

# **Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I)**

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka, Universität Salzburg

## **I. Fragestellung**

Wenn bei einem Bauwerkvertrag ein vom Auftraggeber (Werkbesteller) zu vertretender Umstand zu einer Leistungsänderung, einer Änderung der Leistungsumstände, einer Behinderung oder einer Leistungsmehrung führt, hat der Auftragnehmer (Werkunternehmer) regelmäßig einen über den ursprünglich festgesetzten Werklohn hinausgehenden Anspruch. Dieser Anspruch wird in der baurechtlichen- und bauwirtschaftlichen Literatur als „Mehrkostenforderung“ bezeichnet.

Dabei treten verschiedene beweisrechtliche Fragen auf, die mit solchen Mehrkostenforderungen verbunden sind. Zum einen welche Behauptungs- und Beweislasten den Auftragnehmer im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen, insbesondere bei gestörten Bauabläufen treffen. Zum anderen in welchem Umfang die haftungsausfüllende Kausalität tatsächlich vom Auftragnehmer zu beweisen ist und ob diese durch baubetriebswirtschaftliche Gutachten substituierbar ist und in welchen Fällen sie durch die Bewertung durch das Gericht gemäß § 273 ZPO erfolgen kann.

## **II. Rechtliche Erörterung**

### **1. Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenforderungen**

Zunächst soll geklärt werden, auf welche Anspruchsgrundlagen Mehrkostenforderungen gestützt werden können. Dies ist deshalb erforderlich, weil die zu beweisenden Tatsachen von den Elementen des jeweiligen Tatbestands abhängen.

#### *1.1 Anspruch auf Grund eines Leistungsänderungsrechts des Auftraggebers*

Bei vielen Bauwerkverträgen lässt sich der Leistungsinhalt des Auftragnehmers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bis ins kleinste Detail bestimmen. Oft ergibt sich die Notwendigkeit einer Maßnahme erst im Zuge der Vertragserfüllung. Aus diesem Grund kann sich auch die Notwendigkeit ergeben, die Leistungsvereinbarung nachträglich abzuändern.

Die ÖNORM B 2110 sieht deshalb in Pkt 7.1 ein entsprechendes Änderungsrecht vor. Ist die ÖNORM B 2110 vereinbart, darf der Auftraggeber den **Leistungsumfang ändern**, wenn dies zur **Erreichung des Leistungsziels notwendig** und dem Auftragnehmer zumutbar ist. Eine solche Leistungsänderung

stellt nach der Definition der ÖNORM eine Leistungsabweichung dar (Pkt 3.7.1). Da es sich bei der Leistungsänderung um eine aus der Sphäre des Auftraggebers stammende Leistungsabweichung handelt (Pkt 7.2.1), hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf **Anpassung der Leistungsfrist** und des **Entgelts** (Pkt 7.4.1). Aus der Ausübung des Änderungsrechts resultiert damit regelmäßig eine Mehrkostenforderung<sup>1</sup>.

Dieses einseitige Leistungsänderungsrecht nach der ÖNORM B 2110 ist nicht schrankenlos. Der Auftraggeber kann selbstverständlich nicht etwas anderes als das vereinbarte Werk zum Vertragsinhalt machen. Die ÖNORM zieht die Grenze des einseitigen Änderungsrechts dadurch, dass sie nur Änderungen des **Bau-Solls** (Leistungsumfang) nicht aber des **Leistungsziels** zulässt. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Pkt 7.1, nach welchem der Auftraggeber nur berechtigt ist, den Leistungsumfang zu ändern, und zwar nur, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels erforderlich ist.<sup>2</sup> Einseitig veränderlich ist also nur der Leistungsumfang und nicht das Leistungsziel.

Dabei liegen der ÖNORM folgende Definitionen zugrunde: Das **Leistungsziel** ist der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber angestrebte **Erfolg** (Pkt 3.9). Das **Bau-Soll** ist demgegenüber der **Leistungsumfang**, verstanden als alle Leistungen des Auftragnehmers, die durch den Vertrag, zB bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden (Pkt 3.8).

Die Unterscheidung von Bau-Soll und Leistungsziel korreliert daher mit jener zwischen **konstruktiver** und **funktionaler Leistungsbeschreibung**.<sup>3</sup> Bei einer – in der Praxis kaum vorkommenden – rein funktionalen Leistungsbeschreibung bestünde daher kein Leistungsänderungsrecht<sup>4</sup>, weil sich dieses ja notwendig auf das Leistungsziel bezöge. Da es dem Auftraggeber aber in der Regel ohnehin nur darum geht, den von ihm angestrebten Erfolg zu erreichen, ist ein solches Änderungsrecht auch gar nicht erforderlich. Auf Grund der rein funktionalen Leistungsbeschreibung hat der Auftragnehmer von vornherein jene Mittel zu wählen, mit denen der vereinbarte Erfolg erreicht werden kann.<sup>5</sup>

Würde durch den Änderungswunsch des Auftraggebers der Bereich des Bausolls überschritten und bereits in das Leistungsziel eingegriffen, ist dieser Wunsch rechtlich nur dann durchsetzbar, wenn im Werkvertrag ein weitergehendes Änderungsrecht vereinbart wurde oder die Parteien eine Einigung

---

<sup>1</sup> Hussian in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 357.

<sup>2</sup> Karasek, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1140.

<sup>3</sup> Hussian in Müller/Stempkowski, Handbuch 356. Allgemein zu funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung: Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> §§ 1165 ff Rz 45.

<sup>4</sup> Hussian in Müller/Stempkowski, Handbuch 356.

<sup>5</sup> Vgl Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> §§ 1165 ff Rz 53.

über die Änderung erzielen. In beiden Fällen werden die Vertragsteile dafür eine Erhöhung des Entgelts vereinbaren. Dies kann – so wie das Pkt 7.4.2 für den Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110 vorsieht – durch Fortschreibung der ursprünglichen Preisvereinbarung geschehen. Es kann aber auch eine davon unabhängige Preisgestaltung vorgesehen bzw nachträglich vereinbart werden.

### *1.2 Preiserhöhung auf Grund von Irrtumsanpassung beim widersprüchlichen Vertrag*

In der Praxis tritt immer wieder der Fall auf, dass der vertragskonforme Gebrauch des Werks nicht erreicht wird, obwohl das Werk die ebenfalls vertraglich vereinbarten Eigenschaften aufweist. Dies ist zB dann der Fall, wenn der Besteller dem Unternehmer eine bestimmte Dachkonstruktion vorgibt, diese Konstruktion aber die nach der Regelwetterkarte zu erwartende Schneelast nicht aufnehmen kann und es deshalb infolge von Schneefällen zu Wassereintritten kommt.<sup>6</sup>

In einem solchen Fall liegt dann ein **widersprüchlicher Vertrag** vor, wenn sowohl die Konstruktion als auch der durch Wassereintritte ungestörte Gebrauch vereinbart wurden.<sup>7</sup>

Nicht in allen Fällen werden aber die Werkeigenschaften und der ordentliche Gebrauch Inhalt des Vertrages. Regelmäßig wird es dem Besteller, was dem Unternehmer auch erkennbar sein wird, alleine oder zumindest in weit höherem Maß auf die **Gebrauchstauglichkeit** des Werks ankommen. Hat zB der Besteller zunächst das Werk nur funktional beschrieben und wird in die Vertragsurkunde ein vom Unternehmer erstelltes Leistungsverzeichnis aufgenommen, aus dem sich Werkeigenschaften ergeben, die mit der vom Besteller vorgegebenen Funktion nicht im Einklang stehen, besteht in Wahrheit gar kein Widerspruch mit der Gebrauchstauglichkeit, vielmehr ist überhaupt nur diese Vertragsinhalt geworden.<sup>8</sup>

In einem solchen Fall wird die Leistungsbeschreibung nicht als Bestandteil des Bau-Solls zum Vertragsinhalt, sondern dient lediglich als **Kalkulationsgrundlage**.<sup>9</sup>

Der Unternehmer ist deshalb in der **Wahl der Mittel zur Zweckerreichung frei** und muss daher – entgegen den untauglichen Maßnahmen der Leistungsbeschreibung – jene Art der Herstellung wählen, die den vereinbarten Gebrauch gewährleistet. Umgekehrt kann es sein, dass die Leistung nur konstruktiv beschrieben und die Gebrauchstauglichkeit nicht Vertragsinhalt wird. In diesem äußerst

---

<sup>6</sup> Vgl OGH 1 Ob 653/86 = wbl 1987, 119 (leicht modifiziert).

<sup>7</sup> Siehe dazu OGH 5 Ob 510/83 = wbl 1989, 307 (*Wilhelm*); 1 Ob 690/84 = SZ 58/7; 7 Ob 596/81 = JBl 1982, 603; 1 Ob 535/90 = JBl 1990, 653 (*Reischauer*); 1 Ob 628/91 = JBl 1992, 784; 1 Ob 550/93 = JBl 1994, 174 (*Gruber*); 2 Ob 135/10 g.

<sup>8</sup> *Gruber*, Anmerkung zu 1 Ob 550/93, JBl 1994, 174.

<sup>9</sup> Vgl OGH 1 Ob 535/90 = JBl 1990, 653 (*Reischauer*).

seltenen Fall<sup>10</sup> ist dann ein Werk selbst bei völliger Unbrauchbarkeit nicht mangelhaft, weshalb ebenfalls kein widersprüchlicher Vertrag vorliegt.

