II. Pacta sunt servanda!? …und/oder doch die österreichische Lösung? Fokus Bauzeit bei Infrastrukturprojekten

Dipl.-Ing. Dr. techn. Michael Werkl
Zivilingenieur für Bauwesen, Sachverständiger
Geschäftsführender Gesellschafter der BWI Ziviltechniker GmbH, Graz

FG Bauwesen der Kammer der Ziviltechniker:innen für Stmk und Ktn
Schönaugasse 7, 8010 Graz

BWI Ziviltechniker GmbH
Maiffredygasse 4/1, 8010 Graz
office@bwi-bau.com

Inhaltsverzeichnis

Abstract 20
1 Pacta sunt servanda 21
1.1 Herkunft, Verständnis und Anwendung 21
1.2 Zweifel? 22
1.2.1 Technische und bauwirtschaftliche MKF 22
1.2.2 Regelungen zum Umgang mit der Bauzeit 23
1.2.3 Vertragsbedingungen bei Infrastrukturprojekten 24
2 Diskussionen aus der Praxis 26
3 Bau-IST | Umstände, Dauer, Aufwand 27
4 Bewusstsein zu Transaktionskosten 29
5 Agile Methoden der Vertragsabwicklung und -gestaltung 30
Literaturverzeichnis 32

Abstract

Auf die Fragestellung der Tagung *„Berechtigte und unberechtigte Mehrkostenforderungen – Wo liegen die Grenzen?“* drängt sich zunächst eine simple Antwort auf: *„Die Anspruchsberechtigung von Mehrkostenforderungen und deren „Grenzen“ sind im Bauvertrag definiert. Dieser ist natürlich einzuhalten: pacta sunt servanda …“*

Was sind nun die Gründe dafür, dass die Antwort oftmals nicht ganz so einfach ist und entsprechend ein derartiger Tagungstitel gerechtfertigt ist?

Die Qualität der Ausschreibung manifestiert sich konsequenterweise auch in den bauvertraglichen Regelungen, die der Auftraggeber zu verantworten hat.

Der vorliegende Beitrag soll ein Bewusstsein dafür schaffen, welche Möglichkeiten dem Auftraggeber mit der Gestaltung des Bauvertrages offen stehen und welche positiven Effekte daraus zu erwarten sind.

Ein „guter“ – weil praxistauglicher – Bauvertrag enthält die maßgeblichen Regelungen zur Anpassung der Vergütung und der Bauzeit für den höchst wahrscheinlichen Fall,[1] dass Leistungsabweichungen auftreten. Er definiert sowohl die dafür notwendigen Begriffe, wechselseitige Informationspflichten und auch jene Methodik, die der Auftraggeber im Falle einer Anpassung von Preis und Bauzeit wünscht. Eine effiziente und partnerschaftliche Vertragsbewirtschaftung ist als Konsequenz eines „guten“ Bauvertrags möglich.

Sind weder die Begriffe noch die Methodik ausreichend definiert oder legt der Auftraggeber(!) die Risikosphären bewusst oder unbewusst asymmetrisch fest, folgt unweigerlich die Reaktion des Bieters/Auftragnehmers: Ausgehend von einer spekulativen Preisbildung entstehen ebenso asymmetrische MKF, die Regelungslücken füllen und aus- bzw. überreizen. Claim und Anti-Claim Management ist angesagt, die „bösen“ Bauwirtschaftler*innen schlagen auf und lesen ihn sogar, den Bauvertrag. Die Transaktionskosten[2] steigen.[3] Vorgeblich die gerichtliche Auseinandersetzung ins (strategische) Visier nehmend, werden im Zuge der Verhandlung von MKF maximale Rechtsstandpunkte eingenommen und in der Letztkonsequenz wird durch die ineffiziente und kostspielige Aufarbeitung des einseitigen Vertrages ein Schaden am Projekt realisiert.

---

1 Wir schließen stets unvollständige (relationale) Verträge (Vgl. WERKL, M. (2013): Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft, Schriftenreihe des Instituts für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz, Band 34, S. 66f)

2 Zum Begriff siehe das Kapitel „Bewusstsein zu Transaktionskosten“

3 In Bezug auf erhöhte Transaktionskosten bei der Bearbeitung von MKF siehe bspw. GONSCHOREK, L. (2013): Vergütung der Bearbeitung technischer Nachträge, in bau aktuell 2013: *„(…) bindet die Abwicklung strittiger Nachträge erhebliche Bauleitungskapazitäten und erzeugt beträchtliche Transaktionskosten.“*

Frage: Schließen wir tatsächlich gute Bauverträge? Und falls Ja, interpretieren wir sie auch richtig? Wollen wir uns wirklich strikt an den Vertrag halten und wenn Ja, warum braucht es dann oftmals eine „österreichische Lösung?“

Der Beitrag betrachtet diese Fragen aus dem Blickwinkel des bauwirtschaftlichen Ziviltechnikers.

Aufgrund der herausragenden Relevanz bei Kostenüberschreitungen (80 % bauzeitbezogene Kosten, 20 % *„Sachnachträge“*[4]), wird der Fokus auf die Spezifika von Bauzeitnachträgen gelegt. Der Anwendungsbereich beschränkt sich – der Expertise des Verfassers entsprechend – auf Infrastrukturprojekte unter Verwendung der ÖNorm B 2118 und der LB-VI.

