

# Vertragsarten und Vergütungsregelung

## Serie: Das erfolgreiche Bauprojekt Teil 2

### Der Beitrag schnell gelesen

Für die erfolgreiche Abwicklung eines Bauvorhabens ist neben der Expertise der planenden und ausführenden Unternehmen in erster Linie die vertragliche Grundlage entscheidend. Unklarheiten und Regelungslücken sind dazu geeignet, zu unterschiedlichen Interpretationen des Vertrags zu führen und können bereits während der Ausführungsphase Konflikte zwi-

schen den Vertragspartnern auslösen. Den vertraglichen Vergütungsregelungen kommt dabei besondere Bedeutung zu.

### Bauvertragsrecht

ZVB 2023/90



Univ.-Prof. Dr.-Ing. DETLEF HECK ist seit 2006 Professor für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der TU Graz. Er studierte und promovierte an der TU Darmstadt.

Mag. iur. DI MARKUS ALLRAM ist Mitarbeiter einer Unternehmensberatung für bauwirtschaftliche und baubetriebliche Belange in Graz.

Mag. iur. LUKAS ANDRIEU, LL.M., ist Partner der Wirtschaftsrechtskanzlei ScherbaumSeebacher in Wien und Graz.

RAA Mag. iur. FRANCISCA ANDIC ist Rechtsanwaltsanwältin der Wirtschaftsrechtskanzlei ScherbaumSeebacher.

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Der Einheitspreisvertrag
- C. Der Pauschalpreisvertrag
- D. Der Regiepreisvertrag
- E. Aktuelle Fragen

### A. Einleitung

Im Mittelpunkt eines jeden Bauvorhabens steht der Preis. Die stetigen Veränderungen der Materialpreise, regelmäßige Lieferengpässe, die COVID-19-Pandemie und nicht zuletzt der Ukraine-Konflikt haben dazu beigetragen, dass sich AG und AN noch bewusster mit rechtlichen Fragen zur eigenen Preisgestaltung, den Kalkulationsgrundlagen und der (gesetzlichen) Risikoverteilung innerhalb unterschiedlicher bauvertraglicher Strukturen auseinandersetzen müssen. AG sehen sich mit unerwarteten Werklohnforderungen von AN konfrontiert, welchen – wie sich nachträglich herausstellt – weder rechtlich noch wirtschaftlich umfassend Rechnung getragen wurde. AN stehen demgegenüber vor der regelmäßigen Herausforderung, auf kurzfristige Entwicklungen im Baugeschehen (Leistungs- und/oder Mengenänderungen, Störungen bei der Leistungserbringung etc) zu reagieren und diese Kosten weitestmöglich an den AG weitergeben zu wollen. Solche Streitigkeiten werden zwar nicht immer zur Gänze vermieden werden können; präzise vertragliche Regelungen und das Wissen über unterschiedliche Preisgestaltungsmöglichkeiten können das Risiko aber im Regelfall deutlich reduzieren. (Werklohn-)Streitigkeiten sind oft komplex, können viele Jahre dauern und hohe personelle und finanzielle Ressourcen binden, weshalb mit dem vorliegenden Beitrag des Praxisleitfadens „Das rechtlich und wirtschaftlich erfolgreiche Bauprojekt“ auf Basis der unterschiedlichen Typen von Bauverträgen und Preisarten versucht wird, aus der Erfahrung der Autoren praxisrelevante Konfliktquellen aufzuzeigen

und ein Problembewusstsein aus rechtlicher und bauwirtschaftlicher Sicht zu schaffen.

Der Kern eines Bauvertrags liegt im Austausch von Leistungen, bei dem sich der AN zur Herstellung eines Bauwerks gegen ein (mit dem AG vereinbartes) Entgelt verpflichtet. Der vertraglich geschuldete Erfolg liegt daher typischerweise in der auftragsgemäßen Herstellung eines Bauvorhabens.<sup>1</sup> Hierfür gebührt dem Werkunternehmer ein Werklohn, wobei sich die zentrale Bestimmung in § 1170 ABGB findet. Der Preis und das dem AN zustehende Entgelt für seine Leistungen bilden (leider) oft das alleinige oder maßgebliche Kriterium für die Vergabe von Bauleistungen. Der AN muss daher richtig kalkulieren, damit er ein entsprechendes Angebot zur Realisierung des Bauprojekts anbieten kann, ohne ein existenzielles Wagnis einzugehen. Sowohl der AG als auch der AN haben daher ein Interesse daran, eine klare und für beide Seiten wirtschaftliche Preisvereinbarung und damit eine entsprechende Risikoverteilung vorzunehmen.

