

## II. Gesetzliche Risikoverteilung beim Bauwerkvertrag

Zur Zuteilung der Risiken bei Nichtvorliegen vertraglicher Regelungen wird in diesem Kapitel die Sphärentheorie dargelegt und es werden die Bestimmungen der §§ 1168 und 1168a ABGB kritisch beleuchtet. Hinzu kommen die Darstellung von Problemen sowie die Lösung ausgewählter Meinungsstretigkeiten in diesem Zusammenhang. Es wird der bisherige Meinungsstand mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden kritisch hinterfragt, wobei insbesondere die Rechtsprechung als Hilfsmittel dienen soll.

### A. Sphärentheorie

#### 1. Allgemeines

Wenn bei einem Werkvertrag die Ausführung des Werks unterbleibt, stellt sich in der Praxis die Frage, wer die Preisgefahr trägt.<sup>10)</sup> Aus Sicht des Auftragnehmers ist darunter das Risiko zu verstehen, dass er kein Entgelt erhält. Der Auftraggeber wiederum sieht sich mit dem Risiko konfrontiert, Entgelt leisten zu müssen, ohne dafür eine Leistung zu erhalten.

Neben der Preisgefahr besteht auch die Leistungsgefahr. Dabei handelt es sich um die Gefahr, dass der Auftragnehmer das nicht endgültig unmögliche Werk nach dessen Untergang neu herstellen muss, ohne diesbezüglich gesondertes Entgelt zu erhalten.<sup>11)</sup> Wenn die Neuherstellung aber einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt, ist der Auftragnehmer nicht zur Wiederherstellung des Werks verpflichtet, weshalb in diesem Fall der Auftraggeber die Leistungsgefahr trägt.<sup>12)</sup>

Um die Frage der Gefahrtragung zu beantworten, hat sich ausgehend von der Literatur und der Rechtsprechung die Sphärentheorie entwickelt.<sup>13)</sup> Sie ist für die Beantwortung der Frage maßgeblich, welchen der Vertragsteile beim Werkvertrag ohne konkrete vertragliche Regelung die Gefahr treffen kann.<sup>14)</sup>

Dieser Theorie zufolge werden die Gründe für das Unterbleiben der Ausführung des Werks sogenannten Sphären zugeordnet. Die Definition der Sphäre entsprechend der ÖNORM B 2110 lautet: „*vertraglich oder gesetzlich bestimmter Risikobereich des jeweiligen Vertragspartners*“.<sup>15)</sup> Jeder Vertrags-

---

<sup>10)</sup> Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II<sup>14</sup> Rz 1136, *Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65 (74).

<sup>11)</sup> Schwarz, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht (1994) 33.

<sup>12)</sup> *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko (1995) 66.

<sup>13)</sup> MwN Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 31.

<sup>14)</sup> OGH 12. 2. 2002, 10 Ob 205/01x; *Karollus-Bruner*, Haftung für Bauverzögerung durch Demonstration, JBl 1995, 658 (662).

<sup>15)</sup> *Kurz*, Vertragsgestaltung im Baurecht (2015) 73.

partner hat für die Umstände einzustehen, die sich in seiner Sphäre ereignen.<sup>16)</sup> Jede Störung in der Ausführung des Werks muss daher dahingehend untersucht werden, in wessen Sphäre die Ursache der Störung liegt.<sup>17)</sup> Diese Untersuchung hat zunächst mit der Untersuchung der Zuordnung zur Auftraggebersphäre zu beginnen.<sup>18)</sup>

Ausgangsbasis für die Sphärentheorie sind die Bestimmungen §§ 1168 und 1168a ABGB. Die ÖNORM B 2110 verwendet in Anlehnung an die Sphärentheorie auch dann den Begriff der Sphäre, wenn sie den Vertragspartnern einzelne Risiken zuteilt. Der Begriff „Sphäre“ umfasst objektive und subjektive Komponenten.<sup>19)</sup>