Ergibt aber die Vertragsauslegung, dass **sowohl die Leistungsbeschreibung als auch die Gebrauchstauglichkeit** zum Vertragsinhalt wurde, liegt ein **widersprüchlicher Vertrag** vor. In manchen Fällen wird sich die Widersprüchlichkeit des Vertrages durch **ergänzende Vertragsauslegung** eliminieren lassen. Hätten nämlich redliche und vernünftige Parteien in einer solchen Lage nur auf die Gebrauchstauglichkeit abgestellt, führt die Interpretation nach dem hypothetischen Parteiwillen dazu, dass die störende Eigenschaftsvereinbarung entfällt.<sup>11</sup>

Ist dies nicht möglich, bleibt der Vertrag widersprüchlich. In einem solchen Fall ist das Werk, obwohl es die vereinbarten Eigenschaften aufweist, deshalb mangelhaft, weil es den ebenfalls vereinbarten Gebrauch nicht zulässt.<sup>12</sup>

Dennoch besteht zunächst kein Anspruch auf **Verbesserung**. In diesem Fall ist nämlich die Verbesserung – wie auch schon die ursprüngliche mangelfreie Werkerstellung – **schlicht unmöglich**, weil sie innerhalb der Grenzen des Vertrages nicht zu bewerkstelligen ist. Trotz der schlichten Unmöglichkeit bleibt der Vertrag nach hA aufrecht.<sup>13</sup>

Der Verbesserungsanspruch setzt daher eine Änderung des Vertrages durch **Vertragsanpassung nach § 872 ABGB** voraus.<sup>14</sup>

In diesem Fall hat der Unternehmer den Irrtum durch seine Leistungsbeschreibung **veranlasst** (§ 871 Fall 1 ABGB). Durch die Vertragsanpassung wird der Vertrag so verändert, dass die für die vereinbarte Funktion erforderlichen Werkeigenschaften in den Vertrag Eingang finden und so die Verbesserung möglich wird. Obwohl die Verbesserung hier über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinausgeht, ist es dennoch nicht unwesentlich, dass die nicht erzielte Gebrauchstauglichkeit vereinbart und der Vertrag daher vor Anpassung widersprüchlich war.<sup>15</sup>

Da sich der Unternehmer zur Herstellung der Gebrauchstauglichkeit verpflichtet hatte, wird die Vertragsanpassung idR nicht daran scheitern, dass der Unternehmer nicht bereit gewesen wäre, eine dem angepassten Vertrag entsprechende Vereinbarung zu schließen. Die Vereinbarung der

---

<sup>10</sup> Dies hingegen bei konstruktiver Beschreibung für den Regelfall ansehend: *Wenusch*, *ecolex* 2010, 841 (842); *Wenusch*, *bbl* 2011, 109 (110); dagegen zu Recht (fast ausschließlich Mischformen): *Kurz*, *bbl* 2011, 258 (259).

<sup>11</sup> Vgl *Gruber*, Anmerkung zu 1 Ob 550/93, *JB1* 1994, 174.

<sup>12</sup> *Wilhelm*, FS Ostheim 225 (226 f); *F. Bydlinski* in *Aicher/Korinek*, *Industrieanlagenbau* 67 (78); dies verkennend *Wenusch*, *ecolex* 2010, 841 (842).

<sup>13</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, *Bürgerliches Recht I*<sup>14</sup> Rz 545; aA *Lukas*, *JB1* 1992, 11 (15 ff).

<sup>14</sup> *Wilhelm*, FS Ostheim 225 (234).

<sup>15</sup> AA *Wenusch*, *ecolex* 2010, 841; *Wenusch*, *ecolex* 2011, 991.

Gebrauchstauglichkeit hat damit auf die Qualifikation als **unwesentlicher Irrtum** und damit auf die Anpassungsfähigkeit des Vertrags Einfluss.

Da die Parteien ohne Irrtum nicht nur eine andere Art der Herstellung, sondern regelmäßig auch einen **höheren Werklohn** vereinbart hätten, bewirkt die Irrtumsanpassung auch eine Preiserhöhung. Der Besteller kann daher nur dann qua Irrtumsanpassung die Verbesserung verlangen, wenn er auch bereit ist, jenen höheren Werklohn zu bezahlen, den die Parteien ohne Irrtum vereinbart hätten (**Sowiesokosten**). Die vertragliche Preisbasis (zB Günstigkeit) muss sich insoweit auf die Sowiesokosten auswirken, als sie den Preis auch dann beeinflusst hätte, wenn der Irrtum bereits im Abschlusszeitpunkt aufgefallen wäre. Dass nicht ein von der subjektiven Äquivalenz losgelöster angemessener Preis Vertragsinhalt wird, ergibt sich also schon aus dem Wesen der Vertragsanpassung.<sup>16</sup>

**Kosten**, die ohne den Irrtum **nicht entstanden** wären (zB für eine nochmalige Montage), hat der Besteller hingegen nicht zu tragen, weil diese ohne Irrtum nicht in den Preis eingegangen wären.<sup>17</sup>

### *1.3 Anspruch auf Preiserhöhung wegen eines externen Kalkulationsirrtums*

Eine weitere Quelle einer Mehrkostenforderung kann auch die Anpassung des Vertrages wegen Vorliegens eines **Kalkulationsirrtums** sein. Der Begriff des Kalkulationsirrtums ist nicht ganz scharf. Es werden darunter Erklärungs-, Geschäftsirrtümer im engeren Sinn und Motivirrtümer verstanden<sup>18</sup>. Im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen ist der Kalkulationsirrtum dann beachtlich, wenn es sich um einen Erklärungs- oder Geschäftsirrtum im engeren Sinn handelt.

Der Kalkulationsirrtum ist dann ein Erklärungsirrtum, wenn sich in der Kalkulation **Schreib- oder Rechenfehler** finden, sie bei Übermittlung verstümmelt wird oder der Auftragnehmer bzw sein für ihn tätiger Kalkulant über die Bedeutung eines von ihm verwendeten Begriffs irrt<sup>19</sup>.

Ein Geschäftsirrtum im engeren Sinn liegt dann vor, wenn der Punkt, auf den sich der Irrtum bezieht, **Vertragsinhalt** geworden ist. Bei einem Kalkulationsirrtum ist dies dann der Fall, wenn die Kalkulation zum Inhalt des Geschäfts geworden ist. Dies wird dann bejaht, wenn die Kalkulation dem Vertragspartner **offengelegt** wurde und Einvernehmen darüber besteht, dass das Geschäft **auf dieser**

---

<sup>16</sup> Im Ergebnis ebenso *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1165 Rz 37.

<sup>17</sup> Ebenso auf mE unzutreffender schadenersatzrechtlicher Grundlage *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1165 Rz 37.

<sup>18</sup> *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 871 Rz 28; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 482.

<sup>19</sup> *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 871 Rz 28; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 482.

**Basis abgeschlossen** werden soll<sup>20</sup>. Man spricht in diesem Fall von einem **externen Kalkulationsirrtum**.

Wurde der Kalkulationsirrtum zB durch – wenn auch unverschuldet – unrichtige Angaben des Auftraggebers zB in der Ausschreibung veranlasst oder hätte dem Auftraggeber der Irrtum bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auffallen müssen, so liegen die von § 871 ABGB geforderten Voraussetzungen für eine Anfechtung oder Anpassung des Vertrags vor.

Zu der hier interessierenden Preiserhöhung kann es durch die Vertragsanpassung nach § 872 ABGB kommen. Diese ist dann durchzuführen, wenn ein unwesentlicher Irrtum vorliegt, was – wie bereits unter dem vorigen Punkt ausgeführt – dann der Fall ist, wenn beide Vertragsteile im Zeitpunkt des Abschlusses bereit gewesen wären, den Vertrag zu dem erhöhten Preis zu schließen.

#### *1.4 Anspruch wegen Zeitversäumnis nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB*

Der Unternehmer hat Anspruch auf einen zusätzlichen Werklohn, wenn er infolge von Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen, durch Zeitverlust verkürzt wurde. Das Gesetz spricht hier von einer angemessenen Entschädigung. Dies ist in zweierlei Hinsicht missverständlich: Zum einen handelt es sich nicht um einen Schadenersatz-, sondern einen Entgeltsanspruch,<sup>21</sup> so dass es auf ein Verschulden des Bestellers nicht ankommt;<sup>22</sup> zum anderen richtet sich die Höhe des Anspruchs nicht primär nach der Angemessenheit, sondern nach den **vertraglichen Ansätzen** (zB Stundensatz).<sup>23</sup>

Dies ergibt sich beim Regiepreis gleichsam von selbst, gilt aber auch beim Pauschal- und Einheitspreisvertrag. Nur wenn eine Anlehnung an vereinbarte Preise nicht möglich ist, weil zB kein bestimmter Werklohn vereinbart wurde und deshalb insgesamt ein angemessenes Entgelt geschuldet ist, entscheidet über die Höhe des Zusatzentgelts die Angemessenheit.

Der Anspruch besteht nur dann, wenn der Unternehmer durch die Verzögerung oder deren Verhinderung (Forcierungsmaßnahmen) einen Nachteil (zB Stehzeiten<sup>24</sup>) erlitten hat. Ob nur der

---

<sup>20</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 482 mwN in FN 52.

<sup>21</sup> OGH 5 Ob 558/93 = *ecolex* 1994, 814; 2 Ob 203/08 d; 7 Ob 174/11 f; 3 Ob 180/12 k = bbl 2013/62; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1168 Rz 28; *Rummel*, FS Strasser 309 (314 FN 18 [mit Hinweis auf den HHB]); *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1168 Rz 7; *W. Müller*, *bauaktuell* 2010, 237; nunmehr ebenso *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 38.

<sup>22</sup> OGH 3 Ob 501/94 = JBl 1995, 658 (*Karollus-Bruner*).

<sup>23</sup> OGH 2 Ob 203/08d; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 38; *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1168 Rz 7; vgl auch *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1168 Rz 29; *W. Müller*, *bauaktuell* 2010, 237 (239); *Gossi*, *immolex* 2010, 178 (180). AA *Wenusch*, bbl 2011, 109 (113); *Wenusch*, *ecolex* 2011, 991 f; vgl auch *Karasek*, *bauaktuell* 2012, 118 ff. Dazu auch *Duve*, *bauaktuell* 2012, 124 ff.

<sup>24</sup> OGH 3 Ob 501/94 = JBl 1995, 658 (*Karollus-Bruner*).

**Zeitverlust** oder auch **andere Nachteile** (zB Mehraufwendungen für Winterbau), die aus der Verzögerung resultieren, zu einer Erhöhung des Entgelts führen, ist strittig.