Das ABGB bietet – für den Fall des Unterbleibens einer entsprechenden Vereinbarung – nur wenige Bestimmungen zum Preis. Gem § 1152 ABGB gilt für den Fall einer fehlenden Entgeltvereinbarung ein angemessenes Entgelt als bedungen. Zudem findet sich die „allgemeine Werklohnbestimmung“ in § 1170 ABGB und eine Bestimmung zum Kostenvoranschlag in § 1170a ABGB, wobei zwischen Verträgen mit „Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit“<sup>2</sup> und Verträgen mit „Kostenvoranschlag ohne Gewährleistung“<sup>3</sup> differenziert wird. Weitergehende Differenzierungen hinsichtlich der Preisarten finden sich im ABGB nicht.

In der Baupraxis haben sich grundsätzlich drei unterschiedliche Typen von Bauverträgen herausgebildet:

<sup>1</sup> Grubhofer, Der Vertragspreis beim Bauvertrag (ABGB, ÖNORM B 2110, FIDIC-Vertrag), bbl 2013, 87.

<sup>2</sup> § 1070 a Abs 1 ABGB.

<sup>3</sup> § 1070 a Abs 2 ABGB.



Quelle: Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 89 (eigene grafische Darstellung).

Die Wahl des Vertrags samt der Festlegung der konkreten Preisart sowie die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen können im Fall von Leistungs- und/oder Mengenänderungen weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>4</sup> Es ist durchaus sinnvoll, sich bereits zu Beginn einer anbahnenden Geschäftsbeziehung die vertraglich beabsichtigte Struktur zu überlegen. Aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie sind in der Vertragspraxis – über die genannten Vertragstypen hinaus – mittlerweile auch unzählige Mischformen von Bauverträgen anzutreffen. Häufig werden bspw. Pauschalierungen von einzelnen Positionen innerhalb des Einheitspreisvertrags vereinbart oder es werden für Teile des Bauvertrags Mengengarantien abgegeben. Im Kern lassen sich aber sämtliche in der Praxis etablierten Bauverträge auf die oben genannten drei Grundtypen zurückführen.

Die nachstehende vereinfachte Darstellung der einzelnen Vertragstypen samt der Preisarten soll va dazu dienen, einen leicht verständlichen Überblick über die bestehenden Risiken innerhalb dieser rechtlichen Rahmenbedingungen für AG und AN zu geben.

### Praxistipp

Verstehen Sie Ihre Rolle im konkreten Bauprojekt und wählen Sie auf Basis einer ausgewogenen Risikobeurteilung eine auf Ihre Präferenzen abgestimmte Preisvereinbarung mit dem AG oder dem AN.

## B. Der Einheitspreisvertrag

Der Einheitspreisvertrag stellt in der Baupraxis die Regel dar.<sup>5</sup> In diesem wird ein Preis für die Einheit einer Leistung – der sog. „Einheitspreis“ – festgelegt und zugesichert. Der „Einheitspreis“ ist der Preis für „die Einheit einer Leistung, die in Stück-, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist.“<sup>6</sup> § 29 Abs 2 BVergG 2018 bildet den rechtlichen Rahmen für öffentliche AG, wonach „zu Einheitspreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen (ist), wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lässt.“<sup>7</sup>

Die Einheitspreisvereinbarung ist eng mit der Beschreibung der vom AN zu erbringenden Leistungen verbunden und erfordert daher als Grundlage eine konstruktive Leistungsbeschreibung.<sup>8</sup> Zudem erfolgt nicht selten die weitere Aufgliederung des Einheitspreises in die Preisanteile „Lohn“ und „Sonstiges“, um eine Angemessenheitsprüfung durchzuführen bzw die ein-

zelnen Preisbestandteile unterschiedlichen Wertanpassungsindizes zu unterwerfen.<sup>9</sup>

In der Praxis besteht ein Einheitspreisvertrag aus einem LV, das aus technisch und wirtschaftlich einheitlichen Teilleistungen, den Positionen, sowie den jeweiligen Vordersätzen besteht. Die Abrechnung erfolgt nach Fertigstellung der Leistungen durch Multiplikation der vertraglich fixierten Einheitspreise mit den ermittelten tatsächlich auf der Baustelle verbrauchten Mengen. Der Werkunternehmer sichert dem AG im Vertrag somit nur den Einheitspreis und nicht den Gesamtpreis zu.<sup>10</sup> Der Einheitspreisvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der schlussendlich vom AG zu bezahlende Werklohn erst nach der Leistungserbringung und damit einhergehender Kenntnis des tatsächlich benötigten Ressourceneinsatzes feststeht. Die Vergütung richtet sich nach den ausgeführten und nicht nach den ausgeschriebenen Mengen.<sup>11</sup> Dies stellt gerade für AG eine Herausforderung dar, da die tatsächlich verbrauchten und schon verbauten Mengen oft nicht mehr (vor Ort) rekonstruiert und abgeschätzt werden können. Hier gilt es, zur Überprüfung der Mengen und Massen entsprechende vertragliche Regelungen zu treffen.