*Kletečka*<sup>20)</sup> vertritt die Ansicht, dass die Bedeutung der Sphärentheorie häufig überschätzt wird. Aufgrund der Sphärentheorie sei man versucht, bei der Anwendung von § 1168 ABGB zunächst eine Sphärenzuordnung vorzunehmen, aus der sich dann ergeben soll, wer das Risiko zu tragen habe.<sup>21)</sup> Dabei wird übersehen, dass es sich bei der Sphärenzuordnung selbst um eine Rechtsfrage handelt, die nur aufgrund des Vertrags oder aufgrund des dispositiven Gesetzesrechts im Einzelfall zu beantworten ist.<sup>22)</sup> Laut *Kletečka* hat die Sphärentheorie somit für die Beantwortung dieser Fragen keinen eigenständigen Erkenntniswert.<sup>23)</sup>

Ungeachtet der kritischen Ansicht von *Kletečka* kann die Sphärentheorie zur systematischen Zuordnung von Risiken zu Vertragsparteien dienen. In weiterer Folge werden daher zur Klarstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen die für die Sphärentheorie maßgeblichen Bestimmungen §§ 1168 und 1168a ABGB dargestellt. Zur Analyse dieser Bestimmungen dienen die in ihnen enthaltenen Fallbeispiele. Im Ergebnis wird dann die Frage beantwortet, welche Sphären es gibt, und es wird eine erste grobe Zuordnung von Risiken getroffen.

## 2. Definition der Sphären

Es stellt sich die Frage, welchen Sphären vertraglich zu überwälzende Risiken grundsätzlich zuzuordnen sind. Die für die speziellen Fragen der Risikoüberwälzung relevanten Risiken lassen sich – ohne vertragliche Regelung – laut *Krejci* der Sphäre des Auftraggebers, der Sphäre des Auftragnehmers und der Sphäre Dritter oder der „dritten Sphäre“ zuordnen.<sup>24)</sup>

---

<sup>16)</sup> *Hussian* in *Weselik/Hussian*, Der österreichische Bauprozess (2009) 127; *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> 229.

<sup>17)</sup> *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> 229.

<sup>18)</sup> *Schachinger*, Die Bauverzögerung (1999) 46.

<sup>19)</sup> *Schachinger*, Die Bauverzögerung (1999) 46.

<sup>20)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 4 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

<sup>21)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 4 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

<sup>22)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 4 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

<sup>23)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 4 (Stand 1.2.2014, rdb.at).

<sup>24)</sup> *Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65 (72).

Bei dieser Untergliederung kommt es allerdings hinsichtlich Elementarereignissen zu Unschärfen. Elementarereignisse stellen Risiken dar, die möglicherweise nicht der Sphäre des Auftraggebers oder derjenigen des Auftragnehmers zuzuordnen sind. Da es sich bei Elementarereignissen nicht um „Dritte“ handelt, ist es zu bevorzugen, statt von der Sphäre Dritter von der „neutralen Sphäre“ zu sprechen.<sup>25)</sup> Der OGH spricht in diesem Zusammenhang vom sogenannten „neutralen Kreis“.<sup>26)</sup>

Im Ergebnis gibt es daher folgende Sphären:

- Sphäre des Auftraggebers;
- Sphäre des Auftragnehmers;
- neutrale Sphäre.

### **3. Erste Grobeinteilung der typischen Risiken beim Bauwerkvertrag**

Auf Basis der soeben getroffenen Untergliederung in die Sphäre des Auftraggebers, die Sphäre des Auftragnehmers und die neutrale Sphäre wird an dieser Stelle anhand der Kriterien der §§ 1168 und 1168a ABGB eine erste grobe Einteilung von Risiken zu diesen Sphären vorgenommen. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit ausgewählten Risiken wird dann in weiterer Folge noch durchgeführt.