Als **Forcierungsmaßnahmen** ersatzfähig sind zB ein erhöhter Arbeitseinsatz, Überstunden, Einsatz von mehr oder stärkeren Maschinen, zusätzlicher Materialeinsatz.<sup>25</sup> Jedenfalls sind solche Maßnahmen zu ersetzen, die zur Vermeidung von Verzögerungen notwendig und auch erfolgreich waren. Auch Aufwendungen, die letztlich den Zeitverlust nicht verhindern konnten, aber ex ante betrachtet sinnvoll erschienen, sind mE ersatzfähig. Eine **Begrenzung** des Ersatzes für Forcierungen mit der Verzögerungsentschädigung<sup>26</sup> ist nur dann durchzuführen, wenn durch die vermehrten Anstrengungen nicht auch noch andere Nachteile vermieden werden können (zB Aufstockung des Personals durch den Subunternehmer, um Generalunternehmer vor Pönalen zu bewahren).

In der Lehre wird die Frage diskutiert, ob § 1168 Satz 2 ABGB nur Zeitverlust und Verzögerungen oder auch andere Erschwernisse (Behinderungen), wie zB unerwartete geologische Verhältnisse, erfasst.<sup>27</sup> Die hA erstreckt diese Bestimmung auf **alle Behinderungen**.<sup>28</sup>

ME ist bereits die Fragestellung unglücklich: Zeitverlust und Verzögerungen sind die Wirkungen, die ihre Ursache in der Risikosphäre des Bestellers haben. Als Ursachen kommen **alle vom Besteller zu vertretenden Risiken** („infolge solcher Umstände“) in Betracht, also auch geologische Fehleinschätzungen oder andere unerwartete Stoffeigenschaften. Sinnvollerweise kann man nicht die Einbeziehung weiterer Ursachen diskutieren, weil sich dem § 1168 Satz 2 ABGB auf der Ursachenebene ohnehin keine Einschränkung entnehmen lässt. Vielmehr kann nur gefragt werden, ob nur die Verzögerung oder auch andere nachteilige Folgen erfasst sind. Richtig muss die Fragestellung also lauten, ob unsere Bestimmung auch dann eingreift, wenn ein dem Besteller zugeordnetes Risiko nicht zu einer Verzögerung, sondern zu einem anderen Nachteil (zB Überstunden, Mehraufwand durch Winterbau) führt.<sup>29</sup>

ME ist der hA zu folgen, die auch andere Nachteile als die Zeitversäumnis unter § 1168 Satz 2 ABGB subsumiert. Klar ist, dass die **vertragliche Risikoordnung** das maßgebende Kriterium ist.<sup>30</sup> Es kann aber nicht angenommen werden, dass die Parteien ein und dasselbe Risiko je nachdem, ob es zu einem Zeitverlust oder zu anderen Nachteilen geführt hat, einmal dem Besteller und das andere Mal dem

---

<sup>25</sup> Vgl OGH 5 Ob 558/93 = ecolex 1994, 814; 8 Ob 63/98 t = ecolex 1998, 626; 3 Ob 180/12 k = bbl 2013/62; RIS-Justiz RS0021825; *Karasek*, ecolex 2010, 219 (220 ff).

<sup>26</sup> So OGH 1 Ob 200/08 f = ecolex 2009, 228 (*Friedl*); *Krejci*, Bauvertrag 56; *Hysek*, ecolex 2010, 227 (229).

<sup>27</sup> Siehe *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 39.

<sup>28</sup> OGH 5 Ob 558/93 = ecolex 1994, 814; 8 Ob 63/98 t = ecolex 1998, 626; *Krejci*, Bauvertrag 58 ff; aA *Rummel*, FS Strasser 309 (321); *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 39.

<sup>29</sup> So wohl auch *Rummel*, FS Strasser 309 (321, 323). Bei dieser Fragestellung wohl doch der hA folgend: *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 39.

<sup>30</sup> So auch *Rummel*, FS Strasser 309 (313, 319).

Unternehmer zuordnen wollten. Verzögert sich die Baubewilligung, müsste nach der Gegenmeinung zwar ein erhöhtes Entgelt für die Zeitversäumnis, nicht aber für einen Mehraufwand für den Winterbau ersetzt werden.<sup>31</sup>

Bei strengem Verständnis müssten danach sogar **Forcierungsmaßnahmen** ausgenommen werden. Durch Forcierungsaufwendungen werden Verzögerungen und Zeitverlust, die nach der Mindermeinung den einzigen Anwendungsfall des § 1168 Satz 2 ABGB bilden sollen, gerade verhindert. Der Unternehmer brächte sich danach durch vermehrte Anstrengungen um das Zusatzentgelt.

Das Verhältnis von § 1168 Abs 1 ABGB zu § 1170 a ABGB hängt eng mit der Entgeltserhöhung nach Satz 2 zusammen. Entgegen der hRsp<sup>32</sup> wird nämlich die These vertreten, dass § 1168 Abs 1 ABGB nur den Fall des Unterbleibens der Werkerstellung, § 1170 a ABGB hingegen jenen der Mehraufwendungen bei Fertigstellung des Werks betrifft.<sup>33</sup>

Diese Auffassung wird auch auf den Pauschalpreis erstreckt. Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Besteller nach §§ 1168 f ABGB damit rechnen müsse, dass er wenig bis nichts für sein Geld bekommt, aber er nicht damit rechnen müsse, dass er mehr bezahlen müsse als bei Pauschalpreis oder Kostenvoranschlag mit Garantie vorgesehen.<sup>34</sup>

Diese Argumentation verträgt sich aber nicht mit der **systematischen Stellung** der Entgeltserhöhung wegen Verzögerungen. Obwohl in § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB angesiedelt, führt sie trotz verbindlichen Kostenvoranschlags oder Pauschalpreises zu einer Preiserhöhung und setzt auch keineswegs das Unterbleiben der Herstellung des Werks voraus. Dass die Entgeltserhöhung nach Satz 2 auch bei Kostenvoranschlag unter Garantie<sup>35</sup> und Pauschalpreis zum Tragen kommt, steht der Ansicht entgegen, dass durch diese der Unternehmer Gefahren übernimmt, die sonst in die Risikosphäre des Bestellers fallen. Dass der Umfang der nach § 1168 Satz 1 und 2 ABGB zu tragenden Gefahren identisch ist, steht außer Zweifel. Satz 2 enthält diesbezüglich ja nur eine Verweisung auf Satz 1 („infolge solcher Umstände“). Der Vorrang von Satz 2 vor § 1170 a ABGB

---

<sup>31</sup> So tatsächlich *Rummel*, FS Strasser 309 (323); zu Recht aA 5 Ob 519/85 = SZ 58/41; *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1384; trotz Kritik an der hA hier ebenso: *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 39.

<sup>32</sup> OGH 5 Ob 519/85 = EvBl 1986/27; 1 Ob 42/86 = wbl 1987, 219; 5 Ob 558/93 = ecolex 1994, 814; 6 Ob 233/97 a = bbl 1998/126 (*Eggmeier*); so auch *Krejci*, Baugrundrisiko 84 ff; *Thaler*, ecolex 2001, 192; *Hussian*, FS Bau- und Vergaberecht 203 (207 f).

<sup>33</sup> *Rummel*, FS Strasser 309 (321); *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 46; *Kerschner*, FS Welser 443 (448 f); *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1170a Rz 9; vgl auch *Thunhart*, bbl 2006, 127 (nach FN 57); *K. Müller/Häusler*, bauaktuell 2010, 233 (234 f). Wohl für Vorrang des § 1168 Abs 1, aber mit Entscheidungsmöglichkeit des Bestellers über Weiterführung der Arbeiten: *F. Bydlinski* in *Aicher/Korinek*, Industrieanlagenbau 67 (111).

<sup>34</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 46; *Kerschner*, FS Welser 443 (449).

<sup>35</sup> *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1170a Rz 3; vgl auch *Rummel*, FS Strasser 309 (320 f); 9 Ob 109/06 d = bbl 2007/59.



und dieses vor Satz 1 würde daher dazu führen, dass ein und derselbe Umstand aus der Sphäre des Bestellers hinsichtlich von Verzögerungen dem Besteller, hinsichtlich sonstiger Mehraufwendungen dem Unternehmer, hingegen bei Unterbleiben der Herstellung wieder dem Besteller zur Last fällt.

Über die **Risikotragung** entscheidet letztlich immer die **Vereinbarung**. Ob bei verbindlichem Kostenvoranschlag und Pauschalpreis den Parteien eine solche, von den zufälligen Auswirkungen abhängige Risikospaltung in Bezug auf **ein und denselben Störfaktor** zugesonnen werden kann, erscheint mehr als fraglich. Mangels besonderer Vereinbarung richtet sich also auch beim Kostenvoranschlag unter Garantie und Pauschalpreis die Risikotragung nach **Aufgabenverteilung** und **Gefahrenbeherrschung**<sup>36</sup>. Mit der Rsp sind nur jene Kostensteigerungen, die nicht dem Risikobereich des Bestellers entstammen, als von der „Garantiewirkung“ des verbindlichen Kostenvoranschlags und des Pauschalpreises erfasst anzusehen.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 hat der OGH<sup>37</sup> eine andere Frage aufgeworfen, nämlich jene, ob es dem Auftragnehmer freisteht, zwischen einer **Verlängerung der Leistungsfrist** und **Kosten für Forcierungsmaßnahmen** zu wählen. Diese Fragestellung ist vor dem Hintergrund der Pkt 5.34.2 der ÖNORM B 2110 idF des Jahres 2002 zu sehen. Unter Berufung auf diese zwischen den Parteien vereinbarte ÖNORM hat der OGH ein solches Wahlrecht verneint.

