

Rechtsgutachten

zur Frage der Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung bzw.
Vertragsauflösung eines Bauvertrages bei unvorhersehbarer nachträglicher
Änderung der Preise und/oder Verfügbarkeit von Baustoffen

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

A. Fragestellung:

Rohstoffe und Vorprodukte sind seit Ausbruch der Corona-Krise knapp geworden. Von den Auswirkungen ist die Bauwirtschaft besonders betroffen. Vor allem die geringere Produktion in den Covid-19-Pandemie-Monaten haben zu einer stark eingeschränkten Verfügbarkeit von Baustoffen und -materialien sowie enormen Preissteigerungen in diesem Bereich geführt. Die weitere Entwicklung ist derzeit noch ungewiss.

Diese Auswirkungen der Covid-Krise haben dazu geführt, dass in Bezug auf bestehende Werkverträge getätigte Fixpreiszusagen seitens der Bauunternehmen aus wirtschaftlicher Sicht sowie zugesagte Liefertermine in vielen Fällen nicht eingehalten werden können.

Der Unterfertigte soll im Auftrag der Bundesinnung Bau und des Fachverbandes der Bauindustrie jeweils auf Basis des ABGB einerseits und der ÖNORM B 2110 (bzw. B 2118) andererseits folgende Fragestellungen untersuchen:

Welche Möglichkeiten der einseitigen Vertragsanpassung bzw. -auflösung eines bestehenden Bauvertrags gibt es und welches Vorgehen nach den Regeln der ÖNORM B 2110 ist geboten, wenn sich herausstellt, dass die Preiskalkulation auf bei Vertragsabschluss angenommenen Umständen im Hinblick auf die Preise und Verfügbarkeit von Baustoffen und -materialien beruht, die sich nachträglich auf unvorhersehbare Weise geändert haben?

I. B 2110 allgemein

1. Wie ist die Regelung in Pkt 7.2.2 (Dispositionen des AN) im Verhältnis zu 7.2.1 im Hinblick auf Preissteigerungen und Lieferengpässe zu verstehen?
2. Ist eine Abgrenzung möglich, was der Auftragnehmer vorhersehen können muss?
3. Ist eine Abgrenzung möglich, was ein Auftragnehmer tun muss, um die Auswirkung eines Engpasses oder einer Preissteigerung abzuwenden?

II. B 2110 vereinbart – Lieferengpässe (kein Material erhältlich)

1. In die Sphäre welcher Partei fällt eine Leistungsstörung, die daraus resultiert, dass für die Leistungserbringung notwendige Baumaterialien oder Baustoffe nicht oder nur eingeschränkt erhältlich sind?
2. Falls die Rechtsfolgen unterschiedliche sind: Sind die Folgen eines Lieferengpasses nach den Regeln zur Unmöglichkeit oder zum Verzug zu behandeln? Spielt hier die Formulierung in Pkt 7.2.1 Abs 3 Z 1 „vertragsgemäße Erfüllung“ eine Rolle?

3. Hat ein Auftragnehmer einen aus Lieferengpässen entstehenden Verzug zu vertreten?
4. Entsteht ein Anspruch auf Leistung einer Vertragsstrafe gem Pkt 6.5.3 der ÖNORM B 2110?
5. Entsteht ein Anspruch auf Leistung einer allenfalls vereinbarten verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe?
6. Welche in der Norm vorgesehenen Gründe berechtigen den Auftraggeber bzw. den Auftragnehmer zum Rücktritt vom Vertrag mit welchen Rechtsfolgen?

III. B 2110 vereinbart - Preissteigerungen

1. Wenn Festpreise vereinbart wurden: Übernimmt der Auftragnehmer damit auch das Risiko unvorhersehbarer nachträglicher Änderungen im Bereich der Kalkulationsgrundlagen? Welche Bestimmungen sind bei der Beurteilung dieser Frage maßgeblich?
2. Hat es eine Bedeutung, ob und wie weit Kalkulationsgrundlagen offengelegt wurden?
3. Ist eine Mehrkostenforderung auch bei der Vereinbarung veränderlicher Preise möglich?

IV. ABGB - Lieferengpässe (kein Material erhältlich)

1. Handelt es sich bei unvorhersehbaren Preissteigerungen und Lieferengpässen um höhere Gewalt?
2. Handelt es sich um einen Fall nachträglicher Unmöglichkeit? Was sind die Rechtsfolgen?
3. ABGB - Preissteigerungen
4. Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB?
5. Unerschwinglichkeit? - Voraussetzungen?
6. Wann ist die Unerschwinglichkeit nicht vom Werkunternehmer zu vertreten?
7. Wegfall der Geschäftsgrundlage in diesem Zusammenhang?

B. Rechtliche Beurteilung

Teil 1: Lieferengpässe

I. Einschlägige Bestimmungen in ABGB und ÖNORMEN

1. Maßgebliche Bestimmungen im ABGB

§ 1151 Abs 1 ABGB lautet:

„Dienst- und Werkvertrag.

§ 1151. (1) Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“

§ 1155 ABGB idF vom 15.03.2020 bis 31.12.2020 hat gelautet:

„§ 1155. (1) Auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

(2) Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Dienstleistung verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmegesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.

(4) Für den Verbrauch gemäß Abs. 3 gilt:

1. Urlaubsansprüche aus dem laufenden Urlaubsjahr müssen nur im Ausmaß von bis zu 2 Wochen verbraucht werden.

2. Von der Verbrauchspflicht sind weiters ausgenommen solche Zeitguthaben, die auf der durch kollektive Rechtsquellen geregelten Umwandlung von Geldansprüchen beruhen.

3. Insgesamt müssen nicht mehr als 8 Wochen an Urlaubs- und Zeitguthaben verbraucht werden.“

Mit 31.12.2020 sind die Abs 3 und 4 des § 1155 ABGB außer Kraft getreten.

§ 1104 ABGB lautet:

„Fälle und Bedingungen einer Erlassung des Zinses.

§ 1104. Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwaches gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.“

§ 1168 ABGB lautet:

„Vereitlung der Ausführung.

§ 1168. (1) Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

(2) Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zu Nachholung eine angemessenen Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.“

§ 1168a ABGB lautet:

„§ 1168a. Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigelegt hat. Mißlingt aber das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.“

2. Die Regelungen im Punkt 7.2 der ÖNORMEN B 2110 und B 2118

Die einschlägigen Bestimmungen in der ÖNORM B 2110 (2013) lauten:

„7.2 Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z. B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z. B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z. B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt.

Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese

- 1) die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich machen, oder*
- 2) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.*

Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart.

7.2.2 Zuordnung zur Sphäre des AN

Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 geht zu Lasten des AN. Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) alle Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder*
- 2) zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z. B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben.“*

Die korrespondierenden Bestimmungen in der **ÖNORM B 2118** (2013) lauten:

„7.2 Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner

7.2.1 Zuordnung zur Sphäre des AG

Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z. B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z. B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z. B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt.

Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind.

Das sind insbesondere:

- 1) Streik, Aussperrung, Krieg, Terroranschläge, Erdbeben oder außergewöhnliche Elementarereignisse, z. B. Hochwasser und Überflutungen;*
- 2) außergewöhnliche Witterungsverhältnisse auf der Baustelle:
 - a) Einzelereignis: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn bei einem kurzfristigen Niederschlagsereignis die 15-minütige oder 48-**

ständige Niederschlagsspende über dem 20-jährlichen Ereignis der nächstgelegenen Wetterbeobachtungsstelle der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (ZAMG) gelegen ist.

b) *Periodenbezogen: Außergewöhnliche Witterungsverhältnisse liegen vor, wenn bei längeren Betrachtungszeiträumen die Ausfallszeiten in der betroffenen Periode den Mittelwert der selben Periode in den 10 Jahren vor dem Jahr der Angebotsabgabe um mehr als die vereinbarten Werte übersteigen.*

Ohne besondere Vereinbarung gilt hierfür die Regelung gemäß Schlechtwetterkriterien gemäß Anhang B („Schlechtwettertage Bau“) der ZAMG bezogen auf die nächstgelegene Wetterbeobachtungsstelle.

Bei Bauphasen zwischen vereinbarten Zwischenterminen gelten diese als Betrachtungszeitraum, maximal jedoch ein Zeitraum von einem Kalenderjahr.

Grenzwerte für die Definition außergewöhnlicher Witterungsverhältnisse:

Dauer der Periode:

1 Monat Abweichung vom Mittelwert: 100 %

6 Monate Abweichung vom Mittelwert: 50 %

12 Monate Abweichung vom Mittelwert: 20 %

Zwischenwerte sind linear zu interpolieren.

Für die Ermittlung der entsprechenden Verlängerung der Leistungsfrist gelten die den Mittelwert übersteigenden dokumentierten Ausfallszeiten zufolge Schlechtwetter gemäß den Kriterien der ZAMG sowie dokumentierte Ausfallfolgetage, sofern jeweils eine tatsächliche Behinderung eingetreten ist (Ausfalltage, Ausfallfolgetage und Tage mit reduzierter Leistung anteilig).

3) Lawinengefahr und Lawinenabgang;

4) Sturm, sofern eine Weiterarbeit aus Sicherheitsgründen auf Grund der Windgeschwindigkeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist;

5) Rutschungen, deren Ursache nicht vom AN zu vertreten sind;

6) allgemeine Witterungsverhältnisse in folgenden Fällen:

wenn Leistungen dergestalt mit Ausführungsfristen verbunden sind, dass dem AN keine Dispositionsmöglichkeiten offen stehen und die vertragsgemäße Ausführung dieser Leistungen durch Witterungseinflüsse objektiv unmöglich gemacht wird.

Für alle Ereignisse aus 1), 3), 4), 5) und 6) besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist für die Dauer des Ereignisses (Ausfallzeit) und allfälliger Ausfall-Folgezeiten (z. B. Behebung allfälliger Schäden).

7.2.2 Zuordnung zur Sphäre des AN

Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet.

Die Nichteinhaltung der Verpflichtung gemäß 4.2.1.4 geht zu Lasten des AN. Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet,

- 1) alle Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder*
- 2) zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z. B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben.“*

II. Verteilung des COVID-19-Risikos nach ABGB

1. Sphärentheorie im Allgemeinen

Es ist allgemeine Ansicht, dass sich beim Werkvertrag die Gefahrtragung nach der sogenannten **Sphärentheorie** richtet. Diese Sphärenzuordnung stellt aber nach dem ABGB dann eine nicht zu bewältigende Aufgabe dar, wenn man davon ausgeht, dass die Sphäre etwas ist, das in der Tatsachenwirklichkeit besteht und an das dann die Rechtsfolge der Risikozuweisung geknüpft ist. Genau das dürfte aber die ganz übliche Vorgangsweise sein. In Wahrheit ist aber die Sphärenzuordnung bereits selbst eine **Rechtsfrage**.

Diese ist teilweise durch das Gesetz gelöst, das Anweisungen des Bestellers¹ und den von diesem beigestellten Stoff in dessen Risikosphäre verweist (§§ 1168 f ABGB). Auch diese Bestimmungen führen oft zu keinem eindeutigen Ergebnis. Es kommt nämlich keineswegs nur darauf an, welche Partei – aus irgendwelchen auf der Tatsachenebene angesiedelten Umständen (zB Herkunft)² – dem Störfaktor nächstehend erscheint.³ Selbst die Beistellung des untauglichen Stoffes bewirkt nicht immer die Zuweisung zur Sphäre des Bestellers. Dies lässt sich leicht an folgendem Beispiel zeigen:

Wird die Errichtung eines Hauses auf einem Hanggrundstück vereinbart, hat sich beim Abrutschen des Hauses auf Grund dieser Hanglage nicht etwa das Baugrundrisiko verwirklicht. Der Baugrund ist zwar vom Auftraggeber beigestellt, weshalb das Baugrundrisiko in vielen Fällen diesem zuzuweisen sein wird. Wegen der Vereinbarung, dass das Haus auf der Hangliegenschaft zu errichten ist, schuldet der Auftragnehmer alle Maßnahmen, die erforderlich sind, um ein Abrutschen des Hauses zu verhindern.⁴

Das zeigt, dass die Sphärenabgrenzung eine Rechtsfrage ist, die durch Vertragsauslegung zu entscheiden ist. Dies hängt auch damit zusammen, dass schon die Frage der Untauglichkeit

¹ Im Folgenden werden die Begriffe „Werkbesteller“, „Besteller“ und „Auftraggeber“ einerseits und „Werkunternehmer“, „Unternehmer“ und „Auftragnehmer“ andererseits synonym verwendet.

² Vgl zB jüngst im Zusammenhang mit COVID-19: *Berlakovits/Hofer*, Zivilrechtliche Auswirkungen des Coronavirus auf Bauprojekte, bauaktuell 2020, 66.

³ *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 4 ff.

⁴ *Kletečka in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 30.

des Stoffes sich selbstverständlich nur auf Grundlage der vertraglichen Pflichten beurteilen lässt. Selbst absonderliche Stoffeigenschaften bewirken dann keine Untauglichkeit, wenn der Unternehmer versprochen hat, trotz dieser ganz ungewöhnlichen Eigenschaften aus dem Stoff das Werk herzustellen. Dies wird in der Regel dann anzunehmen sein, wenn die störenden Stoffeigenschaften beim Vertragsabschluss bekannt oder zumindest offenkundig waren.⁵

Die Gefahreneuordnung ist also im Wesentlichen durch Vertragsauslegung zu klären.⁶ Die gesetzlichen Gefahrtragungsregeln stehen dem nicht entgegen, weil sie dispositiver Natur sind. Die aus physischer Nähe oder aus sonstigen Umständen abgeleitete Sphärenzugehörigkeit ist also allenfalls ein Indiz für die vertragliche Gefahrtragung, mehr jedoch nicht. Besonders wichtige Indikatoren für die Risikozuordnung sind die Aufgabenverteilung und die Kosten der Risikobeherrschung.⁷

2. Die neutrale Sphäre

Wenn die Gefahrtragung durch die Interpretation des Vertrags nicht eindeutig gelöst werden kann, ergibt sich aus der Natur des Werkvertrags eine Zweifelsregel: Lässt sich eine eingetretene Störung weder dem Besteller noch dem Unternehmer zuweisen – entstammt sie also der **neutralen Sphäre**⁸ –, folgt aus dem Umstand, dass der Unternehmer den Erfolg schuldet (§ 1151 Abs 1 ABGB), der Entfall des Werklohnanspruchs (§ 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB). Daraus wird der – größtenteils zutreffende – Schluss gezogen, dass das aus der neutralen Sphäre stammende Risiko den Unternehmer trifft.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, dass diese „neutrale Sphäre“ zu teilen ist. Für die sogenannte „**höhere Gewalt**“ gilt nämlich mE Besonderes.⁹

⁵ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rz 30.