*Kropik/Krammer* teilen typische Risiken beim Bauwerkvertrag den soeben beschriebenen Sphären wie folgt zu:<sup>27)</sup>

- Sphäre des Auftraggebers:
  - Richtigkeit beigelegter Unterlagen (Gutachten, Pläne und Berechnungen);
  - Tauglichkeit des Stoffes (Baugrund, Altbestand, Vorleistungen anderer Unternehmen, Materialien, die beigelegt wurden, etc.);<sup>28)</sup>
  - Beschreibungsrisiko betreffend die Leistungsbeschreibung/das Leistungsverzeichnis;
  - Anordnungen des Auftraggebers;
  - Bewilligungen und Genehmigungen (zB Baubewilligung);
  - Finanzierung;
  - Koordination der Unternehmer;
  - Kommunikation von Festlegungen und Entscheidungen;
  - Haftung für Erfüllungsgehilfen.<sup>29)</sup>

---

<sup>25)</sup> So auch *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (1999) 56; *Kurz*, Vertragsgestaltung im Baurecht (2015) 311.

<sup>26)</sup> RIS-Justiz RS 0021888.

<sup>27)</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (1999) 56f.

<sup>28)</sup> So auch RIS-Justiz RS 0021934.

<sup>29)</sup> *Müller/Stempkowski*, HB Claim-Management<sup>2</sup> 230.

- Sphäre des Auftragnehmers:
  - Beschaffung von Materialien (Einkauf, Transport, Lieferung);
  - Subunternehmerisiko (Minderleistungen aus dessen Sphäre, schuldhaftes Verhalten des Subunternehmers);
  - Verletzung der Prüf- und Warnpflicht (Nichterkennen offensichtlicher Mängel bei Anweisungen oder Stoffen);
  - Versagen von Maschinen und Geräten;
  - Bewilligungen und Genehmigungen für eigene Leistungen des Auftragnehmers.
- Neutrale Sphäre
  - Streik;
  - Elementarereignisse (Überflutung, Krieg etc);
  - unabwendbare Ereignisse.

Anhand dieser Einteilung stellt sich die Frage, wer für Ereignisse aus der neutralen Sphäre haften muss. Hierbei trifft das ABGB die Regelung, dass für diese Ereignisse ebenso wie für höhere Gewalt der Auftragnehmer einzustehen hat.<sup>30)</sup> Ereignisse aus der neutralen Sphäre sind daher nach dem ABGB dem Auftragnehmer zuzuordnen.<sup>31)</sup> Die Gefahrtragung für Risiken aus dem Bereich der neutralen Sphäre soll hier nur cursorisch dargestellt werden. Sofern sich aus der Zuteilung zur neutralen Sphäre für diese Arbeit relevante Probleme ergeben sollten, wird dies in weiterer Folge gesondert behandelt.

Das Risiko unvorhersehbarer und unabwendbarer Ereignisse ist ein Risiko im Bereich der neutralen Sphäre.<sup>32)</sup> In Abweichung zu den Regelungen des ABGB sieht die ÖNORM B 2110 vor, dass das Risiko unvorhersehbarer, unabwendbarer Ereignisse und von Ereignissen, die die Leistung objektiv unmöglich machen, vom Auftraggeber getragen werden muss.<sup>33)</sup> Durch die ÖNORM B 2110, deren Geltung ihre vertragliche Vereinbarung voraussetzt, werden daher Risiken aus der neutralen Sphäre auf den Auftraggeber überwältzt.

## B. § 1168 ABGB

### 1. Allgemeines

Die vertragliche Risikoüberwälzung kann unter anderem durch die Abbedingung der Ansprüche aus § 1168 ABGB zu Lasten des Auftragnehmers erfolgen. Durch die Risikoüberwälzung werden Risiken aus der Sphäre des Auftraggebers in die Sphäre des Auftragnehmers verschoben, deren Realisierung sonst zu einem Anspruch des Auftragnehmers geführt hätte. Es gebührt sohin im Folgenden, die Regelung des § 1168 ABGB im Detail darzustellen.

---

<sup>30)</sup> Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> 235.

<sup>31)</sup> Schwarz, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht (1994) 30.

