auszuführenden Leistungen zugelassen werden. Zumal es sich beim gemeinen Wert um jenen Wert handelt, den eine Leistung/Sache im Verkehr gewöhnlich hat, wäre wiederum auf das aktuelle Preisniveau abzustellen und eine Anpassung an die gestiegenen Marktpreise vorzunehmen.

Zwischenergebnis

Darlegungs- und Nachweispflicht:

In sämtlichen Fällen – Vereinbarung der ÖNORM B 2110:2013, Anwendung des ABGB – trifft den AN die Darlegungs- und Nachweispflicht, will er einen Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Entgelts geltend machen.

Im Einzelnen ist vom AN darzulegen:

- Umstand der Preissteigerung(en) an sich sowie die Ursachen,
- „Außergewöhnlichkeit/Unvorhersehbarkeit“ der Preissteigerungen (Ausmaß, Umfang) sowie deren „Unabwendbarkeit“,
- Auswirkungen auf das wirtschaftliche Ergebnis.

Der Nachweis ist in **geeigneter Weise** zu erbringen, etwa durch Einkaufsrechnungen, Rundschreiben/Informationsschreiben von Händlern/Lieferanten, Auszüge aus veröffentlichten Indizes udgl. Zur Darlegung der wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Vertrag, aber auch zum Nachweis der Höhe des Anspruches auf Vertragsanpassung ist zudem die eigene Kalkulation offenzulegen. Der bloße „Verweis“ auf gestiegene Preise und deren Auswirkungen auf das wirtschaftliche Ergebnis reichen nach der hier vertretenen Meinung nicht.

ÖNORM B 2110:2013:

Eine Änderung der Einkaufspreise/Gestehungskosten kann als eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung (Pkt 3.8 ÖNORM B 2110:2013) qualifiziert werden. Aufgrund der „Außergewöhnlichkeit“ und „Unvorhersehbarkeit/Unabwendbarkeit“ der gegenständlichen Preissteigerungen liegen Umstände vor, die gemäß Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110:2013 in die Sphäre des AG fallen. Im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110:2013 ist das Kriterium der „Außergewöhnlichkeit/Unvorhersehbarkeit“ bei Überschreiten des 10-jährlichen Ereignisses jedenfalls erfüllt.

¹⁸ OGH 30.11.2006, 8 Ob 86/06i.

¹⁹ *Kletecka*, Rechtsgutachten 32 f.

²⁰ *Ders*, Rechtsgutachten 44.

²¹ *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 934 ABGB Rz 21.

Der AN kann in diesem Fall nach Pkt 7.4 ÖNORM B 2110:2013 eine Anpassung des Entgelts (Werklohns) verlangen.

ABGB:

Die Fälle „höherer Gewalt“ (hierzu zählen auch die aktuellen außergewöhnlichen Preissteigerungen) werden als „Sonderfall“ der neutralen Sphäre qualifiziert, welche, einer einschlägigen rechtswissenschaftlichen Fachmeinung zufolge, ein Aussetzen der wechselseitigen Pflichten der Vertragsparteien zur Folge haben. Da insoweit kein Umstand aus der Sphäre des AG vorliegt, ist der AN im Zusammenhang mit den außergewöhnlichen Preissteigerungen nach dem ABGB jedoch nicht zur Legung einer MKF berechtigt.

Möglichkeiten zur Aufhebung des Vertrags und/oder Anpassung des Entgelts ergeben sich mitunter als Folge der Auswirkungen der Preissteigerungen auf das wirtschaftliche Ergebnis des AN. Im Fall der „wirtschaftlichen Unerschwinglichkeit“ wird dem zur Sachleistung verpflichteten Vertragspartner, im Fall der Erbringung von Bauleistungen der AN, ein Recht zum Vertragsrücktritt eingeräumt. Nach einer jüngst geäußerten Fachmeinung soll dem AN auch ein Recht zur Vertragsanpassung zustehen.

Wann die Grenze bzw. „Schwelle“ zur Unerschwinglichkeit erreicht ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab. Der OGH verlangt ein grobes Missverhältnis zwischen Aufwand und Wert der Gegenleistung. Jüngst wurde in diesem Kontext auf § 934 ABGB (laesio enormis) rekurriert und daraus die Wertung abgeleitet, dass die Schwelle zur Unerschwinglichkeit erreicht ist, wenn der Wert der Gegenleistung weniger als die Hälfte (50%) des Aufwandes ausmacht.