⁶ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 4 ff.

⁷ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1168 Rz 8 f; *Kletečka*, Die Gefahrtragung beim Bauwerkvertrag in der Covid-19-Krise, bauaktuell 2020, 87 (88).

⁸ Zum Teil wird die neutrale Sphäre damit charakterisiert, dass es sich um Umstände handle, die „außerhalb der Ingerenz der Vertragsteile“ lägen (OGH 9 Ob 6/09m; RIS-Justiz RS0021888; *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 66). Dies ist – wie gezeigt – deshalb nicht sinnvoll, weil die Zuordnung zu den Risikosphären eine Rechtsfrage ist. Gerade die hier zu behandelnden ÖNORMEN B 2110 und B 2118 zeigen, dass Ereignisse, die sich der Ingerenz der Parteien entziehen, vertraglich einer Seite zugewiesen werden.

⁹ *Kletečka/W. Müller*, Rechtspanorama, Die Presse vom 23.03.2020, 14; *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (89); aA *Karasek*, Kommentar zur ÖNORM B 2110 Rz 1189 und 1194; *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 69; *Gallistel/Lessiak*, COVID-19 und Betrieb von Baustellen, ZVB 2020, 175; *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (sogar im Anwendungsbereich der ÖNORMEN); offenbar auch *Schopper* in *Klang*³ § 1168 Rz 68.

3. Die höhere Gewalt

Bevor dies näher ausgeführt wird, muss die höhere Gewalt definiert werden.¹⁰ In Lehre und Rsp hat sich folgende Begriffsbestimmung durchgesetzt:

*„Höhere Gewalt ist ein von außen einwirkendes elementares Ereignis, das auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt nicht zu verhindern war, und so außergewöhnlich ist, dass es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist.“*¹¹

Als Beispiele werden zB schwere Naturkatastrophen und Attentate genannt.¹²

Das österreichische Recht verwendet den Begriff der höheren Gewalt nicht sehr oft.¹³

Den noch relativ klarsten Anhaltspunkt, von welchem Verständnis der „höheren Gewalt“ der Gesetzgeber ausgeht, bieten die **Materialien zum EKHG**. Dort wird davon gesprochen, dass von der höheren Gewalt ein Schritt in Richtung einer Milderung der Eisenbahnhaftung zu tun sei und man idS auf die **besondere Außergewöhnlichkeit** des von außen kommenden Ereignisses verzichten könne. Es bedürfe dann noch eines kleinen Schritts vom unabwendbaren Ereignis in Richtung höhere Gewalt, womit die Haftung wegen außergewöhnlicher Betriebsgefahr gemeint ist.

Obwohl der zweite Teil dieser Aussage problematisch erscheint, weil mit der außergewöhnlichen Betriebsgefahr eine sehr schwer fassbare, jedenfalls aber eine in keiner Definition der höheren Gewalt vorkommende Erscheinung ins Gesetz aufgenommen wurde¹⁴, zeigt doch der erste Teil, dass „höhere Gewalt“ und „unabwendbares Ereignis“ nicht wesensmäßig verschiedene Dinge sind. Vielmehr gehen die Erläuterungen zum EKHG von einer bloß graduellen Abstufung aus.

Mit dem „unabwendbaren Ereignis“ erfolgt ebenfalls eine **Sphärenabgrenzung**, die hier dadurch erreicht wird, dass die Haftung besteht, wenn die Sphäre des Halters nicht mängelfrei ist.¹⁵ Ist es nun richtig, dass das „unabwendbare Ereignis“ und die „höhere Gewalt“ zwei Punkte auf derselben Skala sind, folgt daraus, dass auch mit der „höheren Gewalt“ eine

¹⁰ Das Folgende im Anschluss an: *Kletečka*, Schadenersatz versus höhere Gewalt, ÖJZ 2015, 1063 f.

¹¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 421 (in Übernahme deutscher Lehrmeinungen); OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 (zu § 26 Abs 2 WRG).

¹² *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 421.

¹³ Zu Rechtsvorschriften, die den Begriff der höheren Gewalt verwenden *Kletečka*, Hochwasser als höhere Gewalt nach § 26 Abs 4 WRG, in FS Rechberger 263 ff.

¹⁴ Vgl zu dieser *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1605; *Kletečka*, Tauerntunnelkatastrophe: Haftung nach dem EKHG, ZVR 2001, 223 ff.

¹⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 546 f; *Schauer* in *Schwimann* VII³ § 9 EKHG Rz 3; *Kletečka*, ZVR 2001, 223. Die Sphären Grenzen werden hier aber schon durch § 9 EKHG gezogen: Zur Sphäre des Halters gehört danach er selbst, sein Fahrzeug und jene Personen, die mit seinem Willen beim Betrieb des Kfz tätig sind.

Eingrenzung der Schädigersphäre erreicht werden soll.¹⁶ Die Trennlinie wird hier nur weiter gezogen. Es ist nämlich für alle Schadensfolgen des Betriebs einzustehen, selbst wenn diese auch mit höchstmöglicher Sorgfalt nicht vermieden werden können, wenn sie nur in einer gewissen Regelmäßigkeit auftreten. In diesem Fall fehlt nämlich dann die Außergewöhnlichkeit des Ereignisses. Der Grund für die Haftungsfreiheit bei Außergewöhnlichkeit liegt darin, dass für den Haftpflichtigen die **Kalkulierbarkeit** gewährleistet werden soll.

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die **Außergewöhnlichkeit** eines Ereignisses zu bejahen ist, bietet die Rsp einige Anhaltspunkte. So spricht der OGH in SZ 24/52 aus, dass ein mehr oder weniger häufig vorkommendes Hochwasser – auch dann, wenn es sich um ein Katastrophenhochwasser handeln sollte – nicht außergewöhnlich ist. Noch deutlichere Ausführungen finden sich in der Entscheidung 1 Ob 93/00h ZVR 2002/21 = RZ 2002/4, in welcher der OGH bei einem von den Beklagten behaupteten „Jahrhundertsturm“ ausgesprochen hat, dass eine derartige Aussage erst bei einem Betrachtungszeitraum von zumindest 30 Jahren getroffen werden könne.

Damit kann zusammenfassend die „**höhere Gewalt**“ als ein

außergewöhnliches Ereignis,

dessen schädigende Folgen auch durch die äußerst zumutbare Sorgfalt nicht zu verhindern waren,

definiert werden.¹⁷

4. Teilung der neutralen Sphäre, höhere Gewalt als Sonderfall

Wie gesagt, ist jener Teil der neutralen Sphäre, der als höhere Gewalt anzusehen ist, nach der gesetzlichen Risikoregelung nicht einfach dem Unternehmer zuzuweisen. Vielmehr unterliegen die Fälle der höheren Gewalt einem besonderen Regime.

Dies zeigt unter anderem ein Vergleich mit dem **Mietrecht**: Wird der Mietgegenstand unbrauchbar, so entfällt nach § 1096 ABGB die Zahlungspflicht des Mieters. Der Vermieter muss allerdings den Mietgegenstand wiederherstellen und so dem Mieter den Gebrauch ermöglichen. Diese Bestimmung behandelt allerdings nur den „gewöhnlichen Zufall“. Der „außerordentliche Zufall“ ist hingegen in §§ 1104 f ABGB geregelt. Ist der Mietgegenstand

¹⁶ Vgl auch die Sphärenabgrenzung durch die „höhere Gewalt“ im Arbeitsrecht: OGH 9 ObA 42/88; *Rauch*, Hochwasser und Arbeitsrecht, ASoK 2002, 379.

¹⁷ *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (89f).

wegen eines solchen – mit der „höheren Gewalt“ gleichzusetzenden – „außerordentlichen Zufalls“ (Seuche) nicht möglich, dann ist auch der Vermieter nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet. Dies lässt sich leicht damit erklären, dass dem Vertrag für die Zeit der Unbrauchbarkeit die „Geschäftsgrundlage“ fehlt. Dieser zeitweilige Wegfall der Geschäftsgrundlage führt nach den §§ 1104 f ABGB gleichsam zu einem Einfrieren der Pflichten.

Dieser Ansicht sind *Berlakovits/Hofer* entgegengetreten. Sie bezeichnen die auch hier vertretene Meinung als einen „*interessante(n) und wirtschaftlich durchaus nachvollziehbare(n) Lösungsansatz*“, „*aus rechtlicher Sicht (ist er) aber zu weitgehend.*“¹⁸ Wenngleich die coronabedingten Erschwernisse sicherlich für beide Vertragsparteien unvorhersehbar und unabwendbar waren, sähen die vertraglichen Regelungen, wie die ÖNORM B 2110, und das dispositive Gesetzesrecht mit § 1168 ABGB konkrete Regelungen zur Gefahrtragung für die gegenständliche Fallkonstellation vor. Für die Aufhebung oder Anpassung des Werkvertrags auf Grund der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage unter Anwendung mietrechtlicher Bestimmungen ‚als letztes Mittel‘ bleibe damit im Ergebnis wohl kaum Platz.¹⁹

Diese Argumentation zielt also darauf ab, dass die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nur bei einer „Doppellücke“, also dann zum Tragen kommen kann, wenn weder der Vertrag noch das dispositive Recht eine anwendbare Regelung enthält.²⁰

Dies ist völlig zutreffend, kann aber keineswegs als Gegenargument gegen die von *W. Müller* und mir vertretene Ansicht ins Treffen geführt werden. Wir haben nämlich keineswegs unsere Lösung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, sondern auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gestützt, den wir unter anderem dem § 1104 ABGB entnommen haben. Der Zusammenhang mit der Geschäftsgrundlagendoktrin folgt lediglich daraus, dass § 1104 ABGB als eine „*gesetzlich vorgesehene Ausprägung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gedeutet*“ wird.²¹ Den §§ 1104 f ABGB liegen also lediglich ganz ähnliche Überlegungen zugrunde wie der Lehre vom Fehlen oder Wegfallen der Geschäftsgrundlage. Auch wenn sich dispositivrechtliche Regeln auf Gedanken stützen, die der Figur der Geschäftsgrundlage innewohnen, folgt bei deren Anwendung die Rechtsfolge aus der

¹⁸ *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 69.

¹⁹ *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 69.

²⁰ *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 69. Allgemein *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 17 mwN. Ob der Begriff der Doppellücke nutzbringend ist oder nicht besser einfach von der Lückenhaftigkeit des Vertrags gesprochen werden sollte, wird von *Walter Doralt* (Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, 491 (499)) bezweifelt. Mangels inhaltlicher Unterschiede handelt es sich aber nur um eine *Façon de parler*.

²¹ *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1105 Rz 3; so schon *Riss*, Erhaltungspflicht 194 ff.

gesetzlichen Bestimmung und nicht aus der Lehre von der Geschäftsgrundlage. Dies gilt natürlich auch bei einer analogen Anwendung dieser Bestimmung. Gerade dann, wenn eine Doppellücke vorliegt, ist diese primär „*durch analoge Anwendung des objektiven Rechts (§§ 6 und 7) zu schließen*“.²²

Dass den §§ 1104 f ABGB ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen werden kann, zeigt sich nicht nur im Verweis auf das Institut der Geschäftsgrundlage, sondern auch beim **Dienstvertrag**. Bei diesem treffen die Risiken aus der neutralen Sphäre grundsätzlich den Dienstgeber; bei „Elementarereignissen“ soll hingegen keine Lohnzahlungspflicht bestehen.²³ Auch hier werden in Fällen von höherer Gewalt die gegenseitigen Pflichten ausgesetzt.²⁴

Dass die höhere Gewalt unter den zufälligen Störungen eine Sonderstellung einnimmt, stößt im Übrigen keineswegs auf Bedenken. Vielmehr verdankt sie diesem Umstand gerade ihre Existenz. Würde man die höhere Gewalt wie jeden anderen Zufall behandeln, fragte sich, welchen Sinn diese Unterscheidung haben sollte. Dass die höhere Gewalt schon seit dem Römischen Recht (*vis maior*) und in vielen aktuellen Rechtsordnungen (*force majeure*) einen festen Platz einnimmt, hat seinen Grund gerade darin, dass es in vielen Zusammenhängen nicht angemessen erscheint, sie mit anderen Zufällen über einen Kamm zu scheren. Auch die rechtshistorische und rechtsvergleichende Betrachtung bestätigt den Befund, dass es sich um einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken handelt.²⁵

Schon auf Grund eines Zeitungsartikels²⁶ und noch vor der ausgearbeiteten Veröffentlichung²⁷ meiner Thesen hat *Koziol*⁸ gegen sie Stellung bezogen. *Koziol* ist der Ansicht, an diesem Ansatz sei bemerkenswert, dass die im Schadenersatzrecht entwickelte Definition der höheren Gewalt ohne Bedenken auf die Lösung einer vertraglichen Risikotragungsfrage angewendet werde. Die höhere Gewalt sei vom Gesetzgeber zwar im Schadenersatzrecht herangezogen worden, nicht jedoch im Vertragsrecht. Hier stelle das Gesetz auf die Unmöglichkeit, den

²² *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 520. Die Feststellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze stellt im Vergleich zur Analogie lediglich eine erweiterte Induktion dar (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 520).

²³ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1155 Rz 23 mwN.

²⁴ Diese sich aus § 1155 ABGB ergebende Regelung wurde zwar durch das 2. COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/16) vorläufig geändert (die Änderung tritt am 31.12.2020 wieder außer Kraft). Dies spielt aber für die hier angestellten Überlegungen ebenso wenig eine Rolle wie die Frage, ob sie – was durchaus zweifelhaft erscheint – für das Arbeitsrecht überhaupt interessengerecht ist.

²⁵ *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (90f); vgl zB auch § 26 Abs 4 WRG, § 13 Abs 1 Rohrleitungsg, § 1a Reichshaftpflichtgesetz usw.

²⁶ *Kletečka/W. Müller*, Die Presse 23.03.2020, Rechtspanorama.

²⁷ *Kletečka*, Die Gefahrtragung beim Bauwerkvertrag in der COVID-19-Krise, bauaktuell 2020, 87.

²⁸ *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580.