### Praxistipp

Beim Einheitspreisvertrag besteht die Schwierigkeit va in der Nachvollziehbarkeit der tatsächlich benötigten Mengen, die nicht selten in Form von „Aufmaßblättern“ an den AG übermittelt werden. Es empfiehlt sich daher jedenfalls eine „Vorkalkulation“ anhand standardisierter LV durchzuführen. Dadurch können allfällige „Mehraufwendungen“ für Material leichter identifiziert und im Zuge der Rechnungsprüfung erörtert werden.

### Praxistipp

Die Abrechnungsmodalitäten des Einheitspreisvertrags sollten jedenfalls klare vertragliche Bestimmungen zur Überprüfbarkeit der tatsächlich benötigten Massen anhand von Aufmaßblättern samt den zugrundeliegenden Berechnungen enthalten.

Beim Einheitspreisvertrag wird daher nur der „Einheitspreis“ verbindlich zugesagt. Das ist auch deshalb nachvollziehbar, da der AG als Ausschreibender idR die Ausführungsplanung zur Verfügung stellt, die für eine Ausschreibung erforderlich ist. Da der AG ein in Positionen gegliedertes LV erstellt, kann sich der AN (Bieter) grundsätzlich auf die Angaben des AG in der Ausschreibung verlassen. Das, was in der Ausschreibung enthalten ist, wird als „Bau-Soll“ angesehen; es gilt daher die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung.<sup>12</sup> Eingeschränkt wird dies durch die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht des AN.

<sup>4</sup> Oppel, Einheitspreis, Regiepreis, Pauschalpreis, ZVB 2015, 167; auch in Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 90.

<sup>5</sup> Oppel, Einheitspreis, Regiepreis, Pauschalpreis, ZVB 2015, 167.

<sup>6</sup> § 2 Z 26 lit b BVergG 2018.

<sup>7</sup> § 29 Abs 2 BVergG 2018.

<sup>8</sup> Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag<sup>3</sup> (2020) zu § 1170 a ABGB Rz 134; auch in Oppel, Einheitspreis, Regiepreis, Pauschalpreis, ZVB 2015, 167.

<sup>9</sup> Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmant (Hrsg), BVergG<sup>3</sup> (2020) § 136 Rz 11; auch in Dillinger/Ferber, Der Preis und die wirtschaftliche Vergabe, RPA 2021, 312.

<sup>10</sup> Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 90.

<sup>11</sup> OGH 24. 5. 2000, 3 Ob 146/99p.

<sup>12</sup> Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag<sup>17</sup> (2017) Rz 188.

Die vermeintlich verbindliche Zusage des Einheitspreises darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch dieser veränderlich sein kann. Die zugesicherte „Verbindlichkeit“ erstreckt sich nur auf die dem Vertrag und somit den der Kalkulation zugrunde liegenden Unterlagen (zB Pläne, Baubeschreibung uÄ). Der Einheitspreis steht und fällt daher mit den bei Vertragsabschluss angenommenen Umständen der Leistungserbringung. Änderungen dieser Faktoren berechtigen ebenfalls zur Anpassung des Einheitspreises durch den AN.<sup>13</sup> Im Anwendungsbeereich der ÖNORM B 2110 unter Pkt 7.4.4. besteht bspw die Möglichkeit zur nachträglichen Anpassung des Einheitspreises bei Mengenänderungen.