<sup>32)</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 43.

<sup>33)</sup> Müller/Stempkowski, HB Claim-Management<sup>2</sup> 235.

Die Bestimmung regelt das Rechtsverhältnis zwischen dem „Besteller“ und dem „Unternehmer“. Im Sinne der einheitlichen Formulierung werden die Begriffe „Auftraggeber“ für den „Besteller“ und „Auftragnehmer“ für den „Unternehmer“ verwendet. § 1168 ABGB ist auf Werkverträge anzuwenden.<sup>34)</sup> Bei der Regelung des § 1168 ABGB handelt es sich um dispositives Recht.<sup>35)</sup>

Die Regelung des § 1168 ABGB enthält drei Regelungskomplexe. § 1168 Abs 1 ABGB legt den Entgeltanspruch des Auftragnehmers bei Unterbleiben der Werkerstellung aus auf der Seite des Auftraggebers liegenden Gründen (Satz 1) sowie einen Entschädigungsanspruch wegen aus der Auftraggeber-sphäre stammenden Verzögerungen (Satz 2) fest.<sup>36)</sup>

§ 1168 Abs 2 regelt das Rücktrittsrecht des Auftragnehmers bei Unterbleiben der erforderlichen Mitwirkung des Auftraggebers.<sup>37)</sup> Unter Unterbleiben der Werkerstellung ist die Nichterfüllung des Werks zu verstehen, und zwar sowohl dann, wenn mit der Ausführung bereits begonnen wurde, als auch im Fall, dass die Werkerstellung unmöglich geworden ist.<sup>38)</sup>

Die Formulierung „aus auf der Seite des Auftraggebers liegenden Gründen“ des § 1168 ABGB führte zu der Ableitung durch Literatur und Rechtsprechung, dass der Regelung des § 1168 ABGB die Sphärentheorie zugrunde liegt.<sup>39)</sup>

## 2. Anwendungsbereich

Eingangs muss der Anwendungsbereich von § 1168 ABGB untersucht werden. Unstrittig ist, dass § 1168 ABGB auf Werkverträge anzuwenden ist. Zur Frage, ob § 1168 ABGB auf gemischte Verträge anzuwenden ist, gibt es in der Literatur unterschiedliche Meinungen.

*Rebhahn/Kietaibl* gehen grundsätzlich von der Möglichkeit der Anwendbarkeit der Regelung auf gemischte Verträge bei Überwiegen werkvertraglicher Elemente aus, erwägen aber die Anwendbarkeit auf werkvertragliche Elemente eines gemischten Vertrags auch ohne Überwiegen.<sup>40)</sup> *Krejci* stellt gleichfalls auf die Bedeutung der werkvertraglichen Elemente und den damit verbundenen Sinn und Zweck des Vertrags ab und setzt eine Einzelfallprüfung voraus.<sup>41)</sup>

<sup>34)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 2 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>35)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 3 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>36)</sup> *Schwarz*, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht (1994) 29f.

<sup>37)</sup> *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> § 1168 ABGB, Rz 1; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 1 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at); *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 1 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>38)</sup> *Schachinger*, Die Bauverzögerung (1999) 49.

<sup>39)</sup> So auch *Bydlinski* in *Aicher/Korinek* (Hrsg), Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industrieanlagenbaus (1991) 79; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB I<sup>37</sup> § 1168a E 1 a.

<sup>40)</sup> Unter Verweis auf SZ 64/71 (Überwiegen werkvertraglicher Elemente) und SZ 54/173 sowie WBI 1987, 241 (Teilanwendung auf Partnervermittlung und Geschäftsbesorgung) *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 4.

