

DISSERTATION

Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag und ihre vergabe- und vertragsrechtliche Behandlung

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der technischen Wissenschaften

unter Anleitung von

o.Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn.
Wolfgang OBERNDORFER
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft
Technische Universität Wien

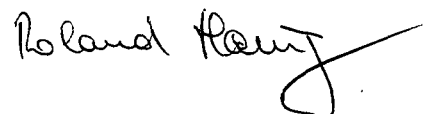
o.Univ.Prof. Dr.iur.
Josef AICHER
Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht
Universität Wien

eingereicht an der Technischen Universität Wien
Fakultät für Bauingenieurwesen

von

DI Roland HARING
Rolandsberggasse 8
A-3400 Klosterneuburg

Klosterneuburg, im September 2005



KURZFASSUNG

Im Baugeschehen entspricht es der Realität, dass Meinungsverschiedenheiten zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer nicht gänzlich reibungsfrei ablaufen. Kommt es aufgrund eines Mangels an partnerschaftlichem Denken zu keinem Konsens, so können Konflikte die Folge sein, deren Inhalt in vielen Fällen das Erheben von Ansprüchen auf Leistungen monetärer Art darstellen. Darauf pocht vor allem der Werkunternehmer in Form von sogenannten Mehrkostenforderungen, bei denen sich dieser aufgrund von Leistungsänderungen eine aus dessen Sicht über den Vertragsinhalt hinausgehende Vergütung für Leistungen, die zur Erreichung des Vertragsziels notwendig sind, zu fordern berechtigt sieht.

Während über diese Thematik zahlreiche Rechtsprechung bzw Literatur vorhanden ist, liegt ein diesbezüglicher Mangel bei Störungen von Schuldverhältnissen vor, die ihren zeitlichen Ursprung vor dem Bauwerkvertragsabschluss haben, was einer der Beweggründe war, sich diesem Themenkreis eingehend zu widmen. Unzweifelhaft bestehen auch im Vorfeld eines Vertragsabschlusses Rechte und Pflichten sowohl auf Ausschreiber- als auch auf Bieterseite.

Diese Problematik stellt insoferne eine Besonderheit dar, als sie an der Schnittstelle zwischen Vergabe- und Vertragsrecht vorzufinden ist, also darüber hinaus in Zusammenschau mit baubetrieblich-bauwirtschaftlichen Ansätzen interdisziplinär abgehandelt werden muss.

Da Leistungsstörungen in der Bauwirtschaft beinahe untrennbar mit Kosten- bzw Kostengrundlagenveränderungen einhergehen, stellt es eine Vorbedingung dar, letztere aufzuzeigen, zu analysieren und zu kategorisieren, um einen Lösungsansatz für dieses spezielle Mehrkostenproblem ausfindig machen zu können.

Generell werden neben den Leistungsstörungen alle Ursachen für Kostengrundlagenveränderungen, die für möglich gehalten werden, ausgeleuchtet, wobei besonderes Augenmerk auf die aus Rechtsprechung und herrschender Lehre entwickelten Sphärentheorie zu legen ist.

Einen Schwerpunkt der Arbeit stellen Kostenveränderungen dar, die darauf zurückzuführen sind, dass Vergabeverfahrensverzögerungen Änderungen der Ausführungsfristen bedingen. Allen voran betrifft dies Leistungsänderungen, die bei der Abhandlung des Themas eine Sonderstellung einnehmen.

Die Ursachen für Verzögerungen bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Bauwerkvertrages können unter anderem auch durch einen Mangel an gebotener Sorgfalt hervorgerufen werden, weswegen eventuelle Ansprüche auf Schadenersatz nicht übersehen werden dürfen.

Das Ergebnis der vorliegenden Arbeit sind mögliche Anspruchsgrundlagen zur Forderung einer Mehr-, oder gegebenenfalls auch einer Mindervergütung aus Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag.

