**Haftung der ZiviltechnikerInnen für Verfassung von Vertragsbedingungen**

ZiviltechnikerInnen sind bei ihrer Auftragsabwicklung oftmals mit der Beratung des Auftraggebers/der Auftraggeberin bei der Abfassung von Vertragsbedingungen befasst. Grundsätzlich beziehen sie sich hiebei auf standardisierte Texte, insbesondere die ÖNORM B 2110. Auch wenn es sich bei dieser Norm um einen „ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen der an Werkverträgen beteiligten Personen“ handelt, könnte die anstandslose Zugrundelegung dieser Norm den/die ZiviltechnikerIn mit Haftungsfolgen konfrontieren.

Vorausschickend soll festgehalten werden, dass bezüglich der Frage, ob ZiviltechnikerInnen befugt sind, Vertragsbedingungen zu formulieren, einhellig die Auffassung vertreten wird, dass dies im Zuge von Auftragsabwicklungen im Rahmen seines/ihres Fachgebietes bejaht wird. Dabei wird er/sie sich anerkannter Texte zu bedienen haben. Die Berechtigung des/der ZiviltechnikerIn ergibt sich aus dem für die Befugnis maßgeblichen Studienplan, der in der Regel eine Ausbildung im Bauvertragsrecht bzw. Verdingungswesen beinhaltet. Ein Recht zur umfassenden, gesonderten Rechtsberatung wird von der Befugnis mangels ausreichender juristischer Ausbildung meist nicht enthalten sein (Zitat: Seebacher, Die Haftung des Architekten für die Erstellung von Vertragsbedingungen in der Ausschreibung, in "bau aktuell", Juli 2010).

Bei der Verwendung von standardisierten Vertragstexten, wie der ÖNORM B 2110, ist zu beachten, dass diese in einigen Punkten zum Nachteil des Auftraggebers/der Auftraggeberin von den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen abweicht. Sollte der/die ZiviltechnikerIn den/die AuftraggeberIn darauf nicht explizit hingewiesen haben, könnte im Fall eines daraus resultierenden Schadens ein Verschulden des Ziviltechnikers/der Ziviltechnikerin aufgrund einer Verletzung seiner/ihrer Warn- und Aufklärungspflicht gesehen werden.

Zu dieser Thematik gibt es in Deutschland bereits oberstgerichtliche Entscheidungen, welche besagen, dass der/die AuftragnehmerIn den/die AuftraggeberIn über die Unterschiede zwischen den Inhalten vornormierter Vertragsmuster und der geltenden Gesetzeslage zu beraten und auf „Schwachstellen“ hinzuweisen hat. Erfolgt diese Aufklärung nicht, haftet der/die AuftragnehmerIn für den dadurch verursachten Schaden. Eine entsprechende Judikatur fehlt bei uns noch.

Auf jeden Fall sollten ZiviltechnikerInnen daher ihre AuftraggeberInnen im Fall der Verfassung von Auslobungsunterlagen auf folgende Abweichungen der ÖNORM B 2110 zur geltenden Gesetzeslage hinweisen, um keine Haftungstatbestände zu verwirklichen. Seitens des Auftraggebers/der Auftraggeberin ist zu entscheiden, ob die Formulierung der ÖNORM B 2110 dennoch übernommen werden soll. Gegebenenfalls ist die Beratung durch einen Rechtsanwalt/eine Rechtsanwältin zu empfehlen.

**Unterschied private/r – öffentliche/r AuftraggeberIn**
In Österreich steht es privaten AuftraggeberInnen frei, ÖNORMEN bzw. Abweichungen von diesen in Verträgen zu vereinbaren. Öffentliche AuftraggeberInnen haben hingegen gemäß § 105 Abs. 3 und § 110 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2018 bei Ausschreibungen auf vorhandene Leitlinien, wie ÖNORMEN, „Bedacht zu nehmen“. Laut Gesetzesmaterialien bedeutet dies, dass der Auftraggeber Abweichungen samt relevanter Gründe zu dokumentieren hat.