<sup>41)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 3 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

Die Anwendbarkeit der Regelung des § 1168 ABGB auf gemischte Verträge ist laut *Kletečka* mittels Kombinationstheorie zu beantworten, nicht hingegen nach der von *Kletečka* abgelehnten Absorptionstheorie.<sup>42)</sup> Laut *Reiner* gilt § 1168 ABGB auch für gemischte Verträge, wobei jeweils zu prüfen ist, ob die verzögerte Leistung dem werkvertraglichen oder dem auftragsrechtlichen Teil zugehört.<sup>43)</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist bei gemischten Verträgen für die Beurteilung jeder einzelnen Leistungspflicht die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift heranzuziehen.<sup>44)</sup> Bei der Auslegung, ob auf einen Leistungsteil eines gemischten Vertrags die Bestimmung des § 1168 ABGB anzuwenden ist, wird sohin vom OGH in der Regel auf die Kombinationstheorie abgestellt.<sup>45)</sup>

Richtigerweise ist im Sinne des OGH die Frage der Anwendbarkeit der Regelung des § 1168 ABGB grundsätzlich nach der Kombinationstheorie zu beantworten. Hinsichtlich besonderer Fallkonstellationen bei einer Mischung von Werkvertrag und Dienstvertrag kann es aufgrund eines speziellen Schutzcharakters des Dienstvertragsrechts ausnahmsweise zu einer Anwendung der Absorptionstheorie kommen.<sup>46)</sup>

Da sich für den im Rahmen der vorliegenden Arbeit maßgeblichen Regelfall eines Bauwerkvertrags diese Probleme üblicherweise nicht stellen, unterbleibt eine tiefergehende Prüfung der möglichen Ausnahmen.

### 3. Entgeltanspruch ohne Werkerstellung

#### a) Unterbleiben der Werkerstellung

Von § 1168 ABGB wird der Fall geregelt, dass ein Entgeltanspruch des Auftragnehmers auch ohne Werkerstellung besteht. In diesem Fall realisiert sich sohin ein Risiko für den Auftraggeber. Der Auftraggeber muss Entgelt leisten, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten.

Um in weiterer Folge die Überwälzung der Risiken beurteilen zu können, wird als Ausgangsbasis für die Fragen der Risikoüberwälzung die gesetzliche Regelung dargestellt. Außerdem soll die bisher uneinheitlich beantwortete Frage geklärt werden, wann das Entgelt fällig wird.

Nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gebührt dem Auftragnehmer bei Unterbleiben der Werkerstellung aus auf der Seite des Auftraggebers liegenden

---

<sup>42)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 3 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at); laut der Kombinationstheorie sind gemischte Verträge nicht einem Vertragstypus zuzuordnen, vielmehr ist auf jede Vertragspflicht die gesetzliche Bestimmung jenes Vertragstyps anzuwenden, dem die Pflicht entstammt, dazu *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1166 Rz 2 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>43)</sup> Unter Verweis auf OGH 14. 10. 2008, 8 Ob 91/08b, und OGH 29. 4. 2009, 2 Ob 203/08 d, *Reiner* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 9.

<sup>44)</sup> RIS-Justiz RS 0013941.

<sup>45)</sup> Unter Verweis auf RIS-Justiz RS 0013941, OGH 19. 9. 2012, 3 Ob 143/12 v.

<sup>46)</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 859 Rz 33.

Gründen dennoch ein Entgeltanspruch.<sup>47)</sup> Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers können Handlungen beziehungsweise Unterlassungen des Auftraggebers oder seiner Leute, Ereignisse im Zusammenhang mit der Person des Auftraggebers oder in seinem Unternehmen sowie die von ihm beigestellten Stoffe und Sachen sein.<sup>48)</sup>

Die Abbestellung des Werks stellt einen solchen Grund dar.<sup>49)</sup> Weitere Beispiele für Gründe aus der Sphäre des Auftraggebers sind:<sup>50)</sup>

- Der Auftraggeber verweigert die Fertigstellung oder stellt das Bauwerk selbst fertig;
- der Auftraggeber verletzt seine Koordinationspflicht und verhindert so die Fertigstellung;
- der Auftraggeber erwirkt keine Baubewilligung;
- der Auftraggeber verletzt seine Mitwirkungspflicht.