Einheitspreisverträge sind daher – sofern es sich um keine Leistungsabweichungen handelt – gem Pkt 7.4.4. hinsichtlich der Mengen veränderbar. Mengenänderungen bis einschließlich 20% bleiben unberücksichtigt, da Einheitspreisverträge bereits aufgrund ihrer Natur ohne tatsächliche Mengenangaben abgeschlossen werden und Schwankungen zulassen. Liegen allerdings Mengenänderungen über 20% vor, kann dies eine Neufestsetzung des Einheitspreises bewirken.<sup>14</sup> In einem solchen Fall ist die kostenmäßige Auswirkung der Mengenänderung in die bestehende Kalkulationsgrundlage bzw den neuen Einheitspreis einzurechnen.<sup>15</sup>

Stellt man sich nun die Frage, aus welchem Grund sich Einheitspreise in der Baubranche einer solchen Beliebtheit erfreuen, so ist die Antwort in der Baupraxis selbst zu suchen. Einheitspreise scheinen nämlich den Anforderungen der Baupraxis häufig (schon aus „Fairnessgründen“) gerecht zu werden, da Werklohnkalkulationen auch ohne Vorliegen der tatsächlich benötigten Mengen einigermaßen präzise abgeschätzt werden können. Dies verschafft dem AG ua zeitliche Vorteile, insb bei solchen Projekten, in denen die exakte Festlegung der erforderlichen Mengen erst in der Ausführungsplanung erfolgen kann und zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch nicht vorliegt.<sup>16</sup> Zudem lässt sich auch die Risikoverteilung (relativ) klar darlegen:

**Den AG trifft das Risiko der Richtigkeit und Vollständigkeit:** Der AG trägt das Risiko für die von ihm erstellten Ausschreibungsunterlagen samt dem LV. Der AN kann auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des zur Verfügung gestellten LV vertrauen und darauf seine Kalkulationsgrundlagen stützen.

**Den AN demgegenüber trifft das Kalkulationsrisiko:** Den AN trifft das Risiko der fehlerhaften Kalkulation aufgrund unrichtiger Ansätze oder der falschen Einschätzung von Gegebenheiten. Kalkulationsirrtümer fallen grundsätzlich in die Sphäre des AN. Dies ist gerade beim Einheitspreisvertrag häufig der Fall.

### C. Der Pauschalpreisvertrag

Anders als der der Einheitspreisvertrag stellt die Vereinbarung von Pauschalpreisverträgen in der bauvertraglichen Praxis nicht den Regelfall dar.<sup>17</sup> Dies mag nach unserem Verständnis zum einen auch daran liegen, dass die Vereinbarung einer „Pauschale“ an sich ein ausgewogenes Knowhow auf beiden Seiten ohne zu großes Informationsgefälle voraussetzt und zum anderen<sup>18</sup> ist dies sicherlich auch darauf zurückzuführen, dass Bauvorhaben gerade in der Ausführungsplanung noch zahlreiche Konkretisierungen erfahren, weshalb hier eine massive Ungewissheit hinsichtlich des (abzugrenzenden) Leistungsumfangs besteht.

Bei Vereinbarung eines Pauschalpreises verpflichtet sich der Werkunternehmer, den geschuldeten Leistungserfolg zu dem im Vertrag bestimmten Preis herbeizuführen, wobei das für die Herstellung des geschuldeten Werks zu bezahlende Entgelt be-

reits bei Vertragsabschluss festgelegt wurde.<sup>19</sup> Im Vergleich zum Einheitspreis erfolgt daher gerade keine Mengen- und Aufwandsermittlung, sondern erhält der Werkunternehmer nur die vereinbarte Pauschale. Damit geht eine gewisse Zeitersparnis einher.<sup>20</sup> Die Vereinbarung von Pauschalpreisen sieht daher ohnehin einige (praktische) Erleichterungen in der Abwicklung vor.

Pkt 4.11.2.2 der ÖNORM 2050 und § 29 Abs 3 BVerG 2018 legen fest, dass ein Pauschalpreisvertrag dann gewählt werden sollte, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist.

Obwohl Leistungsbeschreibungen eher mit Einheitspreisverträgen in Verbindung gebracht werden, können gerade funktionale Leistungsbeschreibungen Pauschalpreisverträgen zugrunde gelegt werden. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird die Funktion des Werks in einer Baubeschreibung exakt beschrieben. Als wesentlicher Unterschied zwischen einer konstruktiven (die idR die Basis des Einheitspreisvertrags bildet) und einer funktionalen Leistungsbeschreibung gilt wohl das Fehlen jeglicher Mengenangaben. Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung steht der Leistungserfolg im Vordergrund (zB die Errichtung eines Einfamilienhauses mit einer bestimmten Wohnfläche samt zwei Kfz-Parkplätzen). Die Einzelpositionen bzw die erforderlichen durch den AN zu erbringenden Teilleistungen treten in den Hintergrund; der AG möchte gleich zu Beginn wissen, was ihn die Gesamtleistung kosten wird.<sup>21</sup>

Die Frage nach der Risikoverteilung beim Pauschalpreisvertrag hängt maßgeblich von der gewählten Art des Pauschalpreisvertrags und der konkreten Vereinbarung ab.