1 Pacta sunt servanda

Wenn ein Nicht-Jurist einen so *fundamentalen*[5] Grundsatz der Rechtsdogmatik im Vor- bzw. Beitragstitel wählt und diesen noch dazu mit Ruf- und Fragezeichen versieht, stellt sich bei der Leser- und Zuhörerschaft wahrscheinlich eine gewisse Skepsis ein. Völlig zu Recht, weswegen zunächst der Hintergrund dieser Wahl zu klären sein wird.

1.1 Herkunft, Verständnis und Anwendung

Die Formel *„pacta sunt servanda“* geht ursprünglich auf das kanonische und nicht – wie oftmals referenziert – auf das römische Recht zurück.[6] Das heutige Verständnis hat interessanterweise vornehmlich auch die kanonische Auffassung im Auge. Danach wird das Prinzip der Vertragstreue primär rechtsfolgenbezogen verstanden, wonach Verträge einzuhalten, zu erfüllen bzw. nach der wörtlichen Übersetzung zu bedienen(!) sind.[7, 8]

Auch im römischen Recht (als historische Grundlage des kontinentaleuropäischen Zivilrechts) wurde der Einhaltung von Verträgen eine große Bedeutung in Bezug auf Konfliktlösung, Stabilität und Vorhersehbarkeit zugemessen. Heute findet der Grundsatz der Vertragstreue seine Anwendung sowohl im öffentlichen Recht als auch im Völker- und eben im Zivilrecht.

---

4 Zum Begriff „Sachnachtrag“ noch später!

5 KLETECKA, A. (2016): Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers, in bau aktuell, Heft 3, S. 83

6 WOLTER (…): Ius canonicum, S. 11, 110 ff. (siehe WELLER, Marc-Phillipe (2009): Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, S. 37

7 Im Unterschied zum römischen Recht galt im kanonischen Recht schon allein die (formlose) Willensübereinkunft als Geltungsgrund rechtlicher Pflichten. Das römische Recht definierte zusätzlich zur Willensübereinkunft auch noch weitere Voraussetzungen, wie den Vertragstypenzwang und Formalismen als Voraussetzungen für die Verbindlichkeit (s. WELLER (2009), S. 37f).

8 Auf die Tatbestände, die einen der Vertragspartner dazu berechtigen, von diesem Grundsatz abzugehen, wird im Rahmen dieses Beitrages nicht eingegangen.

Verträge sind also grundsätzlich einzuhalten und auch bei Bauverträgen ergibt sich die Vertragstreue aus den Grundgedanken des ABGB, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Vertragsparteien verpflichten sich also ihre Verträge einzuhalten und können sich gegenseitig auf vertragliche Vereinbarungen verlassen, solange diese nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen. Falls eine Vertragspartei gegen diese Verpflichtung verstößt, kann dies zu Schadenersatzforderungen und anderen rechtlichen Konsequenzen führen.

1.2 Zweifel?

Wenn das nun so fundamentale Prinzip der Vertragstreue zu berücksichtigen ist, verwundert es umso mehr, wenn es im Zuge so mancher Verhandlung zu MKF den Anschein macht, als wollten die Vertragsparteien die herausragende Bedeutung des Bauvertrages nicht so recht wahrhaben.

Aus der Erfahrung kann die Unterhaltung der Vertragspartner in etwa dergestalt ablaufen:

„Naja, wir wissen schon, das steht zwar sinngemäß so im Vertrag, aber wenn wir wirklich alles 1:1 so umsetzen würden, wie es der Vertrag sagt, dann kämen wir ja gar nicht mehr zum Bauen. Und wir wollen ja schließlich nur Bauen! Der ganze Schriftverkehr und die Dokumentation, das hält uns ja nur davon ab und wenn wir den Vertrag ganz genau durchexerzieren, dann streiten wir ja nur noch. Sie wissen ja, den Vertrag haben halt die Juristen gemacht …“

Zu beobachten ist dieser Gesprächsverlauf vermehrt, wenn es sich um sogenannte *„bauwirtschaftliche Nachträge“* handelt, weniger oft bei *„technischen Nachträgen“*.

1.2.1 Technische und bauwirtschaftliche MKF

Nach Schneider[9] wird in der deutschen Fachliteratur zwischen Sachnachträgen und sogenannten Bauzeitnachträgen unterschieden. In der Schweiz werden die Sachnachträge in der Regel als „technische Nachträge“ bezeichnet. Gemeint sind dabei Anpassungen der vertraglich vereinbarten Leistung hinsichtlich des Bauinhalts, wobei sich der Hauptteil der Vergütung auf zumeist wenig komplexe technische Sachverhalte und daraus abzuleitende Einzelkosten der Teilleistung bezieht.

Geht es um geänderte Umstände der Leistungserbringung, wie bspw. durch Störungen (der Begriff *Behinderung* ist im Sinne einer Anspruchsgrundlage nur mehr in der deutschen Normung in Gebrauch[10]), und ist der zugrundeliegende Sachverhalt mit dem ursprünglich gewählten

[9] SCHNEIDER, E. (2015): Gestörter Bauablauf: Aufgabenstellung und Lösungsansätze aus bauwirtschaftlicher Sicht (Teil II), in. Bau aktuell Heft 6, 2015

[10] VOB-B §6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

Bauablauf verknüpft, tritt der Begriff „bauwirtschaftlicher Nachtrag“ – bzw. weil damit in der Regel auch bauzeitliche Auswirkungen verbunden sind – der Begriff „Bauzeitnachtrag“ in Erscheinung.