Verzug oder „die Verursachung der Störung durch die Sphäre eines Vertragsteils (§ 1168 ABGB)“ ab. Es könne zB der Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Rolle spielen, nicht jedoch, ob höhere Gewalt im Spiel gewesen sei.²⁹

Diese Ausführungen scheinen auf einem Missverständnis zu beruhen. *Koziol* meint, dass nicht auf das Vorliegen einer höheren Gefahr abgestellt werden dürfe, weil es sich dabei um eine Figur des Schadenersatzrechts handle und diese nicht für die vertraglichen Risikotragungsfrage herangezogen werden könne. Für diese gelte vielmehr neben Unmöglichkeit und Verzug die **Sphärenzuordnung** nach § 1168 ABGB. Dabei lässt *Koziol* aber außer Acht, dass es hier um genau diese Frage geht; nämlich darum, welcher Sphäre eine Störung zuzuordnen ist. Dabei ist unstrittig, dass der Werkunternehmer, weil er den Erfolg schuldet, auch Gefahren aus der sogenannten neutralen Sphäre zu tragen hat. Strittig ist aber - und das ist die von mir zur Diskussion gestellte Frage -, ob die neutrale Sphäre unterschiedslos dem Unternehmer zuzuordnen ist (**Einheitsthese**) oder ob unvorhersehbare und unabwendbare Hemmnisse (höhere Gewalt) anders zu behandeln sind (**Differenzierungsthese**).

Für meine Differenzierungsthese bestehen, wie ich schon im Zeitungsartikel angedeutet und im späteren Aufsatz ausgeführt habe, starke Anhaltspunkte im Gesetz. Wie oben ausgeführt, unterscheiden die §§ 1104 f ABGB zwischen dem „gewöhnlichen Zufall“ und dem „außerordentlichen Zufall“. Erscheint es methodisch schon nicht unproblematisch, diese Bestimmung als „*eher willkürlich ausgewählte(n) mietrechtliche Regel*“ abzutun³⁰, ist in diesem Zusammenhang, wie ebenfalls bereits dargetan, auch auf die herrschende Ansicht zu § 1155 ABGB zu verweisen. Selbst wenn gegen eine in Kraft stehende Gesetzesbestimmung „Randständigkeit“ eingewendet werden könnte, gilt das für diese Norm sicher nicht. Stellt doch § 1155 ABGB beim Dienstvertrag gerade die **Parallelbestimmung** zum hier einschlägigen § 1168 ABGB dar. Beide Bestimmungen konstituieren die Sphärentheorie.

Zu § 1155 ABGB wird aber schon seit langem die Frage diskutiert, ob **höhere Gewalt** dem Arbeitgeber genauso zurechenbar ist wie gewöhnliche Zufälle.³¹ Die herrschende Meinung verneint dies und lässt den Entgeltsanspruch des Arbeitnehmers jedenfalls dann entfallen,

²⁹ *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (581). Auf diese Bedenken weist auch *Schopper* hin (in Klang³ § 1168 Rz 68 FN 220).

³⁰ *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (581 FN 13).

³¹ Siehe nur *Rebhahn* (in *Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar*³ § 1155 ABGB, Rz 33): „Auf Basis dieser Theorie soll der Entgeltsanspruch erst (...) entfallen, wenn die Störung auf **höhere Gewalt** zurückzuführen ist (...)“ (Hervorhebung im Original) und *Rebhahn/Ettmayer* (in *Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.04} § 1155 Rz 23): „Nach hM entfällt der Entgeltsanspruch in Fällen **höherer Gewalt** (...)“ (Hervorhebung im Original).

wenn die höhere Gewalt die Allgemeinheit trifft (allgemeine Kalamität). Ob letztere Einschränkung berechtigt ist, ist im Arbeitsrecht strittig.³² Als unstrittiges Beispiel gilt hier allerdings gerade der Fall der „**Seuchen**“.³³

Dass die Zuordnung zur höheren Gewalt für die Risikoordnung beim Werkvertrag von entscheidender Bedeutung ist, entspricht auch der **Verkehrsauffassung**, was sich schon darin zeigt, dass die entsprechenden Vertragsbestimmungen üblicherweise als „**Force-Majeur-Klauseln**“ bezeichnet werden. International übliche Vertragsmuster, wie die FIDIC, enthalten genauso Klauseln für höhere Gewalt³⁴ wie die von *Koziol* selbst behandelten ÖNORMEN B 2110 und B 2118.³⁵

Im Zusammenhang mit der Ansicht *Koziols*, dass bei der vertraglichen Gefahrtragung eine Übernahme der Figur der höheren Gewalt von der **Gefährdungshaftung** nicht passe, ist auch noch auf eine neue Deutung der Gefahrtragung als **typisierte vertragliche Gefährdungshaftung** zu verweisen.³⁶ Dass entgegen der Ansicht *Koziols* bei Gefährdungshaftung und vertraglicher Risikotragung durchaus vergleichbare Gesichtspunkte zum Tragen kommen, zeigt sich gerade im Hinblick auf die Kriterien **Gefahrenbeherrschung** und **Kalkulierbarkeit**.³⁷

Unzutreffend ist auch das Argument *Koziols*, dass es bei der Risikotragung in der neutralen Sphäre um ein „*ganz anders gelagertes Problem*“ als bei der Gefährdungshaftung gehe, weil anders als bei dieser nicht um die „*Begrenzung einer an sich vorhandenen Zurechnung*“ gehe. Da Gefahren aus der neutralen Sphäre unstrittig grundsätzlich vom Unternehmer zu tragen sind, liegt auch hier eine **Zurechnung vor, die bei Bejahung der höheren Gewalt begrenzt** wird. Es wird deshalb auch von manchen die Sinnhaftigkeit der Hervorhebung der „neutralen Sphäre“ bezweifelt.³⁸ Die ÖNORMEN B 2110 und B 2118 kennen diese dritte Sphäre jedenfalls nicht. Der neutralen Sphäre kommt wohl auch nur bei der Grenzziehung zwischen Werk- und Dienstvertrag Bedeutung zu.

³² Dazu *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar³ § 1155 ABGB, Rz 33.

³³ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1155 Rz 23 ua.

³⁴ Dazu *Gallistel*, Der Bauvertrag nach den FIDIC Conditions (Teil IV), Risikoverteilung, Force Majeure, Claims, Streitbeilegung, ZVB 2018/61.

³⁵ Dazu gleich unten.

³⁶ *M. F. Müller*, Gefahrtragung des Gläubigers als typisierte vertragliche Gefährdungshaftung, JZ 2016, 1099.

³⁷ Gerade bei der Kalkulierbarkeit ist *Koziol* (Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (581 FN 10)) aA. Siehe dazu schon *Kletečka*, Schadenersatz versus Höhere Gewalt, ÖJZ 2015, 1065.

³⁸ ZB *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar³ § 1155 ABGB, Rz 30.

Die Meinung, dass die höhere Gewalt bei der vertraglichen Risikozuordnung keine Rolle spielt, ist aus den genannten Gründen daher unzutreffend.

Hinsichtlich meiner Ansicht, dass es in § 1104 ABGB um den Fall eines zeitweiligen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehe, der zu einer Art „Einfrieren“ der gegenseitigen Pflichten führe, meint *Koziol*, dass sich „*im gesamten Vertragsrecht*“ **keine Regelung** finde, die dies vorsehe. Diese Meinung wird bereits durch den Hinweis auf die zitierte Bestimmung des § 1104 ABGB widerlegt, der für den Mietvertrag eine Aussetzung sowohl der Zinszahlungs- als auch der Gebrauchsüberlassungspflicht anordnet. Wie gesagt, hält *Koziol* diese Bestimmung aber für „*eher willkürlich ausgewählt*.“³⁹ Dass dies kein tauglicher Einwand gegen die Heranziehung einer in Geltung stehenden Gesetzesbestimmung ist, wurde bereits dargelegt.

Erscheint dieser Einwand angesichts des § 1104 ABGB zumindest überraschend, hätte man sich vielleicht den Einwand erwartet, dass § 1104 ABGB ein **Dauerschuldverhältnis** betrifft und der Werkvertrag idR zu den Zielschuldverhältnissen zählt. Dieser Vorhalt wäre zwar formal richtig, verfangt aber deshalb nicht, weil es gerade beim Bauwerkvertrag keine Seltenheit ist, wenn sich die Vertragserfüllung über einen längeren Zeitraum zieht, so dass diesbezüglich durchaus eine Vergleichbarkeit gegeben ist. Im Übrigen lässt sich dieselbe Rechtsfolge mit einer **temporären Unmöglichkeit** begründen.⁴⁰ Dies steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen, weil es gerade das Wesen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist, dass er sich aus mehreren Quellen speist.

5. Übertragung auf die COVID-19 Pandemie

ME muss der oben herausgearbeitete allgemeine Rechtsgrundsatz beim Bauwerkvertrag gerade im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie zum Tragen kommen:

Die Auswirkungen der **COVID-19-Pandemie** auf die Bauwirtschaft sind auch bei Einhaltung jeder erdenklichen Sorgfalt **unabwendbar** und auf Grund ihrer Seltenheit ist die Pandemie auch **außergewöhnlich**.⁴¹ Sie stellt eine **höhere Gewalt** dar, die – auf Grund des aufgezeigten Rechtsgrundsatzes – zu einem zeitweiligen Entfall der Geschäftsgrundlage führt. Aus diesem

³⁹ *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (581 FN 13).

⁴⁰ So *Graf/Brandstätter*, Rechtliche Auswirkungen von COVID-19 auf Bauvorhaben, Zak 2020, 127.

⁴¹ Ebenso bereits *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 69; *Gallistel/Lessiak*, ZVB 2020, 175. In den Medien wird die COVID-19 Pandemie häufig mit der Spanischen Grippe des Jahres 1918 verglichen. ZB in der Zeitschrift Tagesspiegel vom 20.03.2020: <https://www.tagesspiegel.de/wissen/coronavirus-und-spanische-grippe-im-vergleich-die-mutter-der-modernen-pandemien/25662134.html>

Grund ruhen die wechselseitigen Pflichten. Der Bauunternehmer kommt nicht in Verzug,⁴² so dass er auch keine Pönalen zahlen muss;⁴³ der Auftraggeber schuldet für die Stillstandzeiten keine Entgelterhöhung und muss auch nicht seinen Mitwirkungsobliegenheiten (zB Bereitstellen von Plänen) nachkommen.

Wenn durch COVID-19 Lieferketten unterbrochen werden und deshalb bestimmte Baustoffe nicht zur Verfügung stehen, ist dies daher eine Folge von höherer Gewalt.

Auch diese Regelung ist allerdings dispositiv, so dass sie durch den Vertrag abgeändert werden kann. Solche Änderungen stellen die Bestimmungen der ÖNORMEN B 2110 und B 2118 dar, wenn sie auf Grund einer diesbezüglichen Vereinbarung Teil des Vertrags werden.⁴⁴

III. Verteilung des COVID-19-Risikos nach den ÖNORMEN B 2110 und B 2118

1. Die Regelung der höheren Gewalt in Punkt 7.2 der ÖNORM B 2110

Die für unsere Fragestellung einschlägige Bestimmung ist in Punkt 7.2.1 der ÖNORMEN B 2110 enthalten. Die entscheidende Stelle lautet:

„Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese

- 1) die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich machen, oder*
- 2) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **nicht vorhersehbar** waren und vom AN **nicht in zumutbarer Weise abwendbar** sind.*

*Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das **10-jährliche Ereignis** als vereinbart.“* (Hervorhebungen nicht im Original)

⁴² AA *Berlakovits/Hofer* (bauaktuell 2020, 68), die allerdings einen Rücktritt wegen Verzugs ausschließen, weil der Auftraggeber keine angemessene Nachfrist setzen könne. Diese habe nämlich den Zweck, dem Schuldner eine reale Chance zur Nachholung seiner Leistung zu geben. Für die Dauer der Krise sei diese Chance nicht gegeben, weshalb der Auftraggeber nicht wegen Verzugs zurücktreten, sondern bloß abbestellen könne. Dies erscheint mir, wenn man vom Vorliegen eines Schuldnerverzugs ausgeht, sehr zweifelhaft, weil mE wegen der zeitweiligen Unmöglichkeit das Erfordernis der Nachfristsetzung entfällt. Der Schuldner ist dann ja nicht in der Lage, in angemessener Frist die Erfüllung nachzuholen (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 250). Die Autoren sind hingegen der Ansicht, dass dem Schuldner eine Frist außerhalb des Zeitraums der Corona-Beschränkungen zu gewähren sei und wollen ihn offensichtlich nicht mit den Folgen der höheren Gewalt belasten. Konsequenter Weise wäre dann aber die hier vertretene Lösung zu wählen, dass die auf die COVID-19-Reglementierung zurückzuführende Verzögerung nicht als Verzug anzusehen ist.

⁴³ Dass verschuldensunabhängige Vertragsstrafen nicht zu entrichten sind, wird auch damit begründet, dass in einem solchen Fall nicht nur das Verschulden, sondern schon die Rechtswidrigkeit fehle (*Graf/Brandstätter*, Rechtliche Auswirkungen von COVID-19 auf Bauvorhaben, Zak 2020, 127 (128)).

⁴⁴ *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (97).

Beide Ziffern dieser Bestimmung betreffen (auch) die neutrale Sphäre. Nach der Ziffer 1) hat das Risiko, dass ein Ereignis die vertragsgemäße Leistungserbringung **objektiv unmöglich** macht, der AG zu tragen. Dass den AG daran ein Verschulden trifft oder der Grund aus einem seiner Risikosphäre zugeordneten Bereich kommt, ist nicht erforderlich.

In der Lehre wird lediglich die Ansicht vertreten, dass die Zuweisung zur AG-Sphäre dann nicht gerechtfertigt sei, wenn der AN die Unmöglichkeit bei Vertragsabschluss kannte oder fahrlässig nicht kannte.⁴⁵ Ob die mit Punkt 5.8.1 Z 4 ÖNORM B 2110 begründete Lösung überzeugend ist, kann hier dahinstehen. Klar ist jedenfalls, dass Unmöglichkeitsgründe aus der neutralen Sphäre zu Lasten des AG gehen.

Besonders klar in Richtung **höhere Gewalt** weist Punkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110. Dieser weist Ereignisse dann der Sphäre des AG zu, wenn sie beim Vertragsabschluss **nicht vorhersehbar** waren und vom AN **nicht in zumutbarer Weise abwendbar** sind.

