

Dipl.-Ing. Dr. Roland Haring ist Ingenieurkonsulent für Bauwesen/Bauingenieurwesen und Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger.

Kontaktadresse: Leopold Weinmayer Straße 14/4/3, 3400 Klosterneuburg

Tel.: 0664 436 23 64

E-Mail: roland.haring@haring.wien

Internet: www.haring.wien

#### Von denselben Autoren erschienen:

*Oberndorfer/Haring*, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag<sup>3</sup> (erscheint 2017);

*Oberndorfer/Haring*, Preisbildung & Preisumrechnung von Bauleistungen<sup>2</sup> (2014);

*Oberndorfer/Haring*, Baupreisbildung und Baupreis Anpassung, in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II<sup>9</sup> (2014).

#### Literatur:

*Oberndorfer/Haring*, Baupreisbildung und Baupreis Anpassung, in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II<sup>9</sup> (2014);

*Oberndorfer*, Entgangene Deckungsbeiträge zur Zentralregie, ZVB 2012, 344;

*Oberndorfer*, Die Vergütung von entfallender Zentralregiedeckung bei Behinderung, Leistungsminderung und Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrag, in *Oberndorfer/Wolkerstorfer*, Der Bauvertrag aus ganzheitlicher Sicht (2004).

# Entgelt für die Erstellung einer Mehrkostenforderung?

Häufig herrscht zwischen AG und AN Uneinigkeit darüber, ob die Erstellung eines Angebots bzw einer Mehrkostenforderung (MKF) eine entgeltspflichtige Leistung darstellt oder nicht. Jene Regelungen und Fälle, die in diesem Artikel näher betrachtet werden, können als Entscheidungshilfen herangezogen werden.

Von **Andreas Kropik, Ursula Gallistel und Jacqueline Raab**

## Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. Die Entgeltlichkeit von Angeboten und Kostenvoranschlägen
  1. Regelungen in Gesetzen und Richtlinien
  2. Das Angebot als selbständiges Werk
- C. Entgeltlichkeit der Erstellung von Mehrkostenforderungen
  1. Fehlende Entscheidungsfreiheit des AN
  2. Abgeltung der entstandenen Kosten
  3. Anmeldepflicht von Mehrkosten
  4. Versteckter Planungsauftrag
  5. Verbesserungsvorschläge des AN

## A. Problemstellung

Bei Verträgen auf Grundlage der Werkvertragsnormen B 2110 bzw B 2118 ist der AN gem Pkt 7.1 verpflichtet, Leistungsänderungen des AG auszuführen, sofern diese zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem AN zumutbar sind. In der Praxis erfolgt die Anordnung einer Leistungsänderung oder das Anfordern eines Angebots für eine eventuelle Leistungsänderung oft ohne nähere Ausführungen zu den technischen Details, sodass dem AN zusätzlich zur eigentlichen Kalkulation ein mehr oder weniger beträchtlicher Planungsaufwand entsteht. Über die Frage, ob dem AN für die Ausarbeitung des Angebots ein Entgelt zusteht

oder ob es sich um eine vom AN unabhängig von einer tatsächlichen Beauftragung kostenlos zu erbringende Leistung handelt, treffen die ÖNormen jedoch keine Aussage.

## B. Die Entgeltlichkeit von Angeboten und Kostenvoranschlägen

### 1. Regelungen in Gesetzen und Richtlinien

Im Gesetz finden sich Regelungen über die Entgeltlichkeit der Ausarbeitung von Kostenvoranschlägen oder Angeboten nur im Zusammenhang mit speziellen Einzelfragen. So besagt § 5 Abs 1 KSchG, dass ein Verbraucher für Kostenvoranschläge nur dann ein Entgelt zu zahlen hat, wenn er vorher auf die Zahlungspflicht hingewiesen worden ist. Diese Regelung schließt allerdings nicht aus, dass die Ausarbeitung eines Kostenvoranschlags zB im Rahmen einer irrtumsrechtlichen oder gewährleistungsrechtlichen Frage als entgeltliche Leistung gewertet wird, nur die Zahlungspflicht des Verbrauchers ist ausgeschlossen.<sup>1)</sup>

Das BVergG sieht in § 111 Abs 1 grundsätzlich Unentgeltlichkeit für die Ausarbeitung von Angeboten vor. Werden allerdings besondere Ausarbeitungen verlangt, so ist hierfür gem Abs 3 leg cit eine angemessene Vergütung vorzusehen. Nach der einschlägigen Judikatur

1) *Krejci in Rummel I*<sup>9</sup> § 1170 a Rz 32.