Noch negativer behaftetet ist dann wohl nur mehr der Begriff des *„gestörten Bauablaufes.“* Zumeist ist er aus mindestens einer zeitlichen und örtlichen Störungsüberlagerung entstanden, wobei eine kausale Zuordnung von Ursache und Wirkung im besten Falle noch zumindest augenscheinlich möglich,[11] oftmals aber im Detail schwierig oder entsprechend aufwendig nachweisbar ist.

Kennzeichnend für MKF in Bezug auf die letztgenannten Begriffe ist besonders bei größeren Infrastrukturprojekten ein entsprechend hoher Anteil an zeitgebundenen Kosten. Ist das Verhältnis zwischen technischer Änderung und zeitabhängigen Mehrkosten im Ungleichgewicht, steigt naturgemäß das Konfliktpotenzial im Zuge der Verhandlungen. Es entsteht der Eindruck, der theoretischen, abstrakten – oder wie Lechner es bezeichnet – *fiktionalen*[12] Herleitung.

Während der Zusammenhang zwischen einer technischen Änderung in Bezug auf ihre kosten- bzw. vergütungsmäßige Auswirkung bei Sachnachträgen zumeist einfacher Natur ist, ist der Konnex bei bauzeitlichen Auswirkungen in der Regel komplexer zu verstehen und entsprechend schwieriger zu kommunizieren. Auch kommt hinzu, dass betroffene Gemeinkosten definitionsgemäß der bestimmenden (technischen) Bezugsgröße nicht direkt zuordenbar sind und dahingehend auch mit höherer oder geringerer Treffsicherheit und Bandbreite kalkuliert, angeboten und bezuschlagt wurden.

1.2.2 Regelungen zum Umgang mit der Bauzeit

Umso essenzieller ist es daher aus Sicht des Verfassers, der Methodik zur Fortschreibung der bauzeitabhängigen Kosten eine erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Welche Begriffe werden verwendet, wie wird die in der ÖNorm angeführte Fortschreibung tatsächlich verstanden?

Ich verweise hier insbesondere auf unsere aktuelle Publikation aus 2022[13] und den Beitrag zum 19. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium der TU Graz aus 2021.[14]

Zusammenfassend fokussieren die Empfehlungen zu den Themen:

- Vereinheitlichung der Begriffe in Bezug auf die Bauzeit
- Abgestimmte Vertragsbauzeitplanung

---

[11] Siehe dazu MÜLLER, K.; GOGER, G. (2016): Der gestörte Bauablauf, S. Vff

[12] LECHNER, H. (2019): Umgang mit Störungen, in bau aktuell 2, 2019, S. 63

[13] WERKL, M., KAHRER-DEIM, S.; PAYR, S.; SAUER, C. (2022): Digitale Bauzeitmodelle bei Infrastrukturprojekten – vom abgestimmten Vertragsbauzeitplan zur partnerschaftlichen Vertragsfortschreibung bei Leistungsabweichungen, in bau aktuell 1/2022, S. 37-43

[14] WERKL, M.; KAHRER-DEIM, S. (2021): Nachweisführung bei Leistungsabweichungen (mit speziellem Fokus auf Bauzeitänderungen) im internationalen Vergleich, Tagungsband, S. 67-93

- Professionelle und zeitnahe, gemeinsame Bearbeitung von MKF (eine konkrete Vorgabe zu Intervall und Besetzung der Arbeitsgruppen/Gremien)
- Vorgabe der Methodik zur Bauzeitfortschreibung
- Vorgabe einer projektbegleitenden Analysemethode
- Einigkeit / Vorgaben zur IST-Dokumentation

Auch Vorbilder aus dem europäischen Umfeld können hier wertvolle Impulse liefern. Bspw. erwähnt Prestros[15] in Bezug auf vom Bauherren zu kurz bzw. fehlerhaft angesetzte Bauzeiten in einem Erfahrungsbericht aus Norwegen die norwegische Bauherrenvorschrift. In dieser Vorgabe, die die Pflichten des Bauherrn in Bezug auf Planung und Errichtung von Bauvorhaben regelt, findet sich bspw. auch die Verpflichtung des Bauherren zur Dokumentation der Überlegungen, die der Bestimmung einer ausreichenden Zeit für Planung und Ausführung der verschiedenen Arbeiten zugrunde liegen. Diese – die europäische Richtlinie 92/57/EWG (zum Sicherheits- und Gesundheitsschutz) ergänzende – Richtlinie hebt die Verantwortung des Bauherrn/ Auftraggebers bei der Bauzeitplanung klar hervor, was aus Sicht des Verfassers sehr zu begrüßen ist.

Gleichlautend betont auch Hofstadler die herausragende Relevanz in Bezug auf die Festlegung und Regelungen zur Bauzeit in rechtlicher, baubetrieblicher, bauwirtschaftlicher und technologischer Hinsicht.[16]

Welche Vertragsbedingungen finden wir aktuell in Österreich vor und welche Unklarheiten ergeben sich daraus?

1.2.3 Vertragsbedingungen bei Infrastrukturprojekten

Die weitere Betrachtung stellt auf die privatrechtliche Gestaltung des bauvertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) im gesetzlichen Rahmen des ABGB und der ÖNorm B 2118 in Form eines Werkvertrages ab.