In der Literatur finden sich unterschiedliche Ansätze, Pauschalpreisverträge einzuteilen und zu differenzieren. Häufig spricht man von „echten“ und „unechten“ Pauschalpreisverträgen, wobei strikte Unterteilungen bereits vor dem Hintergrund des Parteiwillens nicht möglich sind. Es ist immer auf den konkreten Vertrag abzustellen.<sup>22</sup>

Ein „echter“ Pauschalpreisvertrag liegt dann vor, wenn eine „echte“ funktionale Leistungsbeschreibung vorliegt. Beim funktionalen Pauschalpreisvertrag<sup>23</sup> sind die zu erbringenden Leistungen als Aufgabenstellung mit Leistungs- und/oder Funktionsanforderungen beschrieben. Dabei steht der Leistungserfolg bzw das Leistungsziel im Vordergrund und daher gilt der Pauschal-

<sup>13</sup> Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag unter besonderer Berücksichtigung der ÖNORM B 2110 (2023) 74.

<sup>14</sup> Oppel, Einheitspreis, Regiepreis, Pauschalpreis, ZVB 2015, 171.

<sup>15</sup> Die betriebswirtschaftliche Berechnung im Detail in Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement 873.

<sup>16</sup> Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement 116; auch in Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag unter besonderer Berücksichtigung der ÖNORM B 2110 (2023) 74.

<sup>17</sup> Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag<sup>3</sup> (2020) zu § 1170 a ABGB Rz 118 ff; Oppel, ZVB 2015, 167.

<sup>18</sup> Oppel, ZVB 2015, 167.

<sup>19</sup> Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB: Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar – §§ 1165 bis 1174, Werkvertrag<sup>3</sup> (2020) zu § 1170 a ABGB Rz 118; Hussian, Das Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag in FS 30-Jahre ÖGEBAU (2008) 203; Karasek, Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis, ecolex 1991, 235.

<sup>20</sup> RIS-Justiz RS0018079.

<sup>21</sup> Kronthaler, Welche Leistungen sind von einer Pauschalpreisvereinbarung umfasst? bau aktuell 2017, 98; auch in Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 101.

<sup>22</sup> Kropik/Rejai, Die vielen Ausprägungen des Pauschalvertrags, ZVB 2022, 70.

<sup>23</sup> In Deutschland oft auch als „Globalpauschalvereinbarung“ bezeichnet.

preis für das dem Leistungsziel entsprechende Werk.<sup>24</sup> Der Pauschalpreisvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass sowohl die Menge als auch die Leistung im Rahmen des fixierten Leistungsumfangs pauschaliert sind.

Kommt es daher zu Fehleinschätzungen hinsichtlich der für den Leistungserfolg notwendigen Leistungen (Vollständigkeitsrisiko) und der dazu benötigten Mengen (Mengenrisiko) gehen diese beim echten Pauschalpreisvertrag zulasten des AN. Kommt es allerdings zu Änderungswünschen stellen diese ein Abweichen von der vereinbarten Pauschale dar und unterliegen nicht dem ursprünglichen Pauschalpreis; diese Kosten hätte der AG zu tragen.<sup>25</sup>

### Praxistipp

Echte Pauschalpreisverträge sind dann zu empfehlen, wenn Art und Umfang einer Leistung konkret abschätzbar sind. Dies wird häufig bei kleineren Bauprojekten der Fall sein, wo die planerischen Leistungen nicht im Vordergrund stehen bzw besser abgeschätzt werden können.

Bei einem „**unechten Pauschalpreisvertrag**“<sup>26</sup> kommt es zu einer zumindest groben Offenlegung der Kalkulationsgrundlage des AN durch Aufschlüsselung des Preises. Klassischerweise übergibt der AG dem AN ein konstruktives LV, wobei bereits die Mengen und die Beschreibung enthalten ist. Der AN errechnet auf Basis des übergebenen LV positionsweise Summen und bildet daraus die Gesamtsumme. Die Pauschalierungswirkung fällt hier wesentlich geringer aus, da diese durch das beigefügte Verzeichnis eingeschränkt ist und somit auch den AN vor weitergehenden Leistungen, die nicht enthalten sind, schützt.