Der/Die AuftraggeberIn kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten von dieser ÖNORM abweichen, die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber/von der Auftraggeberin aber festzuhalten und den UnternehmerInnen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

**Abweichungen ÖNORM – ABGB**
In folgenden Punkten weicht die Norm von den einschlägigen Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zum Nachteil des/der AuftraggeberIn ab, weshalb er/sie darauf explizit hingewiesen werden sollte:

* **Rücktritt vom Vertrag** (Punkt 5.8.1)

Gemäß § 918 ABGB kann der/die AuftraggeberIn bei Verträgen, die von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt werden, Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären.

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 5.8.1:
Der Rücktritt kann in Fällen des Abschnittes 5.8.1 vom Auftraggeber/von der Auftraggeberin sofort erklärt werden. Entgegen der gesetzlichen Lage ist eine Nachfristsetzung oder vorherige Setzung von Auflagen nicht notwendig und kann, weil das Rücktrittsrecht nach Abschnitt 5.8.1 zeitlich begrenzt ist, sogar schädlich sein.*

*Die Berechtigung zur Aussprache des Rücktritts ist kurz gehalten. Sie beträgt 30 Tage ab Kenntnis des Rücktrittsgrundes. Eine abweichende Regelung wird bezüglich des Punktes Behinderung festgelegt. Hier kann der Rücktritt nur während der bestehenden Leistungsstörung geltend gemacht werden.*

Dies bedeutet, dass der/die AuftraggeberIn gemäß ÖNORM die zeitliche Dimension (keine Nachfristsetzung bzw. Rücktrittserklärung 30 Tage ab Kenntnis) beachten muss, um vom Vertrag zurücktreten zu können.

Der/Die AuftraggeberIn ist deshalb auf diese Abweichung nachweislich aufmerksam zu machen.

Darüber hinaus ist der/die AuftraggeberIn darauf hinzuweisen, dass der Rücktritt vom Vertrag nur „schriftlich“ erklärt werden kann.

* **Streitigkeiten** (Punkt 5.9)

**Leistungsfortsetzung** (Punkt 5.9.1)
Gemäß ÖNORM B 2110 berechtigen Streitigkeiten über die Leistungserbringung die Vertragspartner nicht dazu, die ihnen obliegenden Verpflichtungen einzustellen. Dies bedeutet, dass sowohl AuftragnehmerIn als auch AuftraggeberIn weiterhin ihre vertraglichen Pflichten erfüllen müssen (Leistung und Vergütung). Wenn der der/die Auftraggeber/in die Leistungsfortsetzung nicht möchte, wäre dieser Punkt zu streichen.

*Formulierungsvorschlag:
„Es wird vereinbart, dass die in Punkt 5.9.1 der ÖNORM B 2110 vorgesehene Leistungsfortsetzung nicht zur Anwendung kommt.“*

**Schlichtungsverfahren/Schiedsgericht** (Punkte 5.9.2 und 5.9.3)
Da die Spielregeln für ein Schlichtungsverfahren bzw. Schiedsgericht selten detailliert geregelt sind, sollte die Anwendung dieser Bestimmungen gestrichen werden.

*Formulierungsvorschlag:
„Es wird einvernehmlich festgelegt, dass die Punkte 5.9.2 und 5.9.3 der ÖNORM B 2110 gestrichen werden. Den ordentlichen Gerichten ist somit weder ein Schlichtungsverfahren noch ein Schiedsgericht vorgeschaltet.“*

* **Probebetrieb** (Punkt 6.2.8.9)

Sollte ein Probebetrieb gewünscht sein, so wäre dieser im Vertrag zu vereinbaren. Durch die Anwendung der ÖNORM B 2110 alleine wird nicht automatisch ein Probebetrieb durchgeführt.

* **Vertragsstrafe** (Punkt 6.5.3)

Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 6.5.3:
Gemäß ÖNORM ist die Vertragsstrafe verschuldensabhängig und mit einem Wert von höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt.