Bei österreichischen Infrastrukturprojekten sind in der Regel die jeweiligen AGB der größeren AG (bspw. ÖBB, Asfinag) vertragsrelevant, die auf die ÖNorm B 2118, das ABGB sowie die standardisierte Leistungsbeschreibung Verkehr- und Infrastruktur (aktuell in der Version LB-VI 006) verweisen.[17]

In Bezug auf die Entgeltfortschreibung bei Leistungsabweichungen leitet sich der Vergütungsanspruch des AN zunächst aus § 1168 (1) Satz 2 ABGB ab, wonach dem *durch Zeitverlust*[18] *verkürzten* AN eine *angemessene Entschädigung*[19] zusteht.[20] Dieser Anspruch ist ein

[15] PRESTROS, L. (2021): Die ausreichende Bauzeit als Aspekt der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes, in Festschrift 50 Jahre IBB, TU Wien, S. 387f

[16] HOFSTADLER, C. (2022): Projektvorlaufzeit und Bauzeit – Ermittlung und Einfluss auf den Projekterfolg, S. 37

[17] Spezielle Vertragsdokumente (bspw. die WD314 – Allgemeine Vertragsbedingungen der Stadt Wien oder etwa die Vertragsbestimmungen der Wiener Linien) werden in diesem Beitrag nicht behandelt.

Werklohnanspruch. Er orientiert sich an Preisen, nicht an Kosten. Es ist allgemein anerkannt, dass sich Mehrkostenansprüche wegen Behinderung aus den Vertragspreisen – nach dem Grundsatz *„Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis schlechter Preis“* – berechnen. Die Berechnung orientiert sich daher nicht an den tatsächlichen Kosten. Sie ist auch keine Regiepreisabrechnung. Maßgebend sind die Preise des Vertrages.[21]

Konkret auf die Anpassung der Leistungsfrist bezogen verweisen die AGB auf die Punkte 7.4 und 7.4.2 der ÖNorm B 2118, zumeist mit der Ergänzung zu Punkt 7.1 der ÖNorm, dass nämlich das Leistungsziel auch die zeitliche Komponente umfasst.[22]

Die Asfinag übernimmt in B.5 (Leistungsverzeichnis) die Formulierung der LB-VI, wonach bei Unterschreitung der Bauzeit durch den AN, unabhängig davon die „zeitgebundenen Kosten Bauzeit“ im ausgeschriebenen Ausmaß vergütet werden. Für die Tage nach der vorzeitigen Baufertigstellung werden keine Schlechtwettertage vergütet.

Wird die Bauzeit aus Gründen, die in der Sphäre des AN liegen, überschritten, so erfolgt für den Zeitraum der Überschreitung keine Vergütung der zeitgebundenen Kosten.

Schließlich definiert die ÖNorm B 2118 noch unter 7.1, dass *„die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z.B. der Leistungsfrist, des Entgelts) in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen“* sind.

Unter 7.4.2 findet sich die allseits bekannte Formulierung: *„Ist mit einer Leistungsabweichung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Ausführung verbunden, ist die Leistungsfrist entsprechend anzupassen, wobei auch die Folgen (z.B. Ausfallfolgezeiten) und jahreszeitliche Umstände zu berücksichtigen sind.“*

So weit so gut, die Vertragsbedingungen sind gelistet,[23] *„… es ist angerichtet!“*

---

18 Es ist herrschende Meinung, dass der Tatbestand nicht den Zeitverlust allein erfasst, sondern alle Erschwernisse (siehe dazu HUSSIAN, W.: Die angemessene Entschädigung des Unternehmers nach §1168 ABGB, in bau aktuell, 1/2018, S. 15).

19 Es ist herrschende Meinung, dass es sich dabei um einen Vergütungsanspruch und nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt (siehe dazu HUSSIAN, W.: Die angemessene Entschädigung des Unternehmers nach §1168 ABGB, in bau aktuell, 1/2018, S. 15).

20 *„Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.“*

21 BERLAKOVITS, C. / KARASEK, G.: Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen, in bau aktuell, 2/2017, S. 91

22 AGB-ÖBB 1.10.1, Asfinag B4 – Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen, Punkt 7.1

23 Zumeist sind die Regelungen in den Punkten 7.4.1 (Voraussetzungen (Anmeldung, Vorlage einer MKF in prüffähiger Form) und die Fristenregelungen in 7.4.3 (Anmeldung dem Grunde nach und Vorlage der Höhe nach) noch referenziert, diese betreffen jedoch nicht den Kern des Beitrages.