Das **Risiko beim unechten Pauschalpreisvertrag** hängt maßgeblich von der Übergabe eines LV ab, bzw aus wessen Sphäre dieses stammt. Gibt der AG („Bau-Soll“) anhand eines konstruktiven LV detailliert vor, so muss der AN nur die ausgewiesenen Leistungspositionen erfüllen. Den **AG** trifft daher das **Mengen- und Vollständigkeitsrisiko**. Alle über das LV hinausgehende Leistungen sind daher vom AG gesondert zu vergüten.<sup>27</sup>

Wird allerdings das LV vom AN erstellt und dem Auftragsverhältnis zugrunde gelegt, so trägt er im Zweifel sowohl das **Mengen- als auch das Vollständigkeitsrisiko**.<sup>28</sup>

### Praxistipp

Im Bauvertragswesen unerfahrenen Parteien muss bewusst sein, dass „wo Pauschale draufsteht“ nicht unbedingt „Pauschale“ (iS eines garantierten unveränderlichen Preises) „drin“ sein muss. Es muss daher klar die (preisliche) Risikoverteilung besprochen und schriftlich festgehalten werden.

Erfahrungsgemäß können meist keine klaren Abgrenzungen zwischen „echten“ und „unechten“ Pauschalpreisvereinbarungen vorgenommen werden. In der Regel liegen unterschiedliche Mischkonstruktionen vor, die immer einer (im Nachhinein nur schwer möglichen) individuellen Überprüfung und Auslegung bedürfen.

Im Kern sind die unterschiedlichen Ausprägungen von Pauschalpreisvereinbarungen auf die unterschiedliche Art und die inhaltliche Gestaltung der Leistungsbeschreibung zurückzuführen. Soll ein Werk anhand von Zielvorgaben errichtet werden,

trägt der AN das Risiko dafür, dass alle Leistungen erfasst sind, die zur Erreichung des Leistungsziels notwendig sind. Dies muss auch bei der Übernahme von Planungsleistungen Beachtung finden. Grundsätzlich gilt: Je mehr Planungsaufgaben der Unternehmer übernimmt, umso höher ist das von ihm zu tragende Leistungsrisiko.<sup>29</sup>

### Praxistipp

Überwiegend werden Mischformen ausgewählt, bei denen einzelne Teile eines Bauwerks pauschaliert oder einzelne Leistungspositionen als Pauschale ausgeschrieben werden. Je nach AG- und AN-Perspektive sollten entweder die in den Leistungspositionen genannten Beschreibungen sehr detailliert oder nur sehr oberflächlich geregelt werden, da der konkrete Leistungsumfang durch das LV bestimmt wird.

## D. Der Regiepreisvertrag

Der Regiepreisvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass die vom Werkunternehmer zur Herstellung des geschuldeten Werks erbrachte Leistung nach tatsächlichem Aufwand (zB Leistungsstunde oder Materialeinheit) abgerechnet wird.<sup>30</sup> In der Praxis wird diese Form überwiegend für Sonderwünsche in geringem Umfang und für Nebentätigkeiten verwendet.

Beim Regiepreis trägt der AG grundsätzlich das volle Risiko, weil er die Kosten aller zur Herstellung des Werks erforderlichen Materialien und Arbeiten zu tragen hat. Kommt es durch den AN zu einer überhöhten Abrechnung, kann der AG nur geltend machen, dass der Umfang der verrechneten Arbeiten oder des verbrauchten Materials zur Herstellung des geschuldeten Werks nicht notwendig war.<sup>31</sup> Dieses Risiko kann nur bedingt dadurch entschärft werden, dass der AG dem AN tägliche Aufzeichnungspflichten auferlegt.

Mit Blick auf die ÖNORM B 2110 unter Pkt 6.4.3. hat der AN nämlich über alle Regieleistungen täglich Aufzeichnungen zu führen und diese innerhalb einer zu vereinbarenden Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb von sieben Tagen, dem AG zur Bestätigung und Anerkennung vorzulegen.<sup>32</sup>

### Praxistipp

Bei „echten“ Pauschalpreisverträgen oder bei Einheitsverträgen sollten Regiepreise (zB für Arbeitsstunden, Material uÄ) für noch nicht vorhersehbare Zusatzleistungen vereinbart werden. Weiters ist vertraglich zu vereinbaren, dass Regieleistungen ausschließlich nach ausdrücklicher Anordnung durch den AG zu erfolgen haben, diese vom AN umfassend dokumentiert werden und die Dokumentation zeitnahe nach Ausführung an den AG übermittelt wird.

<sup>24</sup> Kropik/Rejai, Die vielen Ausprägungen des Pauschalvertrags, ZVB 2022, 70; auch in Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 334.