Aber ACHTUNG:
Die ÖNORM B 2110 selbst setzt keine Vertragsstrafe in Kraft! Die VertragspartnerInnen müssen, damit eine Vertragsstrafe wirksam wird, diese im Vertrag vereinbaren. Einem/Einer AuftraggeberIn, der/die die Deckelung gemäß ÖNORM nicht möchte, steht es frei, diesen Passus vertraglich abzuändern.

*Formulierungsvorschlag:
„Für den Fall der Nichteinhaltung der vereinbarten Fristen und Termine durch den/die AuftragnehmerIn wird eine Vertragsstrafe vereinbart. Leistungsverzögerungen durch Subbeauftragte werden jedenfalls dem/der AuftragnehmerIn zugerechnet. Die Höhe dieser Vertragsstrafe beträgt pro Kalendertag …. ‰ der Auftragssumme. Die Höhe der Vertragsstrafe ist nach obenhin mit …. % der Auftragssumme begrenzt. Die Einbehaltung der Vertragsstrafe durch den/die AuftraggeberIn entbindet jedoch den/die AuftragnehmerIn nicht von einer Verpflichtung zur Erbringung seiner/ihrer Leistungen. Der/Die AuftraggeberIn behält sich vor, einen allfälligen über die Pönaleverpflichtung hinausgehenden Schaden einzufordern.“*

* **Mengenänderungen ohne Leistungsabweichung** (Punkt 7.4.4)

Gemäß § 1151 ABGB handelt es sich um einen Werkvertrag, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt. Hierbei unterscheidet man unterschiedliche Arten des Entgelts – Geld oder Naturalleistungen, Pauschalpreis, Einheitspreis, Regiepreis bzw. Festpreis und veränderliche Preise. Wird ein Einheitspreis zwischen den Vertragspartner vereinbart, bleibt dieser bis zum Vertragsende erhalten.

*Die ÖNORM B 2110 sieht hierzu folgende Regelung vor:
Punkt 7.4.4:
Bei Über- oder Unterschreitung der im Vertrag angegebenen Menge einer Position mit Einheitspreis um mehr als 20 % ist über Verlangen eines Vertragspartners ein neuer Einheitspreis für die tatsächlich angeführte Menge unter Berücksichtigung der Mehr-/Minderkosten zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig auf bloßen Mengenänderungen (unzutreffende Mengenangaben ohne Vorliegen einer Leistungsabweichung) zurückzuführen ist. Dieses Verlangen ist dem Grunde nach ehestens nachweislich geltend zu machen. Die Ermittlung des neuen Einheitspreises hat gemäß 7.4.2 zu erfolgen.*

Wenn es zu einer bloßen Mengenänderung (ohne Leistungsabweichung) kommt, hat nach dieser Regelung der Vertragspartner einen Preisänderungsanspruch. Innerhalb der 20 %-Klausel bleiben die Einheitspreise jedoch gleich.

*Alternativer Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 7.4.4 der ÖNORM B 2110 wird vereinbart, dass es zu keiner Änderung des Einheitspreises bei Mengenabweichungen kommt.“*

* **Nachteilsabgeltung** (Punkt 7.4.5)

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor:
Punkt 7.4.5:
Erwächst dem Auftragnehmer, bei Unterschreitung der Auftragssumme um mehr als 5 %, durch Minderung oder Entfall von Teilen einer Leistung ein Nachteil, der nicht durch neue Einheitspreise oder durch andere Entgelte abgedeckt ist, hat der Auftraggeber diesen Nachteil abzugelten.*
*Dieser Nachteil kann einvernehmlich durch Vergütung des kalkulierten Anteils der Geschäftsgemeinkosten an den entfallenen Leistungen abgegolten werden.*
*Die Kosten von projektbezogenen erbrachten Vorleistungen, die nicht anderweitig zu verwerten sind, sind jedenfalls (unabhängig von der 5 %-Grenze) abzugelten.*

Hierbei handelt es sich um Minderung oder Entfall von Teilen (Leistungsänderung) der Leistungen. Diese Regelung schließt bloße Mengenminderungen im Sinne des Punktes 7.4.4 mit ein. Wenn somit der/die AuftraggeberIn bewusst in den Leistungsumfang des/der Auftragnehmers/in eingreift und dadurch die Schlussrechnungssumme um mehr als 5 % unter der Auftragssumme liegt, ist ein Vergütungsanspruch im Grunde nach gegeben. Die Höhe hängt davon ab, welche Nachteile dem/der Auftragnehmer/in entstanden sind. Der Nachteil ist jedenfalls vom/von der Auftragnehmer/in nachzuweisen.