2 Diskussionen aus der Praxis

Die Erfahrung zeigt, dass gewisse Argumentationen bei der Behandlung von Bauzeitanpassungen (Bauzeitnachträgen) wiederholt auftreten. Neben der – in der Praxis nahezu als Fixstarter zu bezeichnenden – Diskussion um die zu verwendenden Begrifflichkeiten[24] und Verfahren der Bauzeitfortschreibung,[25] soll die folgende Liste von konkreten Aussagen der Veranschaulichung dienen (die Vertragsparteien in Klammer):

- *alle Vorgänge sind kritisch (AN)*
- *die Vorgangsdauern waren aber im IST anders als in der MKF (AG)*
- *eine theoretische Fortschreibung der Bauzeit gibt es nicht (AG)*
- *wie ich meine Ressourcen disponiere ist meine Sache (AN)*
- *ohne theoretische Fortschreibung, kann ich mir ja auch keinen Puffer erarbeiten (AN)*
- *einen Bauzeitanspruch können wir erst am Ende feststellen (AG)*
- *ich muss erst den Planer/die Planerin fragen, was er/sie sich bei der Ausschreibung gedacht hat (AG)*
- *im Falle eines „guten“ Aufwandswerts: naja lieber AN, da müssen wir bei der Fortschreibung des Aufwandswertes aus dem SOLL schon zwingend das IST berücksichtigen (AG)*
- *im Falle eines „schlechten“ Aufwandswerts: (da will der AN eher zum IST): naja lieber AN, da hast Du leider einen Kalkulationsfehler im SOLL, das IST können wir demnach nicht berücksichtigen – sondern maximal das SOLLTE.*
- *dann hänge ich die Dauern der MKF hintereinander an das Ende des Terminplans und komme dann auf die theoretische Fortschreibung (AN)*
- *Nachtragsbearbeitungskosten sind ohnehin Geschäftsgemeinkosten, die zahlen wir grundsätzlich nicht (AG)*
- *Ihr arbeitet anders als im Vertragsbauzeitplan vorgesehen (AG)*
- *der Puffer gehört dem AG (AG)*
- *der Puffer gehört dem AN (AN)*
- *der Puffer gehört dem Projekt (Bauwirtschaftler*in)*
- *…*

[24] Beispiele sind: Pufferzeiten, Concurrency, Vertragsbauzeitplan, Bauzeit-Sollte, fortgeschriebenes Bauzeit-Sollte, Sollte“, fiktiver vertraglicher Soll-Bauzeitplan, fiktives IST, IST-IST, …

[25] Beispiele sind: störungsmodifizierter Bauablauf, IST´Methode, Fenstermethode, Adaptionsverfahren, konkret bauablaufbezogene Darstellung

Die Behandlung all dieser Themen würde den Umfang dieses Beitrages zweifelsohne sprengen. Aus Sicht des Verfassers würde es sich zur Klärung und Findung einer einheitlichen Lösung und Vorgabe zu den aufgeworfenen Themen anbieten, ein sachverständiges Expertengremium zu initiieren. So könnte eine Richtlinie – bspw. in Anlehnung an das international anerkannte SCL Delay and Disruption Protocol[26] – entstehen, die sicherlich einer breiten Anwenderschaft praxistaugliche Hilfestellungen im Umgang mit den Themen bieten würde.

Auch würde wohl die Bandbreite in der Beurteilung und Geltendmachung entsprechender MKF auf ein realistisches Maß, in jedem Falle aber ein vertragskonformeres Maß, reduziert werden können.

Im weiteren Beitrag wird nun lediglich das Thema „Bau-IST“ herausgegriffen, ehe am Ende des Beitrages noch auf Lösungsmöglichkeiten im Rahmen der Bewusstseinsbildung und Vertragsgestaltung referenziert wird.

3 Bau-IST | Umstände, Dauer, Aufwand

Wenn es bei der Fortschreibung von Entgelt und Leistungsfrist bei Leistungsabweichungen um die Berücksichtigung der tatsächlichen Situation auf der Baustelle (zumeist wird hier der schwierige Begriff des „Bau-IST“[27] verwendet) geht, führt das in der Praxis nahezu immer zu Diskussionen.

Zumeist sind es Vertreter*innen aus der AG-Sphäre, die überzeugt meinen, dass bei der Fortschreibung der vertraglichen(!) Bauzeit die tatsächlichen Vorgangsdauern (IST-Vorgangsdauern) das Maß aller Dinge sind. Zugegeben: praktisch – weil einfach und offensichtlich – mag dieser Zugang schon sein. Frei nach dem Motto: *was wiegt, des hats!* Auch die Erklärung vor Gericht (manchmal drohend in die Diskussion eingebracht) wäre ja eine einfache: *„Aber Frau/Herr Rat, man konnte auf der Baustelle ja sehen, dass die Firma nicht so lange gebraucht hat, wie sie es in ihrer MKF behauptet hat! Wir haben alles mitdokumentiert…und die Stunden, die für die Leistung gebraucht wurden, stimmen mit denen aus der MKF ja auch nicht überein.“*

In der Tat verlockend, dennoch entspricht dieser Zugang zur Anpassung der Leistungsfrist keineswegs der ÖNorm B 2118. Eine laut Norm geforderte „entsprechende“ Anpassung wird in der Literatur durchwegs mit einer „angemessenen“ Anpassung gleichgesetzt, welche sich an den Termin- und Zeitgrundlagen des Vertrages zu orientieren hat.[28]

In diesem Zusammenhang ist im Übrigen auch eine oftmals postulierte Orientierung am IST-Aufwand (i.S.v. tatsächlich verbrauchten Stunden

[26] Society of Construction Law (SCL) – Delay and Disruption Protocol, 2017 (2nd Edition)

[27] Eine schöne Definition gibt's hierfür bei KAPELLMANN/SCHIFFERS (2017), wonach das Bau-IST *„…der entsprechende Sachverhalt ist, aber nicht, wie er laut Vertrag sein soll, sondern so wie er tatsächlich auftritt bzw. für die endgültige Ausführung vorgegeben ist.“*

oder tatsächlich eingesetztem Gerät) bei der *Anpassung des Entgelts in Fortschreibung des bestehenden Vertrages* m.E. nicht mit ebendieser Textierung aus der ÖNorm in Einklang zu bringen.