Dem Auftragnehmer gebührt ein Anspruch auf Entschädigung durch Aufstockung des Werklohns, wenn Umstände auf Seiten des Auftraggebers zu erhöhtem Arbeitseinsatz und zu höheren Aufwendungen des Auftragnehmers führen.<sup>51)</sup> Beim Anspruch handelt es sich um einen Entgeltanspruch beziehungsweise Erfüllungsanspruch des Auftragnehmers, nicht aber um einen Schadenersatzanspruch.<sup>52)</sup>

Der Entgeltanspruch setzt eine Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers voraus, ohne die kein Anspruch besteht.<sup>53)</sup> Die Leistungsbereitschaft kann sich auch aus den Umständen ergeben,<sup>54)</sup> wobei der Auftragnehmer aber tatsächlich in der Lage sein muss, die Leistung zu erbringen.<sup>55)</sup> Eine Nachverhandlung von Details durch den Auftragnehmer schließt dessen Leistungsbereitschaft nicht aus.<sup>56)</sup> Der Auftragnehmer muss seine Leistungsbereitschaft behaupten und beweisen.<sup>57)</sup>

---

<sup>47)</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 31.

<sup>48)</sup> RIS-Justiz RS 0021926.

<sup>49)</sup> OGH 14. 12. 2011, 3 Ob 126/11 t.

<sup>50)</sup> Schachinger, Die Bauverzögerung (1999) 50 f.

<sup>51)</sup> RIS-Justiz RS 0021825.

<sup>52)</sup> RIS-Justiz RS 0021875.

<sup>53)</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 31; Reiner in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 11 unter Verweis auf OGH 13. 7. 2006, 2 Ob 301/05 m.

<sup>54)</sup> Unter Verweis auf OGH 21. 10. 2008, 5 Ob 211/08b, und OGH 18. 1. 2012, 3 Ob 198/11 f, Reiner in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 11.

<sup>55)</sup> Unter Verweis auf OGH 18. 1. 2012, 3 Ob 198/11 f, Reiner in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 11.

<sup>56)</sup> Unter Verweis auf OGH 21. 10. 2008, 5 Ob 211/08b, Reiner in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> § 1168 Rz 11.

<sup>57)</sup> OGH 14. 12. 2011, 3 Ob 126/11 t; Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 31.

Ein Verschulden des Auftraggebers ist nicht Voraussetzung für den Entgeltanspruch des Auftragnehmers trotz unterbliebener Leistung.<sup>58)</sup> Ein vorwerfbares Verhalten des Auftraggebers begründet aber jedenfalls eine Zuordnung zu seiner Sphäre.<sup>59)</sup> Wenn die Werkerstellung durch der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnende, aber auf schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers zurückzuführende Umstände verhindert wird, sind diese im Gegenzug nicht als Umstände auf Seiten des Auftraggebers zu werten.<sup>60)</sup>

Aus § 1168 Abs 2 ABGB lassen sich Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ableiten. Eine dieser Mitwirkungspflichten ist die Koordinationspflicht. Sie verpflichtet den Auftraggeber, einzelne aufeinander aufbauende Leistungen mehrerer bei der Werkherstellung tätiger Personen so zu koordinieren, dass der Auftragnehmer bei der Erbringung seiner Leistung nicht behindert wird.<sup>61)</sup>

Der Entgeltanspruch ist um das zu mindern, was sich der Auftragnehmer infolge Unterbleibens erspart hat.<sup>62)</sup> Hierbei handelt es sich insbesondere um nicht verbrauchtes Material und um Entgelte für nicht in Anspruch genommene Fremdleistungen, sohin um variable Kosten.<sup>63)</sup> Fixkosten werden bei der Minderung nicht angerechnet. Bei ihnen handelt es sich um von der „*Beschäftigungslage unabhängige fortlaufende Betriebsausgaben*“, wie beispielsweise Sozialabgaben und Gehälter, Miete für Büros, Fixkosten von Telefon und Internet sowie Heizkosten, die mit der Herstellung des Werks nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen.<sup>64)</sup>