Die Regelung der ÖNORM könnte dahingehend entschärft werden, dass die 5 %-Grenze angehoben wird.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 7.4.5 der ÖNORM B 2110 wird die Nachteilsabgeltung erst für ein Unterschreiten der Auftragssumme um mehr als 10 % vereinbart.“*

* **Einbehalt wegen Mängel** (Punkt 10.4)

Gemäß §§ 1165 ff ABGB schuldet der/die AuftragnehmerIn die mangelfreie Herstellung des Werkes. Erst nach Vertragserfüllung kann er/sie Zahlung vom Auftraggeber/von der Auftraggeberin verlangen. Ist das Werk mangelhaft, besteht also grundsätzlich keine Zahlungsverpflichtung. Der/Die AuftraggeberIn kann das Entgelt zurückbehalten.

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 10.4:
Gemäß Punkt 10.4 kann der/die AuftraggeberIn neben dem Haftungsrücklass nur mehr das Entgelt bis zur dreifachen Höhe der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückbehalten.*

Dieser Punkt sieht demnach eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes vor. Der/Die AuftraggeberIn kann das Entgelt nur mehr bis zur dreifachen Höhe der voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme einbehalten. Sollte der/die AuftraggeberIn die gesetzliche Regelung bevorzugen, wäre dies im Vertrag zu vereinbaren. Auf jeden Fall ist er/sie nachweislich darauf hinzuweisen.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 10.4 der ÖNORM B 2110 gelten die einschlägigen gesetzlichen Regelungen bezüglich des Leistungsverweigerungsrechts.“*

* **Rechtsfolgen der Übernahme** (Punkt 10.6)

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor:
Punkt 10.6.2:
Übernimmt der Auftraggeber die Leistung trotz Mängel, bedeutet dies keinen Verzicht auf seine Gewährleistungsansprüche; dies gilt aber nicht für nicht gerügte offensichtliche Mängel.*

Abweichend zur gesetzlichen Regelung wird hier dem/der Auftraggeber/in eine Rügepflicht bei offensichtlichen Mängeln auferlegt. Die fehlende Rüge kann einen schlüssigen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche bedeuten. Der/Die Auftraggeber/in ist darauf nachweislich hinzuweisen bzw. wäre diese Rügepflicht zu streichen. Entsprechendes gilt für Punkt 12.2.3.1.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 10.6.2 und 12.2.3.1 der ÖNORM B 2110 gelten die einschlägigen gesetzlichen Regelungen zur Rügepflicht.“*

* **Haftungsbestimmungen** (Punkt 12)

Grundsätzlich folgen die Haftungsbestimmungen den gesetzlichen Regelungen, die ÖNORM B 2110 sieht jedoch zwei Ausnahmen vor:

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 12:
Einerseits betrifft die Abweichung jene Beschädigungen, die von anderen AuftragnehmerInnen des Auftraggebers/der Auftraggeberin herrühren (siehe Anmerkung zur Punkt 12.4). Andererseits trägt der/die AuftragnehmerIn nicht das Risiko für den Untergang des Werkes durch ein unabwendbares Ereignis, sofern er/sie alle notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu dessen Abwehr getroffen hat.*

Gemäß § 1168a ABGB könnte der/die UnternehmerIn kein Entgelt verlangen, wenn das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zu Grunde geht.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 12 der ÖNORM B 2110 gelten die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen bezüglich Untergang des Werkes durch ein unabwendbares Ereignis.*“

* **Schadenersatz allgemein** (Punkt 12.3)