2.2.2.4 Vereinbarung veränderlicher Preise – Variante 1: Index bildet die Preissteigerung ab

Sind vertraglich veränderliche Preise bedungen und der **vereinbarte Index bzw objektbezogene Warenkorb bildet die eingetretene Preissteigerung ab**, besteht kein Handlungsbedarf. Es ist nach dem Vertrag vorzugehen und der Preis unter Anwendung der vereinbarten Preisgleitung anzupassen.

2.2.2.5 Vereinbarung veränderlicher Preise – Variante 2: Index bildet die Preissteigerung nicht ab

Während Szenario 2 ohnedies unproblematisch ist, da die Preissteigerung vom vereinbarten Index abgebildet wird, sind auch jene Fälle unproblematisch, in denen die Preisumrechnung nach der ÖNORM B 2111 zu erfolgen hat. Wie schon in Szenario 2 ist auch in diesem Fall nach dem Vertrag vorzugehen. Die einschlägigen Regelungen der ÖNORM B 2111 sind als Vertragsbestimmungen heranzuziehen; nach diesen ist die Preisumrechnung sowie die Anpassung des Werklohns an die geänderten Verhältnisse vorzunehmen.

Selbst bei Vereinbarung der ÖNORM B 2111 kann es vorkommen, dass eine Preissteigerung von der Preisgleitung nicht erfasst ist bzw diese vom Index nicht abgebildet wird. Die Mechanismen der ÖNORM B 2111 berücksichtigen zwar den Fall, dass es bei Kostenarten, die im Index oder dem objektbezogenen Warenkorb nicht enthalten sind, zu einer Preissteigerung kommt. Keine Aussage trifft die ÖNORM B 2111 dazu, was gilt, falls eine Kostenart in einem gewählten Index lediglich unterrepräsentiert ist. Analoge Probleme können bei einer individuellen Vereinbarung auftreten. Auch hier gibt es zwei denkbare Konstellationen, in denen eine Preissteigerung nicht abgebildet wird, konkret jene, dass die Kostenart im Warenkorb nicht enthalten ist oder diese ebenfalls unterrepräsentiert ist.

Die Lösung ist in einem solchen Fall **in der Auslegung des Vertrags** zu suchen. Das Vorliegen einer Lücke wird man zu bejahen haben (anders als bei der Vereinbarung eines Festpreises), da der Wille der Vertragsparteien augenscheinlich darauf gerichtet ist, Veränderungen der Einkaufs- / Lieferantenpreise zu berücksichtigen, nunmehr aber eine Situation eingetreten ist, auf die man zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht Bedacht genommen hat. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist sohin geboten und nach Meinung der Verfasser das sachgerechte Mittel, um die Auswirkungen des von der Preisgleitung nicht erfassten Falles auf den Vertrag zu ermitteln. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist nach

dem hypothetischen Parteiwillen vorzugehen, sprich, es ist danach zu fragen, welche Regelung redliche und vernünftige Vertragsparteien getroffen hätten, hätten sie von Anfang an gewusst, dass die später aufgetretenen Preissteigerungen (aus den genannten Gründen) nicht erfasst werden. In der Judikatur findet sich eine breite Palette an Anhaltspunkten, wie bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens vorzugehen ist.²² Die sich aus der Vertragsauslegung ergebende Willensrichtung ist der Beurteilung ebenso zu Grunde zu legen wie die Grundsätze von Treu und Glauben. Weiters sind der Geschäftszweck und die Verkehrssitte zu berücksichtigen. Nicht zuletzt sind die sich aufgrund aller Umstände ergebenden Wertungen „zu Ende zu denken“.

Die Methodik einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung lässt sich abstrakt, also ohne Bezug zu einem konkreten Anlassfall, nur schwer plastisch darstellen. Zu viele Parameter, die bei der Anwendung eine Rolle spielen können, müssten fingiert werden, so etwa schon der Wortlaut der Preisanpassungsregelung, die Begleitumstände, unter denen die Regelung zustande gekommen ist, der vertragliche Rahmen, in den die Regelung eingebettet ist, die konkrete Marktsituation sowie die Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und schließlich auch die Gründe, aus denen eine Anwendung der vereinbarten Preisanpassung im konkreten Fall nicht zum Ziel führt. Da die Anwendung der Methodik zum Ergebnis führt, ließe sich ein solches – abstrakt betrachtet – noch schwerer darstellen. Hinzu kommt, dass die Vertragsauslegung und ebenso die ergänzende Vertragsauslegung letztlich in den Händen des Gerichts liegen, welches über den Sachverhalt zu entscheiden hat. Wenngleich in derartigen Fällen Rechtsfragen zu klären sind, **greifen die Gerichte auch in solchen Belangen oftmals auf die Expertise eines Sachverständigen zurück**, womit das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung noch mehr von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist.