Bei der **Nicht-Vorhersehbarkeit** handelt es sich um die **Außergewöhnlichkeit** (Seltenheit). Dies zeigt sich bei den außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen und Naturereignissen, bei denen nach dem zweiten Satz der Z 2) – in Ermangelung einer vertraglichen Regelung – das „10-jährliche Ereignis“ als vereinbart gilt.⁴⁶ Es geht hier also – genauso wie bei der höheren Gewalt – um ein außergewöhnliches Ereignis.

Auch das zweite Element, nämlich die **Unabwendbarkeit**, entspricht der zweiten Komponente der höheren Gewalt. Die Sorgfaltsanforderungen werden dort mit den Worten „*in zumutbarer Weise*“ im Übrigen in vollkommener Übereinstimmung mit dem oben bei der höheren Gewalt gefundenen Maßstab (höchstmögliche Sorgfalt) bestimmt.⁴⁷

Damit zeigt sich, dass Ereignisse, die als **höhere Gewalt** zu qualifizieren sind, nach Punkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110 in die **AG-Sphäre** fallen. Eine allfällige Abweichung, die allerdings zugunsten des AN geht, besteht darin, dass bereits – jedenfalls bei Witterungs- und Naturereignissen – das 10-jährliche Ereignis als außergewöhnlich gilt.

Damit ist die höhere Gewalt der AG-Sphäre zugeordnet. Da sich in Punkt 7.2.2 Z 1 ÖNORM B 2110 für die höhere Gewalt keine Regelung findet und der AN-Sphäre „*alle Ereignisse, welche nicht in 7.2.1 beschrieben sind*“ zugewiesen sind, fallen die als höhere Gewalt zu beurteilenden Ereignisse in die Sphäre des AG. Der Sinn dieser Regelung liegt selbstverständlich weniger darin zu betonen, dass das in die AG-Sphäre Verwiesene nicht

⁴⁵ Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110 Rz 1218.

⁴⁶ Vgl dazu auch Wenusch, Kommentar zur ÖNORM B 2110, 373 Rz 80 ff.

⁴⁷ Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110 Rz 1222.

(auch) in die AN-Sphäre fällt – dies hätte sich auch ohne diese Regelung verstanden. Vielmehr sollte die AN-Sphäre gleichsam als Restgröße alles andere erfassen, also alles, was nicht dem AG zugewiesen wurde. Wie gesagt, ist die höhere Gewalt aber nach Punkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110 eindeutig der Sphäre des AG zugewiesen, was eine Zuordnung zur AN-Sphäre ausschließt.

Die in **Punkt 7.2.2** erwähnten „Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer“ kann daran selbstverständlich nichts ändern. Diese Bestimmung stellt ja ganz eindeutig auf „Dispositionen“ des AN, der Subunternehmer oder Lieferanten ab. Das heißt, es geht um Risiken, die sich aus Verfügungen und Entscheidungen dieser Personen ergeben. Dass damit nicht die Fälle der höheren Gewalt erfasst sind, ergibt sich schon aus der Definition der höheren Gewalt, die sich in ihren entscheidenden Elementen in Punkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110 wiederfindet: Es muss sich um ein **außergewöhnliches** und mit höchstmöglicher Sorgfalt **nicht abwendbares** Ereignis handeln. Eine Disposition ist weder das eine noch das andere. Es geht bei den von der ÖNORM dem AG zugewiesenen Fällen um das Unvorhersehbare und das Unabwendbare, nicht um Dispositionen, die definitionsgemäß einen Handlungsspielraum voraussetzen.

Eine andere Ansicht vertritt *Koziol*⁴⁸ auch hier: Richtig erkennt *Koziol*, dass hindernde Ereignisse aus der Sphäre des Auftragnehmers den Auftraggeber nicht belasten. Dies stellt aber geradezu eine Selbstverständlichkeit dar zu der es wohl des Regresses auf Pkt 3.7.2 ÖNORM B 2110 nicht bedurft hätte, nimmt doch der von *Koziol* behandelte Punkt 7.2 ÖNORM B 2110 bzw 2118 gerade die Sphärenzuordnung vor.⁴⁹ Schon dies setzt die Relevanz der Sphärenzugehörigkeit voraus. Pkt 7.2 der ÖNORMEN ist aber gerade sedes materiae für die Sphärenzuordnung, weshalb der Hinweis, dass die Zuordnung zur Auftragnehmersphäre den Auftraggeber nicht belastet, nicht recht verständlich ist.

Unrichtig ist jedenfalls die Meinung *Koziols*, dass sich daraus ergebe, es komme für die Risikotragung darauf an, dass die Bereitstellung der Arbeitnehmer, die Heranziehung der Subunternehmer und die – hier zentrale – Beschaffung der Baustoffe in der Sphäre des Auftragnehmers lägen. Wäre dies relevant, würde **jede Störung der Werkserstellung** den Auftragnehmer treffen, ist diese doch, genauso wie zB die Beschaffung der Baustoffe, Aufgabe des Auftragnehmers. *Koziol* erkennt selbst, dass man dagegen einwenden kann, es gehe um

⁴⁸ *Koziol*, Die Risikotragung bei Bauwerkverträgen gemäß ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118, RdW 2020, 580 (584).

⁴⁹ Diese Bestimmung trägt die Überschrift „Zuordnung zur Sphäre der Vertragspartner“.

die Ursache, genauer gesagt, um die Ursache der Störung der Leistungserbringung. Dies versucht er aber zu entkräften, indem er betont, dass es entscheidend darauf ankomme, ob sich die Pandemie gerade auf Grund der konkreten Ausgestaltung der Sphäre auswirken konnte. Er verweist dabei auf den Pkt 7.2.2 der ÖNORMEN genannten Dispositionen und darauf, dass sich der Auftragnehmer vor der Störung durch Grenzschießungen für die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte oder der Beschaffung von Materialien aus dem Ausland entschieden hatte, obwohl sie auch im Inland greifbar gewesen wären.

Bei dieser Sicht wäre immer dann, wenn sich ex post herausstellt, dass auch nur eine einzige Bezugsquelle nicht gestört worden wäre, die ex ante sorgfältig ausgewählte andere Bezugsquelle als eine Disposition dem Auftragnehmer zurechenbar. Hätte der Auftragnehmer zB die Baumaterialien im Inland eingekauft und hätte die Störung durch Anschaffung im Ausland vermieden werden können, wäre dies nach *Koziol* genauso der Sphäre des Auftragnehmers zuzuordnen. Nur dann, wenn alle in Frage kommenden Bezugsquellen durch den Ausbruch der Pandemie ausfallen, ginge das nicht zu Lasten des Auftragnehmers. Da man im Nachhinein immer klüger ist und bei retrospektiver Betrachtung fast immer ein Weg bestanden hätte, der von der Behinderung nicht betroffen gewesen wäre, hieße das, auch bei höherer Gewalt beinahe jede Störung des Beschaffungsvorgangs, der Beschäftigung von Arbeitskräften und Subunternehmer auf Grund von „Dispositionen“ des Auftragnehmers dessen Sphäre zuzuweisen.

ME stehen, wie sich auch aus der Z 6 des Pkt 7.2.1 ÖNORM B 2118⁵⁰ ergibt, bei Vorliegen höherer Gewalt **Dispositionen in Reaktion auf die Störung** im Zentrum. Entscheidungen, die der Auftragnehmer vor Eintritt des Elementarereignisses oder auch in Fällen ohne höhere Gewalt getroffen hat, können ihm nur dann als Dispositionen angerechnet werden, wenn sich der Auftraggeber bei **Anwendung der geschuldeten Sorgfalt** eine **andere Entscheidung** erwarten hätte dürfen. Wird also zB eine ungewöhnliche, besonders riskante Bezugsquelle in einem Unruhegebiet gewählt und kommt es dort zum Ausbruch von Kriegshandlungen, dann wäre dieser ungewöhnliche Bezugsvorgang dem Auftragnehmer als Disposition zuzuordnen.

Damit kann für die **ÖNORM B 2110** gesagt werden: Da die Lieferengpässe – wie auch die im nächsten Punkt zu behandelnden Preissteigerungen – wohl ohnehin die gesamte Baubranche und alle Bezugsquellen im Wesentlichen gleichermaßen betreffen, würde sich an der Beurteilung selbst unter Zugrundelegung der Ansicht *Koziols* nichts ändern.

⁵⁰ Siehe gleich unten.

Lieferengpässe, die in Folge der COVID-19-Pandemie auftreten, fallen daher jedenfalls als außergewöhnliches und unabwendbares Ereignis in die Sphäre des Auftraggebers.⁵¹

2. Die Regelung der höheren Gewalt in Punkt 7.2 der ÖNORM B 2118

Die Ausführungen zur ÖNORM B 2118 können kurzgehalten werden, weil diese in den entscheidenden Punkten mit der ÖNORM B 2110 übereinstimmt.

Der Punkt 7.2.1 Abs 3 ÖNORM B 2118 ist mit Punkt 7.2.1 Z 2 (einschließlich Einleitungssatz) wortgleich. Auch Punkt 7.2.1 Abs 3 ÖNORM B 2118 weist daher die **unvorhersehbaren** und **unabwendbaren** Ereignisse der Sphäre des AG zu. Durch die beispielhafte Aufzählung in den Z 1 bis 6 wird einerseits noch deutlicher gemacht, dass hier Fälle der höheren Gewalt erfasst sind (zB Krieg, Terroranschläge, Erdbeben, außergewöhnliche Elementarereignisse, Lawinengefahr, Lawinenabgang, Sturm usw), andererseits werden hier auch Präzisierungen hinsichtlich der besonders wichtigen Witterungsverhältnisse vorgenommen.

Punkt **7.2.2 Abs 1** ÖNORM B 2118 enthält die – ebenfalls bereits bei der ÖNORM B 2110 besprochene – Bestimmung zu den **Dispositionen** des AN, der Lieferanten und der Subunternehmer.

Die Beispiele der ÖNORM B 2118 zeigen nochmals deutlich, dass es bei den unvorhersehbaren und unabwendbaren Ereignissen nicht um Dispositionen des AN, der Lieferanten oder der Subunternehmer gehen kann. Krieg, Terroranschlägen, Erdbeben und außergewöhnlichen Elementarereignissen haben selbstverständlich mit Dispositionen genauso wenig zu tun wie Seuchen und Pandemien.

Bei den allgemeinen Witterungsverhältnissen (Z 6) wird im Übrigen gerade darauf abgestellt, dass (hier durch fristgebundene Leistungen) „*dem AN keine Dispositionsmöglichkeiten offen stehen.*“ Damit bringt die ÖNORM an dieser Stelle besonders klar zum Ausdruck, dass das **Unvorhersehbare** und **Unabwendbare keine Möglichkeit zur Disposition** zulässt.

⁵¹ So generell *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (91f); ebenso *Berlakovits/Hofer*, bauaktuell 2020, 67. AA *Gallistel/Lessiak* (COVID-19 und Betrieb von Baustellen, ZVB 2020, 174, 178f), welche die Regelung des Punktes 7.2.1 der ÖNORM B 2110 mit der Begründung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage genauso eliminieren wollen wie einschlägige dispositivrechtliche Regelungen (!). Deren Ansicht wurde bereits an anderer Stelle widerlegt: *Kletečka*, bauaktuell 2020, 87 (92ff). Gegen diese auch *Schopper* in *Klang*³ § 1168 Rz 68.

Punkt 7.2.2 Abs 1 ÖNORM B 2118 erfasst aber – genauso wie die wortgleiche Bestimmung in der ÖNORM B 2110 – lediglich Dispositionen. Dass damit die Fälle der höheren Gewalt des Punktes 7.2.1 nicht erfasst sind, folgt schlicht daraus, dass bei dieser keine Dispositionsmöglichkeiten bestehen und damit auch keine Dispositionen getroffen werden konnten.

Dass Punkt 7.2.2 Z 1) ÖNORM B 2118 – wiederum in Übereinstimmung mit der ÖNORM B 2110 – „*alle Ereignisse, welche nicht in 7.2.1 beschrieben sind*“, der AN-Sphäre zuweist, sei nur kurz erwähnt und auf die obigen Ausführungen zur ÖNORM B 2110 verwiesen.

Damit ist für die ÖNORM B 2118 festzuhalten, dass Behinderungen und sonstige Störungen, die Folgen der COVID-19-Pandemie sind, als nicht vorhersehbar und unabwendbar anzusehen sind und damit nach Punkt 7.2.1 der Sphäre des AG zugeordnet sind. Können also Arbeitnehmer, Subunternehmer oder Baustoffe wegen Pandemiemaßnahmen die Baustelle nicht erreichen, so fällt dieses Risiko auch nach der ÖNORM B 2118 in die AG-Sphäre.⁵²

Damit gilt für die ÖNORM B 2118 dasselbe wie für die ÖNORM B 2110: **Lieferengpässe**, die in Folge der COVID-19-Pandemie auftreten, fallen daher jedenfalls als außergewöhnliches und unabwendbares Ereignis in die Sphäre des Auftraggebers.

IV. Zusammenfassend kann für durch die COVID-19-Pandemie bedingte Lieferengpässe das Folgende gesagt werden:

1. Beim ABGB-Vertrag führt ein von der Pandemie ausgelöster Lieferengpass dazu, dass die gegenseitigen Pflichten solange ruhen, bis die für die Fertigstellung notwendigen Baustoffe und Baumaterialien wieder verfügbar sind.
2. Ist auf den Vertrag die ÖNORM B 2110 oder B 2118 anwendbar, fallen pandemiebedingte Lieferengpässe in die Risikosphäre des Auftraggebers.

⁵² Kletečka, bauaktuell 2020, 87 (93).

Teil 2: Preissteigerungen

1. Allgemeines

Während Lieferengpässe dazu führen, dass Materialien für eine gewisse Zeit überhaupt nicht verfügbar sind und die Werkerstellung dadurch temporär verunmöglicht ist, führt ein unerwarteter Anstieg von Materialkosten an sich nicht zur tatsächlichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Die Vertragserfüllung wird für den Werkunternehmer „bloß“ kostspieliger.

Ändern sich nach Vertragsschließung die bei Kalkulation des Werklohnes angenommenen Grundlagen auf unvorhergesehene Weise, ist primär maßgeblich, welchem Vertragsteil das diesbezügliche Risiko zugeordnet ist.