ABSTRACT

There is a certain reality in the construction business that differences in perception between employer and contractor are not always free of friction. In the case of lacking consensus between the two parties, conflicts are bound to happen, which in many instances entail claims for compensation from the contractor's part. Strictly speaking he claims additional payment, which he thinks is due to an expanded scope of work, which has not been covered in the original contract for construction.

While there exists plenty of jurisdiction and literature on this topic, there is a lack of common insight into disaccords regarding contracts for construction, whose causes stem from the time before the contract has been entered into. This is why I decided to take a deeper look into this subject. There is no doubt that already before a contract is signed there are rights and duties for both the tendering and the bidding party.

The core of the problem is special in the way that it is located at the interface of public procurement law and contract law. Hence it has to be viewed at interdisciplinarily under the combined subjects of the construction process and construction economics.

Since alterations to the list of rendered services almost always go together with changes in costs and also in the basis for such costs, it is necessary to point out, analyse and categorise those changes, in order to search for a solution for this specific problem pertaining to contractor's or employer's claims.

Alongside alterations to the list of rendered services I will shine light on any possible reasons for rises or falls in the basis for costs, and special attention will be given to the "theory of spheres", which has evolved from jurisdiction and prevailing academic theories.

A focal point of this thesis will be changes in cost which are due to delays, changes that cause alterations in the time limits for commencement and completion of the scope of the agreed upon work. They entail – amongst others – an expanded scope of work, a circumstance, which takes an exceptional position in dealing with this topic.

Causes for delays in the preparatory phase of the signing of a contract for construction can also be the consequence of an insufficiency in due diligence, which is why the possibility of damages must also be considered.

In the end, the result of this thesis is pointing out potential reasons for claims for additional, or if need be, less compensation due to changes in the basis for costs taking place in the time period between letter of tender and letter of acceptance.

Roland Haring, MSc.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel: EINLEITUNG

I. Fragestellung im Rahmen dieser Arbeit	3
II. Ziel der Arbeit.....	4
III. Vorgehensweise und Gliederung	5
IV. Abgrenzungen der Arbeit.....	6

2. Kapitel: GRUNDLAGEN

I. Bauwirtschaftliche Grundlagen.....	9
A. Der Wettbewerb am Baumarkt.....	9
B. Das Vergaberecht als Regulativ	10
II. Betriebswirtschaftliche Grundlagen.....	12
A. Die Kalkulation	13
1. <i>Kostenbegriffe und Kostenrechnungsarten</i>	13
a) Vollkostenrechnung	14
b) Teilkostenrechnung.....	15
c) Deckungsbeitragsrechnung	16
2. <i>ÖNORM B 2061 'Preisermittlung von Bauleistungen'</i>	16
B. Zur Berücksichtigung von Kostenveränderungen durch bloßen Zeitablauf in der Kalkulation	20
1. <i>Berücksichtigung durch Festpreiszuschlag bei Festpreisverträgen</i>	20
2. <i>Berücksichtigung bei Verträgen mit veränderlichen Preisen</i>	21
a) Vergütungsänderung mittels Warenkorb	22
b) Vergütungsänderung mittels Index	22
III. Vergaberechtliche Grundlagen.....	23
A. Historischer Überblick	23
B. Europäisches Recht.....	25
1. <i>Primärrecht</i>	26
a) Art 12 EGV – Diskriminierungsverbot	26
b) Art 28ff EGV – Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten	27
c) Art 39ff EGV – Freizügigkeit der Arbeitnehmer	28
d) Art 43ff EGV – Niederlassungsfreiheit	28
e) Art 49ff EGV – Dienstleistungsfreiheit	28
2. <i>Internationale Abkommen der EU und gemischte Abkommen mit Drittstaaten</i>	29
a) Government Procurement Agreement (GPA).....	29
b) Europaabkommen	30
3. <i>Sekundärrecht</i>	30
a) Die Vergabe-Richtlinien der EU.....	31
b) Änderungen	32
c) Entwürfe.....	33
d) Baukoordinierungsrichtlinie (BKR).....	34
e) Rechtsmittelrichtlinie (RMR)	36
C. Nationales Recht.....	37
1. <i>Das Bundesverfassungsgesetz</i>	37
a) Abgeleitete Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge	37