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 12.3:
Die ÖNORM B 2110 ändert mit der Einschränkung der Schadenersatzansprüche bei Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit (mit Ausnahme bei Rücktritt vom Vertrag) die gesetzliche Normallage ab. Eine vereinbarte Vertragsstrafe wird bei leichter Fahrlässigkeit auf die vereinbarte Höhe beschränkt, unbeschadet des richterlichen Mäßigungsrechts. Nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit kann ein die Vertragsstrafe übersteigender Schaden geltend gemacht werden.
Weiters wird der Schadenersatz bei leichter Fahrlässigkeit bei einer Auftragssumme bis € 250.000,-- mit höchstens € 12.500,-- und bei einer Auftragssumme über € 250.000,-- mit 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens € 750.000,--, begrenzt.*

Nach der gesetzlichen Regelung gebührt bei leichtem Verschulden (leichte Fahrlässigkeit) grundsätzlich der positive Schaden (wirklicher Schaden) und grobem Verschulden (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit) die volle Genugtuung (positiver Schaden und entgangener Gewinn).

Die Regelung in der ÖNORM bedeutet demgemäß eine erhebliche Einschränkung für den/die AuftraggeberIn, worauf entsprechend nachweislich hinzuweisen ist. Sollte die gesetzliche Regelung seitens des Auftraggebers/der Auftraggeberin gewünscht werden, ist eine vertragliche Vereinbarung notwendig.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 12.3 der ÖNORM B 2110 gelten die einschlägigen gesetzlichen Regelungen bezüglich des Schadenersatzrechts."*

* **Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer** (Punkt 12.4)

Gemäß § 1295 Abs. 1 ABGB haftet jede/r AuftragnehmerIn dem/der AuftraggeberIn für schuldhaft zugefügte Schäden. Die Haftung erstreckt sich auch auf von seinen/ihren SubunternehmerInnen verursachte Schäden (§ 1313a ABGB). Im Zweifel gilt gemäß § 1296 ABGB jedoch die Vermutung, dass ein Schaden ohne Verschulden eines anderen entstanden sei.

*Die ÖNORM B 2110 sieht dazu folgende Regelung vor: Punkt 12.4:
Wenn mehrere AuftragnehmerInnen im Baustellenbereich beschäftigt sind, haften sie für die in der Zeit ihrer Tätigkeit entstandenen Beschädigungen an übernommenen und nicht übernommenen Leistungen sowie am vorhandenen Baubestand, sofern die Urheber dieser Beschädigungen nicht feststellbar sind, anteilsmäßig im Verhältnis ihrer ursprünglichen Auftragssumme je AuftragnehmerIn bis zu einem Betrag von 0,5 % der jeweiligen ursprünglichen Auftragssumme.*
*Jedem haftpflichtigen Auftragnehmer/Jeder haftpflichtigen Auftragnehmerin steht die Möglichkeit offen, zu beweisen, dass die Beschädigung weder durch ihn/sie noch durch seine/ihre Erfüllungsgehilfen verursacht worden sein konnte.*

Damit die Regelung der ÖNORM und vor allem die prozentuelle Obergrenze (0,5 % der jeweiligen ursprünglichen Auftragssumme) nicht zur Anwendung gelangt, muss die Geltung der gesetzlichen Bestimmungen im Vertrag vereinbart werden.

*Formulierungsvorschlag:
„Abweichend zu Punkt 12.4 der ÖNORM B 2110 gelten die einschlägigen gesetzlichen Regelungen bezüglich des Haftungsrechts mehrerer AuftragnehmerInnen.“*

**Zusammenfassung:**Um etwaige haftungsrechtliche Folgen zu vermeiden, sollte der Ziviltechniker/die Ziviltechnikerin aufgrund der ihn/sie obliegenden Warn- und Aufklärungspflicht auf die für den/die AuftraggeberIn nachteiligen Abweichungen der ÖNORM gegenüber der einschlägigen gesetzlichen Lage nachweislich hinweisen.

Zu diesem Zweck können Sie das angefügte **Musterformular Warnpflicht** verwenden.

(Stand: 07.2021, basierend auf ÖNORM B2110, Ausgabe: 2013-03-15)