Bei der Fortschreibung der vertraglichen Bauzeit infolge von Leistungsabweichungen verweist die ÖNorm B 2118 (gleichlautend auch die ÖNorm B 2110) darauf, dass die IST-Situation insofern zu berücksichtigen ist, als beispielsweise auf Ausfallfolgezeiten und jahreszeitliche Umstände Bedacht zu nehmen ist (*„Ist mit einer Leistungsabweichung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Ausführung verbunden, ist die Leistungsfrist entsprechend anzupassen, wobei auch die Folgen (z.B. Ausfallfolgezeiten) und jahreszeitliche Umstände zu berücksichtigen sind.“*[29]).

Die Norm will also die **tatsächlichen Umstände** (IST-Umstände) berücksichtigt wissen. Konsequent dazu schreibt auch Kropik zum Bauzeit-SOLLTE: *„Das Bauzeit-SOLLTE ist daher das fortgeschriebene Bauzeit-SOLL unter den gegebenen **Bedingungen des IST** (zu verstehen als SOLL im IST“)“*[30].

Analog zu den vertraglichen Preisgrundlagen bei der Entgeltanpassung ist demnach auch bei der Anpassung der Bauzeit die Frage zu stellen, welche Bauzeit dem AN unter Fortschreibung der Termin- und Zeitgrundlagen des Vertrages (Stichwort vertragliche Leistungsintensität[31]) zusteht, wenn die geänderten Umstände der Leistungserbringung berücksichtigt werden.

Die Vertragspartner haben sich bei der Ermittlung der dem AN zustehenden Bauzeitverlängerung an der dem Werkvertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität, wie sie etwa im Bauzeitplan dokumentiert ist, zu orientieren (OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f).

Relevant sind zur Bauzeitfortschreibung also die tatsächlich geänderten Umstände der Leistungserbringung. Eine Orientierung an den tatsächlichen IST-Vorgangsdauern sieht unsere Normung genauso wenig vor, wie die Heranziehung der tatsächlich verbrauchten Stunden, wenn es darum geht die vertragliche vereinbarte Vergütung fortzuschreiben (ich erspare dem Leser/der Leserin an dieser Stelle den altbekannten und zutreffenden Spruch zu guten und schlechten Preisen).

Reckerzügl formulierte jüngst bei der Darstellung der Grenzen der theoretischen Fortschreibung der Bauzeit (Beitrag zur Festschrift 50 Jahre IBB der TU Wien, 2021): *„Nachdem die Dauer der konkreten Einzelstörung samt ihren Auswirkungen im IST ermittelt wurde, ist diese in den fortgeschriebenen SOLLTE-Bauzeitplan einzufügen.“* Der Autor teilt diese Ansicht aus den o.a. Gründen nicht, obgleich auch er eine Sympathie zur

---

[28] Siehe dazu u.a. WERKL, M.; MÜLLER, W.; HECK, D. (2015): Die Bestimmung der Bauzeit und die Höhe der Vergütung, Tagungsband zum Baurechtsseminar Bad Blumau, S. 74).

[29] ÖNORM B 2118 (2021), Punkt 7.4.2

[30] KROPIK, A. (2014): Bauvertrags- und Nachtragsmanagement, S.785 (Hervorhebung durch den Verfasser)

[31] KROPIK, A.; KRAMMER, P. (1999): Mehrkostenforderung beim Bauvertrag, 1999, S. 60.

empfohlenen Time Impact Analysis (TIA) hegt. Die TIA gründet nämlich grundsätzlich auf einem anderen Rechtssystem, was eine Anwendung in Österreich „1:1“ nicht möglich macht. Im Anwendungsbereich der FIDIC hat das Bau-IST einen völlig anderen vertraglichen Stellenwert.

Während die methodischen Grundsätze der TIA absolut zu befürworten sind – es ist dies aus unserer Sicht immer noch jene Methodik, die den fairsten und zeitnächsten Interessensausgleich ermöglicht – muss klargestellt werden, dass die Methodik an eine Vertragsfortschreibung auf Basis der ÖNorm anzupassen ist.

4 Bewusstsein zu Transaktionskosten

Die Gestaltung des Bauvertrages bestimmt maßgeblich die Höhe der sogenannten *Transaktionskosten*. Diese Kosten sind gleichsam die „Betriebskosten“[32] des Wirtschaftssystems Bauprojekt. Darunter fallen zunächst Such- und Informationskosten, Verhandlungs- und Entscheidungskosten, Überwachungs- und Durchsetzungskosten sowie die Kosten der Abfassung des Bauvertrages selbst und dessen Verhandlung.

Speziell die Kosten für die Rechts- und bauwirtschaftliche Beratung sowie die Kosten für die Leistungsdokumentation, Verhandlungs- oder Nachtragsbearbeitungskosten[33] (auf Seiten aller Beteiligter) sind primär von der Qualität des Bauvertrags abhängig.