2. Fixpreise oder variable Preise

Die Risikoverteilung in Bezug auf nachträgliche Änderungen der Kalkulationsgrundlagen hängt primär von der **Art der getroffenen Preisvereinbarung** ab:

- a. Sind **Fest- bzw. Fixpreise** vereinbart, liegt das Risiko nachträglicher **Kostensteigerungen** prinzipiell beim Werkunternehmer. Mitumfasst sind jedenfalls gewöhnliche Schwankungen, mit welchen schon bei Abschluss des Vertrages zu rechnen war. Diese sind vom Werkunternehmer klar in Kauf zu nehmen. Wesentlich mehr Probleme wirft hingegen die hier interessierende Fragestellung auf, inwieweit der Auftragnehmer bei unvorhersehbaren Änderungen an seine Preiszusage gebunden ist.
- b. Bei **variablen (veränderlichen) Preisen** ist die Zulässigkeit der Werklohnanpassung bei nachträglichen Kostenschwankungen Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung. In diesem Kontext ist die vorliegende Thematik daher weitgehend entschärft. Bei der Vereinbarung von variablen Preisen ist allerdings bei Verbrauchern die diesbezügliche Regelung im KSchG zu beachten: Nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ist die Vereinbarung von veränderlichen Preisen für Leistungen, die innerhalb von zwei Monaten nach Vertragsabschluss zu erbringen sind, im Einzelnen auszuhandeln.

Variable Preise werden meist an Indices gekoppelt. Da aber auch die Indexentwicklung nicht zwingend der tatsächlichen Kostenentwicklung entspricht, ist die vorliegende Problematik selbst bei indexgebundenen Preisen nicht vollkommen beseitigt.

Nach **ABGB** ist mangels anderer Vereinbarung von Fixpreisen auszugehen, sodass das Risiko von nachträglichen Preisschwankungen grundsätzlich den Auftragnehmer trifft. Dieser hat sein Werk trotz unerwartet höherer Selbstkosten zum vertraglich zugesagten Preis zu verrichten.

Im Unterschied dazu sehen die **ÖNORMEN B 2110 und B 2118** jeweils gleichlautend unter Pkt. 6.3.1 nachfolgende Zweifelsregel vor:

„Sofern aus dem Vertrag nicht erkennbar ist, ob Festpreise oder veränderliche Preise vereinbart sind, gelten

1) Leistungen, die nach dem Vertrag innerhalb von 6 Monaten nach Ende der Angebotsfrist zu beenden sind, als zu Festpreisen abgeschlossen,

2) Leistungen auch dann als zu Festpreisen abgeschlossen, wenn im Vertrag keine Leistungsfrist vereinbart ist und die Leistungen innerhalb von 6 Monaten nach Ende der Angebotsfrist beendet werden,

3) alle übrigen Leistungen als zu veränderlichen Preisen abgeschlossen.“

Preisschwankungen, mit welchen im Allgemeinen zu rechnen ist, treffen also grundsätzlich denjenigen, dem das Risiko nach Gesetz oder Vertrag zugeordnet ist. Dies ist Ausfluss des Grundsatzes der Vertragstreue („pacta sunt servanda“). Der risikotragende Vertragsteil hat seine Leistungspflicht zu erfüllen, auch wenn sich das Geschäft nachträglich als nicht so lukrativ herausstellt wie erwartet.

Kommt es hingegen zu außergewöhnlichen Preisveränderungen, die beim Vertragsabschluss weder abwendbar noch vorherzusehen waren, stellt sich die Frage, ob der risikotragenden Partei die Möglichkeit einer einseitigen Vertragsanpassung oder -aufhebung zusteht.

Im Folgenden werden im Lichte der den Anlass der Begutachtung bildenden Covid-19-Pandemie, die in diesem Zusammenhang als Rechtsgrundlage potentiell in Frage kommenden Tatbestände untersucht.

3. Vorrang vertraglicher Regelungen

Ehe gesetzliche Tatbestände zu prüfen sind, ist festzustellen, ob nicht allenfalls im Werkvertrag eine konkrete Regelung vorgesehen ist, wer nachträgliche Änderungen der Kalkulationsgrundlagen in welchem Ausmaß zu tragen hat. Für den Fall höherer Gewalt sehen Verträge außerdem regelmäßig sogenannte „force majeure“-Klauseln vor. Ist dem so, richten sich die Rechtsfolgen nach Vertrag.⁵³ Es sind allerdings die Grenzen der Privatautonomie (insbes. die Sittenwidrigkeitsschranke des § 879 Abs 1 ABGB) zu beachten.

Bietet der Vertrag keine brauchbaren Anhaltspunkte, ist als nächster Schritt zu untersuchen, ob das Gesetz dem Werkunternehmer ausnahmsweise eine Möglichkeit zur Vertragsanpassung oder -auflösung bietet.

4. Gesetz- und Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB

§ 879 ABGB legt wesentliche Grenzen der Privatautonomie fest. Während § 879 Abs 1 ABGB als Generalklausel zu qualifizieren ist, enthält § 879 Abs 2 eine Reihe von Sondertatbeständen, deren wichtigster der in Z 4 enthaltene Wuchertatbestand ist. Abs 3 regelt schließlich die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern.⁵⁴

Gesetz- oder sittenwidrig können nur **Rechtsgeschäfte** sein. Beim Werkvertrag darf eine Vereinbarung vor allem nicht zur Überwälzung von unkalkulierbaren Risiken führen.⁵⁵ Des Weiteren sind Vertragsabreden nichtig, welche die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners herbeiführen würden.⁵⁶

Ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, bestimmt sich nicht allein nach seinem Inhalt; die Sittenwidrigkeit kann sich auch aus seinem Zweck ergeben. Die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ist unabhängig davon, ob den Parteien dieser Verstoß bewusst ist oder nicht.⁵⁷

⁵³ *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/1.

⁵⁴ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 1.

⁵⁵ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1166 Rz 50; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 123 jeweils mwN.

⁵⁶ RIS-Justiz RS0026259.

⁵⁷ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 63.

Im vorliegenden Zusammenhang könnte etwa die Überlegung angestellt werden, ob die Vereinbarung eines Festpreises als sittenwidrig zu werten ist, wenn die spätere Einhaltung des vertraglichen Versprechens für den Werkunternehmer aufgrund **unvorhergesehener** Preissteigerungen zu einer Existenzbedrohung würde.

Dies scheidet aber bereits vor dem Hintergrund aus, dass für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach der stRsp der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** maßgeblich ist und daher **nachträgliche Änderungen der Umstände** allgemein **keine Nichtigkeit** begründen können.⁵⁸

Eine Fixpreiszusage führt für sich nicht dazu, dass der AN auch Preissteigerungen zu tragen hat, die durch höhere Gewalt ausgelöst werden. Eine solche Vereinbarung wäre dann nämlich schon wegen Überbindung eines unkalkulierbaren Risikos sittenwidrig. Anderes kann jedoch gelten, wenn bereits bei Vertragsabschluss erkennbar war, dass die Preise exorbitanten Schwankungen unterliegen.

5. Irrtumsanfechtung

Irrt ein Vertragsteil über den Inhalt seiner Erklärung in einem wesentlichen Punkt, kann dieser die Vertragsanfechtung oder -anpassung begehren, sofern der Irrtum durch den anderen veranlasst war, diesem aus den Umständen offenbar auffallen musste oder rechtzeitig aufgeklärt wurde (§ 871 ABGB).

Der auf die Covid-Pandemie zurückzuführende, exorbitante Anstieg der Rohstoffpreise war objektiv nicht vorhersehbar. Die Parteien haben sich im Zeitpunkt der Ausschreibung der Aufträge bzw. des Vertragsabschlusses sohin über die künftige Entwicklung der Rohstoffpreise geirrt, was als **Kalkulationsirrtum** zu werten ist.

Die Irrtumsanfechtung nach § 871 ABGB scheitert im vorliegenden Zusammenhang allerdings in mehrfacher Hinsicht:

Fest steht, dass der Irrtum über die nachträgliche Preisentwicklung vom Auftraggeber weder veranlasst wurde, noch musste dieser aus den Umständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offenbar auffallen. Von einer rechtzeitigen Aufklärung kann ebenso wenig

⁵⁸ RIS-Justiz RS0017936.

die Rede sein, zumal in den allermeisten Fällen seit dem Vertragsschluss längst rechtliche und/oder wirtschaftliche Dispositionen getroffen worden sind, die einer Anfechtung unter Berufung auf die rechtzeitige Aufklärung des Irrtums entgegenstehen.

Die im § 871 ABGB angeführten Alternativvoraussetzungen kommen daher nicht zum Zug, sodass der Irrtumstatbestand nicht erfüllt ist.

Es ist im gegebenen Zusammenhang jedoch zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung⁵⁹ grundsätzlich auch ohne Vorliegen einer der drei in § 871 ABGB genannten Voraussetzungen die Berufung auf den Irrtum anerkennt, sofern beide Vertragsparteien – wovon vorliegend auszugehen ist – denselben Fehlvorstellungen unterlegen sind („gemeinsamer Irrtum“).⁶⁰

Die gegenständliche Situation ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass die Werkvertragsparteien nicht über Gegebenheiten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern vielmehr über die künftige Entwicklung der Rohstoffpreise irrten. **Fehlvorstellungen über Zukünftiges** werden nach der Rsp in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle als **Motivirrtum** gewertet, zumal die irrig angenommenen Umstände zumeist außerhalb des Inhaltes des Rechtsgeschäfts liegen.⁶¹

Insoweit daher die Vorstellungen über die Preisentwicklungen von den Parteien nicht zum Vertragsinhalt oder gar zur Bedingung gemacht worden sind („zukunftsgerandter Vertrag“), hat die Anfechtung des Vertrages selbst bei Annahme eines gemeinsamen Irrtums letztlich an dessen Unbeachtlichkeit als Motivirrtum zu scheitern.

6. Zufällige, nachträgliche Unmöglichkeit (§ 1447 ABGB)

a) Allgemeines

§ 1447 ABGB regelt in Abgrenzung zu den §§ 920 f ABGB über die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, die **nachträgliche, auf Zufall beruhende Unmöglichkeit der Leistung** wie folgt:

„Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der

⁵⁹ Die herrschende Lehre lehnt indes die Anfechtung wegen gemeinsamen Irrtums mit der Begründung ab, dass die eigene Fehlvorstellung des Anfechtungsgegners nicht dessen Schutzunwürdigkeit begründet. Gemeinsame Irrtümer seien danach nur nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage beachtlich (§ 901 ABGB). Zu einer vermittelnden Lösung siehe *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁵ I Rz 499 mwN.

⁶⁰ Vgl *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 56f.

⁶¹ *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 31ff; RIS-Justiz RS0014913.

Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen andern Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn zieht.“

Die Bestimmung gilt im gesamten Schuldrecht und ist damit nicht nur hinsichtlich von Werkverträgen, sondern auf alle Fälle der vom Schuldner nicht zu vertretenden, nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden. Als Rechtsfolge sieht § 1447 ABGB die **Befreiung von der Leistungsverpflichtung** vor. Da die Unmöglichkeit eine zufällige zu sein hat, darf der Schuldner den Eintritt des Leistungshindernisses weder verschuldet noch sonst zu vertreten haben.

Zu den zufälligen Ereignissen zählen insbesondere solche der **höheren Gewalt**, aber auch der „niedere“ Zufall, worunter u.a. jene Fälle subsumiert werden, in denen die zu leistende Sache vor Übereignung an den Käufer von einem Dritten schuldhaft zerstört wird oder in denen ein vom Schuldner nicht zu vertretender Diebstahl die Leistung unmöglich macht.

Unmöglichkeit setzt ferner voraus, dass die bedungene Leistung aufgrund eines dauerhaften und nicht nur eines zeitweiligen Hindernisses nicht erbracht werden kann.⁶²

Innerhalb des Tatbestandes ist zwischen tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Unmöglichkeit zu unterscheiden:

b) Keine tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit

Die unerwartete, nachträgliche Verteuerung der Rohstoffpreise bewirkt keine Unmöglichkeit im tatsächlichen oder rechtlichen Sinn.

Von einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung könnte nur dann gesprochen werden, wenn der Unternehmer die für das Werk notwendigen Materialien überhaupt nicht bzw. nicht in der von ihm bestellten Menge erhalten kann. Letzteres wäre bei den bereits behandelten Lieferengpässen der Fall.

c) Wirtschaftliche Unmöglichkeit (Unerschwinglichkeit der Leistungserbringung)

Die Rechtsprechung wendet § 1447 ABGB auch auf Fälle an, in denen die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung durch eine nachträgliche Änderung der Umstände für den

⁶² Holly in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 1, 12, 15f.

Schuldner „unerschwinglich“ wird. Der OGH folgt damit der von einem Teil der Lehre⁶³ vertretenen Ansicht, dass § 1447 ABGB auch für Fälle der „wirtschaftlichen“ Unmöglichkeit heranzuziehen ist. Gemeint sind damit Fälle, in welchen die versprochene Leistung zwar an sich möglich ist, ihre Erbringung dem Schuldner aber aufgrund entsprechender Umstände unerschwinglich bzw. unzumutbar wurde. Die hM, welche die Unerschwinglichkeitsfälle mit dem Institut der Unmöglichkeit iSd § 1447 ABGB löst, bezieht die Unerschwinglichkeit nicht nur auf die Erschwerung der dem Schuldner obliegenden Leistung, sondern auch auf die Entwertung der Gegenleistung.

Als Rechtsfolge des § 1447 ABGB erlischt das Schuldverhältnis je nach Bedeutung der wegen Unerschwinglichkeit ausfallenden Leistung entweder zur Gänze oder zum Teil; Letzteres führt zur Vertragsanpassung.⁶⁴

Voraussetzung ist auch hier, dass der Schuldner die Unerschwinglichkeit nicht zu vertreten hat; die Unerschwinglichkeit darf also insbesondere für ihn **nicht vorhersehbar** gewesen sein.⁶⁵ Im Allgemeinen kommt es für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit darauf an, ob eine Entwicklung gegeben ist, die ein sorgfältiger Unternehmer bei Vertragsabschluss in seine Überlegungen aufgenommen hätte, oder ob die Umstände so unwahrscheinlich sind, dass sie bei der Vertragsgestaltung keine Rolle spielen mussten.⁶⁶ Ferner darf ihm das Unerschwinglichwerden **subjektiv nicht vorwerfbar** sein, etwa weil er für den Fall der Preiserhöhung hätte Vorsorge treffen müssen und dies unterlassen hat.