In der aktuellen ÖNORM B 2110, die aus dem Jahr 2013 stammt, finden sich die entsprechenden Passagen ebenso wenig wie in deren Vorgängerregelungen der Jahre 2009 und 2011<sup>38</sup>. Wie gezeigt, entspricht es der herrschenden Ansicht, dass nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB auch ein Anspruch auf Ersatz der Forcierungsmaßnahmen besteht. Nach richtiger Ansicht<sup>39</sup> stellen die nunmehr einschlägigen Regelungen der ÖNORM B 2110 im Wesentlichen nur eine Konkretisierung der gesetzlichen Anspruchsgrundlagen dar. Pkt 7.4.1 der ÖNORM B 2110 in der aktuellen Fassung spricht bei Leistungsabweichungen, zu denen auch Behinderungen zählen (Pkt 3.7.2 ÖNORM B 2110), von einem „Anspruch des Auftragnehmers auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts.“ Die vom OGH behandelte Frage ist also sowohl nach dem Gesetz als auch nach der aktuellen ÖNORM im Sinne eines Bestehens des Wahlrechts zwischen Fristverlängerung und Entgeltserhöhung zu beantworten.

Der Unternehmer hat nur dann einen Anspruch nach Satz 2, wenn er selbst leistungsbereit war.

---

<sup>36</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 8f.

<sup>37</sup> OGH 1 Ob 200/08f = *ecolex* 2009/76 (*Friedl*).

<sup>38</sup> Bei *Hock* (Zur Angemessenheitsprüfung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenforderungen von Werkunternehmern, *ecolex* 2015, 539) liest sich das hingegen so, als ob die ÖNORM B 2110 noch immer eine solche Bestimmung enthalte.

<sup>39</sup> *Hussian*, FS-TU Graz 253.

Die Anrechnungsregeln des § 1168 Satz 1 Halbsatz 2 ABGB gelten auch für die Entgeltserhöhung.<sup>40</sup>

Das Zusatzentgelt wird gemeinsam mit dem Werklohn fällig. Der Anspruch auf die Entschädigung besteht auch dann, wenn es letztlich nicht zur Herstellung des Werks gekommen ist,<sup>41</sup> dann wird sie zugleich mit dem Anspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB fällig.

### 1.5 Schadenersatzrechtliche Ansprüche?

Es stellt sich die Frage, ob Mehrkostenforderungen auch auf eine schadenersatzrechtliche Grundlage gestützt werden können. Dafür wäre es erforderlich, dass der Auftraggeber durch sein Verhalten rechtswidrig und schuldhaft dem Auftragnehmer einen Schaden zufügt. Die Rechtswidrigkeit könnte sich in unserem Zusammenhang nur aus der Verletzung von Vertragspflichten ergeben. Es ist also zu prüfen, ob den Auftraggeber auf Grund des Werkvertrags Mitwirkungspflichten treffen, bei deren Verletzung er dem Auftragnehmer Ersatz leisten muss.

Bei Durchsicht der Literatur stößt man auf Stellen, in denen die Koordinierungspflicht des Auftraggebers tatsächlich als echte Rechtspflicht gesehen wird<sup>42</sup>. Diese Ansicht erscheint allerdings sehr zweifelhaft, weil es sich bei den Mitwirkungspflichten in Wahrheit um bloße **Obliegenheiten** handelt<sup>43</sup>. Werden diese Obliegenheiten außer Acht gelassen, führt dies nicht zum Schadenersatz, vielmehr wirkt sich dies in sonstiger Weise zum Nachteil des mit der Obliegenheit Belasteten aus.<sup>44</sup>

Bei den „Mitwirkungspflichten“ des Werkbestellers (Auftraggebers) handelt es sich deshalb um Obliegenheiten und nicht um Rechtspflichten, weil der Werkunternehmer (Auftragnehmer) in der Regel **kein über den Werklohn hinausgehendes Interesse** hat, was sich unter anderem im sogenannten Abbestellungsrecht des Werkbestellers zeigt<sup>45</sup>. Aus diesem Grund musste der Gesetzgeber in § 1168 Abs 2 ABGB das Rücktrittsrecht des Unternehmers für den Fall des Unterbleibens einer erforderlichen Mitwirkung von Seiten des Bestellers auch ausdrücklich festschreiben. Ein Rücktritt wegen Verzugs nach § 918 ABGB würde nämlich bei Verletzung einer Obliegenheit nicht in Betracht kommen.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1168 Rz 30.

<sup>41</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 38; aA *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1168 Rz 28.

<sup>42</sup> *Pochmarski/V. Binder*, bauaktuell 2013, 18 (22); *Häusler* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management<sup>2</sup> (2015) 380. Vgl auch *Hussian*, Die Behauptungs- und Beweislast bei Mehrkostenforderungen 253. Die in Deutschland in Verwendung stehende VOB/B sieht – anders als die ÖNORM B 2110 – in ihrem § 6 Nr 6 Schadenersatz vor; dazu: *Roquette/Laumann*, Dichter Nebel bei Bauzeitclaims, BauR 2005, 1830; *Duve/Richter*, Kausalitätsfragen bezüglich eines gestörten Bauablaufes, BauR 2006, 608.

<sup>43</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 47.

<sup>44</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 169; *Kletečka*, Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers, bau aktuell 2016, 83.

<sup>45</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 17.

<sup>46</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 47.

Von einer echten Rechtspflicht zur Mitwirkung kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Auftragnehmer ausnahmsweise ein vom Vertrag geschütztes Interesse daran hat, das Werk erstellen zu dürfen. Hier ist an jene Fälle zu denken, in denen auch eine **echte Abnahmepflicht** des Bestellers besteht.

Eine solche ist zB dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer ein Künstler ist, der sein Kunstwerk der Öffentlichkeit zugänglich machen möchte.<sup>47</sup> Ist für das Erschaffen des Kunstwerks die Mitwirkung des Bestellers notwendig, trifft diesen aus denselben Gründen wie bei der Abnahme eine gerichtlich durchsetzbare Pflicht, deren schuldhafte Verletzung ersatzpflichtig macht. Nur in diesen sehr seltenen Fällen kann die Nichteinhaltung der Mitwirkungspflicht zum Schadenersatz führen.

Damit wird ein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung einer Koordinierungs- oder sonstigen Mitwirkungspflicht durch den Auftraggeber in aller Regel nicht bestehen. Eine Mehrkostenforderung kann daher kaum einmal auf Schadenersatz gestützt werden.

---

<sup>47</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 284.

## **Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil II)**

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka, Universität Salzburg

### **2. Stellungnahmen der Literatur zur Geltendmachung von Mehrkostenforderungen**

In Österreich sind zu unserer Frage nur wenige ausführliche Stellungnahmen aufzufinden. Zwei von ihnen sollen im Folgenden kurz referiert werden.

#### *2.1 Stellungnahme Hussian*

*Hussian*<sup>48</sup> zeigt in seinem Beitrag zunächst die möglichen Anspruchsgrundlagen auf. Er nennt dabei neben der angemessenen **Entschädigung für den Zeitverlust** (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB) auch die **Preiserhöhung auf Grund einer Irrtumsanpassung** (§ 872 ABGB), einen Anspruch auf **Schadenersatz** und die **ÖNORM B 2110**. Letztere konkretisiere aber größtenteils nur die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen.

Im Anschluss daran legt *Hussian* die allgemeinen Anforderungen an die Beweisführung dar<sup>49</sup>. Er weist dabei, ausgehend von der **Rosenberg'schen Beweislastregel**, wonach der Kläger die anspruchsbegründenden, der Beklagte aber die anspruchsvernichtenden Tatsachen zu beweisen habe, darauf hin, dass keine endgültige Sicherheit, sondern lediglich eine **hohe Wahrscheinlichkeit** erforderlich sei. Gerade für die Beweisführung über die Folgen von Behinderungen biete der sogenannte **Anscheinsbeweis** Erleichterung.

Wenn feststehe, dass einer Partei ein Anspruch zustehe, jedoch der Beweis über den strittigen Betrag gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, könne das Gericht selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung nach **§ 273 ZPO** festsetzen.

---

<sup>48</sup> Behauptungs- und Beweislast bei Mehrkostenforderungen, in *Heck/Lechner*, FS des Instituts für Baubetrieb und Bauwirtschaft der TU Graz (2009) 252 f.

<sup>49</sup> *Hussian* in *Heck/Lechner*, FS TU Graz 253 f.

Hierauf legt Hussian die beweisrechtliche Situation in Bezug auf die einzelnen von ihm genannten Anspruchsgrundlagen dar<sup>50</sup>.

## 2.2 Stellungnahme Hock

Erst jüngst hat sich *Hock* ausführlich mit der Berechnung und der Geltendmachung von aus einer Behinderung resultierenden Mehrkostenforderungen auseinandergesetzt<sup>51</sup>. Zunächst behandelt er dabei die Frage, ob es sich bei dem Anspruch auf „angemessene Entschädigung“ wegen Zeitverlusts (§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB) um eine Schadenersatzforderung handelt. *Hock* erkennt, dass dieser Anspruch kein Verschulden voraussetzt, weshalb eine Zuordnung zum Schadenersatzrecht nur dann in Betracht käme, wenn man einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch bejahen könnte. *Hock* hält einen solchen Anspruch für „ohne weiteres argumentierbar“. Eine Behinderung sei auf objektive Verletzungen der Schutzpflichten des Werkbestellers im Rahmen seiner Kooperation mit dem Werkunternehmer zurückzuführen<sup>52</sup>.

Da die Judikatur die „Entschädigung“ als **Entgeltanspruch** ansehe, sei mit ihr trotz des Wortlauts von einem im Gesetz geregelten Werklohn-Ergänzungsanspruch auszugehen. Es sei wie bei § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB auch bei dessen Satz 2 anzunehmen, dass es sich um einen „gesetzlichen Anspruch“ und **nicht** um einen „Schadenersatzanspruch“ handle<sup>53</sup>.

Zum dispositiven Charakter der Regelung über die **Zeitversäumnis** führt *Hock* aus: In der werkvertraglichen Ö-Norm B 2110, in 5.34.2, sei vorgesehen, dass der Werkunternehmer als Folge von Behinderungen aus der Sphäre des Werkbestellers eine Verlängerung der Leistungsfrist verlangen könne. Daraus folge, dass der Werkunternehmer außer im Fall der Beauftragung mit Forcierungsleistungen die Mehrkosten für die Zeit der Verlängerung, **nicht** aber jene **Mehrkosten** begehren könne, die für die Einhaltung des ursprünglichen Termins aufgewendet werden müssen<sup>54</sup>.