Transaktionskostensenkende Maßnahmen, welche konkret bereits im (klassischen[34]) Bauvertrag umgesetzt werden können, sind beispielsweise klarstellende Regelungen über die Voraussetzungen einer Erstattung von Nachtragsbearbeitungskosten in Hinblick auf erforderliche Dokumentation oder das Einkalkulieren der Bearbeitung von Leistungsabweichungen (Vertragsbewirtschaftung).

In Bezug auf die Bauzeit und deren Anpassung fordert schon die ÖNorm B 2118 in Punkt 7.1 eine ehestens durchzuführende Fortschreibung des bestehenden Vertrages und somit eine zeitnahe Erfassung der bauzeitlichen und monetären Auswirkungen von Leistungsabweichungen. Das spricht zunächst für eine projektbegleitende Methodik. Durch eine laufende Abstimmung wird das Thema Bauzeit und deren Vergütung nicht „zum Projektende hin“ aufgeschoben. Die Zuverlässigkeit von Kosten- und Terminprognosen wird durch zeitnahe Abweichungsanalysen maßgeblich erhöht. Zudem ermöglicht der laufende Abstimmungs-

---

32 ARROW. K. J. (1969): The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. In: JOINT CONOMIC COMITEE (Hrsg.): The Analysis and evaluation of Public Expenditures: The PPP-System.
p. 48: *„Transaktionskosten sind (…) allgemein gesprochen (...) die Betriebskosten eines Wirtschaftssystems.“*

33 Siehe WERKL, M.; SCHOLLER, J. (2021): Nachtragsbearbeitungskosten, in ZVB 04/2021, S. 164-171

34 Gemeint sind hier die „klassischen“ Leistungsverträge, also nicht alternative Vertrags- und Vergütungsmodelle wie bspw. Alliancing oder GMP-Regelungen.

prozess zur Fortschreibung ein standardisiertes Berichtswesen,[35] das auch (im Nachhinein) von Dritten leichter prüfbar ist.

Der so oft zu beobachtende *„übergeordnete gestörte Bauablauf“*, der zumeist gegen Ende der Baustelle aus dem Hut gezaubert wird, würde durch regelmäßig und gemeinsam stattfindende Abweichungsanalysen wohl zumindest weniger Überraschungsmoment zeigen bzw. auf eine gemeinsame Datenbasis zugreifen können.

All diese Maßnahmen würden die Transaktionskosten insgesamt senken,

Braucht es aber vielleicht auch einen grundsätzlichen Wandel im Hinblick auf die Vertragsgestaltung? Mehr Flexibilität?

5 Agile Methoden der Vertragsabwicklung und -gestaltung

Gallistel[36] führt in Bezug auf das in der agilen Softwareentwicklung angewandte Vorgehensmodell Scrum[37], einen m.E. sehr wesentlichen und grundlegenden Unterschied zum Bau(vertrags)wesen, an, was den Umgang mit Änderungen betrifft. Im agilen Projektmanagement ist der Zugang dazu nämlich grundsätzlich ein positiver. *„Jeder Änderungsbedarf, der aufgrund neuer Erkenntnisse über das Projekt eintritt, wird als Chance zur Verbesserung des Projekts verstanden.“*[38]

Der klassische Bauvertrag[39] ist primär haftungsbezogen und nicht auf einen positiven, optimalen Umgang mit Änderungen ausgelegt. Auch wird ein Wissenszugewinn im Zuge der Abwicklung großteils negiert, indem eine scheinbare Sicherheit durch den Versuch erkauft wird, durch möglichst präzise und restriktive Regelungen die Konsequenzen bei Änderungen festzulegen.[40]

Lösungsmöglichkeiten sieht Gallistel mit dem Hintergrund eines agilen Zugangs in Bezug auf die Koppelung des Planerhonorars an mögliche Einsparungen im Projekt (i.S.v. Value Engineering) oder einer Abflachung der Honorarsteigerung bei Kostensteigerungen als Anreiz zur Optimierung. Anpassungsmöglichkeit der Risikoverteilung mit dem Baufortschritt, Möglichkeiten das Leistungsziel anzupassen, Verein-

---

35 Vgl. RECHNUNGSHOF (2018): Management von öffentlichen Bauprojekten, S. 18: *„Ein systematisches Controlling ist, neben einem aussagekräftigen Berichtswesen, die zentrale Steuerungsfunktion des Baugeschehens durch die Entscheidungsträger“*

36 GALLISTEL, U. (2021): Agile Methoden der Vertragsabwicklung – der Bauvertrag als Werkzeug zur Streitvermeidung, in Festschrift 50 Jahre IBB, TU Wien, S. 387f (Vgl. der Beitrag von LESSIAK, R.; GALLISTEL, U. in HOFSTADLER, C.; MOTZKO, C. (Hrsg., 2021): Agile Digitalisierung im Baubetrieb, S. 483ff)

37 Scrum (englisch für „Gedränge“) ist ein Vorgehensmodell des Projekt- und Produktmanagements, insbesondere zur agilen Softwareentwicklung (Wikipedia).

38 GALLISTEL, U. (2021): Agile Methoden der Vertragsabwicklung, S. 283

39 *„ … ausgefeilte juristische Klauseln auf vielen Seiten Papier“* (GALLISTEL, U. (2021), S. 282)

40 Ebd., S. 284f

barung der Kalkulationsannahmen als verbindlichen Vertragsbestandteil, Regelungen zur Risikovermeidung anstatt zur Risikoverschiebung, geänderte Definitionen für Leistungsabweichungen,[41] all diese Maßnahmen würden die Agilität von klassischen Bauverträgen positiv beeinflussen.