Der Schuldner kann sich auf die Unerschwinglichkeit **nur bei außergewöhnlichen Veränderungen** berufen. Unerschwinglichkeit scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Vertragserfüllung aufgrund der geänderten Umstände lediglich beschwerlicher oder maßvoll kostenintensiver geworden ist. Es ist unbestritten, dass bis zu einem gewissen Grad auch Verluste hinzunehmen sind, zumal dieses Risiko jedem Geschäft potenziell innewohnt. Dass die Erfüllung bloß erschwert ist und der Schuldner aus dem Geschäft seinen einkalkulierten Gewinn nicht mehr erzielen kann, reicht zur Berufung auf den gesetzlichen Befreiungsgrund des § 1447 ABGB noch nicht aus.⁶⁷ Keinesfalls kann sich der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreien, wenn der Aufwand noch in der Gegenleistung gedeckt ist.⁶⁸

⁶³So u.a. *Klang*, Unerschwinglichkeit 21; *F. Bydlinski*, ÖBA 1996, 499 (500); *Rummel*, JBl 1981, 1 (10); *J. Noll*, AnwBl 2002, 260; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1447 Rz 11; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 901 Rz 11; ein zunehmender Teil der Lehre lehnt eine Subsumtion unter den Tatbestand der Unmöglichkeit iSd § 1447 ABGB jedoch ab. Stattdessen wird eine Lösung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit dem Argument befürwortet, dass eine Erschwerung der Leistungserbringung nichts mit der Unmöglichkeit der Leistung zu tun habe (vgl *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27 mwN).

⁶⁴ *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27f.

⁶⁵ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB4 § 920 Rz 233, 236.

⁶⁶ Vgl OGH 5 Ob 109/71; 1 Ob 224/06 g.

⁶⁷ *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/3; OGH 8 Ob 102/63; *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 541 ff mwN.

⁶⁸ *Thunhart*, Der Einwand der Unerschwinglichkeit, ÖJZ 2019, 705 (710).

Der Einwand der Unerschwinglichkeit steht grundsätzlich nur dem sachleistungspflichtigen Vertragsteil zu, da nach der Rechtsprechung⁶⁹ die Erfüllung einer Geldschuld niemals als dauerhaft unmöglich anzusehen ist.⁷⁰

Wo genau die Grenze zur Unerschwinglichkeit zu ziehen ist, wird durch die Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet:⁷¹

Nach der älteren Judikatur⁷² müsse nach einer wiederholt verwendeten Formulierung die Vertragserfüllung zur Berufung auf das Argument der Unerschwinglichkeit für den Schuldner die „*Vernichtung der eigenen wirtschaftlichen Existenz*“ oder das „*wirtschaftliche Verderben*“ zur Folge haben.

Von dieser sog. „Ruinrechtsprechung“ ist der OGH schon vor geraumer Zeit abgegangen. Die neuere Judikaturlinie⁷³ lässt – worauf bereits *Pisko/Gschnitzer*⁷⁴ und *Reischauer*⁷⁵ hingewiesen haben – bereits eine **erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Existenz** genügen.

Das grundsätzlich von beiden Judikaturlinien verfolgte Konzept der Unerschwinglichkeit ist aber mE dann problematisch, wenn damit nicht an objektiven Kriterien, sondern an die subjektive Leistungsfähigkeit des jeweiligen Schuldners angeknüpft wird. Ein isoliertes Abstellen auf subjektive Voraussetzungen führt jedoch zu dem nicht sachgerechten Ergebnis, dass einem wirtschaftlich schlechter gestellten oder kleineren Unternehmen der Einwand der Unerschwinglichkeit eher offensteht, als etwa einem finanzstarken Konzern, bloß weil letzterer die Möglichkeit hat, Verluste intern besser zu streuen bzw. zu kompensieren.⁷⁶ Ein reines Abstellen auf die subjektive Leistungsfähigkeit zur Begründung der Unerschwinglichkeit würde also dazu führen, dass verschiedene Auftragnehmer, welche – wie gegenständlich vorliegend – vor genau demselben Problem stehen, vom Gesetz verschieden behandelt würden. Die lediglich unter dem Blickwinkel des „deep pocket“ getroffene und damit sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte ist jedoch schon unter

⁶⁹ Vgl OGH 1 Ob 582/49; 1 Ob 412/50; 1 Ob 520/96.

⁷⁰ Der Geldschuldner kann sich jedoch – was aufgrund der vorgegebenen Fragestellung hier nicht näher zu untersuchen ist – bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen unter Umständen auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. bei Dauerschuldverhältnissen auf die Auflösung des Vertrages durch außerordentliche Kündigung (aus wichtigem Grund) berufen (vgl *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/1, 27/3).

⁷¹ *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/2.

⁷² Sog. „Ruinrechtsprechung“, OGH 3 Ob 589/51; weitere Nachweise *Holly in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/2; *Pisko/Gschnitzer* in Klang VI² 544.

⁷³ OGH 1 Ob 524/85; 7 Ob 538/88; 10 Ob 326/02t; 8 Ob 86/06i; 4 Ob 196/08i.

⁷⁴ *Pisko/Gschnitzer* in Klang VI² 544.

⁷⁵ *Reischauer in Rummel*³ § 920 Rz 14.

⁷⁶ Zutreffend *Thunhart*, Der Einwand der Unerschwinglichkeit, ÖJZ 2019, 705 (707); vgl auch zur parallelen Argumentation bei der Geschäftsgrundlage ebenfalls kritisch: *Walter Doralt*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, 491 (494).

verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zulässig.

Diesen Wertungswiderspruch erkennend, will *F. Bydlinski*⁷⁷ deshalb auf die Leistungsfähigkeit eines „wirtschaftlich gesunden“ Vertragspartners abstellen; er lässt jedoch offen, wie diese Maßfigur zu definieren sei.⁷⁸

In Deutschland wurde die Problematik in Bezug auf die Heranziehung rein subjektiver Faktoren bereits in 1920er Jahren durch das Reichsgericht aufgegriffen und ausgesprochen, dass die Heranziehung der subjektiven Leistungsfähigkeit zur Beurteilung, ob der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit ist, abzulehnen sei; dies mit dem zutreffenden Argument, dass die Verbindlichkeit eines Vertrages nicht davon abhängen könne, ob man einen vermögenden oder unvermögenden Schuldner vor sich hat.⁷⁹

Diese Grundsätze aus der dRsp wurden schließlich 2001 im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im neugefassten § 275 Abs 2 dBGB über den Ausschluss der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit gesetzlich verankert. Der genannten Bestimmung zufolge kann der Schuldner „*die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht*“ (Hervorhebung nicht im Original).

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit setzt nach dieser **Bestimmung nicht** voraus, dass der Schuldner an die Grenze seiner persönlichen Leistungsfähigkeit stößt. Er kann sich sohin selbst dann auf den Einwand berufen, wenn er **zwar wirtschaftlich in der Lage** wäre, zu erfüllen, der **Kostenaufwand jedoch in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung** steht. Maßgeblich ist lediglich, ob ein **grobes Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt.

Ähnlich diesem Anknüpfungspunkt des deutschen Gesetzgebers hat auch der OGH⁸⁰ Unerschwinglichkeit in der Vergangenheit bereits wiederholt angenommen, wenn der zur Bewirkung der Leistung notwendige **Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung** selbst steht, sodass sich diese schon **objektiv** als eine unvernünftige und wirtschaftlich sinnlose darstellen würde. So etwa hat der OGH die Lieferung von Linoleum in einer nicht mehr produzierten Qualität als unerschwinglich beurteilt, weil dies eine Umstellung des Produktionsprozesses erfordert hätte und damit teurer gekommen wäre, als die Produktion höherwertigen Linoleums.⁸¹

⁷⁷ *F. Bydlinski*, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht, ÖBA 1996, 507.

⁷⁸ Ebenso schon *Walter Doralt*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBI 2020, 491 (494).

⁷⁹ RG II 247/21 RGZ 103,177; *Thunhart*, Der Einwand der Unerschwinglichkeit, ÖJZ 2019, 705 (712).

⁸⁰ OGH 8 Ob 102/63; 7 Ob 159/70; 5 Ob 109/71; 7 Ob 639/80; 1 Ob 524/85; 7 Ob 538/88 (7 Ob 539/88, 7 Ob 540/88); 3 Ob 37/94; 10 Ob 326/02t; 8 Ob 86/06i; 7 Ob 255/06k; 4 Ob 196/08i; 7 Ob 152/18f (7 Ob 204/18b).

⁸¹ OGH 7 Ob 70/63.

Unerschwinglichkeit wurde ferner angenommen, wenn – wie im vorliegenden Zusammenhang in Rede stehend – die **Kosten für die eigene Leistung außer jedem Verhältnis** zur versprochenen (oder bereits erbrachten) **Gegenleistung** stehen.⁸² Der OGH stellte dabei nicht darauf ab, ob die Bestreitung des Aufwands für den Schuldner auch subjektiv ein empfindliches Opfer darstellte, vielmehr kam es ihm auf das Vorliegen eines groben Missverhältnisses an (**objektiver Maßstab**).⁸³ Wie gesagt, kommt schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nur die Heranziehung von objektiven Kriterien in Frage. Mit der jüngeren Judikatur des OGH ist für die Beurteilung der Unerschwinglichkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung entscheidend.

Unter welchen konkreten Voraussetzungen von einem groben Missverhältnis auszugehen ist, ist **einzelfallabhängig** und wird daher durch die Rechtsprechung nicht eindeutig beantwortet. Eine exakte Bestimmung des Leistungsinteresses des Gläubigers wird in vielen Fällen ohnedies nicht möglich sein, da nicht selten auch immaterielle Aspekte eine Rolle spielen.

Nach *Thunhart*⁸⁴ sei die Berufung des Schuldners auf § 1447 ABB jedenfalls aber dann möglich, wenn sein **Aufwand den Nutzen** des Gläubigers **klar und deutlich übersteigt**. Obwohl der Abwägung des Aufwands mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers – wie auch § 275 Abs 2 dBGB zeigt – durchaus Bedeutung zukommen kann, handelt es sich dabei wohl nicht um den zentralen Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Unerschwinglichkeit. In den meisten Fällen wird nämlich der Gläubiger ein ganz eminentes Interesse an der Leistung haben. Nur in besonderen Konstellationen wird dies anders sein. So hatte der deutsche BGH einen Fall zu entscheiden, bei dem die Sanierung eines kontaminierten Ackers teurer gekommen wäre als der Erwerb einer gleichwertigen Fläche.⁸⁵ Hier kann bei entsprechendem Wertverhältnissen tatsächlich das Interesse des Eigentümers des Ackers an der Sanierung der Liegenschaft deshalb klar hinter dem Aufwand zurückbleiben. Das Integritätsinteresse des Eigentümers wird ja dann durch den deutlich weniger kostenaufwändigen Erwerb eines anderen Grundstücks vollständig gewahrt.

Wie gesagt, wird ein deutliches Missverhältnis des Aufwandes zu den Gläubigerinteressen eher die Ausnahme sein. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann durch eine exorbitante Steigerung der Einkaufspreise eine wirtschaftliche Unmöglichkeit eintreten. Bei der Beurteilung der Unerschwinglichkeit muss – was auch der jüngeren höchstgerichtlichen Judikatur entspricht – daher das Verhältnis von Aufwand und Entgelt im Mittelpunkt stehen.

Dem – wegen der erst nachträglich eintretenden Diskrepanz – unmittelbar zwar nicht

⁸² OGH 1 Ob 524/85; 10 Ob 326/02t; 8 Ob 86/06i mwN.

⁸³ Dazu *Thunhart*, Der Einwand der Unerschwinglichkeit, ÖJZ 2019, 705 (708).

⁸⁴ *Thunhart*, Der Einwand der Unerschwinglichkeit, ÖJZ 2019, 705 (712).

⁸⁵ BGH V ZR 244/09 NJW 2010, 2341 = MDR 2010, 1044.

passende **§ 934 ABGB (laesio enormis)** ist die Basiswertung zu entnehmen, dass die Verkürzung über die Hälfte von unserer Rechtsordnung nicht gebilligt wird. Diese Basiswertung kann auf die Relation von Aufwand und Werklohn übertragen werden. Das Überschreiten dieser Schwelle führt daher mE jedenfalls zur Bejahung der Unerschwinglichkeit.⁸⁶ Gerade bei größeren Projekten, bei denen der Verlust in absoluten Zahlen ein enormes Ausmaß annehmen kann wird aber auch dann Unerschwinglichkeit zu bejahen sein, wenn keine Verkürzung über die Hälfte vorliegt.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass eine Existenzbedrohung bzw. erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners zur Annahme der Unerschwinglichkeit keine zwingende Voraussetzung ist. Vielmehr kommt es auf das **Verhältnis zwischen Aufwand und Gegenleistung** und das Vorliegen eines **groben Missverhältnisses** an. Das Vorliegen von wirtschaftlicher Unmöglichkeit ist somit anhand eines **objektiven Maßstabes** zu beurteilen. Auf die subjektive Leistungsfähigkeit des Schuldners kommt es nicht an.

d) Unerschwinglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen - außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

Da Bauprojekte oft über längere Zeiträume abgewickelt werden, nimmt der Bauwerkvertrag eine Zwischenstellung zwischen Zielschuld- und Dauerschuldverhältnissen ein.

Die Unterscheidung ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch wenig bedeutsam, zumal die Rechtsprechung auch bei Dauerschuldverhältnissen die (weder verschuldete, noch vorhersehbare) wirtschaftliche Unmöglichkeit nach **§ 1447 ABGB** aufgrund nachträglicher Erschwerung der Leistung mit der Konsequenz den Zielschuldverhältnissen gleichstellt, dass sich die hiervon betroffene Partei vom Vertrag wegen Unzumutbarkeit aus wichtigem Grund lösen kann.

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Fortsetzung eines Vertrages zu den bisherigen Bedingungen unzumutbar macht, wird auch für den Fall befürwortet, dass zwar nicht ein einzelner Vertrag für sich genommen, wohl aber mehrere Verträge in ihrer Gesamtheit die wirtschaftliche Existenz infrage stellen (**§ 1447 ABGB analog**).