Zur für seine Arbeit zentralen Frage der Angemessenheit der Mehrkostenforderung führt *Hock*<sup>55</sup> aus:

*„Nach der Judikatur soll die Relation zwischen der Behinderung und den Mehrkostenforderungen konkretisiert sein, eine klare Zuordnung der einzelnen Behinderungen zu den einzelnen Folgen für den Werkunternehmer muss als Grundlage der Berechnung der ‚Entschädigung‘ und zur Prüfung der Angemessenheit vorliegen.“*

---

<sup>50</sup> *Hussian* in *Heck/Lechner*, FS TU Graz 254 ff.

<sup>51</sup> *Hock*, Zur Angemessenheitsprüfung von bauwirtschaftlichen Mehrkostenforderungen von Werkunternehmern, *ecolex* 2015, 539.

<sup>52</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 539 f.

<sup>53</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 540.

<sup>54</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 540.

<sup>55</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 540.

Für diese Aussage führt *Hock* kein Judikaturzitat an. Aus dem darauffolgenden Absatz erkennt man, dass es sich bei den unter Berufung auf die Rechtsprechung getätigten Ausführungen **nicht** um **Aussagen des OGH**, sondern um eine **Schlussfolgerung des Autors** handelt. *Hock* leitet seine Ansicht aus dem Umstand ab, dass der OGH die Mehrkostenforderung nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB als Erfüllungs- und nicht als Schadenersatzanspruch charakterisiert und deshalb festhält, es handle sich nicht um eine „**abstrakte Schadensberechnung**“. Die Angemessenheit habe sich an der in der Vereinbarung des „Grundpreises“ zum Ausdruck kommenden Äquivalenz oder einer für allfällige Mehrarbeiten bereits getroffenen Preisvereinbarung zu orientieren. Eine korrekte Angemessenheitsprüfung ermittle daher, welche konkreten Auswirkungen Zeitverlust bzw die Behinderung für den Unternehmer hatte<sup>56</sup>. *Hock* spricht in diesem Zusammenhang vom „**Grundsatz der konkreten Berechnung**“<sup>57</sup> (Hervorhebung nicht im Original). Dazu führt er aus:

*„Solange die konkrete Herleitung möglich ist und die Kausalität der Behinderungen für Mehraufwand und Mehrleistungen anhand von Einzelnachweisen dargestellt werden kann, wird der Grundsatz der konkreten Berechnung der ‚angemessenen Entschädigung‘ eingehalten.“*<sup>58</sup>

Demgegenüber seien die Zugänge der **baubetriebswirtschaftlichen Berechnung** problematisch, weil es regelmäßig fraglich sei, ob dabei von dem vom Unternehmer kalkulierten Werklohn und dem zugrunde gelegten Personaleinsatz ausgegangen werde. Es werde die Abgeltung von „Produktivitätsverlusten“ eingebaut, die mit „physiologischen“ und „psychologischen“ Leistungsverlusten argumentiert würden<sup>59</sup>.

Schon der Ansatz, dass bestimmte Produktivitätserwartungen dem Werklohn zugrunde lagen, sei nicht nachvollziehbar. Derartige **Produktivitätsannahmen** seien **abstrakte Faktoren**. **Produktivitätsannahmen** eines Werkunternehmers spielten bei den Preisverhandlungen und den Preiskalkulationen für den Werkbesteller **keine Rolle**<sup>60</sup>.

Die Ermittlung von baubetriebswirtschaftlichen Grundsätzen der Mehrkostenforderungen lasse die Entstehung des Werklohns außer Acht, wenn sie auf Produktivitätsannahmen beruht. War der Werkunternehmer nach einer Ausschreibung Billigstbieter, weil er mit äußerst kompetitiven Preisen angeboten hatte, um den Auftrag zu erlangen, dann falle dieser Preisvorteil für den Werkbesteller bei Berechnung von Mehrkostenforderungen unter Einbeziehung von Produktivitätsannahmen und Produktivitätsverlusten weg<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 540.

<sup>57</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 541.

<sup>58</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 541.

<sup>59</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 541.

<sup>60</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 541.

<sup>61</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 542.

### 2.3 Diskussion der Stellungnahmen von Hussian und von Hock

Die Ausführungen von *Hussian* unterscheiden sich von jenen von *Hock* schon dadurch, dass *Hussian* die Anforderungen an die Beweisführung sowohl hinsichtlich des Überzeugungsgrades des Gerichts (**Beweismaß**) als auch in Bezug auf den **Anscheinsbeweis** aufzeigt. Auch der völlig zutreffende Hinweis auf § 273 ZPO findet sich nur in der Stellungnahme von *Hussian*.

Zum Schadenersatzanspruch führt *Hussian* zutreffend aus, dass die Unterlassung der den Auftraggeber treffenden Mitwirkung **in der Regel keine schadenersatzrechtlichen** Folgen nach sich zieht<sup>62</sup>. Anders beurteilt *Hussian* allerdings den Fall, dass der Werkbesteller an der Erstellung des Werks **fehlerhaft mitwirkt**, indem er zB sorgfaltswidrig erstellte Pläne zur Verfügung stellt. *Hussian* geht dabei davon aus, dass den Auftraggeber eine Verpflichtung zur Beistellung der Pläne trifft.

Dem ist mE nicht zu folgen, weil die Beistellung von Plänen zur Mitwirkung gehört, zu welcher der Auftraggeber gerade in aller Regel nicht verpflichtet ist. Dies folgt, wie oben dargestellt, daraus, dass der Unternehmer im Normalfall nur das Interesse hat, den Werklohn zu erhalten. Die Ausführungen von *Hussian* sind daher auf jene – allerdings sehr seltenen – **Fälle einzuschränken**, bei welchen der Unternehmer **eigenständiges Interesse an der Werkerstellung** hat<sup>63</sup>.

*Hock* hält die Qualifikation des Anspruchs wegen Zeitversäumnisses nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB als **verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch** ohne weiteres für argumentierbar. Tatsächlich gibt es Autoren<sup>64</sup>, die diese Ansicht vertreten. *Hock* folgt dann aber **ohne weitere Begründung** der Rechtsprechung, die – wie auch die hL<sup>65</sup> – die „Entschädigung“ als **Entgeltsanspruch** beurteilt. Die Aussage, dass diese Entschädigung kein **Schadenersatzanspruch**, sondern ein „**gesetzlicher Anspruch**“ sei, ist jedenfalls fragwürdig, ist doch ein Schadenersatzanspruch – und zwar auch ein solcher ex contractu – gerade ein gesetzlicher Anspruch. Der Anspruch aus Zeitversäumnis ist am ehesten als Resultat einer dem Werkunternehmer durch § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB zukommenden **Vertragsanpassung** zu verstehen und daher gerade ein **vertraglicher** und kein gesetzlicher Anspruch.

---

<sup>62</sup> *Hussian* in *Heck/Lechner*, FS TU Graz 259.

<sup>63</sup> Siehe oben Pkt 1.5.

<sup>64</sup> *Apathy*, JBl 1982, 568.

<sup>65</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 39; OGH 5 Ob 558/93 = *ecolex* 1994, 814; 2 Ob 203/08 d; 7 Ob 174/11 f; 3 Ob 180/12 k = *bbl* 2013/62; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1168 Rz 28; *Rummel*, FS Strasser 309 (314 FN 18 [mit Hinweis auf den HHB]); *M. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1168 Rz 7; *W. Müller*, *bauaktuell* 2010, 237; nunmehr auch *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1168 Rz 38.

Kann man dies vielleicht noch als terminologische Ungenauigkeit hinnehmen, ist die **Schlussfolgerung**, die *Hock* aus der Ablehnung einer Qualifikation als Schadenersatzanspruch zieht, **nicht nachvollziehbar**. Er versucht nämlich mit dem Hinweis des OGH, dass der Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB nicht durch eine „abstrakte Schadensberechnung“ zu ermitteln ist, einen „*Grundsatz der konkreten Berechnung*“ abzuleiten, aus dem folge, dass zu ermitteln sei, „*welche konkreten Auswirkungen der Zeitverlust bzw die Behinderung für den Unternehmer hatte*“.

Dabei unterlaufen *Hock* gleich **mehrere Irrtümer**: Dass die „angemessene Entschädigung“ nicht mit der abstrakten Schadensberechnung ermittelt werden kann, folgt schlicht daraus, dass es sich nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt. Aus demselben Grund kann der Anspruch aber **auch nicht durch die konkrete Schadensberechnung** bestimmt werden. Beide Berechnungsmethoden, nämlich die objektiv-abstrakte Schadensberechnung und die subjektiv-konkrete Schadensberechnung, scheiden nämlich dann aus, wenn nicht ein Schaden zu berechnen, sondern ein **Entgeltsanspruch** zu beurteilen ist. Aus der Verneinung einer abstrakten Schadensberechnung folgt also keineswegs die Pflicht zur konkreten (Schadens-)berechnung.

Vielleicht noch schwerer wiegt, dass *Hock* die konkrete (Schadens-) berechnung mit dem **Beweisrecht vermengt**. Die Frage, welche Beweise der Anspruchsteller erbringen muss, damit das Gericht von dem Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen ausgeht, hängt nicht davon ab, ob die objektive Wertminderung im Schädigungszeitpunkt (abstrakte Berechnung) oder die Vermögensdifferenz im Zeitpunkt der Urteilsfällung (konkrete Berechnung) zu beweisen ist. Die zwei Berechnungsarten führen lediglich zu zwei **unterschiedlichen Beweisthemen**, nicht aber – wie *Hock* meint – zu einer Pflicht, einen konkreten oder konkreteren Nachweis zu erbringen.

Im Übrigen hat der OGH in der Entscheidung<sup>66</sup>, auf die sich *Hock* zum Beleg seiner Ansicht beruft, betont, dass „*dem Rechtsanwender bei Feststellung der Angemessenheit eines Betrags ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist*“ (Hervorhebung nicht im Original). Damit bestätigt der OGH die auch von *Hussian* vertretene Meinung, dass durch den Begriff Angemessenheit die Ansicht zum Ausdruck komme, dieser Anspruch sei nicht in allen Fällen einer genauen Berechnung zugänglich<sup>67</sup>.