Anzurechnen für die Minderung sind ferner Einkünfte, die der Auftragnehmer durch anderweitige Verwendung erworben hat, wobei dazu nur jene Arbeiten zählen, die tatsächlich anstelle des unterbliebenen Werks durchgeführt wurden – ein Umstand, der bei einem gut ausgelasteten Betrieb in der Regel schwer nachweisbar ist.<sup>65)</sup>

Hat sich der Auftragnehmer auf das Entgelt aus dem nicht erfüllten Werkvertrag verlassen und deshalb eine ihm zumutbare Tätigkeit nicht angenommen oder einen derartigen Verdienst gar nicht gesucht, wird bei der Berechnung der Minderung das berücksichtigt, was er zu erwerben versäumt

---

<sup>58)</sup> Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 2.

<sup>59)</sup> Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 22 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>60)</sup> Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 8 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>61)</sup> Weselik in Weselik/Hussian, Der österreichische Bauprozess (2009) 100; Schachinger, Die Bauverzögerung (1999) 50f.

<sup>62)</sup> Müller/Goger (Hrsg), Der gestörte Bauablauf (2015) 32.

<sup>63)</sup> Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 35.

<sup>64)</sup> Schachinger, Die Bauverzögerung (1999) 53.

<sup>65)</sup> Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 36.



hat.<sup>66)</sup> Insbesondere sind absichtlich nicht angenommene zumutbare Tätigkeiten von der Anrechnung erfasst.<sup>67)</sup>

Die Absicht des Auftragnehmers ist in einem solchen Fall also auf die Ausschlagung der Erwerbsalternative gerichtet, darf jedoch nicht zugleich auf eine Schädigung des Auftraggebers abzielen.<sup>68)</sup> Auch wenn die Ersatzarbeit nicht angemessen entlohnt ist, hat der Auftragnehmer diese dennoch anzunehmen, um den Auftraggeber zumindest teilweise zu entlasten.<sup>69)</sup> Die Beweislast für das Vorliegen eines Anrechnungstatbestandes trägt nach herrschender Judikatur der Auftraggeber.<sup>70)</sup> Der Auftragnehmer muss also nicht von sich aus die Anrechnung vornehmen.<sup>71)</sup>

Bei Vorliegen eines vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunktes ist dieser auch für den Anspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB maßgeblich.<sup>72)</sup> Zur Fälligkeit des Entgeltanspruchs in Ermangelung einer vertraglichen Regelung liegen in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Meinungen vor:

Laut *Krejci* soll mangels Vereinbarung der geminderte Entgeltanspruch bereits dann fällig sein, wenn feststeht, dass die Ausführung des Werks endgültig unterbleibt. Falls aber das Werk vom Auftragnehmer noch nicht ausgeführt wurde, soll dem Auftragnehmer bei Verzug des Auftraggebers der Entgeltanspruch erst zu jenem Zeitpunkt zustehen, zu dem das Werk bei vertragsgemäßer Mitwirkung des Auftraggebers ausgeführt gewesen wäre.<sup>73)</sup>

Auch *Rebhahn/Kietaibl* stellen für den Fall, dass es keine entsprechend andere Vertragsregelung gibt, grundsätzlich bezüglich der Fälligkeit des Anspruchs auf gemindertes Entgelt auf jenen Zeitpunkt ab, da das Werk ohne den Hinderungsgrund ausgeführt und vollendet gewesen wäre.<sup>74)</sup>

Laut OGH tritt – bei Nichtvorhandensein einer entsprechend anderen Vertragsregelung – Fälligkeit des geminderten Entgeltanspruchs ein, sobald das Unterbleiben des Werks oder die Nichtbeendigung des übernommenen Geschäftes endgültig feststeht.<sup>75)</sup> Laut *Bydlinski* muss dieser sofortige Fälligkeitseintritt nur dann angenommen werden, wenn das endgültige Unterbleiben evident ist oder (beispielsweise bei Abbestellung) zumindest für den Auftraggeber feststeht.<sup>76)</sup>

<sup>66)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 18 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>67)</sup> *Schachinger*, Die Bauverzögerung (1999) 52.