Was den Unterschied zum Auflösungsgrund der Unerschwinglichkeit bei Zielschuldverhältnissen zu jenem der außerordentlichen Kündigung wegen nachträglicher

⁸⁶ Vgl auch *F. Bydlinski*, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht, ÖBA 1996, 509; *Fink*, COVID-19 und die Bauzeit, ImmoZak 2020/30. Kritisch dazu *Walter Doralt* (Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, 491 (494)), der der *laesio enormis* aber ganz generell skeptisch gegenübersteht.

Erschwerung der geschuldeten Leistung anlangt, wird von *Pisko/Gschnitzer*⁸⁷ und der Rechtsprechung⁸⁸ die Ansicht vertreten, dass die nachträgliche Leistungser schwerung auch dann einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dauerschuldverhältnisses durch außerordentliche Kündigung darstellen könne, wenn die Erschwernis nicht so weit geht, dass von einer der rechtlichen Unmöglichkeit gleichartigen Situation iSd § 1447 gesprochen werden kann.⁸⁹ Im Übrigen gelten obige Ausführungen.

7. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Wie erwähnt, wird die Unerschwinglichkeit von einem Teil der Lehre unter dem Titel des Wegfalls der Geschäftsgrundlage behandelt.

Insofern plädieren manche⁹⁰ im Hinblick auf die aktuelle Situation zur Anpassung der Werkverträge für das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Dazu ist festzuhalten, dass die Lehre vom Fortfall der Geschäftsgrundlage als **subsidiärer Rechtsbehelf** lediglich der Lückenfüllung dient.⁹¹ Voraussetzung ist, dass der konkrete Fall weder im Vertrag, noch im Gesetz einer Regelung zugeführt worden ist („Doppellücke“). Aus dem Gebot der Subsidiarität folgt, dass eine Vertragslücke zunächst mithilfe des objektiven Rechts zu schließen ist, mag dieses selbst auch nur im Wege der Analogie eruiert werden können.

Da das Gesetz eine passende Regelung für die Fälle der vom Schuldner nicht zu vertretenden, wirtschaftlichen Unmöglichkeit vorsieht, ist mE dem Teil der Lehre beizupflichten, welcher die Unerschwinglichkeit unter dem Tatbestand der zufälligen, nachträglichen Unmöglichkeit des § 1447 ABGB behandelt.

Die rechtsdogmatische Einordnung kann aber insofern dahingestellt bleiben, als auch die Subsumtion unter den Titel des Fortfalls der Geschäftsgrundlage zum selben Ergebnis (Vertragsaufhebung oder -anpassung) führt.

8. Übertragung auf die COVID-19-Pandemie

a) Allgemeines

Die Covid-19-Pandemie hat eine Vielzahl von Störungen bei der Leistungserbringung hervorgerufen, die alle gemein haben, dass sie unvorhersehbar waren und kein Vertragsteil diesen Eintritt in irgendeiner Form zu verantworten hat. Dasselbe trifft zweifelsohne auch auf

⁸⁷ *Pisko/Gschnitzer* in Klang VI² 545.

⁸⁸ OGH 6 Ob 204/58; 1 Ob 676/82; 1 Ob 524/85; 5 Ob 650/88 ua.

⁸⁹ *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1447 Rz 27/1.

⁹⁰ Vgl etwa *Graf/Brandstätter*, Rechtliche Auswirkungen von COVID-19 auf Bauvorhaben, ZAK 2020, 127 (128); *Gallistel/Lessiak*, ZVB 2020, 171.

⁹¹ Vgl dazu jüngst *Walter Doralt*, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBl 2020, (491) 499.

die hier interessierenden Preissteigerungen zu.

Wurden Festpreise vereinbart, trifft grundsätzlich den Auftragnehmer das Kalkulationsrisiko. Nachträgliche Veränderungen der Preisansätze können daher im Normalfall durch den Auftragnehmer nicht im Wege einer einseitigen Werklohnanpassung geltend gemacht werden.

Der allgemeinen Gefahrtragung sind durch die Rechtsordnung jedoch Grenzen gesetzt: Kommt es zu **unabwendbaren, außergewöhnlichen Preisveränderungen**, die - wie zB bei höherer Gewalt - im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **nicht vorherzusehen** und auch nicht vom Werkunternehmer zu vertreten sind, kann dieser bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einseitig Vertragsanpassung oder -aufhebung begehren.

Zu berücksichtigen ist, dass sich die vorliegende Frage beim Bauwerkvertrag nur in Bezug auf jene Fälle stellt, in welchen das Risiko nachträglicher Kostenerhöhungen nach Gesetz oder Vertrag dem Auftragnehmer zugeordnet ist.

Trifft das Risiko hingegen den Auftraggeber, ist der Auftragnehmer ohnedies berechtigt, jede auf den Umstand aus der Bestellersphäre zurückzuführende Preiserhöhung im Rahmen einer Mehrkostenforderung nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw. nach Pkt. 7.4 der ÖNORM B 2110 geltend zu machen.

b) Die Behandlung von Preissteigerungen bei höherer Gewalt nach den ÖNORMEN B 2110 und B 2118

Wie im ersten Teil der Begutachtung zum Themenbereich Lieferengpässe ausgeführt wurde, ist die Corona-Pandemie eindeutig als ein Ereignis **höherer Gewalt** anzusehen, das von den Vertragsparteien weder vorhersehbar noch beherrschbar war.

Die Auswirkungen von Ereignissen höherer Gewalt fallen im Anwendungsbereich der **ÖNORM B 2110 (bzw. B 2118)** - und damit auch die pandemie-bedingte Erhöhung der Rohstoffpreise - in die **Risikosphäre des Auftraggebers**.

Die darauf zurückzuführenden Mehraufwendungen können somit vom Auftragnehmer im Rahmen einer Mehrkostenforderung gemäß Pkt. 7.4 ÖNROM B 2110 geltend gemacht werden.

c) Die Behandlung von Preissteigerungen bei höherer Gewalt nach ABGB

Wie bereits zum Thema Lieferengpässe im Detail gezeigt wurde, ist im Anwendungsbereich

des **ABGB** die **höhere Gewalt** samt ihren Auswirkungen als **Sonderfall** innerhalb der grundsätzlich den Auftragnehmer treffenden neutralen Sphäre anzusiedeln.

Als Sonderfall unterliegt sie daher einem anderen Regime, als gewöhnliche Zufälle. Dem aus §§ 1104f und 1155 ABGB abzuleitenden, allgemeinen Rechtsgrundsatz folgt nach der hier vertretenen Ansicht ein **zeitweiliges Aussetzen** der wechselseitigen, vertraglichen Pflichten.

Voraussetzung ist, dass sowohl das Ereignis, als auch die darauf zurückzuführenden Folgen außergewöhnlich und für den Auftragnehmer trotz Anwendbarkeit jeder erdenklichen Sorgfalt weder vorhersehbar noch abwendbar sind.

Diese Voraussetzung trifft auf den vorliegenden Sachverhalt zu: Sowohl die Corona-Krise als auch der daraus resultierende, exorbitante Anstieg der Ankaufpreise für Baustoffe war ex ante weder vorherzusehen noch konnte die Entwicklung auf irgendeine Art und Weise abgewendet werden.

Haben Werkunternehmer daher vor Ausbruch der Pandemie Festpreise zugesagt, in Bezug auf welche die Materialpreise nun corona-bedingt unerwartet „explodiert“ sind, so führt dies analog zu §§ 1104f und 1155 ABGB zu einer Art **zeitweiligen Wegfall der Geschäftsgrundlage**. Dies bewirkt, dass die wechselseitigen Leistungspflichten vorübergehend zum Erliegen kommen. Das wiederum bedeutet, dass der Auftragnehmer einerseits bis zum Wegfall des Hindernisses mit der weiteren Werkerstellung innehalten kann; andererseits ist auch der Auftraggeber für die Zeit des Stillstandes von der betreffenden Werklohnzahlungsverpflichtung befreit, sofern er nicht bei Vertragsabschluss klar zu verstehen gegeben hat, auch zur Bezahlung des höheren Werklohnes bereit zu sein.

d) Unerschwinglichkeit

Als weiteres Notventil bei exorbitanten Preisanstiegen bietet sich dem Auftragnehmer das auf alle schuldrechtliche Verträge anzuwendende Rechtsinstitut der wirtschaftlichen Unmöglichkeit nach § 1447 ABGB (zufällige, nachträgliche Unmöglichkeit).

Auch die Frage der Vertragsanpassung infolge wirtschaftlicher Unmöglichkeit stellt sich im Ergebnis nur in jenen Fällen, wo das Risiko für nachträgliche Kostenschwankungen den Auftragnehmer trifft. Fällt die Ursache für den Preisanstieg in die Risikosphäre des Auftraggebers, kann der Auftragnehmer, wie erwähnt, ohnedies mit einer Mehrkostenforderung auf die Erhöhung der Preise reagieren.

Dem geldleistungspflichtigen Auftraggeber steht der Einwand der Unerschwinglichkeit hingegen nicht zu, zumal nach der Rechtsprechung ein Mangel an Zahlungsmitteln nie als

Leistungsunmöglichkeit zu werten ist, selbst wenn seine Beseitigung im Einzelfall unwahrscheinlich sein mag.⁹²

Da die Corona-Pandemie als ein Ereignis höherer Gewalt nach den ÖNORMEN B 2110 und B 2118 gemäß Pkt 7.2.1 jeweils dem Auftraggeber zugeordnet ist, ist beim ÖNORMEN-Bauvertrag die Unerschwinglichkeit nach § 1447 ABGB kein Thema.

Anders gestaltet sich die Situation nach ABGB, wo die höhere Gewalt in die neutrale Sphäre fällt und damit im Ergebnis den zum Erfolg verpflichteten Werkunternehmer trifft:

Ist das Einhalten der Leistungspflicht angesichts der vom Werkunternehmer weder verschuldeten noch vorhergesehenen Mehrkosten mit einer erheblichen Existenzgefährdung verbunden, ist auf Grundlage der obigen Rechtsprechung des OGH Unerschwinglichkeit bzw. wirtschaftliche Unmöglichkeit jedenfalls anzunehmen.

Dass der außergewöhnliche Anstieg der Rohstoffpreise ein allgemeines Phänomen ist, ändert daran nichts; ebenso wenig der Umstand, dass sich die Marktlage in absehbarer Zeit möglicherweise wieder ändern wird. Denn dies kommt denjenigen nicht zugute, die in der Phase der hohen Preise, mit denen bei Vertragsschluss nicht gerechnet wurde und werden konnte, die Materialien zur Einhaltung der Fertigstellungstermine einzukaufen haben.

Führt die Einhaltung des Vertrages hingegen noch zu keiner existenziellen Bedrohung oder erheblichen Existenzgefährdung, kann dennoch Unerschwinglichkeit vorliegen, sofern die Erfüllung ein grobes Missverhältnis zwischen Aufwand und Entgelt bewirken würde. Wo genau die Grenze liegt, ist im Einzelfall zu beurteilen, wird aber mE jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Schwelle zur *laesio enormis* (§ 934 ABGB) erreicht ist.

Betrifft die unerschwingliche Leistung einen aus dem übrigen Vertragszusammenhang lösbaren Teilaspekt des bestehenden Schuldverhältnisses, dann führt die Unerschwinglichkeit nicht zur Auflösung des gesamten Vertrages, sondern vielmehr nur zum Zerfall des betroffenen Vertragsteils.

⁹²OGH Ob 582/49; 1 Ob 412/50; 1 Ob 520/96; RIS-Justiz RS0103632; in Extremfällen könnte aber die Geschäftsgrundlage weggefallen sein.

C. Beantwortung der untersuchten Fragen

Welche Möglichkeiten der einseitigen Vertragsanpassung bzw. -auflösung eines bestehenden Bauvertrags gibt es und welches Vorgehen nach den Regeln der ÖNORM B 2110 ist geboten, wenn sich herausstellt, dass die Preiskalkulation auf bei Vertragsabschluss angenommenen Umständen im Hinblick auf die Preise und Verfügbarkeit von Baustoffen und -materialien beruht, die sich nachträglich auf unvorhersehbare Weise geändert haben?

Zunächst ist nach der Art der Preisvereinbarung zu unterscheiden:

Liegen dem Bauwerkvertrag variable Preise zugrunde, liegt das Risiko nachträglicher Preisschwankungen grundsätzlich beim Auftraggeber. Die Zulässigkeit der Werklohnanpassung bei nachträglichen Kostenschwankungen ist sohin Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung. In diesem Kontext ist die vorliegende Thematik daher weitgehend entschärft. Für den Fall, dass die Indexentwicklung nicht der tatsächlichen Kostenentwicklung entspricht, gilt indes das nachfolgend Ausgeführte.

Sind Fixpreise vereinbart, liegt das Kalkulationsrisiko grundsätzlich beim Auftragnehmer. Vom übernommenen Risiko sind jedoch nur gewöhnliche Schwankungen umfasst, mit welchen schon bei Vertragsabschluss zu rechnen war.

Die Covid-19-Pandemie ist sowohl ein außergewöhnliches als auch unabwendbares Ereignis und daher als höhere Gewalt einzustufen.

Kommt es zu Preisveränderungen, die auf ein Ereignis höherer Gewalt zurückzuführen sind, ist danach zu differenzieren, ob der Werkvertrag auf Basis des ABGB geschlossen oder ob die Anwendung der ÖNORM B 2110 bzw B 2118 vereinbart wurde:

Beim ÖNORM-Bauwerkvertrag ist das Risiko der höheren Gewalt gemäß Pkt 7.2 der Sphäre des Auftraggebers zugewiesen. Der Auftragnehmer kann darauf zurückzuführende Mehrkosten für Baustoffe und -materialien sohin im Rahmen einer Vertragsanpassung nach Pkt 7.4 einseitig beanspruchen.

Etwas diffiziler gestaltet sich die Rechtslage beim ABGB-Vertrag:

- Nach den allgemeinen Gefahrtragungsregeln (§§ 1168f ABGB) fällt das Risiko

der höheren Gewalt in die neutrale Sphäre, welche im Ergebnis den zum Erfolg verpflichteten Auftragnehmer trifft. Die höhere Gewalt bildet jedoch einen Sonderfall innerhalb der neutralen Sphäre und unterliegt daher einem anderen Regime, als gewöhnliche Zufälle. Aus dem unter anderem aus §§ 1104f ABGB systematisch abzuleitenden, allgemeinen Rechtsgrundsatz folgt ein zeitweiliges Aussetzen der wechselseitigen, vertraglichen Pflichten.