Wenig überzeugend, wenn auch für die vorliegende Untersuchung bedeutungslos, ist es auch, wenn sich *Hock* für seine Meinung, dass ein Vorrang der Zeitverlängerung bestehe, auf eine seit 2009 nicht mehr bestehende Fassung der ÖNORN B 2110 beruft<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> OGH 5 Ob 558/93.

<sup>67</sup> *Hussian* in *Heck/Lechner*, FS TU Graz 258.

<sup>68</sup> *Hock*, *ecolex* 2015, 540.



Wie *Hock* zu der Meinung kommt, es sei nicht nachvollziehbar, dass bestimmte **Produktivitätsannahmen** dem Werklohn zugrunde lägen, kann seinen Ausführungen nicht entnommen werden. Genauso unverständlich ist die – mit dem von ihm propagierten Grundsatz der „konkreten Berechnung“ zusammenhängende – Aussage, Produktivitätsannahmen seien abstrakte Faktoren.

Dass der Unternehmer bei der Kalkulation der Arbeitsstunden von einem Arbeitsfortschritt pro Arbeitsstunde, also einer bestimmten Produktivität, ausgehen muss, liegt auf der Hand. Es ist also **notwendig, eine Produktivitätsannahme** zu treffen. Dass die Produktivität bei Verlängerung der Tagesarbeitszeit irgendwann einmal abnimmt und damit **Produktivitätsverluste** eintreten, ist ebenfalls evident.

Mit seiner Beobachtung, dass es in der Praxis vorkommt, dass Auftragnehmer einen geringen Preis durch unberechtigte Mehrkostenforderungen „aufzufetten“ versuchen, liegt *Hock* sicherlich nicht falsch. Dies hat aber bestimmt nichts damit zu tun, dass Baubetriebswirte in ihren Berechnungen Produktivitätsannahmen und physiologische und psychologische Produktivitätsverluste berücksichtigen. Vielmehr liegt sowohl dem § 1168 ABGB als auch dem Punkt 7.4.2 ÖNORM B 2110 das Prinzip der Aufrechterhaltung der subjektiven Äquivalenz zugrunde („guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“).

### 3. Behauptungs- und Beweislast

#### 3.1 Anspruch auf Grund eines Leistungsänderungsrechts des Auftraggebers (Pkt 1.1)

Eine Mehrkostenforderung auf Grund des Änderungsrechts nach Pkt 7.1 der ÖNORM B 2110 setzt voraus, dass der Auftraggeber berechtigt war, den Leistungsumfang zu ändern. Alle Voraussetzungen dieses Änderungsrechts sind daher anspruchsbegründende Tatsachen und damit vom Auftragnehmer zu behaupten und zu beweisen (Rosenberg'schen Beweislastregel). Der Auftragnehmer muss daher vorbringen und beweisen, dass die ÖNORM B 2110 **vereinbart** wurde, es sich um eine Änderung des **Leistungsumfangs** handelt, die zur Erreichung des **Leistungsziels notwendig** und dem Auftragnehmer **zumutbar** war.

Ob auch die **Anmeldung** der „Forderung auf Vertragsanpassung“ und das „Zusatzangebot“ Anspruchsvoraussetzungen<sup>69</sup> sind, die vom Auftragnehmer zu behaupten und zu beweisen sind, ist fraglich. Für die Bejahung dieser Frage spricht die Formulierung des Pkt 7.4.1 ÖNORM B 2110.

---

<sup>69</sup> *Wenusch* (ÖNORM B 2110, Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht<sup>2</sup>, 402) bezeichnet sie als „Anspruchsvoraussetzungen“, ohne sich aber zur beweisrechtlichen Frage zu äußern.

Zweifel erweckt aber schon der Umstand, dass diese Bestimmung sich auf alle Leistungsabweichungen und damit auch auf Mehrkostenforderungen wegen Zeitversäumnis nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bezieht, die bereits von Gesetzes wegen entstehen, ohne dass es auf einer Anmeldung oder einer Vorlage eines „Zusatzangebots“ bedürfte. Einen mE recht klaren Hinweis darauf, dass es sich bei der Anmeldung um eine **anspruchsvernichtende** und damit vom **Auftraggeber zu behauptende und zu beweisende** Tatsache handelt, gibt Pkt 7.4.3 ÖNORM B 2110. Dort heißt es, dass *„(b)ei einem Versäumnis der Anmeldung (...) Anspruchsverlust in dem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt“*.

Schon die Formulierung als „Anspruchsverlust“ und noch mehr die Einschränkung auf dadurch verursachte Nachteile des Auftraggebers weisen in Richtung einer Qualifikation als anspruchsvernichtende Tatsache<sup>70</sup>. Dabei reicht das Unterbleiben der Anmeldung zur Anspruchskürzung nicht aus, vielmehr tritt ein Anspruchsverlust nur dann und nur in dem Umfang ein, in dem ein Nachteil eingetreten ist, der auf eine durch das Unterbleiben der Anmeldung bewirkte Einschränkung der Entscheidungsfreiheit zurückzuführen ist. Diese anspruchsvernichtenden Tatsachen sind daher mE vom Auftraggeber zu behaupten und zu beweisen<sup>71</sup>.

### *3.2 Preiserhöhung auf Grund von Irrtumsanpassung beim widersprüchlichen Werkvertrag (Pkt 1.2)*

Bei einem widersprüchlichen Werkvertrag kann sich eine Mehrkostenforderung in Gestalt der „**Sowiesokosten**“ ergeben. Diese haben ihre Grundlage in einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung (§ 872 ABGB). Die **Voraussetzungen des § 872 ABGB** sind **anspruchsbegründende** Tatsachen und daher vom Auftragnehmer zu behaupten und zu beweisen. Dazu gehört zunächst einmal das **Vorliegen eines Irrtums** des Auftragnehmers. Dieser besteht in unserem Zusammenhang darin, dass der Auftragnehmer die Fehlvorstellung hatte, dass das Werk mit der konstruktiven Leistungsbeschreibung des Vertrags erstellt werden kann. Den Auftragnehmer trifft nach hA auch die Beweislast hinsichtlich des Inhalts, den die Parteien ohne Irrtum vereinbart hätten (**hypothetischer Parteiwille**)<sup>72</sup>. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass ein Vertragspartner einen nur auf seiner Seite wesentlichen Irrtum als **unwesentlichen behandeln** kann<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Vgl schon *Karasek*, Kommentar zur ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1293.

<sup>71</sup> Ebenso *Karasek*, Kommentar zur ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1473 f.

<sup>72</sup> OGH 3 Ob 13/07v = Zak 2007/309; 3 Ob 23/13y; *Hussian*, FS-TU Graz 261; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 872 Rz 6.

<sup>73</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 504.

Eine gesonderte Beweisführung hinsichtlich der **Kausalität** des Irrtums ist **nicht erforderlich**, weil dieses Beweisthema vom Nachweis eines unwesentlichen Irrtums umfasst ist und deshalb im Beweisthema „hypothetischer Parteiwille“ aufgeht.

Hingegen muss der Auftragnehmer das Vorliegen einer der **drei Alternativen des § 871 ABGB** (Veranlassen, offenbar Auffallenmüssen, rechtzeitige Aufklärung) beweisen. Eine Veranlassung, für die nach hA lediglich eine adäquate Verursachung<sup>74</sup> notwendig ist, wird schon immer dann vorliegen, wenn sich – wie regelmäßig – die konstruktive Leistungsbeschreibung aus der Ausschreibung ergibt.

In aller Regel wird aber ohnedies ein **gemeinsamer Irrtum** vorliegen, der nach der hM<sup>75</sup> den ungeschriebenen vierten Fall des § 871 ABGB darstellt. Der Beweis dieser Alternative wird dem Auftragnehmer sehr leicht möglich sein, weil es auszuschließen ist, dass der Auftraggeber in Kenntnis ihrer Undurchführbarkeit die unmögliche Leistungsbeschreibung vereinbart hat.

### *3.3 Anspruch auf Preiserhöhung wegen eines externen Kalkulationsirrtums (Pkt 1.3)*

Für die Anpassung des Vertrages wegen Kalkulationsirrtums gilt hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast im Wesentlichen das unter dem vorigen Punkt Ausgeführte. Dass der Irrtum sich hier nicht auf die Durchführbarkeit des Vertrages, sondern auf die Kalkulation bezieht, macht für die Beweislastfrage keinen Unterschied. Zusätzlich muss der Auftragnehmer beim Kalkulationsirrtum aber noch beweisen, dass er die Kalkulation **offen gelegt** hat und **Einvernehmen** darüber bestanden hat, dass das Geschäft auf dieser Basis abgeschlossen worden soll.

Größere Schwierigkeiten als beim widersprüchlichen Werkvertrag wird hier der Beweis einer der **Alternativen des § 871 ABGB** bereiten. Am ehesten wird auch hier ein gemeinsamer Irrtum in Betracht kommen. Bei einigermaßen leicht erkennbaren Kalkulationsirrtümern liegt auch der Fall des offenbar Auffallenmüssens vor. Hingegen wird die Veranlassung des Irrtums eher die Ausnahme bilden.

### *3.4 Anspruch wegen Zeitversäumnisses nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB (Pkt 1.4)*

Die vom Auftragnehmer zu beweisenden anspruchsbegründenden Tatsachen sind hier, dass es durch in der **Risikosphäre des Auftraggebers gelegene Umstände** zu einem **Zeitverlust** oder zu **sonstigen Nachteilen** (zB Kosten für Forcierungsmaßnahmen, Mehraufwand durch Winterbau) gekommen ist.

---

<sup>74</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 496. Auch wenn man der im Vordringen befindlichen Lehre folgt, die eine objektive Sorgfaltswidrigkeit verlangt, wird bei einer fehlerhaften Ausschreibung regelmäßig die Veranlassung zu bejahen sein.

<sup>75</sup> OGH ecollex 2004/272; dazu *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 499 mwN.