Was sich mit einiger Gewissheit sagen lässt ist, dass Normen und andere veröffentlichte Regelwerke regelmäßig zur Konkretisierung des hypothetischen Parteiwillens herangezogen werden. Dies hängt mit dem Zustandekommen dieser Regelwerke zusammen. So werden etwa ÖNORMEN von den jeweiligen Normungskomitees des Österreichischen Normungsinstituts beschlossen, in denen Branchenvertreter und Experten sämtlicher beteiligter Verkehrskreise repräsentiert sind. Die Rechtsprechung sieht darin eine Gewähr dafür, dass der Inhalt der Normen bzw die in den Regelungen der Norm zum Ausdruck kommenden Wertungen sachgerecht sind und am ehesten dem entsprechen, was redliche und vernünftige Vertragsparteien vereinbart hätten. Soweit also die Mechanismen der ÖNORM B 2111 zur Anwendung gelangen oder sich aus der ÖNORM B 2111 sonst ableiten lässt, wie eine Preisanpassung in einem bestimmten Fall vorgenommen werden könnte (etwa durch Bildung eines individuellen Warenkorb), **kann auf die Regelungen der ÖNORM B 2111 zurückgegriffen werden, selbst wenn ihre Anwendung in einem konkreten Fall nicht vereinbart worden ist.**

Zwischenergebnis

Wurden veränderliche Preise vereinbart, ist zu prüfen, ob die gegenständlichen (außergewöhnlichen) Preissteigerungen von der vereinbarten Preisanpassung/Preisgleitung bzw vom vereinbarten Index abgebildet werden.

Werden die Preissteigerungen/wird die Preissteigerung vom Index abgebildet, ist nach dem Vertrag vorzugehen und es sind die Preise entsprechend anzupassen.

Werden die Preissteigerungen/wird die Preissteigerung von der vereinbarten Preisanpassung/Preisgleitung bzw vom Index nicht abgebildet, kommt entweder eine Anwendung einschlägiger Fachnormen oder anderer vertraglicher Regelungen in Betracht.

²² Mit Nachweisen und Beispielen aus der Judikatur, *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 914 ABGB Rz 186.

Gibt es keine passende Regelung/Norm bzw wurde eine solche nicht vereinbart, kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Anpassung des Vertrages vorgenommen werden. Hierbei ist zu fragen, welche Preisanpassungsklausel/welchen Index die Vertragsparteien vereinbart hätten, hätten sie bei Abschluss des Vertrages auf die gegenständliche (außergewöhnliche) Preissteigerung Bedacht genommen. Selbst wenn diese nicht vereinbart worden sein sollten, bieten einschlägige Normen, zB die ÖNORM B 2111, Anhaltspunkte dafür, wie im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung vorgegangen werden könnte.

3. Leitfaden zum Umgang mit den aktuellen Preissteigerungen

3.1 Allgemeines und Vorüberlegungen

- 3.1.1 Der rechtliche Umgang mit Forderungen nach einer Anpassung (Anhebung) der vereinbarten Preise hat nach dem Vertrag zu erfolgen. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, welche Art der Preisvereinbarung getroffen worden ist – liegt eine Festpreisvereinbarung vor oder wurden veränderliche Preise vereinbart?

Weiters ist zu prüfen, ob die Geltung der **ÖNORM B 2110:2013** vereinbart wurde oder ob auf den Vertrag das **ABGB zur Anwendung** gelangt.

Gegebenenfalls ist zu prüfen, ob eine – von der ÖNORM B 2110:2013 bzw dem ABGB abweichende – **individuelle Vereinbarung** getroffen wurde.