#### ZVB 2016/125

§ 1170 a ABGB;  
Abschnitt 7.1  
ÖNORM B 2110  
und B 2118

OGH 18. 8. 2004,  
4 Ob 132/04 x

Leistungs-  
änderungsrecht;  
Mehrkosten;  
Planungsaufwand

besteht zB für die Ausarbeitung umfangreicher Unterlagen im Rahmen von Architekturwettbewerben kein Vergütungsanspruch, wenn in der Ausschreibung auf die Entgeltlosigkeit hingewiesen wurde.<sup>2)</sup> Andererseits beurteilte der OGH jedoch die Ausarbeitung eines Angebots als eigenständige Leistung und damit als entgeltspflichtig, wenn dafür besondere Aufwendungen wie zB die Erstellung von Zeichnungen und Grundrissen – wohl aber auch anwendbar für technische Berechnungen und Mengenermittlungen – erforderlich waren.<sup>3)</sup>

Im Rahmen von Planungsverträgen mit Architekten ist die Ausarbeitung von Kostenermittlungsgrundlagen, also nur die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses samt der zugehörigen Mengenermittlungen, eine eigenständige Teilleistung, die beispielsweise in § 3 Abs 5 Honorarordnung für Architekten 2002 mit 12% der gesamten Planungskosten bewertet wird.

## 2. Das Angebot als selbständiges Werk

Daraus ergibt sich, dass ein Angebot dann nicht entgeltlich ist, wenn es sich um ein bloßes Offert handelt. Entgeltlichkeit ist dagegen idR dann anzunehmen, wenn der Kostenvoranschlag ein selbständiges Werk darstellt.<sup>4)</sup> Ist also, wie zB bei einem Planungsvertrag, von vornherein klar, dass der Planer das Werk nicht selbst ausführen wird, so handelt es sich beim Kostenvoranschlag (Kostenschätzung, Kostenberechnung) jedenfalls um eine entgeltliche Vorbereitungsarbeit. Bewirbt sich dagegen ein Unternehmer im Wettbewerb um die Werkerstellung, so überwiegt der Angebotscharakter und der Kostenvoranschlag ist unentgeltlich.<sup>5)</sup> Zur Differenzierung zwischen einem bloßen Angebot (Offert) und einem selbständigen Werk können nach *Schilcher*<sup>6)</sup>

- der Aufwand für die Angebotserstellung,
  - der selbständige Wert des Kostenvoranschlags für den AG und
  - die Verteilbarkeit etwaiger frustrierter Kosten für den Unternehmer
- herangezogen werden.

Liegt in der Erstellung des Angebots ein selbständiges Werk vor, wurde aber keine Vereinbarung über das Entgelt getroffen, so gilt nach § 1152 ABGB ein angemessenes Entgelt als bedungen.

## C. Entgeltlichkeit der Erstellung von Mehrkostenforderungen

### 1. Fehlende Entscheidungsfreiheit des AN

Bei einem Angebot im freien Wettbewerb liegt die Entscheidung über die Teilnahme am Wettbewerb beim Unternehmer. Ist ihm die Angebotslegung zu aufwendig oder ist sein Unternehmen ohnehin ausgelastet, wird er von einer Angebotslegung absehen. Nimmt er aber am Wettbewerb teil, so ist Erfolg oder Misserfolg hinsichtlich der Zuschlagserteilung Teil seines unternehmerischen Risikos und als solcher wohl als Aufschlag in den Geschäftsgemeinkosten abgebildet.

Im Falle einer angeordneten Leistungsänderung stellt sich die Situation jedoch anders dar: Ist die Leistungsänderung zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und für den Unternehmer zumutbar, so besteht im Bauver-

trag nach ÖNORM B 2110 bzw ÖNORM B 2118 ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des AG, das den AN zur Ausführung und damit auch zur Ausarbeitung einer entsprechenden MKF verpflichtet. Falls der AG ein Angebot über eine Leistungsänderung nur fordert, um sich für oder gegen die Projektänderung zu entscheiden, so ist diese offenbar nicht notwendig und der AN kann die Ausarbeitung der MKF ablehnen. Unzumutbarkeit einer Leistungsänderung ist unter anderem dann gegeben, wenn eine derart grundlegende Änderung des ursprünglichen Entwurfs erforderlich ist, dass diese einer Neuplanung nahekommt.<sup>7)</sup> Betrifft die grundlegende Entwurfsänderung aber nur kleinere Teilbereiche des Gesamtauftrags, wie zB die Beleuchtung oder die Gebäudedämmung, wird das Unzumutbarkeitskriterium jedoch nicht greifen. Der AN befindet sich im Fall einer angeordneten Leistungsänderung somit nicht mehr im Wettbewerb, sondern er ist verpflichtet, ein Angebot auszuarbeiten.

Die Anwendung der oben angeführten Abgrenzungskriterien für die Entgeltspflicht von Angeboten auf MKF ergibt folgende Beurteilung: Ist im Rahmen der MKF eine aufwendige Neuplanung oder Redimensionierung einzelner Teilbereiche des Projekts erforderlich und haben diese Ausarbeitungen für den AG (zB als Entscheidungsgrundlage) einen eigenen Wert, so ist diese Leistung des AN aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur Verteilung der entstandenen Kosten jedenfalls entgeltlich. Anderes gilt für den Aufwand der Preisermittlung: Die Kalkulationsarbeit selbst ist grundsätzlich nicht vergütungsfähig.

## 2. Abgeltung der entstandenen Kosten

Nach den Regelungen der ÖNormen B 2110 und B 2118 sind für die Ermittlung eines geänderten Entgelts (MKF) die ursprünglichen Kalkulationsgrundlagen fortzuschreiben. Ist eine Angebotslegung mit hohem Aufwand verbunden, etwa weil eine funktionale Leistungsbeschreibung vorliegt, so wird sich das in der Regel auch in den einzelnen Kostengrundlagen, insbesondere in der Höhe des Gesamtzuschlags, widerspiegeln. Das Entgelt für den Planungsaufwand ist hier in den Kostenansätzen für die Leistungserbringung enthalten. Dagegen beinhaltet eine konstruktive Ausschreibung, die eine Preisermittlung ohne hohen Planungsaufwand ermöglicht, keine Zuschlagssätze für die Planung.

Basiert eine planungsintensive und daher grundsätzlich entgeltspflichtige MKF also auf einem ebenfalls planungsintensiven Ur-Angebot (zB bei einer funktionalen Ausschreibung), so ist das Entgelt für die Planungsleistungen in den Preisgrundlagen für die Ausführung der Leistung enthalten. Dem AN entsteht nur dann ein zusätzlicher Anspruch, wenn die Leistung

2) OGH 30. 8. 2007, 2 Ob 245/06b.

3) Vgl etwa OGH 18. 8. 2004, 4 Ob 132/04x.

4) *Krejci in Rummel* <sup>13</sup> § 1170a Rz 33f.

5) *Krejci in Rummel* <sup>13</sup> § 1170a Rz 34.

6) *Schilcher in Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz 414, zit von *Krejci in Rummel* <sup>13</sup> § 1170a Rz 34.

7) *Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>3</sup> Rz 1158.

nach Erstellung der MKF nicht zur Ausführung gelangt.

Liegt dagegen der Ur-Ausschreibung eine Leistungsbeschreibung nach einem Standardleistungsbuch zugrunde und wurden Ausführungspläne und ein detailliertes Mengengerüst zur Verfügung gestellt, so ist die Ausarbeitung einer MKF für Leistungsänderungen nur dann unentgeltlich, wenn ähnliche Voraussetzungen (also ein vom AG vorgegebenes Leistungsverzeichnis für die Leistungsänderung) gegeben sind. Gibt aber der AG seine Anforderungen für die Leistungsänderung nur funktional bekannt und fordert den AN auf, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen, so steht diesem eine Vergütung für den mit der MKF verbundenen Planungsaufwand zu.

### 3. Anmeldepflicht von Mehrkosten

Für eine vom AG geforderte Änderung muss der AN in der Regel eine MKF legen. Zu beachten ist dabei jedoch die Anmeldepflicht für Mehrkosten gem Pkt 7.3.1 ÖNORM B 2110 bzw Pkt 7.4.3.1 ÖNORM B 2118 (ausgenommen offensichtliche Mehrkosten). Die ÖNormen sehen zwar nur eine Anmeldung dem Grunde nach vor, viele AG wollen allerdings die Höhe der Mehrkosten schon vor der Beauftragung wissen bzw will meist auch der AN Kenntnis darüber haben, welchen Betrag er letztendlich vergütet bekommen wird. So ist es für ihn beispielsweise interessant, ob eventuell anfallende Planungskosten, der Aufwand für Massenermittlungen oder das Erstellen eines LV auch abgegolten werden. Verabsäumt der AN die Anmeldung der MKF, so verliert er seinen Anspruch auf Vergütung der Mehrkosten in dem Umfang, in dem der AG in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird und ihm daraus ein Nachteil erwächst (Pkt 7.4.3 ÖNORM B 2110 bzw Pkt 7.4.3.2 ÖNORM B 2118). Muss dem AG nicht offensichtlich bewusst sein, dass auch die Angebotserstellung Kosten nach sich zieht, so sind auch die Mehr-

kosten für die Ausarbeitung der MKF dem Grunde nach anzumelden. Der AG könnte dann allenfalls entscheiden, den Planer und nicht den ausführenden AN mit den technischen Vorarbeiten zu beauftragen.

### 4. Versteckter Planungsauftrag

In der Praxis ist das Planungsbudget des AG zum Zeitpunkt der Bauausführung oft bereits verbraucht, weshalb Planungsaufträge mitunter bewusst in eine Leistungsänderung verpackt werden. Demgegenüber sind viele Unternehmer gar nicht auf einen Planungsauftrag eingestellt und müssten sich hierfür externer Experten bedienen. Entspricht die vom AG verlangte Art der Leistung nicht der ursprünglich beauftragten Leistung bzw dem Leistungsportfolio des Unternehmers, so ist die Ausführung der Leistung, soweit es die Planungsarbeiten betrifft, als unzumutbar einzustufen.<sup>8)</sup> Der AN darf diesen Teil der Leistung ablehnen oder gegen entsprechendes Entgelt unter Beiziehung externer Gehilfen erbringen.

### 5. Verbesserungsvorschläge des AN

Im Rahmen der Prüf- und Warnpflicht hat der AN nach Pkt 6.2.4.4 ÖNormen B 2110 bzw B 2118 bei erkannten Mängeln oder begründeten Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung Vorschläge zur Verbesserung zu machen. Diese Regelung verpflichtet den AN aber nicht dazu, aufwendige Arbeiten oder Planungsaufgaben für den AG ohne Entgeltanspruch durchzuführen.<sup>9)</sup>

Für Verbesserungsvorschläge im Rahmen eines vertraglich vereinbarten value engineering sind entsprechende Regelungen zu treffen.

8) Karasek, ÖNORM B 2110<sup>9</sup> Rz 1158.

9) Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement 258; Karasek, ÖNORM B 2110<sup>9</sup> Rz 803.

#### → In Kürze

Die Ausarbeitung einer MKF ist dann entgeltspflichtig, wenn sie mit einem über die reine Kalkulationsarbeit hinausgehenden Planungsaufwand verbunden ist, die Planung selbst einen Nutzen für den AG bringt und der AN zur Ausarbeitung der MKF verpflichtet ist. Ist dies der Fall, sollte die Thematik der Abgeltung vom AN klar angesprochen werden. Um einem Anspruchsverlust zu entgehen, müssen auch die Kosten für die Erstellung der MKF vorab dem Grunde nach angemeldet werden. Sind die Planungsaufwendungen in den Preisansätzen des Ur-Angebotes enthalten, entsteht nur dann ein eigener Anspruch auf Abgeltung, wenn die Leistungsänderung nicht zur Ausführung gelangt.

#### → Zum Thema

##### Über die Autoren:

Dipl.-Ing. Dr. **Andreas Kropik** ist Universitätsprofessor für Bauwirtschaft und Baumanagement am Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement der TU-Wien. Weiters ist er Geschäftsführer der Bauwirtschaftlichen Beratung GmbH. Kontakt: kropik@bw-b.at  
Tel: +43 (0)1 86 99 680  
Internet: www.bw-b.at.

DI **Ursula Gallistel** ist Universitätsassistentin am Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement der TU-Wien. Kontakt: ursula.gallistel@tuwien.ac.at

Tel: +43 (0)1 588 01 23401  
Internet: www.ibb.tuwien.ac.at

DI **Jacqueline Raab** ist Universitätsassistentin am Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement der TU-Wien. Kontakt: jacqueline.raab@tuwien.ac.at

Tel. +43(0)1 588 01 23401  
Internet: www.ibb.tuwien.ac.at

##### Vom selben Autor erschienen:

*Kropik*, Baukalkulation und Kostenrechnung (2016);  
*Kropik*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement (2014);  
*Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft (2012);  
*Kropik/Heegemann/Scherer* (Hrsg), Vergütungsänderungen bei Kostenveränderungen im Bauwesen (2007);  
*Kropik in Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II (2013).

##### Literatur:

*Karasek*, ÖNORM B 2110<sup>9</sup> (2016);  
*Krejci in Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1170 a (2000).