Die Verbindung zwischen der aus der Sphäre des Werkbestellers stammenden Störung und der Zeitversäumnis bzw den sonstigen Nachteilen bildet der **Kausalzusammenhang** zwischen diesen beiden Elementen<sup>76</sup>. Die Kausalität ist ebenfalls vom **Auftragnehmer zu behaupten und zu beweisen**.

Handelt es sich um einen Werkvertrag, für den die ÖNORM B 2110 vereinbart wurde, muss der Auftragnehmer – anders als oben beim Änderungsrecht ausgeführt – die Vereinbarung der ÖNORM nicht unbedingt beweisen. Die Erhöhung des Entgeltsanspruchs kann nämlich unabhängig von der Vereinbarung der ÖNORM bereits auf § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gestützt werden. Die ÖNORM stellt ja, wie gesagt, nur eine Konkretisierung des sich aus dieser Bestimmung ergebenden Anspruchs dar.

Zu beachten ist hier, dass das Gesetz nicht etwa davon spricht, dass die durch die Behinderung verursachten Nachteile auszugleichen sind. Vielmehr gewährt § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB im Falle einer Verkürzung durch Zeitverlust eine „**angemessene Entschädigung**“. Wie oben ausgeführt, handelt es sich dabei nicht um einen Anspruch auf Schadenersatz, sondern um einen **Entgeltsanspruch**. Für diesen ist auch nicht – wie man dies auf den ersten Blick vermuten könnte – der angemessene Preis, sondern die Preisbasis des konkreten Vertrags entscheidend.

Die „angemessene Entschädigung“ ist also – außer bei jenen entgeltlichen Werkverträgen, bei denen von vornherein kein bestimmtes Entgelt vereinbart wurde – nicht als Verweis auf das „angemessene Entgelt“ nach § 1152 ABGB zu verstehen<sup>77</sup>. Vielmehr wird damit dem Rechtsanwender nach richtiger Ansicht ein **Beurteilungsspielraum** eingeräumt<sup>78</sup>. Damit berücksichtigt das Gesetz bereits auf materiell-rechtlicher Ebene, dass die Höhe des Zusatzentgelts häufig nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand festgestellt werden kann.

Wie beim Leistungsänderungsrecht (oben Pkt 3.1) ausgeführt, ist für die zum **Anspruchsverlust nach Pkt 7.4.3** führenden Umstände der **Auftraggeber beweispflichtig**.

#### **4 Beweiserleichterungen**

##### *4.1 Materiellrechtliche „Beweiserleichterung“ hinsichtlich der Entgeltserhöhung nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB (Pkt 7.4 ÖNORM B 2110)*

---

<sup>76</sup> Dazu *Hussian*, FS-TU Graz 255 f.

<sup>77</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> §§ 1165 ff Rz 39.

<sup>78</sup> OGH 5 Ob 558/93; *Hussian*, FS-TU Graz 258.

Besondere Probleme scheinen in der Praxis die Ansprüche wegen Störung der Leistungserbringung zu machen. Dabei ist es häufig unschwer nachzuweisen, dass eine Störung aus der Sphäre des Auftraggebers bestanden hat. Dass Pläne zu spät geliefert wurden, der Grundwasserspiegel anders als angegeben war oder der zugesagte Montageplatz fehlte, wird mittels Bautagebuch und Zeugenaussagen relativ leicht zu beweisen sein.

Da es geradezu zum Wesen solcher Störungen gehört, dass sie zu einem Zeitverlust oder sonstigen Nachteil des Auftragnehmers führen, steht im Verfahren in vielen Fällen zu einem **frühen Zeitpunkt** fest, dass dem Auftragnehmer **ein erhöhtes Entgelt** nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB (Pkt 7.4 ÖNORM B 2110) zusteht. Auf Grund der Komplexität des Bauablaufs ist aber häufig die **Feststellung der Höhe** des Anspruchs – jedenfalls mit vertretbarem Aufwand – nicht möglich<sup>79</sup>.

Wie gesagt, hat dem das Gesetz bereits auf **materiell-rechtlicher Ebene** Rechnung getragen, indem es durch das Abstellen auf eine „angemessene Entschädigung“ dem Rechtsanwender einen **Beurteilungsspielraum** eröffnet hat<sup>80</sup> (s oben Pkt 3.4). Steht eine Zeitversäumnis fest, hat das Gericht unter Zugrundelegung der Vertragspreise und der Schwere der Behinderung eine angemessene Erhöhung des Entgelts zuzusprechen. Eine naturwissenschaftlich-exakte Bestimmung der durch die Störung hervorgerufenen Nachteile des Auftragnehmers ist daher schon nach materiellem Recht nicht gefordert. Vielmehr hat das Gericht eine Entscheidung auf Basis eines gebundenen Ermessens zu treffen.

Dies darf aber nicht so verstanden werden, dass der Auftragnehmer seiner Behauptungs- und Beweispflicht nicht durch entsprechend **substantiiertes Vorbringen** und **entsprechende Beweisangebote** nachzukommen hätte<sup>81</sup>.

Demnach stellen sich bei richtiger Anwendung des § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB also weniger Beweisschwierigkeiten, als gemeinhin angenommen wird. Durch einen mittels verfehlten Gegenschluss zur abstrakten Schadensberechnung gewonnenen Grundsatz der konkreten Berechnung wird der gesetzlich eingeräumte Beurteilungsspielraum negiert<sup>82</sup>.

In Einzelfällen tauchen in Bauprozessen auch aus dem deutschen Rechtsbereich stammende Überlegungen zur **anspruchsbegründenden** und zur **anspruchsausfüllenden Kausalität** auf. Dabei

---

<sup>79</sup> Ganz ähnlich *Roquette/Laumann*, Dichter Nebel bei Bauzeitclaims, *BauR* 2005, 1829 und *Hussian*, FS-TU Graz 252.

<sup>80</sup> OGH 5 Ob 558/93; *Hussian*, FS-TU Graz 258.

<sup>81</sup> OGH 8 Ob 341/97y; 8 Ob 270/01s; RIS-Justiz RS0037599.

<sup>82</sup> Siehe dazu oben Pkt 2.3.

wird mitunter das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach mit der anspruchsbegründenden Kausalität und die Höhe des Anspruchs mit der anspruchsausfüllenden Kausalität identifiziert<sup>83</sup>.

Auf diese Überlegungen ist hier nicht weiter einzugehen, weil sie auf dem § 823 des deutschen BGB basieren. Diese schadenersatzrechtliche Norm folgt anders als § 1295 Abs 1 ABGB dem **Enumerationsprinzip**, enthält also eine Aufzählung jener Rechtsgüter, deren Verletzung zu einem ersatzfähigen Schaden führen kann. Bei der haftungsbegründenden Kausalität wird geprüft, ob das Verhalten kausal für die Rechtsgutverletzung ist. Ist dies zu bejahen, wird gefragt, ob der Schaden (zB die Vermögensverminderung) in einem Kausalzusammenhang mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung steht (haftungsausfüllenden Kausalität).

Schon im österreichischen Schadenersatzrecht ist diese Vorgangsweise – trotz gewisser Anleihen, die Lehre und Rechtsprechung an § 823 BGB nehmen – nicht gebräuchlich. Da Mehrkostenforderungen in Österreich<sup>84</sup> in der Regel nicht auf Schadenersatz gestützt werden können (s oben Pkt 1.5) und beim Leistungsänderungsrecht, im Irrtumsrecht und bei der Entgeltserhöhung nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB die der Konzeption des § 823 BGB geschuldeten Konstrukte von vornherein nicht passen, sind Überlegungen zur Differenzierung zwischen anspruchs- bzw haftungsbegründender Kausalität einerseits und anspruchs- bzw haftungsausfüllender Kausalität andererseits hier nicht weiter zu verfolgen.

In der Sache dürfte damit – wie gezeigt – ohnehin selten mehr als die Unterscheidung zwischen der Feststellung des Anspruchs dem **Grunde** und der **Höhe** nach gemeint sein. Dies ist aber nicht für die Prüfung der Kausalität, sondern für die Anwendung des § 273 ZPO (§ 287 dZPO) von Relevanz (dazu unten Pkt 4.3).

#### 4.2 *Beweismaß und Anscheinsbeweis*

Ist eine Partei mit dem Beweis belastet, ist dieser nicht erst dann erbracht, wenn der zu beweisende Umstand mit Sicherheit feststeht. Vor allem in älteren Entscheidungen verlangte die Judikatur für den Überzeugungsgrad des Richters (**Beweismaß**), dass er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen der zu beweisenden Tatsache ausging. Seit vielen Jahren judiziert der OGH nunmehr, dass das Regelbeweismaß die **hohe Wahrscheinlichkeit** ist<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Zuletzt *Baschlebe*, Ansprüche auf Bauzeitverlängerung erkennen und durchsetzen (2015) 65.

<sup>84</sup> In Deutschland wird dies anders gesehen und deshalb die im deutschen Schadenersatzrecht bestehende Unterscheidung auf die als Schadenersatzanspruch konstruierte Mehrkostenforderung übertragen (s zB *Roquette/Laumann*, BauR 2005, 1832 ff; *Duve/Richter*, BauR 2006, 608).

<sup>85</sup> RIS-Justiz RS0110701.

Neben dem Vollbeweis ist aber auch der **Anscheinsbeweis** allgemein anerkannt. Dieser verschafft dem Beweispflichtigen hinsichtlich aller Anspruchsgrundlagen, aller zu beweisenden Tatsachen eine Beweiserleichterung, gleichgültig ob die Feststellung des Anspruchs dem Grunde oder der Höhe nach in Rede steht.

Diese wird dadurch erreicht, dass das Beweisthema von der zu beweisenden Tatsache zu einer **leichter erweislichen Tatsache** hin verschoben wird, die mit der ersteren in einem **typischen Erfahrungszusammenhang** steht. In diesem Zusammenhang können dann auch Erfahrungssätze, wie sie in baubetriebswirtschaftlichen Gutachten vorkommen (zB hinsichtlich der Produktivitätsverluste auf Grund von Leistungsminderung bei Steigerung der täglichen Arbeitszeit<sup>86</sup>) herangezogen werden.