3.2 Nachweisführung

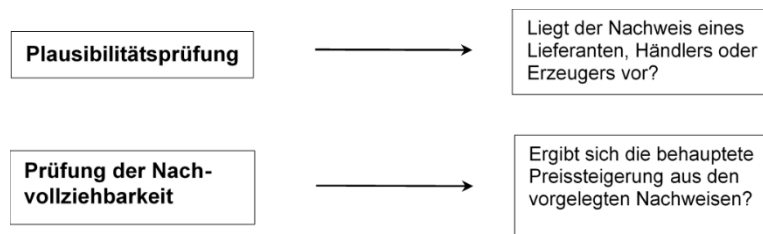
- 3.2.1 Unabhängig davon, welche Art der Preisvereinbarung getroffen worden ist und ob die ÖNORM B 2110:2013 oder das ABGB zur Anwendung gelangt, im Zusammenhang mit den Preissteigerungen hat der AN geeignete Nachweise zu erbringen (Darlegungs- und Nachweispflicht des AN).

Folgende Nachweise sind zu führen:

- (1) Nachweis über die **Art und das Ausmaß der eingetretenen Preissteigerung** -> welches Material / welche Materialien sind betroffen, in welchem Ausmaß / in welcher Höhe und in welchem Zeitraum ist es zu den Preissteigerungen gekommen?

Als Nachweise geeignet sind nur Informationen, die von den Lieferanten, Händlern oder Erzeugern selbst stammen, beispielsweise Rundschreiben über Preiserhöhungen, Preislisten, Einkaufsrechnungen des AN udgl (bei den beiden letztgenannten Nachweisen wird sich die Preissteigerung nur über den Vergleich der Werte aus vorangegangenen Zeiträumen mit den aktuellen Zeiträumen ableiten lassen).

Warum? Antwort: Die vorgelegten Nachweise müssen sich auf Plausibilität und Nachvollziehbarkeit prüfen lassen (wichtig für die Beurteilung durch den AG):

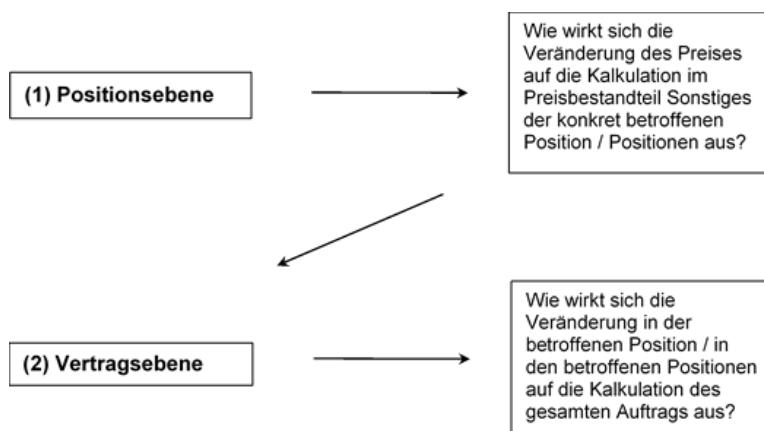


Die „bloße Mitteilung über eine Steigerung / Anhebung der Einkaufspreise ist aus unserer Sicht kein geeigneter Nachweis!

- (2) Nachweis der konkreten bauwirtschaftlichen Auswirkungen der (plausiblen und nachvollziehbaren!) Preissteigerungen -> wie wirken sich die Preissteigerungen auf das wirtschaftliche Ergebnis des AN beim konkreten Projekt aus?

Weiter oben wurde bereits ausgeführt, dass die Preissteigerung im Gesamtkontext des Vertrages zu analysieren ist. Ausgangspunkt hierfür ist das Preisgefüge des Vertrages, welches sich aus den Preisermittlungsgrundlagen ergibt, die vom AN der Kalkulation zugrunde gelegt worden sind.

Um nun die bauwirtschaftlichen Auswirkungen einer Preissteigerung nachzuweisen, hat der AN somit unter Offenlegung der Kalkulation darzulegen, wie die Veränderung des jeweiligen Werts das Preisgefüge des gesamten Vertrages beeinflusst. Eine solche Darlegung durch den AN hat auf zwei Ebenen zu erfolgen, wobei die beiden Ebenen in der angeführten Reihenfolge zu betrachten sind:



Entscheidend ist das Ergebnis auf Vertragsebene.

Der AN erzielt das wirtschaftliche Ergebnis nicht mit einer einzelnen Leistungsposition bzw einzelnen Leistungspositionen, sondern über die Abrechnung sämtlicher Positionen aus dem Auftrag. Daher hat der AN die Folgen für die Abrechnung des gesamten Auftrages darzulegen und hierfür die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

Je gleichartiger die Positionen bzw die darin enthaltenen Leistungsbestandteile sind, aus denen sich der Gesamtauftrag zusammensetzt, desto weniger ist die Unterscheidung zwischen Positionsebene und Vertragsebene von Relevanz.

Werden ausschließlich Materialien geliefert (und allenfalls montiert), welche von den Preissteigerungen betroffen sind, sind die Auswirkungen auf Positionsebene und Vertragsebene praktisch miteinander gleichzusetzen.

3.2.2 Anmelderfordernisse und Nachweispflichten bei Vereinbarung der ÖNORM B 2110:2013

Wurde die ÖNORM B 2110:2013 vereinbart, sind die Anforderungen der ÖNORM B 2110:2013 an die Anmeldung und den Nachweis von Mehrkostenforderungen dem Grunde und der Höhe nach zu beachten:

Anmeldung dem Grunde nach, Pkt 7.3.2 ÖNORM B 2110:2013

- (1) Erkennbarkeit, dass es zu einer außergewöhnlichen Preissteigerung hinsichtlich bestimmter Materialien kommt/gekomen ist?

Beispiele: Informationsschreiben eines Händlers/Lieferanten, Entwicklung der einschlägigen Indizes, Steigerung der Marktpreise.

Außergewöhnliche Preissteigerung? = Preissteigerung in erheblichem Ausmaß, Steigerung welche über das 10-jährliche Ereignis hinausgeht (*Kletecka*).

Handlung/Maßnahme: **ehestens schriftliche Mitteilung** an den AG, gleichzeitig Darlegung der Auswirkungen auf den Leistungsumfang (Beispiel):

- Vorliegen einer außergewöhnlichen Preissteigerung, dadurch gestiegene Einkaufspreise;
- Kenntnis vom Vorliegen der Preissteigerung erst durch zB Rundschreiben, Mitteilung, eines Händlers am [];
- Leistungserbringung ist unter den Kalkulationsannahmen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht möglich;
- Änderung der Umstände der Leistungserbringung;

(2) Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung des Entgelts dem Grunde nach

Ehestens nachweisliche (schriftliche!) Anmeldung des Anspruches auf Anpassung des Entgelts (MKF) dem Grunde nach.

Handlung/Maßnahme: **Geltendmachung der Forderung** auf Anpassung des Entgelts gegenüber dem AG; gegebenenfalls in Verbindung mit der schriftlichen Mitteilung der Störung der Leistungserbringung.

Der Inhalt eines Schreibens an den AG, mit dem der Eintritt einer Störung der Leistungserbringung mitgeteilt und die Anmeldung der Forderung auf Anpassung des Entgelts dem Grunde nach erfolgt, kann **dem Musterschreiben** in der Anlage entnommen werden.

Anmeldung der Höhe nach, Pkt 7.4.1 ÖNORM B 2110:2013

(1) Rechtzeitige Anmeldung der Forderung auf Erhöhung des Entgelts (siehe vorhin)

Eine schriftliche Anmeldung der MKF ehestens nach Mitteilung/Anmeldung dem Grunde nach ist, wenngleich in der Norm nicht ausdrücklich geregelt, ebenfalls zu empfehlen.

(2) Vorlage einer MKF/eines Zusatzangebots in prüffähiger Form

Die Forderung auf Anpassung des Entgelts ist in einem schriftlichen Zusatzangebot darzulegen (Pkt 7.4.2 Abs 2 ÖNORM B 2110:2013):

- Beschreibung der Leistungsabweichung: Darlegung, dass es zu einer außergewöhnlichen Preissteigerung gekommen ist; Darlegung des Umfangs/Ausmaßes der Preissteigerung und der betroffenen Positionen/Waren/Warengruppen;
- Abweichung aus der Sphäre des AG: Darlegung, dass die (außergewöhnlichen) Preissteigerungen für den AN unvorhersehbar waren und nicht in zumutbarer Weise abgewendet werden können (Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2110:2013);
- Chronologie: Darlegung der Preisentwicklung (Preisniveau zum Zeitpunkt der Angebotslegung/des Vertragsabschlusses vs nunmehriges Preisniveau; Indexentwicklung über einen bestimmten/repräsentativen Zeitraum).

Zu den allgemeinen Anforderungen an die Nachweisführung siehe Pkt 3.2.1.