<sup>25</sup> Heck/Allram/Andrieu, Basiswissen Bauvertrag (2022) 102.

<sup>26</sup> In Deutschland auch „Detailpauschalpreisvertrag“ genannt.

<sup>27</sup> Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag unter besonderer Berücksichtigung der ÖNORM B 2110 (2023) 96–97.

<sup>28</sup> Danner, Der Werklohn beim Bauwerkvertrag unter besonderer Berücksichtigung der ÖNORM B 2110 (2023) 97.

<sup>29</sup> Kropik/Rejai, Die vielen Ausprägungen des Pauschalvertrags, ZVB 2022, 70.

<sup>30</sup> § 2 Z 26 lit f BVerGG 2018.

<sup>31</sup> OGH 8 Ob 96/15y ZVB 2016/22, 87 (Wagner).

<sup>32</sup> Pkt 6.4.3. ÖNORM B 2110.

## Praxistipp

Jeder Bauvertrag sollte Regelungen enthalten, inwieweit sich der AN mit den örtlichen Gegebenheiten bekannt zu machen hat, um Streitigkeiten über Mehrkosten wegen einer allfällig bestehenden Unkenntnis über die Örtlichkeit präventiv zu vermeiden.

## E. Aktuelle Fragen

Um die angestellten grundsätzlichen Überlegungen in einen konkreten Kontext zu setzen und die Bedeutung einer klareren vertraglichen Risikoverteilung zu verdeutlichen, lohnt sich ein Blick auf aktuelle Meinungsverschiedenheiten in der Baupraxis. Die Nachwehen der Coronakrise, die aktuell hohe Nachfrage am Baumarkt und der für Viele unerwartete Ukraine-Krieg treiben die Baupreise in teils schwindelerregende Höhen. Das Grundproblem: Die exorbitanten Preisentwicklungen waren schlichtweg nicht vorhersehbar und die ohnehin typischerweise schon knapp kalkulierten Einheits- oder Pauschalpreise berücksichtigen die zusätzlichen Kostenfaktoren nicht. Bei längerfristigen Verträgen kommt auch noch die wirtschaftliche Gefahr der allgemeinen Geldentwertung (Inflation) hinzu. Mit Blick auf die unterschiedlichen Vergütungsregelungen stößt man bspw auf die zunächst heftig diskutierte Frage, wer für die mittelbar oder unmittelbar verursachten Kosten durch die COVID-19-Pandemie, aufzukommen hat. Im Fokus steht hier die „Sphärenzuordnung“ zwischen AG und AN. In der Baupraxis wurden für diese Fragen oftmals partnerschaftliche Individuallösungen gefunden, um gerichtliche Streitigkeiten zu vermeiden. In der Literatur<sup>33</sup> wurde dieses Thema umfassend behandelt, wobei überwiegend die Auffassung vertreten wurde, dass der AN beim ÖNORM-Vertrag für Preissteigerungen unter gewissen Umständen eine Mehrkostenforderung geltend machen könnte.

Als weiteren Argumentationspunkt zur nach wie vor viel diskutierten<sup>34</sup> und in der Judikatur unbeantwortet gebliebenen Frage, ob mittelbar oder unmittelbar pandemiebedingte (Material-) Preissteigerungen als „unvorhersehbar“ iSd Pkt 7.2.1. der ÖNORM B 2110<sup>35</sup> gelten und damit potentiell ersatzfähig wären, könnten Überlegungen zur Beschaffenheit des Preises als „Festpreis“ oder „veränderlicher Preis“ dienen.

In der Literatur wird dazu der (nachvollziehbare) Ansatz vertreten, Marktpreisschwankungen seien ein unternehmerisches Risiko, weshalb Preissteigerungen vom AN in die Kalkulation miteinfließen sollten. Dieses stelle ein „unternehmerisches und projektspezifisches Wagnis“ dar und könne durch einen „Wagniszuschlag“ eingepreist werden.<sup>36</sup>

Bei der Vereinbarung von Festpreisen kalkuliert der AN im Wesentlichen einen Festpreiszuschlag, um allfällige Preisveränderungen entsprechend zu berücksichtigen.<sup>37</sup> Der genannte Festpreiszuschlag ist nach unserem Verständnis ebenfalls ein spekulativer Faktor. Übersteigen die kalkulierten Preissteigerungen nämlich den vom AN angesetzten Zuschlag, verwirklicht sich das wirtschaftliche Risiko für den AN. Kommt es allerdings – trotz Festpreiszuschlag – zu keinen erheblichen Preissteigerungen, so stellt dies ein wirtschaftliches „Plus“ des AN dar. Auch in der Rsp<sup>38</sup> wurde der Festpreiszuschlag bereits als eine Form der Risikoverteilung zwischen AN und AG gewertet.