Zur Entkräftung des Anscheinsbeweises bedarf es nicht des Gegenbeweises, dass die Tatbestandsvoraussetzung nicht vorliegt. Vielmehr genügt die **Erschütterung** der Annahme eines **typischen Geschehensablaufs**. Dies ist dann der Fall, wenn die ernste Möglichkeit eines atypischen Ablaufs aufgezeigt wird<sup>87</sup>.

#### 4.3 Anwendung des § 273 ZPO

§ 273 ZPO enthält als Ausfluss des Gedankens der Prozessökonomie Beweisbefreiungen<sup>88</sup>. In unserem Zusammenhang ist jene des Abs 1 dieser Bestimmung von besonderem Interesse. Danach ist die Höhe des Anspruchs vom Gericht zu schätzen, wenn **feststeht**, dass eine Partei eine **Forderung** hat, der Beweis über deren **Höhe** aber nur mit **unverhältnismäßigen Schwierigkeiten** zu erbringen ist. Dabei ist der mit einer Beweisaufnahme verbundene Aufwand an Kosten, Zeit und Arbeit zu berücksichtigen. Bei Beurteilung der Kosten ist auch die Höhe des Streitwerts zu berücksichtigen<sup>89</sup>. Ab welchem Aufwand das Gericht von einem Beweisverfahren absieht und zur Feststellung der Höhe auf § 273 ZPO zurückgreift, ist nach hA Teil des richterlichen Ermessens.

Lässt sich die Anspruchshöhe **gar nicht feststellen**, ist der Richter **verpflichtet**, nach § 273 ZPO zu schätzen<sup>90</sup>. Nach herrschender, allerdings von *Rechberger*<sup>91</sup> kritizierter Ansicht besteht diese Verpflichtung auch dann, wenn die Beweismittel auf Grund eines **Verschuldens** des Klägers nicht

---

<sup>86</sup> Dazu *Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement (2014) 839.

<sup>87</sup> Vgl RIS-Justiz RS0115957.

<sup>88</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 1.

<sup>89</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 8.

<sup>90</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 9.

<sup>91</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 9.

vorhanden sind<sup>92</sup>. Lediglich wenn der Kläger **beweisunwillig** ist, könne § 273 ZPO nicht angewendet werden<sup>93</sup>.

ME ist der hA grundsätzlich zu folgen. Die Fälle, in denen der Auftragnehmer zB durch Unterlassung von Zeitaufzeichnungen oder sonstige schwere Versäumnisse bei Führung der Bautagebücher **selbst den Beweisnotstand herbeigeführt** hat, werden – ohne auf das Verschuldenselement zurückgreifen zu müssen – ohnehin durch die Pflicht des Klägers, auch die Schadenshöhe ausreichend zu konkretisieren und zu begründen, häufig zu lasten des Klägers zu entscheiden sein (dazu sofort unten).

Im Anwendungsbereich des § 273 ZPO trifft den Kläger hinsichtlich der Höhe der Forderung zwar die **Behauptungslast**, weshalb er (ausgenommen die Stufenklage nach Art XLII EGZPO) die Forderung ziffernmäßig bestimmt angeben muss; **nicht** aber die **Beweislast**.<sup>94</sup> Aus der ihn treffenden Behauptungslast folgt, dass der Kläger auch bei Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO eine „**ausreichende Konkretisierung und Begründung**“ (Hervorhebung nicht im Original) der Anspruchshöhe vorzunehmen hat<sup>95</sup>. Wie der OGH betont, darf die „*Ermittlung des Schadens (...) nicht einem aufzunehmenden Sachverständigengutachten überlassen werden*“<sup>96</sup>.“ Dasselbe gilt auch für Nachteile aus einer Behinderung.

Man darf auch nicht übersehen, dass § 273 Abs 1 ZPO hinsichtlich jener Voraussetzungen, die den Grund den Anspruchs betreffen, nichts an der Beweispflicht des Klägers ändert<sup>97</sup>. Somit muss der Kläger **jede** von ihm behauptete **Behinderung** und deren jeweilige **Kausalität** für einen Zeitverlust oder sonstigen Nachteil beweisen. Lediglich in Bezug auf die **Höhe** des daraus resultierenden Anspruchs kann § 273 Abs 1 ZPO zum Tragen kommen. Hinsichtlich der Kausalität ergibt sich eine Beweiserleichterung aus § 1168 ABGB und aus der Möglichkeit eines Anscheinsbeweises<sup>98</sup>, nicht aber aus § 273 Abs 1 ZPO.

Der Richter hat die in § 273 Abs 1 ZPO vorgesehene Schätzung nach bestem Wissen und Gewissen, auf Grund seiner Lebenserfahrung und auf Basis der Zwischenergebnisse des teilweise durchgeführten Beweisverfahrens vorzunehmen<sup>99</sup>. Auch zur Feststellung der Höhe eingeholte Sachverständigengutachten können zur Schätzung herangezogen werden. Auch hier können

---

<sup>92</sup> OGH 2 Ob 714/86; ZVR 1988/138; LGZ Wien 38 R 69/00d = MietSlg 52.740; *Fasching*, JBl 1981, 231.

<sup>93</sup> OGH 7 Ob 546/92 = RZ 1993/91; LG Linz 15 R 41/02h = EFSlg 105.844.

<sup>94</sup> RIS-Justiz RS0040447; OGH JBl 2000, 324; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 10.

<sup>95</sup> OGH 8 Ob 341/97y; 8 Ob 270/01s; RIS-Justiz RS0037599.

<sup>96</sup> OGH 8 Ob 341/97y; RIS-Justiz RS0037599.

<sup>97</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 10; vgl auch OGH 8 Ob 341/97y.

<sup>98</sup> Oben Pktt 4.1 und 4.2.

<sup>99</sup> OLG Wien EFSlg 82.248; OLG Linz ZASB 1999, 11; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 11.



bauwirtschaftliche Gutachten einen Beitrag leisten. Die Einholung solcher Gutachten steht auch der Schätzung nicht entgegen<sup>100</sup>.

Anders als § 287 dZPO ist § 273 ZPO nicht nur auf Schadenersatz- und Interessensforderungen, sondern auf **alle Forderungen** anzuwenden<sup>101</sup>, weshalb er für alle Anspruchsgrundlagen von Mehrkostenforderungen heranzuziehen ist.

## 5. Resümee

Grundsätzlich ist der **Kläger** für die **anspruchsbegründenden** und der **Beklage** für die **anspruchsvernichtenden** Tatsachen behauptungs- und beweispflichtig. Hinsichtlich jeder Anspruchsgrundlage für Mehrkostenforderungen ist die Behauptungs- und Beweislast für jede einzelne anspruchrelevante Tatsache nach diesem Schema zu klären. Diesbezüglich ist für die einzelnen Anspruchsgrundlagen auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

- *Anspruch auf Grund eines **Leistungsänderungsrechts** des Auftraggebers: **Pkt 3.1***
- *Preiserhöhung auf Grund von **Irrtumsanpassung** beim **widersprüchlichen Werkvertrag**: **Pkt 3.2***
- *Anspruch auf Preiserhöhung wegen eines **externen Kalkulationsirrtums**: **Pkt 1.3***
- *Anspruch wegen **Zeitversäumnisses** nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB: **Pkt 1.4***

Der aus dem deutschen Schadenersatzrecht stammende und der Konzeption des § 823 des deutschen BGB geschuldete Begriff der anspruchsausfüllenden Kausalität ist schon im österreichischen Schadenersatzrecht nicht gebräuchlich. Da Mehrkostenforderungen in Österreich in der Regel nicht auf Schadenersatz gestützt werden können und die Konzeption des § 823 BGB auf das Leistungsänderungsrecht, das Irrtumsrecht und die Entgeltserhöhung nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB nicht übertragen werden können, waren Überlegungen zur Differenzierung zwischen anspruchs- bzw **haftungsbegründender Kausalität** einerseits und anspruchs- bzw **haftungsausfüllender Kausalität** andererseits **nicht weiter zu verfolgen**.

Der Auftragnehmer muss jede von ihm **behauptete Behinderung** und deren jeweilig **Kausalität** für einen Zeitverlust oder sonstigen Nachteil beweisen. Hinsichtlich der Kausalität ergibt sich eine **Beweiserleichterung aus § 1168 ABGB** und aus der Möglichkeit eines **Anscheinsbeweises**, **nicht** aber aus **§ 273 Abs 1 ZPO**. In Bezug auf die **Höhe** des daraus resultierenden Anspruchs kann **§ 273 Abs 1 ZPO** zum Tragen kommen.

---

<sup>100</sup> OGH SZ 55/115; MietSlg 48.630.

<sup>101</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup> § 273 ZPO Rz 1. Siehe dazu zB *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>17</sup> E 17 (Preisminderung), E 19 (Eigensparnis eines Partnervermittlers), E 20a (Bereicherung).

Insbesondere bei Ermittlung der **Anspruchshöhe** wird in der Regel die Einholung eines **baubetriebswirtschaftlichen Gutachtens unverzichtbar** sein. Nicht selten wird ein baubetriebswirtschaftliches Gutachten auch zur Klärung der **Kausalbeziehung** zwischen einer Störung des Bauablaufs und einem Nachteil des Auftragnehmers beitragen können. An der diesbezüglichen **Behauptungs- und Beweispflicht des Auftragnehmers** ändert dies allerdings nichts.

**§ 273 Abs 1 ZPO** kommt dann zum Tragen, wenn **feststeht**, dass eine Partei eine **Forderung hat**, der Beweis über deren **Höhe** aber nur mit **unverhältnismäßigen Schwierigkeiten** zu erbringen ist. In diesem Fall ist die Höhe des Anspruchs vom Gericht zu schätzen. Lässt sich die Anspruchshöhe gar nicht feststellen, ist der Richter zur Schätzung nach § 273 Abs 1 ZPO **verpflichtet**.

Anders als § 287 dZPO ist § 273 ZPO nicht nur auf Schadenersatz- und Interesseforderungen, sondern auf **alle Forderungen**, also auch auf Mehrkostenforderungen, anzuwenden.