Höhe der Mehrkostenforderung (MKF), Pkt 7.4.2 ÖNORM B 2110:2013

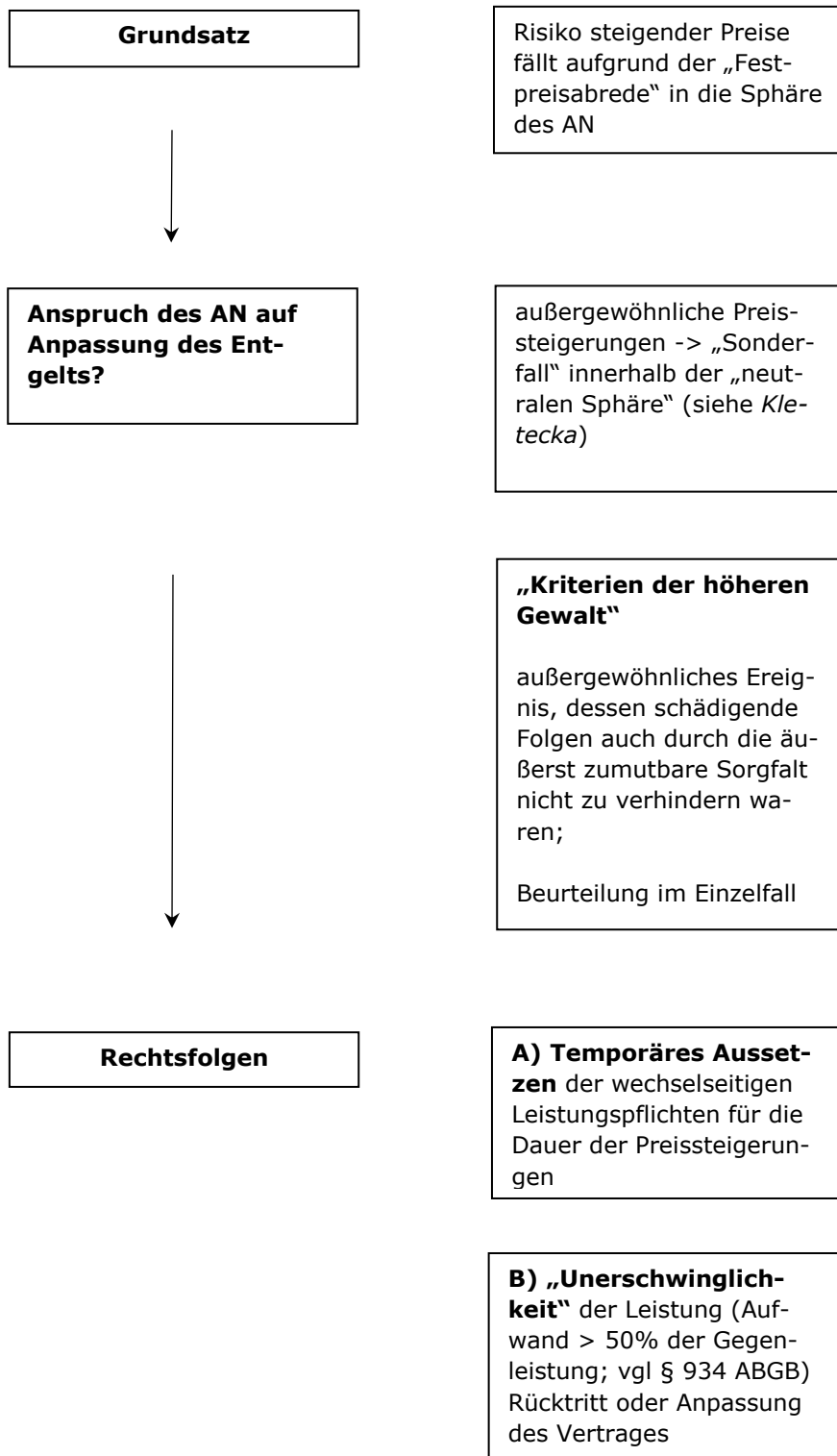
Wie oben dargelegt, kann die Berechnung der MKF unter Anwendung einer Preisgleitung, welche die eingetretenen Preissteigerungen auf Basis der Vertragspreise (Material) berücksichtigt, erfolgen. Ein **Beispiel für eine rechnerische Darstellung** einer MKF infolge einer außergewöhnlichen Preissteigerung ist dem Leitfaden in der Anlage angeschlossen.