Haben Auftragnehmer daher vor Ausbruch der Pandemie Festpreise zugesagt, in Bezug auf welche die Materialpreise nun corona-bedingt unerwartet „explodiert“ sind, so führt dies analog zu §§ 1104f ABGB zu einer Art zeitweiligem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dies bewirkt, dass die wechselseitigen Leistungspflichten vorübergehend zum Erliegen kommen. Das wiederum bedeutet, dass der Auftragnehmer einerseits bis zum Wegfall des Hindernisses mit der weiteren Werkerstellung innehalten kann; andererseits ist auch der Auftraggeber für die Zeit des Stillstandes von der betreffenden Werklohnzahlungsverpflichtung befreit, sofern er nicht klar zu verstehen gegeben hat, auch zur Bezahlung des höheren Werklohnes bereit zu sein.

- Ein weiteres Notventil bei unerwarteten, exorbitanten Preisanstiegen bietet das auf alle schuldrechtlichen Verträge anzuwendende Rechtsinstitut der wirtschaftlichen Unmöglichkeit nach § 1447 ABGB (zufällige, nachträgliche Unmöglichkeit).

Ist das Einhalten der Leistungspflicht angesichts der vom Werkunternehmer weder verschuldeten noch vorhergesehenen Mehrkosten mit einer erheblichen Existenzverschlechterung verbunden, ist gemäß Rechtsprechung des OGH Unerschwinglichkeit bzw. wirtschaftliche Unmöglichkeit jedenfalls anzunehmen.

Jedoch selbst wenn die Einhaltung des Vertrages noch zu keiner existenziellen Bedrohung führt, kann Unerschwinglichkeit dennoch vorliegen, sofern die Erfüllung ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bewirken würde. Wo genau die Grenze liegt, ist im Einzelfall zu beurteilen, wird aber mE jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Schwelle zur *laesio enormis* (§ 934 ABGB) erreicht ist. Außer bei Vorliegen eines Fixgeschäftes, kommt es daher zur Vertragsanpassung.

I. B 2110 allgemein

1. Wie ist die Regelung in Pkt 7.2.2 (Dispositionen des AN) im Verhältnis zu 7.2.1 im Hinblick auf Preissteigerungen und Lieferengpässe zu verstehen?

Die in **Punkt 7.2.2** erwähnten „*Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer*“ kann nicht zu einer Zuordnung von pandemiebedingten Lieferengpässen oder Preissteigerung zum AN führen. Diese Bestimmung stellt ja ganz eindeutig auf „**Dispositionen**“ des AN, der Subunternehmer oder Lieferanten ab. Das heißt, es geht um Risiken, die sich aus Verfügungen und Entscheidungen dieser Personen ergeben. Dass damit nicht die Fälle der höheren Gewalt erfasst sind, ergibt sich schon aus der Definition der höheren Gewalt, die sich in ihren entscheidenden Elementen in Punkt 7.2.1 Z 2 ÖNORM B 2110 wiederfindet: Es muss sich um ein **außergewöhnliches** und mit höchstmöglicher Sorgfalt **nicht abwendbares** Ereignis handeln. Eine Disposition ist weder das eine noch das andere. Es geht bei den von der ÖNORM dem AG zugewiesenen Fällen um das Unvorhersehbare und das Unabwendbare, nicht um Dispositionen, die definitionsgemäß einen Handlungsspielraum voraussetzen.

2. Abgrenzung möglich, was der Auftragnehmer vorhersehen können muss?

Wenn für den Auftragnehmer bereits erkennbar war, wie er durch ihm zumutbare Maßnahmen den Lieferengpass oder die Preissteigerung verhindern hätte können, wird er auch entsprechende Maßnahmen setzen müssen. Eine klare Definition, welche Maßnahmen zu welchem Zeitpunkt zu setzen sind, ist nicht möglich.

3. Abgrenzung möglich, was ein Auftragnehmer tun muss, um die Auswirkung eines Engpasses oder einer Preissteigerung abzuwenden?

Für diesen Punkt gilt sinngemäß das unter dem vorigen Punkt Gesagte.

II. B 2110 vereinbart – Lieferengpässe (kein Material erhältlich)

1. In die Sphäre welcher Partei fällt eine Leistungsstörung, die daraus resultiert, dass für die Leistungserbringung notwendige Baumaterialien oder Baustoffe nicht oder nur eingeschränkt erhältlich sind?

Wenn die Baumaterialien und Baustoffe auf Grund der COVID-19-Pandemie nicht oder nur eingeschränkt erhältlich sind, fällt dies nach Pkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 (bzw B 2118) in die Sphäre des Auftraggebers.

2. Falls die Rechtsfolgen unterschiedliche sind: Sind die Folgen eines Lieferengpasses nach den Regeln zur Unmöglichkeit oder zum Verzug zu behandeln? Spielt hier die Formulierung in Pkt 7.2.1 Abs 3 Z 1 „vertragsgemäße Erfüllung“ eine Rolle?

ME fallen die Lieferengpässe, die durch die Pandemie entstanden sind, als Folgen der höheren Gewalt nach den ÖNORMEN in die Sphäre des Auftraggebers. Es liegt damit also eine Leistungsabweichung vor, die nicht der Sphäre des Auftragnehmers entstammt. Sollte eine Leistungserbringung dauerhaft nicht möglich sein, so läge eine Unmöglichkeit nach § 1447 ABGB vor. Sollte die Leistungserbringung nur zeitweilig unmöglich sein, so liegt eine temporärer Entfall der Geschäftsgrundlage bzw eine temporäre Unmöglichkeit vor. Da allerdings, wie gesagt, eine Leistungsabweichung aus der Sphäre des Auftraggebers vorliegt, zöge dies die Rechtsfolgen des Pkt 7.4 ÖNORM B 2110 nach sich (Anpassung Leistungsfrist und Mehrkostenforderung).

3. Hat ein Auftragnehmer einen aus Lieferengpässen entstehenden Verzug zu vertreten?

Dies ist zu verneinen. Da eine Störung der Leistungserbringung vorliegt, die nach Pkt 7.2 der ÖNORM B 2110 in die Sphäre des Auftraggebers fällt.

4. Entsteht ein Anspruch auf Leistung einer Vertragsstrafe gem Pkt 6.5.3 der ÖNORM B 2110?

Dies ist ebenfalls zu verneinen. Es liegt kein Verzug vor. Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe setzt aber sogar einen schuldhaften Verzug. Diese Bestimmung sieht lediglich eine Beweislastumkehr für das Verschulden vor.

5. Entsteht ein Anspruch auf Leistung einer allenfalls vereinbarten verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe?

Da mE weder nach ABGB noch nach der ÖNORM ein Verzug vorliegt, besteht auch kein Anspruch bei Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe. Selbst bei Annahme eines Verzugs fehlte es aber jedenfalls an der Rechtswidrigkeit, weshalb auch dann kein Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe bestünde.

6. Welche in der Norm vorgesehenen Gründe berechtigen den Auftraggeber bzw. den Auftragnehmer zum Rücktritt vom Vertrag mit welchen Rechtsfolgen?

Jeder Vertragsteil kann nach Pkt 5.8.1 Z 6 ÖNORM B 2110 vom Vertrag zurücktreten, wenn eine Behinderung länger als drei Monate andauert.

III. B 2110 vereinbart - Preissteigerungen

1. Wenn Festpreise vereinbart wurden: Übernimmt der Auftragnehmer damit auch das Risiko unvorhersehbarer nachträglicher Änderungen im Bereich der Kalkulationsgrundlagen? Welche Bestimmungen sind bei der Beurteilung dieser Frage maßgeblich?

Wie oben bereits ausgeführt wurde, trifft beim ÖNORM-Bauwerkvertrag das Risiko höherer Gewalt, zu welcher auch die Corona-Pandemie-bedingten Auswirkungen gehören, gemäß Pkt. 7.2 den Auftraggeber. Der Auftragnehmer kann darauf zurückzuführende, unvorhersehbare Änderungen der Kalkulationsgrundlagen daher im Rahmen einer Mehrkostenforderung nach Pkt 7.4 geltend machen.

2. Bedeutung, ob und wie weit Kalkulationsgrundlagen offengelegt wurden?

Aus Sicht des Unterfertigten ist die Nichtoffenlegung bzw. Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang. Die Vertragsanpassung kann bei Vorliegen der Voraussetzungen unabhängig davon erfolgen.

3. Ist eine Mehrkostenforderung auch bei der Vereinbarung veränderlicher Preise möglich?

Da veränderliche Preise für gewöhnlich an Indices gekoppelt werden, deren Entwicklung jedoch nicht zwingend der tatsächlichen Kostenentwicklung entsprechen muss, ist auch

bei variablen Preisen die Geltendmachung einer Mehrkostenforderung durchaus denkbar und auch möglich.

IV. ABGB - Lieferengpässe (kein Material erhältlich)

1. Handelt es sich bei unvorhersehbaren Preissteigerungen und Lieferengpässen um höhere Gewalt?

Lieferengpässe und Preissteigerungen, die durch die COVID-19-Pandemie verursacht wurden und denen der Auftragnehmer nicht ausweichen kann, sind die Folge höherer Gewalt.

2. Fall nachträglicher Unmöglichkeit? Rechtsfolgen?

Liegt eine nachträgliche Unmöglichkeit vor, an der den AN kein Verschulden trifft, so wird der Vertrag nach § 1447 ABGB aufgelöst. Eine durch die Pandemie verursachte Unmöglichkeit ist vom AN nicht verschuldet, weshalb es zur Auflösung nach dieser Bestimmung kommt. Eine Rücktrittserklärung ist nach herrschender Ansicht nicht erforderlich. Der Vertrag ist bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln.

V. ABGB - Preissteigerungen

1. Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB?

Die Anwendbarkeit von § 879 Abs 1 ABGB scheidet im gegenständlichen Zusammenhang insbesondere vor dem Hintergrund aus, dass für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist. Nachträgliche Änderungen der Umstände können daher allgemein keine Nichtigkeit von Vereinbarungen begründen.

2. Unerschwinglichkeit? - Voraussetzungen?

§ 1447 ABGB regelt in Abgrenzung zu den §§ 920 f ABGB über die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, die nachträgliche, auf Zufall beruhende Unmöglichkeit der Leistung.

Die Rechtsprechung wendet § 1447 ABGB auch auf Fälle an, in denen die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung durch eine nachträgliche Änderung der Umstände

für den Schuldner „unerschwinglich“ wird. Das Schuldverhältnis erlischt je nach Bedeutung der infolge Unerschwinglichkeit ausfallenden Leistung entweder zur Gänze oder zum Teil; Letzteres führt zur Vertragsanpassung.

Die Erfüllung des Tatbestandes setzt Folgendes voraus:

- Die Unmöglichkeit ist zurückzuführen auf ein zufälliges Ereignis (zB höhere Gewalt);
- sie wurde vom Auftragnehmer weder verschuldet noch ist diese sonstwie subjektiv vorwerfbar (zB weil er entsprechende Vorsorge hätte treffen können, dies aber unterlassen hat).
- die Unerschwinglichkeit war für den Auftragnehmer nicht vorhersehbar;
- die Preissteigerung ist exorbitant; es reicht sohin nicht, dass die Erfüllung lediglich beschwerlicher oder kostenintensiver geworden ist; keinesfalls kann sich der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreien, wenn der Aufwand noch in der Gegenleistung gedeckt ist.

Wo genau die Grenze zur Unerschwinglichkeit zu ziehen ist, wird durch die Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Wie eingangs gesagt, scheint jedoch nach der sogenannten „Ruinrechtsprechung“ des OGH, wenn die Erfüllung eine Existenzbedrohung bzw. erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners bedeuten würde, jedenfalls Unerschwinglichkeit begründet zu sein. Jedoch selbst wenn die Einhaltung des Vertrages noch zu keiner existenziellen Bedrohung führt, kann Unerschwinglichkeit dennoch vorliegen, sofern die Erfüllung ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bewirken würde. Wo genau die Grenze liegt, ist im Einzelfall zu beurteilen, wird aber mE jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Schwelle zur *laesio enormis* (§ 934 ABGB) erreicht ist. Außer bei Vorliegen eines Fixgeschäftes, kommt es daher zur Vertragsanpassung.

3. Wann ist die Unerschwinglichkeit nicht vom Werkunternehmer zu vertreten?

Die Unerschwinglichkeit ist dann nicht vom Werkunternehmer zu vertreten, wenn die Preisveränderung auf einem zufälligen Ereignis (zB höhere Gewalt) beruht und für diesen weder vorhersehbar noch abwendbar ist.

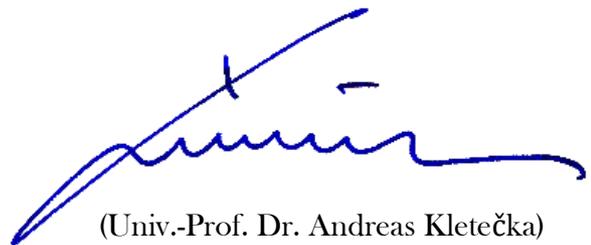
4. Wegfall der Geschäftsgrundlage in diesem Zusammenhang?

Beim ABGB-Bauwerkvertrag fällt die höhere Gewalt zwar grundsätzlich in die vom Auftragnehmer zu tragende, neutrale Sphäre. Sie ist jedoch als Sonderfall anders zu behandeln, als gewöhnliche Zufälle. Wie zur einleitenden Fragestellung bereits dargelegt,

folgt aus dem unter anderem aus §§ 1104f ABGB abzuleitenden, allgemeinen Rechtsgrundsatz ein temporäres Aussetzen der wechselseitigen, vertraglichen Pflichten.

Haben Auftragnehmer daher vor Ausbruch der Pandemie Festpreise zugesagt, in Bezug auf welche die Materialpreise nun Corona-bedingt unerwartet „explodiert“ sind, so führt dies analog zu §§ 1104f ABGB zu einer Art „zeitweiligem Wegfall der Geschäftsgrundlage“. Dies bewirkt, dass die wechselseitigen Leistungspflichten vorübergehend zum Erliegen kommen und der Auftragnehmer einerseits bis zum Wegfall des Hindernisses mit der weiteren Werkerstellung innehalten kann; andererseits ist auch der Auftraggeber für die Zeit des Stillstandes von der betreffenden Werklohnzahlungsverpflichtung befreit, sofern er nicht klar zu verstehen gegeben hat, auch zur Bezahlung des höheren Werklohnes bereit zu sein.

Wien, den 1. September 2021



(Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka)