

willheim | müller
rechtsanwälte

28.02.2013

**Risikomanagement im Bauvertrag -
von der Angebotslegung bis zur Gewährleistung**

DDr. Katharina Müller

W
O
R
L
D
S

Überblick

- I. Arten von Risiken, Sphärentheorie und Übertragung von Risiken
- II. Risiken in der Phase der Ausschreibung
- III. Risiken in der Ausführungsphase
- IV. Gewährleistungsrisiko

works

I. Arten von Risiken

works

Definition Risiko

Risiko:

- Überbegriff für negative und positive Abweichungen:
 - Unsicherheit im Bereich des Leistungsumfangs;
 - Unsicherheit bei den Umständen der Leistungserbringung;
 - Unterbleiben der Werkerstellung;
 - Untergang des Werks;

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 251 ff.

works

Arten von Risiken

Behörden und Genehmigungsrisiken

Planungsrisiken

Baurisiken

wirtschaftliche und finanzielle Risiken

rechtliche Risiken

works

Sphärentheorie - Risikoverteilung nach dem ABGB

Unterteilung in drei Sphären:

1.) Sphäre des AG:

- alle Handlungen, die der AG dem AN schuldet (Ausführungsunterlagen, Koordination, Vorunternehmerleistungen, etc);
- der vom AG zur Verfügung gestellte Stoff; und
- Anweisungen des AG.

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 254.

works

Sphärentheorie - Risikoverteilung nach dem ABGB

2.) Sphäre des AN:

- Risiken, die den technischen Ablauf, die Zufuhr von Rohstoffen, die Arbeitskräftebeschaffung und die Einholung von Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen, die zur Ausführung der Leistung notwendig sind, betreffen;
- Kalkulationsrisiken;
- Risiken aus einer vertraglichen Verpflichtung zur Prüfung der Ausführungsunterlagen.

3.) Neutrale Sphäre:

- Von außen einwirkende Ereignisse;
- unabwendbare, unvorhergesehene und außergewöhnliche Ereignisse.

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 258.

§ 1168 ABGB

- (1) *Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.*
- (2) *Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zu Nachholung eine angemessenen Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.*

§ 1168a ABGB

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

Definition „Stoff“:

- Unter "Stoff" ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dem das Werk herzustellen ist, so auch der Grund und Boden, auf dem der Bau aufzuführen, oder das Gebäude, an dem die Arbeit zu verrichten ist (OGH 1 Ob 579/80).

works

Risikoverteilung nach der ÖNORM B 2110

Sphäre des AG gemäß Pkt. 7.2.1 ÖNORM B 2110:

- Beistellung von Ausschreibungs- und Ausführungsunterlagen (Pläne, Bodengutachten, Statik, Massenauszüge, Führungspläne etc); ABER: Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß § 1168a ABGB;
 - ordentliche Beschreibung der Leistung (Grenzen des Vergaberechts/ Zivilrechts);
 - Koordinationspflicht (Projektmanagement) – Punkt 6.2.5.1 ÖNORM B 2110;
 - Beistellung von Stoff und Vorleistungen (Baugrund, Altbaubestand, Vorleistungen, Materialien etc.);
 - Ereignisse, die die Leistung objektiv unmöglich machen. ABGB: neutrale Sphäre;
 - Unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse (Erdrutsch, Streik, außergewöhnliche Witterungsverhältnisse, Krieg, Erdbeben etc). ABGB: neutrale Sphäre.
- > Müller in Müller/Stempkowski in Handbuch Claim-Management 254 ff.

Risikoverteilung nach der ÖNORM B 2110

Sphäre des AN:

- Kalkulationsrisiko: welcher Aufwand je ausgeschriebener Teilleistung auf Basis der Ausschreibung/des vorgesehenen Bau-Soll aufzuwenden ist (Erfahrungswert, Datenbank, etc)
- Dispositionen des AN sowie seiner Subunternehmer und Lieferanten;
- Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten – Pkt. 4.2.1.4 ÖNORM B 2110
- Alternativangebote
- Risiken aus einer vertraglichen Prüfpflicht – Pkt 6.2.4 ÖNORM B 2110

-> Müller in Müller/Stempkowski in Handbuch Claim-Management 259 ff.

Vollständigkeitsrisiko

- Risiko, dass im Leistungsverzeichnis Positionen vergessen wurden, die für die ordnungsgemäße Erfüllung des Werkvertrages notwendig sind.
- Praxis: Leistungsverzeichnisse und Kostenvoranschläge, die bestimmte Leistungsgegenstände beschreiben, aber nicht alle für die Leistungsumsetzung notwendigen Mittel erfassen.
- Ursachen:
 - Die Notwendigkeit der Leistung war im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bekannt.
 - Eine Leistung wurde vergessen.

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 273 ff.

Einheitspreisvertrag mit Leistungsverzeichnis aus der Sphäre des Auftraggebers

- Auftraggeber hat das Risiko zu tragen
- Werkunternehmer hat eingeschränkte vorvertragliche Schutz- und Aufklärungsfristen
- generell ist es dem Auftragnehmer unzumutbar in der typischer Weise kurzen Angebotsfrist das Leistungsverzeichnis eingehend zu prüfen
- Aber: Problem sind unvollständige und mangelhafte Leistungsbeschreibungen.

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 274.

works

Vertragliche Überwälzung des Vollständigkeitsrisikos

- In der Praxis wird oftmals auf den Auftragnehmer die Verpflichtung überbunden, eine voll funktionstüchtige Anlage zu liefern, auch wenn das LV/die Leistungsbeschreibung nicht alle erforderlichen Leistungen enthält.
- Eine solche Überbindung des Risikos ist grundsätzlich zulässig
- Typische Formulierung: „*Der Auftragnehmer übernimmt ausdrücklich das Vollständigkeitsrisiko*“
- Die Überbindung des Risikos steht aber unter der Schranke des § 879 ABGB
 - § 879 Abs 1 ABGB: Verstoß gegen die Guten Sitten
 - § 879 Abs 3 ABGB: gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen

-> Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 273 ff.

Grundsätzliches zur Überwälzbarkeit von Risiken

- Die Sphärentheorie gemäß § § 1168, 1168a ABGB und der ÖNORM B 2110 geht von den typischen, beherrschbaren Risikosphären der Vertragspartner aus;
- jeder Vertragspartner hat für die Risiken in seiner Sphäre einzustehen;
- die Risikosphären des ABGB und der ÖNORM B 2110 können einzelvertraglich abgeändert werden;
- Praxistipp: der vorliegende Vertrag ist darauf zu überprüfen, ob
 - die Geltung der ÖNORM B 2110 grundsätzlich vereinbart ist;
 - die ÖNORM B 2110 modifiziert wird;
 - der Vertrag Klauseln enthält, die Risiken einem der Vertragspartner explizit zuordnen.
 - Wenn ja, in welchem Ausmaß wurde die Normallage abgeändert?

-> *Weselik in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 263 f.*

Unkalkulierbare Risiken

Ein unkalkulierbares Risiko wird immer dann vorliegen, wenn

- ein sorgfältiger und fachmännischer Kalkulant anhand der Ausschreibungsunterlagen und
- der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv bekannten Umstände der Leistungserbringung
- den tatsächlichen Schwierigkeits- bzw Risikograd nicht erkennen konnte.

Verfügt ein fachmännischer Bauunternehmer bereits im Zeitpunkt der Anbotsstellung über keine objektiven Kriterien, um die Kosten eines Werkes zu bestimmen, sodass eine Kalkulation des Preises unmöglich ist, liegt eine unzulässige Risikoüberwälzung vor. Der Bieter ist in der Angebotskalkulation dazu veranlasst zu spekulieren.

-> *Weselik in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management 267.*

Unkalkulierbare Risiken - Überwälzung

- § 79 Abs 3 BVergG 2006 verbietet öffentlichen AG unkalkulierbare Risiken zu überwälzen;
- Pkt 4.2.5 ÖNORM B 2110: Insoweit der AG mit der Ausschreibung Risiken oder besondere Auflagen zu übertragen beabsichtigt, sind diese klar ersichtlich zu machen und kalkulierbar darzustellen.
- Grenzen des ABGB sind von öffentlichen und privaten AG zu beachten, die Abwälzung muss sachlich gerechtfertigt sein.

Sachliche Rechtfertigung:

- Anhand der Umstände des Einzelfalls entsprechende Abwägung (OGH 1 Ob 581/83).
- Kein Missverhältnis zwischen geschuldeter Leistung des AN und dem bezahlten Entgelt (OGH 7 Ob 2382/96m).

-> *Weselik* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management 267.

Gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

- Risiken werden regelmäßig in Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) integriert.
- AGB: standardisierte und vorformulierte Vertragsbestimmungen, die in der Regel für den der sie verwendet, vorteilhafte Regelungen beinhalten.
- Bei der Vergabe von Aufträgen mit vorformulierten Klauselkatalogen sind die Grundsätze des § 879 Abs 3 ABGB anzuwenden (zuletzt OGH 8 Ob 164/08p).

-> *Weselik* in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management 265.

Gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB

Nur Nebenpflichten unterliegen der Kontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Abgrenzung Haupt-/Nebenleistung:

- Hauptleistungspflicht: Charakterisiert den Vertragstyp und macht das Wesen des Rechtsgeschäftes aus.
- Nebenleistungspflicht: Regelungen der Parteien, die über Hauptleistungspflichten hinausgehen.
- Bauwerkvertrag:
 - Hauptleistungspflicht: Herstellung eines Werkes gegen Entgelt.
 - Nebenleistungspflicht: Alle anderen Pflichten.
- Regelungen in AGB, mit denen das Vollständigkeitsrisiko auf den Werkunternehmer übertragen wird, sind daher Nebenleistungspflichten.

works

Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB

„Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

- Ungeschriebenes zwingendes Recht;
- es wird auf Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung und das Rechtsempfinden aller billig und gerecht denkenden Menschen abgestellt (60b322/65);
- keine klare Abgrenzung, vielmehr ist immer eine Interessensabwägung vorzunehmen;
- Die einseitige Überwälzung von Risiken, mit denen nicht zu rechnen war, wird regelmäßig dem Sittenwidrigkeitskorrektiv widersprechen (fehlende Äquivalenz).

Sittenwidrigkeit, wenn

- das Risiko, auch wenn es kalkulierbar ist, aus der Sphäre des Bauherrn stammt und kein sachlicher Grund für die unentgeltliche vertragliche Abwälzung dieser Gefahr auf den vom Bauherrn abhängigen Auftragnehmer vorliegt; **UNENTGELTLICHKEIT**
 - die Risikoüberwälzung darauf abzielt, dem Auftragnehmer Nachteile zuzuweisen, die im qualifiziert schuldhaften Verhalten des Bauherrn oder seiner Leute ihren Grund haben; **MANGELHAFTE LEISTUNGSBESCHREIBUNG**
 - das abgewälzte Risiko im Vergleich mit den vertraglichen Rechten und Pflichten des Vertragspartners als übermäßig bzw. unverhältnismäßig qualifiziert werden kann. **ERHEBLICHES RISIKO**
- > *Krejci*, Zulässigkeitsgrenzen bauvertraglicher Risikoverschiebungen zu Lasten des AN, wbl 1999, 385.

II. Risiken in der Ausschreibungsphase

works

Verfahrensbestimmungen in der ÖNORM B 2110

Ausdrücklicher Hinweis auf Einhaltung des BVergG

Hinweis auf die Pflicht des AG, die Leistung vollständig zu erfassen

Angaben darüber, welche Umstände in der Ausschreibung anzuführen sind

Achtung: objektive Umstände sind vom AN zu berücksichtigen

works

Verfahrensbestimmungen

4.2 Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten

4.2.1 Leistungsbeschreibung und Ausmaß

4.2.1.1 Die Leistungen sind ihrer Beschreibung und ihrem Ausmaß nach vollständig zu erfassen. Leistungsverzeichnisse konstruktiver Leistungsbeschreibungen sind so aufzugliedern, dass nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung in einer Position erfasst werden.

4.2.1.2 Bei der Ausmaßermittlung ist auf Zuschläge und Abzüge gemäß den Bestimmungen über Ausmaß und Abrechnung nach der jeweiligen Werkvertragsnorm der ÖNORM-Serien B 22xx und H 22xx Bedacht zu nehmen.

4.2.1.3 In der Ausschreibung sind alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind, sowie besondere Erschwernisse oder Erleichterungen, z. B. Baugrundverhältnisse, verkehrsbedingte Arbeitsbehinderungen, Terminfestlegungen, fallweise Unterbrechung von Leistungen, insbesondere auch während des Winters, Lagerungsmöglichkeiten, Wasser-, Strom- und Gasanschlüsse, anzuführen. Ferner sind jene Auflagen bekannt zu geben, die sich auf Grund von behördlichen Bescheiden (z. B. baurechtliche, wasserrechtliche, naturschutzrechtliche Bescheide) ergeben.

4.2.1.4 Der Bieter hat die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und diese in seinem Angebot zu berücksichtigen.

4.2.2 Angaben

Soweit ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten (Werkvertragsnormen) und ÖNORMEN technischen Inhaltes (allgemein anerkannte Regeln der Technik) keine Angaben enthalten, sind erforderlichenfalls Angaben zu machen über

- 1) Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan sowie allfällige weitere Angaben zur Projektorganisation;
- 2) Umfang der Bewachung und der Versicherungen der Bauleistung;
- 3) Angabe des Baustellenbereiches, insbesondere im Hinblick auf die Baustelleneinrichtung;
- 4) Zu- und Abfahrtswege, Baustraßen, Gleisanschlüsse: Benutzungsrechte, Benutzbarkeit, Einschränkungen der Befahrbarkeit;
- 5) Entnahmestellen für Erdmaterialien (Seitenentnahmen): insbesondere Lage, Zufahrten, Ergiebigkeit und Qualität, Rekultivierung;
- 6) Deponien: insbesondere Lage, Zufahrten, Aufnahmefähigkeit, Einbauvorschriften, Rekultivierung;
- 7) Planlauffristen;
- 8) Absteckungen und ausführungsrelevante Festpunkte;
- 9) Aufrechterhaltung des Verkehrs sowie erforderliche Umleitungen;
- 10) Beistellungen durch den AG;
- 11) vorhandene Einbauten;

works

- 12) notwendige Vorkehrungen zur Vermeidung von Gefährdungen der Nachbarschaft;
- 13) Hochwassermarken;
- 14) besondere Verfahren zur Ausmaßfeststellung und Abrechnung (z. B. Begrenzungslinienverfahren);
- 15) Teilleistungen und ihre vertraglichen Regelungen (hinsichtlich Teilübernahme, Gewährleistung, Sicherstellungen), wenn sie zur Legung einer Teilschlussrechnung berechtigen;
- 16) Benutzung von Teilen der Leistung vor der vertraglich vereinbarten Übernahme durch den AG;
- 17) Zahlungsplan, insbesondere bei einem Vertrag zu Pauschalpreisen oder zu einem Pauschalgesamtpreis;
- 18) Datenträgeraustausch und automationsunterstützte Abrechnung;
- 19) im Falle von Alternativangeboten eine garantierte Angebotssumme für die betroffenen Teile;
- 20) Führung von Bautagesberichten durch den AN;
- 21) Aufstellung von Tafeln;
- 22) Verwendung und Eigentum von gewonnenen Materialien;
- 23) Verwendung von gebrauchten Materialien.

works

4.2.3 Eigene Positionen

In den Leistungsverzeichnissen sind erforderlichenfalls eigene Positionen für folgende Leistungen vorzusehen:

- 1) Behandlung von im Baustellenbereich angetroffenem gefährlichem Abfall gemäß Festsetzungsverordnung;
- 2) Behandlung und Deponierung von im Baustellenbereich anfallenden Aushub-, Abtrags-, Abbruch- und Ausbruchsmaterialien, welche einer Baurestmassen-, Inertabfall-, Reststoff- oder Massenabfalldeponie zuzuordnen sind;
- 3) Beschaffung von Unterlagen durch den AN (z. B. Plänen, statischen Berechnungen, Dokumentationen), die gesondert vergütet werden;
- 4) Herstellung, Benutzbarmachung, Erhaltung und Wiederherstellung von Baustellenzufahrten, von Wegen, Straßen, Brücken oder Anschlussgleisen; Benutzungsgebühren;
- 5) Maßnahmen zur Feststellung, zum Schutz und zur allfälligen Umlegung von Einbauten;

works

- 6) Baustellen-Gemeinkosten
 - a) einmalige Kosten der Baustelle für den An- und Abtransport und das Auf-, Um- und Abbauen der Geräte (gemäß ÖNORM B 2061);
 - b) zeitgebundene Kosten der Baustelle, wobei diese gegebenenfalls nach einzelnen zeitlichen oder technischen Abschnitten des Bauablaufes, deren Kriterien eindeutig festzulegen sind, und nach allfälligen Stilliegezeiten zu gliedern sind (gemäß ÖNORM B 2061);
 - c) Gerätekosten der Baustelle (Vorhaltegeräte gemäß ÖNORM B 2061);
- 7) zusätzliche Leistungen oder Erschwernisse für den Fall der Weiterarbeit während der Winterperiode;
- 8) Betrieb von Leistungsteilen durch den AN vor der Übernahme;
- 9) Beistellen von Arbeitskräften, Geräten und Materialien, z. B. für Kontrollmessungen sowie für Prüfungen des Werkes durch den AG;
- 10) Probetrieb;
- 11) Leistungen gemäß BauKG, die dem AN übertragen werden;
- 12) Verkehrsführung und -sicherung, soweit nicht geringfügig;
- 13) Baureinigung.

Übertragung von Risiken oder besonderer Auflagen 4.2.5

Insoweit der AG mit der Ausschreibung Risiken oder besondere Auflagen zu übertragen beabsichtigt, sind diese klar ersichtlich zu machen und kalkulierbar darzustellen.

Über das Bundesvergabegesetz hinausgehend

works

Risiko des AG

bisher aus dem BVergG ableitbare vorvertragliche Pflichten des AG werden nunmehr in der ÖNORM explizit geregelt (Punkt 4.2.1.3)

Der AG trägt grundsätzlich das Risiko, dass die von ihm beigestellte Leistungsbeschreibung richtig ist

Bei konstruktiver Ausschreibung haftet der AG für die Richtigkeit und Vollständigkeit des LV.

Grundsätzlich trägt der AG das Vollständigkeitsrisiko.

works

Die Realität

unklare, widersprüchliche und umfangreiche Ausschreibungen

die Zeit zur Anbotsstellung ist knapp

Bieter sind risikofreudig

Risiken werden nicht erkannt

nach Vertragsabschluss:

- Auftraggeber weist Auftragnehmer auf Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten hin

rechtlich haltbar?

works

Rechtsgrundlagen der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht des AN

- Weder im ABGB noch in der ÖNORM B 2110 gibt es ausdrückliche Bestimmungen über Prüf- und Warnpflicht im Angebotsstadium
- Deutschland: Bestimmungen über das vorvertragliche Schuldverhältnis
- Mit Aufnahme des Geschäftskontaktes → Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten der Verhandlungspartner
- Aufklärung über die Beschaffenheit des Leistungsgegenstands, soweit der Partner nach Treu und Glauben und der Übung des redlichen Verkehrs erwarten darf.
- Öffentliche Ausschreibung ist Beginn eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses; vor allem AG treffen besondere Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten (BVerfG 2006)
- AN darf auf Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungsunterlagen vertrauen

Ausmaß der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht (1)

- Wie tief muss der Auftragnehmer im Rahmen der Anbotserstellung prüfen?
- Unentgeltlichkeit
- Pflichten des Auftraggebers
- grobe Fehler
- Plausibilitätsprüfung
- kalkulationsbezogene Prüfpflicht

works

Ausmaß der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht (2)

- wirtschaftlicher Aspekt ist im Vordergrund
- Informations- und Beherrschbarkeitsvorsprung des AG ist zu berücksichtigen
- Formulierungsdominanz des AG
- keine Überspannung der Prüf- und Warnpflicht
- keine Beiziehung von Sachverständigen notwendig
- abhängig von Qualifikation der Vertragspartner

works

Ausschreibungsmängel

- die bei entsprechendem Fachwissen erkennbar gewesen wären und die erkennbar das Gelingen des Werkes gefährden;
- die den Bieter bei Würdigung jener Ausschreibungsunterlagen, die er für eine ordnungsgemäße Kalkulation benötigt, offenbar hätten auffallen müssen
- → Warn- und Hinweispflicht
- Spannungsverhältnis: Wissensvorsprung

works

Risiko des AN

- Der Bieter kann davon ausgehen, dass die Ausschreibung vollständig und inhaltlich korrekt ist
- Es müssen keine Berechnungen zur Prüfung von z.B. Mengensätzen angestellt werden
- Der AN muss keine Sonderfachleute zur Prüfung der Ausschreibung beigezogen werden
- ABER
- wenn dem Bieter ein Ausschreibungsfehler nachweislich bekannt ist, so hat er zu warnen (OGH 3 Ob 122/05w)

works

Tipps

- Kalkulanten schulen
- Prozedere für Angebotserstellung festlegen
- Differenzierung der Angebote
- Bieterfragen stellen
- Projekthandbuch
- Checklisten verwenden

works

IV. Risiken in der Ausführungsphase

works

Bausoll als Ausgangspunkt

- ergibt sich aus Vertrag (allen Bestandteilen)
- Definition laut ÖNORM B 2110 Punkt 3.6
- alle vom AN geschuldeten Leistungen, die durch den Vertrag, insbesondere bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen unter den daraus abzuleitenden und objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung festgelegt werden

works

Abweichung vom Bau-Soll

- Leistungsänderung
- vom AG angeordnete Abweichung vom vereinbarten Bau-Soll
 - Leistungsänderungsrecht des AG
 - Leistungsziel
 - Zumutbarkeit
- Leistungsstörung; Störung der Leistungserbringung
- jede Abweichung, die nicht aus der Sphäre des AN stammt und keine Leistungsänderung ist (z.B. Änderung des Baugrundes, Behinderung)

works

Dokumentation - Was ist zu dokumentieren?

- alle Ereignisse, die Einfluss auf den Leistungsumfang, die Umstände der Leistungserbringung und den Bauablauf haben
- insbesondere Umstände bei der Bauausführung, die zu Erschwernissen und Behinderungen führen
- Tatsachen, deren Feststellung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich ist
- ausschließlich Tatsachen, keine rechtliche Beurteilung

works

Was ist zu dokumentieren?

- Ursache und Auswirkung!
- Ursache
- Verursacher
- terminliche Auswirkungen
- wirtschaftliche Auswirkungen
- Auswirkungen auf die Ressourcen
- Zuordnung der Auswirkungen auf
 - eigenes Gewerk
 - andere Gewerke
 - das Gesamtprojekt

works

Mögliche Dokumentationsmittel

- Planeingangslisten, Planausgangslisten
- Lieferscheine
- Schriftverkehr – Briefe, E-Mail, Fax
- Planungsgrundlagen vom AG, anderen Projektbeteiligten
- Telefonnotizen
- Bauzeitplan
- Baubuch
- Bautagesberichte

⇒ Müller/Stempkowski in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 343- 354

works

Mitteilungs- und Anmeldepflichten: 7.3

- Bei vom AG angeordneten Leistungsänderungen:
- Anspruch auf Anpassung des Entgelts oder der Leistungsfrist muss vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach angemeldet werden, außer der Anspruch ist offensichtlich
- Störung der Leistungserbringung:
- Droht Störung der Leistungserbringung, ist ehestens mitzuteilen (von beiden Vertragspartnern) und die bei zumutbarer Sorgfalt erkennbaren Auswirkungen auf den Leistungsumfang sind darzustellen, Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts sind dem Grunde nach ehestens nachweislich anzumelden
- Generell:
- Forderungen aufgrund von Leistungsabweichungen sind in prüffähiger Form der Höhe nach ehestens zur Prüfung vorzulegen

works

Anmeldung von MKF - Übersicht

- Leistungsänderung:
 - nach Anordnung dem Grunde nach (auch bei Offensichtlichkeit)
 - ehestens Vorlage der prüffähigen MKF der Höhe nach
- Leistungsstörung:
 - Bei Drohung Hinweis an AG und Anzeige drohender Mehrkosten und Bauzeitverlängerung dem Grunde nach
 - Nach Eintritt: Anmeldung von Mehrkosten und Bauzeitverlängerung konkret dem Grunde nach
 - Einstellung der Leistung und Anforderung der Zustimmung des AG zur Fortführung und Entscheidung, welche Leistungen erbracht werden sollen (Umdisposition oder Stehzeiten)
 - Ehestens Vorlage der prüffähigen MKF der Höhe nach

Tipps

- Dokumentation des Bau-Soll im Zuge der Arbeitsvorbereitung
- Erstellung eines Detailterminplans mit Darstellung von AG- und AN-Pflichten
- Sorgfältige Dokumentation des Bau-Ist, insbesondere Abweichungen konkret dokumentieren (Bautagesberichte müssen aussagekräftig sein)
- Schulung der Bau- und Projektleiter
- Anmeldepflichten erfüllen (Vertrag!)

works

V. Gewährleistungsrisiko

works

Gewährleistung – Definition

- Gewährleisten ist das verschuldensunabhängige Einstehen-Müssen des Schuldners für eine Sach- und/oder Rechtsmangel, den die Sache bei Übergabe aufweist.
- Tatbestandsmerkmale
 - Mangel
 - bei Übergabe
 - kein Verschulden notwendig
- Gewährleistung ≠ Garantie
- Problem: Subunternehmer

works

Gewährleistung

- § § 922 ff ABGB
- siehe ÖNORM B 2110 Pkt. 5.45 (ÖNORM B 2110:2008 Pkt. 12.2)
- der AN leistet Gewähr, dass seine Leistung zum Zeitpunkt der Übergabe die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat (Achtung: meist vertraglich zu Garantie ausgereizt)
- Gewährleistungsfristen
 - 3 Jahre
 - für bewegliche Sachen 2 Jahre

-> Treitler in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 609.

Mangel

- Definition Mangel:
 - Fehlen von vereinbarten oder im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (ÖNORMEN, anerkannte Regeln der Technik)
 - Vertrag prüfen
 - Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trifft AG (Achtung Beweislastumkehr in den ersten 6 Monaten nach Übernahme)
 - Arten von Mängel
 - Sachmangel – Rechtsmangel
 - behebbarer – unbehebbarer
 - geringfügig
 - unerheblicher
- > Treitler in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 608 f.

Unbehebbarer Mangel

- Wenn der Mangel überhaupt nicht beseitigt werden kann (technisch) oder die Mängelbehebung abgelehnt wird oder die Behebung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (Achtung: Wert der Sache und Schwere des Mangels und Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit sind zu berücksichtigen)
- Achtung: Ein Mangel ist auch dann unbehebbar, wenn die Mängelbehebung nicht in absehbarer Zeit bewerkstelligt werden kann

works

Geringfügiger Mangel

- schließt Wandlung aus
- Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der Umstände nach Vornahme einer Interessenabwägung (Unangemessenheit der Vertragsauflösung in Hinblick auf finanzielle Folgen und Schwere des Mangels)
- Hätte der AG die Sache auch bei Kenntnis des Mangels bestellt?

works

Unerheblicher Mangel

- Wenn der Mangel eine unerhebliche Wertminderung bringt
- Die konkrete Brauchbarkeit wird nicht wesentlich eingeschränkt
- Kein Gewährleistungsanspruch (Schikaneverbot)

works

Gewährleistungsbehelfe

- Primäre Gewährleistungsbehelfe

Nach Wahl des Berechtigten Verbesserung/Austausch

- Sekundäre Gewährleistungsbehelfe

- Preisminderung oder Wandlung, wenn primäre Behelfe
- nicht möglich sind;
- mit unverhältnismäßig hohen Aufwand für den AN verbunden sind;
- der AN die Verbesserung/Austausch verweigert
- der AN die Verbesserung/Austausch nicht in angemessener Frist vornimmt
- erhebliche Unannehmlichkeiten für den AG bringen
- dem AG aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen nicht zumutbar sind.

-> Treitler in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 610.

Verbesserung

- Verbesserung heißt Reparatur des geleisteten Stücks oder Nachlieferung der fehlenden Quantität
- Vertraglich geschuldeter Zustand wird nachträglich hergestellt
- Auch Austausch wird unter dem Begriff der Verbesserung im weitesten Sinn subsumiert (freies Wahlrecht des Übernehmers zwischen Verbesserung im eigentlichen Sinn und Austausch)
- Kein Anspruch des AG auf eine bestimmte Art der Verbesserung, geringste Unannehmlichkeit für den AG

works

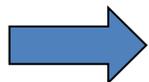
Unverhältnismäßigkeit (1)

- Unverhältnismäßigkeit liegt dann vor, wenn der Austausch oder die Verbesserung zu einer Belastung des Übergebers führt, die angesichts
 - des Wertes der mangelfreien Sache,
 - der Schwere des Mangels und
 - den mit anderen Rechtsbehelfen für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten
- verglichen mit diesen anderen Gewährleistungsbehelfen unzumutbar wäre.

works

Unverhältnismäßigkeit (2)

- Judikatur: Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn der Vorteil des AG in keinem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand für den AN steht
- Bsp: optische Mängel, die keine Auswirkung auf die Nutzung eines Werkes haben oder Missachtung von Maßtoleranzen, die ohne praktische Auswirkung sind
- Achtung: Nur der Auftragnehmer kann sich auf die Unverhältnismäßigkeit berufen und die Verbesserung ablehnen
- Konsequenz: Preisminderung oder Wandlung
- Abwägung der wirtschaftlichen Interessen erforderlich (Aufwand der Mängelbehebung versus Interesse des AG an der Verbesserung)



Risikobewertung

Achtung: Neue Judikatur

- 8 Ob 14/08 d
- Der Käufer kann den verbesserungsfähigen Mangel, auch ohne den Verkäufer zuvor zur Verbesserung aufgefordert zu haben, auch selbst beheben und für die selbst oder auf seine Veranlassung vorgenommene Verbesserung in Analogie zu § 1168 ABGB Aufwandsersatz in dem Maße fordern, als diese den Verkäufer von seiner Verbesserungspflicht befreit und ihm daher Kosten spart. Diese Kosten mindern den Kaufpreis.
- Konsequenz?
 - Keine 2. Chance?
 - Vorrang der Verbesserung?

works

Tipps

- Vertrag prüfen – was ist geschuldet? Liegt überhaupt ein Mangel vor? Gewährleistung oder Garantie?
- Lag der Mangel zum Zeitpunkt der Übernahme schon vor?
- Wenn ja: technische Prüfung, ob die Verbesserung möglich ist
- Wenn ja: wirtschaftliche Prüfung, ob die Verbesserung angesichts der Schwere des Mangels und der Beeinträchtigung des AG wirtschaftlich unverhältnismäßig ist
- Wenn ja: Ablehnung der Verbesserung und Preisminderung/Wandlung (nicht bei unwesentlichen Mängeln)
- Abschätzung des Preisminderungsanspruchs

works

Fazit

- Risiken im Vertrag erkennen und bewerten
- Risikomanagement in der Ausführung
- Nach Übernahme: Gewährleistungsrisiko bewerten

works

Vertiefende Literatur:



Müller / Stempkowski, Handbuch Claim-Management, Linde Verlag 2012

WM Bauprojekt-Support

- Von der Angebotsphase bis zum Projektabschluss – ein kompetenter Partner an Ihrer Seite
- Wir begleiten Sie vom Frühstadium der Angebotslegung über die Ausführung bis zur Abnahme und Abrechnung – zu einem fairen, auf das Projekt abgestimmten Pauschalpreis.
- Gemeinsam mit unseren Experten aus der Bauwirtschaft bieten wir Ihnen zu vorhersehbaren Kosten umfassende Hilfestellung in allen Phasen des Bauprojekts. So können Sie Fachwissen jederzeit abrufen, Ihren Projekterfolg sichern und langwierige, kostenintensive Rechtsstreitigkeiten vermeiden.

works

WM Bauprojekt-Support

Wir unterstützen Sie bei:

- Vergabeverfahren und Nachprüfungen
- Vertragsverhandlungen
- Prüfung von Auftragsbedingungen
- Gestaltung von Subunternehmer- und ARGE-Verträgen
- Erstellung von Checklisten zu Anbotslegung und Kalkulation
- Schulung der Projekt- und Bauleiter im Hinblick auf Vertragsmanagement, Nachtragsmanagement und Dokumentation
- Erstellung von Musterdokumentation und Musterkorrespondenz für das konkrete Projekt
- Erstellung von Checklisten zur Dokumentation
- Unterstützung bei der ÖNORM-konformen Dokumentation
- Aufarbeitung von Mehrkostenforderungen dem Grunde und der Höhe nach
- Geltendmachung von Mehrkostenforderungen
- Gesprächen und Verhandlungen mit dem Bauherrn (Partnerschaftssitzungen)
- Abnahme
- Abrechnung
- Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche, Pönalen usw

DDr. Katharina Müller

Rechtsanwältin

Willheim Müller Rechtsanwälte

Rockhgasse 6

A-1010 Wien

T: 01 535 8008, F: 535 8008-50

Besuchen Sie unsere Newslounge
auf www.wmlaw.at

Sollten Sie Interesse an unserem
Newsletter haben, schicken Sie uns bitte ein Email an office@wmlaw.at
Danke für Ihre Aufmerksamkeit!



works