3.3 Prüfschema – Festpreisvereinbarung

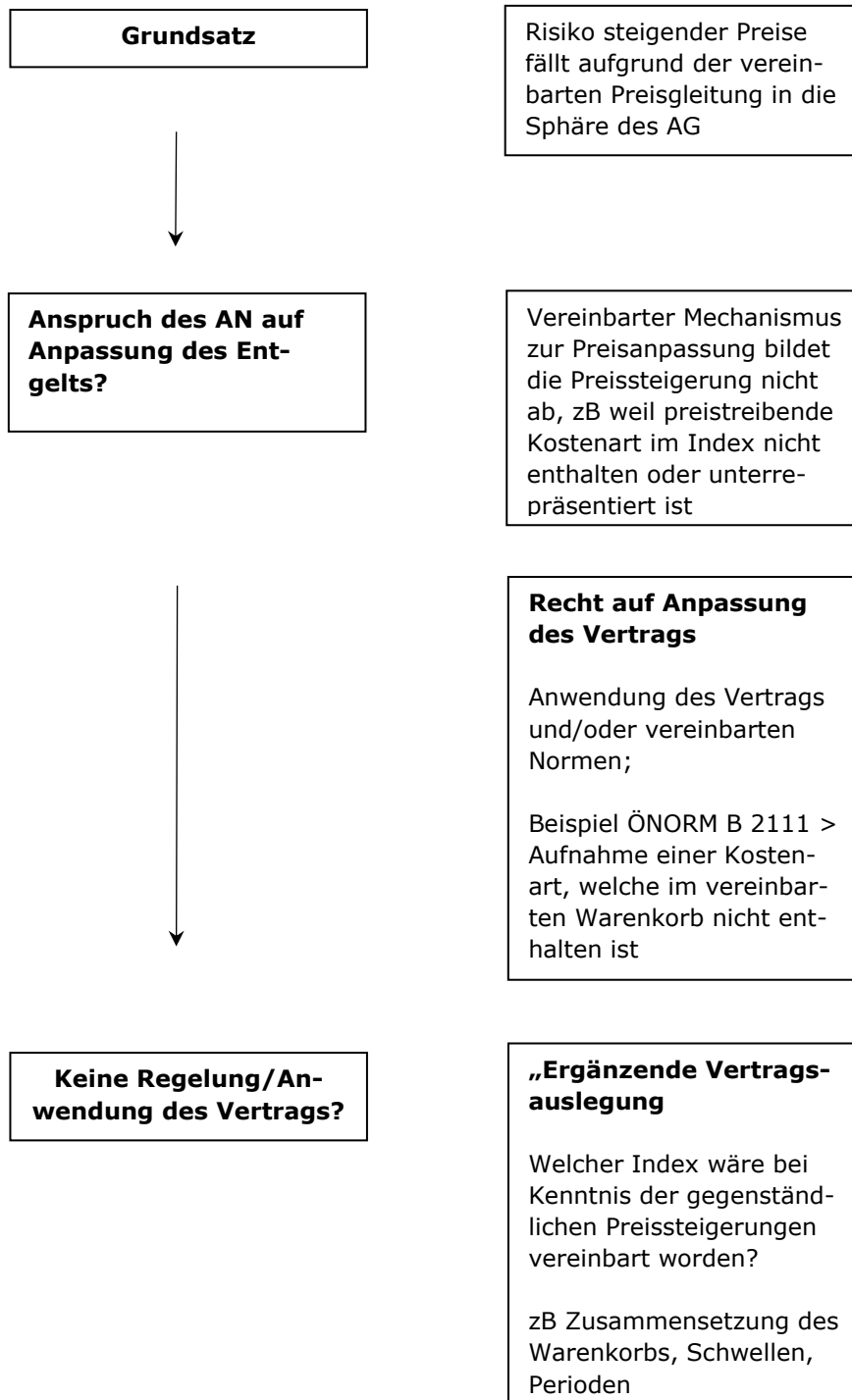
3.3.1 Vereinbarung der ÖNORM B 2110:2013



3.3.2 Anwendungsbereich des ABGB



3.4 Prüfschema – veränderliche Preise



4. Anlagen

- Musterschreiben – Mitteilung der Störung der Leistungserbringung/Anmeldung dem Grunde nach;
- Beispiel rechnerische Darstellung einer MKF infolge einer außergewöhnlichen Preissteigerung (Erläuterungsschreiben, Berechnung Excel-Tabelle);