Ein veränderlicher Preis ist demgegenüber ein Preis, der unter bestimmten Voraussetzungen bei Änderungen vereinbarter Preisumrechnungsgrundlagen geändert werden kann.<sup>39</sup> Bereits aus der Wahlmöglichkeit zwischen „veränderlichen Preisen“

und „Festpreisen“ lässt sich schließen, dass es grundsätzlich der Parteienvereinbarung unterliegt, wie die konkrete Preisgestaltung zu erfolgen hat. Insgesamt stellt sich auch vor dem Hintergrund des Bestehens dieser „Wahlmöglichkeit“ innerhalb von veränderlichen Preisen und Festpreisen, die Frage, inwieweit allfällige Preissteigerungen wirklich „unvorhersehbar“ sind. Nicht selten werden veränderliche Preise dann vereinbart, wenn Lohn-erhöhungen auszugleichen sind.

In der jüngst ergangenen OGH-E (6 Ob 136/22a) hatte das Höchstgericht über die Mehrkostenforderung eines AN zu entscheiden, welcher behauptete, aufgrund von COVID-19-bedingten Maßnahmen den Bauprozess wesentlich umstrukturiert zu haben. Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung war die Behauptung, dass es bei der Arbeit an einer Kärntner Brücke im Jahr 2020 durch die pandemiebedingten Maßnahmen (Tragen von Schutzmasken und dadurch verursachter Leistungsabfall der Arbeiter, laufendes Desinfizieren, Stehzeiten etc) zu „erheblichen Kosten und Produktivitätsminderungen“ gekommen sei. Beide Parteien waren sich im Anlassfall angesichts der Vertragslage (typischer ÖNORM-B-2110-Vertrag) grundsätzlich einig, dass die beim Vertragsabschluss nicht vorhersehbaren und nicht abwendbaren Folgen der Pandemie grundsätzlich die AG treffen. Letztendlich wurde das Begehren des AN (über rund € 30.000,-) aber dennoch abgewiesen, denn das klagende Bauunternehmen stütze sich bei der Berechnung der Forderung auf abstrakte prozentuelle Zuschläge zur ursprünglichen Angebotskalkulation. Dies reichte dem OGH nicht aus. Der AN, der Mehrkosten fordert, hat laut OGH zunächst möglichst detailliert jene Tatsachen zu behaupten, aus denen er seine Mehrkostenforderung ableitet. Der OGH stellt damit klar, dass die Behauptung und der Beweis durch den Bauunternehmer beizubringen sind, um beurteilen zu können, welche konkreten Mehrkosten tatsächlich entstanden sind. Für spezialisierte Anwälte und Baujuristen lässt die Entscheidung noch immer viele Detailfragen zum notwendigen Umfang und der Art des Beweises der Mehrkosten offen.

Zur aktuell höchst umstrittenen Frage der eklatanten Materialpreissteigerungen und deren Kostentragung enthält die Entscheidung des OGH keine Aussagen. Auch in diesen Fällen wird immer anhand des konkreten Vertrags zu prüfen sein, was die Parteien vereinbart haben.

<sup>33</sup> Karasek/Ring, Materialpreissteigerungen, bauaktuell 2021, 190; Ring, Nachhaltige Preissteigerungen bei Bauwerksverträgen (Teil I), ecolex 2021, 799, und (Teil II), ecolex 2021, 895; Schopper, COVID-19-bedingte Preissteigerungen und Lieferengpässe bei ÖNORM-Bauverträgen, ZRB 2021, 47.

<sup>34</sup> Pochmarski/Kober, Mehrkosten für Preissteigerungen? ImmoZak 2023, 11.

<sup>35</sup> Ausführliche Überlegungen zur Thematik in Pochmarski/Kober, Mehrkosten für Preissteigerungen? ImmoZak 2023, 11.

<sup>36</sup> Ausführliche Kalkulationsüberlegungen und Berechnungsmethoden in Müller/Lackner/Heck/Schiefer, Auswirkungen der aktuellen Materialpreissteigerungen und Lieferkettenstörungen, bauaktuell 2021, 142.

<sup>37</sup> Müller/Lackner/Heck/Schiefer, bauaktuell 2021, 142.

<sup>38</sup> OGH 24. 10. 2013, 6 Ob 70/13g.

<sup>39</sup> Pkt 3.13. ÖNORM B 2110.