Während also einerseits ein Mehr an Flexibilität im Bauvertrag im Sinne der agilen Methoden erfolgversprechend sein mag, würden es andererseits auch detailliertere Regelung in Bezug auf die so wesentliche Methodik der Bauzeitfortschreibung ermöglichen, den Vertrag tatsächlich zu bedienen.

Das Spannungsfeld von wirtschaftlich grundsätzlich gegen gerichteten Interessen wird wohl bleiben. Die Art und Weise, wie man mit diesem Gegensatz und den eigenen Antrieben umgeht, führt uns am Ende womöglich aber doch wieder zu einer typisch österreichischen Lösung:[42]

„Die Österreicher haben eine Schwierigkeit damit, ihre Triebmotive vorurteilsfrei einzugestehen, man weicht aus vor den eigenen Begehrlichkeiten.“[43]

---

41 Etwa in Anlehnung an Hofstadler‘s Definition der Bauablaufstörungen, in HOFSTADLER, C. (2014): Produktivität im Baubetrieb, S. 15

42 *„**Österreichische Lösung** ist ein geflügeltes Wort, das meist mit negativer bzw. kritischer Konnotation medial gebraucht wird, um Formelkompromisse, also Entscheidungen und vermeintliche Lösungen von Problemen als unzufriedenstellend für alle Beteiligten zu identifizieren.“* Siehe: WIKIPEDIA, Zugriff am 13.03.2023, 17:34 Uhr. Der Eintrag verweist auf einen durchaus lesenswerten und humorvollen Beitrag in der Zeitung „Die Presse“ vom 25.10.2013 (https://www.diepresse.com/1469125/die-typisch-oesterreichische-loesung)

43 Zitat Arno BÖHLER, aus: https://www.diepresse.com/1469125/die-typisch-oesterreichische-loesung

Literaturverzeichnis

ARROW. K. J. (1969): The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. In: JOINT CONOMIC COMITEE (Hrsg.): The Analysis and evaluation of Public Expenditures: The PPP-System

BERLAKOVITS, C. / KARASEK, G. (2017): Der Kausalitätsnachweis bei Mehrkostenforderungen, in bau aktuell, Heft 2

GALLISTEL, U. (2021): Agile Methoden der Vertragsabwicklung – der Bauvertrag als Werkzeug zur Streitvermeidung, in Festschrift 50 Jahre IBB, TU Wien

GONSCHOREK, L. (2013): Vergütung der Bearbeitung technischer Nachträge, in bau aktuell Heft 5

HOFSTADLER, C. (2014): Produktivität im Baubetrieb

HOFSTADLER, C. (2022): Projektvorlaufzeit und Bauzeit – Ermittlung und Einfluss auf den Projekterfolg

HOFSTADLER, C.; MOTZKO, C. (Hrsg., 2021): Agile Digitalisierung im Baubetrieb

HUSSIAN, W. (2018): Die angemessene Entschädigung des Unternehmers nach §1168 ABGB, in bau aktuell, Heft 1

KAPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K. H., MARKUS, J. (2017): Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag – Band1 Einheitspreisvertrag

KLETECKA, A. (2016): Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers, in bau aktuell, Heft 3

KROPIK, A. (2014): Bauvertrags- und Nachtragsmanagement

KROPIK, A.; KRAMMER, P. (1999): Mehrkostenforderung beim Bauvertrag

LECHNER, H. (2019): Umgang mit Störungen, in bau aktuell Heft 2

MÜLLER, K.; GOGER, G. (2016): Der gestörte Bauablauf

ÖNORM B 2118 (2021), Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten – Werkvertragsnorm

PRESTROS, L. (2021): Die ausreichende Bauzeit als Aspekt der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes, in Festschrift 50 Jahre IBB, TU Wien

RECHNUNGSHOF (2018): Management von öffentlichen Bauprojekten

SCHNEIDER, E. (2015): Gestörter Bauablauf: Aufgabenstellung und Lösungsansätze aus bauwirtschaftlicher Sicht (Teil II), in bau aktuell Heft 6

Society of Construction Law (SCL) – Delay and Disruption Protocol, 2017 (2nd Edition)

WELLER, Marc-Phillipe (2009): Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue

WERKL, M. (2013): Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft, Schriftenreihe des Instituts für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz, Band 34

WERKL, M., KAHRER-DEIM, S.; PAYR, S.; SAUER, C. (2022): Digitale Bauzeitmodelle bei Infrastrukturprojekten – vom abgestimmten Vertragsbauzeitplan zur partnerschaftlichen Vertragsfortschreibung bei Leistungsabweichungen, in bau aktuell Heft 1

WERKL, M.; KAHRER-DEIM, S. (2021): Nachweisführung bei Leistungsabweichungen (mit speziellem Fokus auf Bauzeitänderungen) im internationalen Vergleich, Tagungsband zum 19. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium der TU Graz

WERKL, M.; MÜLLER, W.; HECK, D. (2015): Die Bestimmung der Bauzeit und die Höhe der Vergütung, Tagungsband zum Baurechtsseminar Bad Blumau

WERKL, M.; SCHOLLER, J. (2021): Nachtragsbearbeitungskosten, in ZVB 04/2021