<sup>68)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 36 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>69)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 36 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>70)</sup> *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 5.

<sup>71)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 20 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>72)</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 37.

<sup>73)</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 22 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>74)</sup> *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 37.

<sup>75)</sup> OGH 9. 8. 2001, 2 Ob 260/00z; RIS-Justiz RS 0021826.

<sup>76)</sup> *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> § 1168 Rz 6.

Das geminderte Entgelt ist laut *Kletečka* in expliziter Ablehnung der Rechtsprechung zu jenem Zeitpunkt fällig, zu dem es bei Ausführung des Werks fällig gewesen wäre, also entweder zum vereinbarten Fälligkeitstermin oder in Ermangelung eines solchen zum fiktiven Fertigstellungstermin.<sup>77)</sup>

Grundsätzlich tritt die Fälligkeit einer Werklohnforderung mit Erbringung der Leistung, also mit dem Abschluss der Leistungserbringung, ein. Der OGH ist, wie soeben dargestellt, der Ansicht, dass hinsichtlich der Fälligkeit des geminderten Anspruchs auf den Zeitpunkt abzustellen ist, ab dem das Unterbleiben des Werks oder die Nichtbeendigung des übernommenen Geschäfts endgültig feststeht.

Die Ansicht des OGH ist zutreffend. Ab dem Zeitpunkt, da das Unterbleiben des Werks oder die Nichtbeendigung des übernommenen Geschäfts endgültig feststeht, ist die Leistungserbringung abgeschlossen. Die Fälligkeit des geminderten Entgeltanspruchs tritt zu diesem Zeitpunkt ein. Bei der Ermittlung des fiktiven Fertigstellungstermins spielt dieser Zeitpunkt ebenfalls eine Rolle. Unter Berücksichtigung der Ansicht *Kletečkas* gelangt man daher zum gleichen Ergebnis wie auch der OGH.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB den Entgeltanspruch des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber regelt, wenn das Werk aufgrund von Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers entfällt. Zu den Voraussetzungen für den Anspruch des Auftragnehmers zählt dessen Leistungsbereitschaft. Auch muss der Auftragnehmer die Anrechnung von Aufwendungen akzeptieren, die er sich aufgrund der unterbliebenen Ausführung des Werks erspart hat und die somit mindernd wirken. Der Entgeltanspruch des Auftragnehmers wird fällig, wenn das Unterbleiben des Werks oder dessen Nichtbeendigung endgültig feststeht. Daraus ergibt sich auch der fiktive Fertigstellungszeitpunkt.

### **b) Zeitverlust bei der Werkerstellung**

Nicht immer müssen Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers dazu führen, dass das Werk zur Gänze unterbleibt. § 1168 ABGB regelt daher auch, welche Ansprüche bei bloßen Zeitverlusten bestehen. Diese Zeitverluste resultieren in der Regel aus dem Eintritt eines Risikos. Es soll daher die Frage beantwortet werden, welche Regelung das Gesetz in dieser Situation vorsieht. Diese Regelung kann in weiterer Folge die Ausgangsbasis für die Risiküberwälzung bilden.

§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB begründet einen Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzlichen Werklohn, wenn er infolge von Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers durch Zeitverlust verkürzt wurde, also einen Nachteil erlitten hat.<sup>78)</sup> Der Anspruch auf Vergütung von Mehrkosten aufgrund von

<sup>77)</sup> *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 38 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

<sup>78)</sup> *Hysek*, Voraussetzungen zur Geltendmachung von Forcierungskosten, *ecolex* 2010, 227 (228); *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1168 Rz 39f (Stand 1. 2. 2014, rdb.at); *Müller/Goger* (Hrsg.), *Der gestörte Bauablauf* (2015) 32.