b) Neuordnung der Kompetenzverteilung zum BVergG 2002	38
2. <i>Das Bundesvergabegesetz</i>	39
a) Geltungsbereich	39
b) Grundsätze des Vergabeverfahrens	42
c) Arten, Wahl, Bekanntmachung und Angebotsfristen im Vergabeverfahren	45
d) Ausschreibung	52
e) Angebot	55
f) Zuschlagsverfahren	56
g) Rechtsschutz	58
IV. Zivilrechtliche Grundlagen	64
A. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch	64
1. <i>Allgemeines zum Schuldrecht</i>	65
2. <i>Schuldverhältnis auf Basis eines Rechtsgeschäfts – der Vertrag</i>	65
a) Zustandekommen des Vertrages	66
b) Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsabschlusses	66
c) Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	69
d) Vertragstypen im ABGB – der Bauvertrag als Werkvertrag	69
3. <i>Schuldverhältnis auf Basis von Gesetzen – der Schadenersatz</i>	71
a) Der Schaden	72
b) Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche aus der Verschuldenshaftung	74
c) Verjährung des Schadenersatzanspruches	75
4. <i>Schuldverhältnis auf Basis des rechtsgeschäftlichen Kontaktes – die Lehre von der Haftung aus culpa in contrahendo</i>	76
B. Normative Dokumente	78
1. <i>Allgemeines</i>	78
2. <i>ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘</i>	79
a) Allgemeines	79
b) Regelungsinhalt	81
3. <i>ÖNORM B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘</i>	87
a) Allgemeines	87
b) Regelungsinhalt	88
C. Exkurs: Sphärentheorie	91
1. <i>Sphären in der gesetzlichen Normallage</i>	92
2. <i>Sphären beruhend auf der ÖNORM B 2110</i>	93
D. Vertragstypen beim Bauvertrag	93
1. <i>Einteilung hinsichtlich der Übernahme des Kostenrisikos durch den Werkunternehmer – der Einheitspreis- und Pauschalpreisvertrag</i>	93
a) Einheitspreisvertrag	94
b) Pauschalpreisvertrag	95
2. <i>Einteilung hinsichtlich der Möglichkeit einer nachträglichen Änderung von Preisen bei wertmäßigen Änderungen der Kostengrundlagen</i>	96
a) Vertrag mit veränderlichen Preisen	96
b) Festpreisvertrag	97
E. Vertragliche Anspruchsgrundlagen für eine Mehrvergütung	97
1. <i>Anspruchsgrundlagen</i>	98
2. <i>Systematik zur Geltendmachung</i>	99
3. Kapitel: MORPHOLOGIE UND SYSTEMATISIERUNG VON KOSTEN-GRUNDLAGENVERÄNDERUNGEN	
I. Beispiele für Kostenarten gemäß ÖNORM B 2061	103
A. Personalkosten	103

Inhaltsverzeichnis

B. Materialkosten	103
C. Gerätekosten	104
D. Kosten für Fremdleistungen	104
E. Zinskosten	104
F. Andere Kosten.....	104
II. Beispiele für Kostengrundlagenveränderungen und Kategorisierung.....	105
A. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen.....	106
1. Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen	106
2. Materialkostenerhöhungen	106
B. Statische Kostengrundlagenveränderungen.....	107
1. Motivirrtümer.....	107
2. Einführen bzw Änderung von Steuern oder Abgaben.....	108
a) Einführen der LKW-Maut.....	108
b) Änderung der Altlastenbeiträge.....	108
3. Leistungsänderungen	108
a) Änderung von Standards (Änderung der Art der Leistung iSd ÖNORM B 2110)	109
b) Verzögerungen (Änderung der Umstände der Leistungserbringung iSd ÖNORM B 2110).....	109
4. Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen.....	110
C. Übersicht.....	111
4. Kapitel: RECHTLICHER AUSBLICK	
I. Maßgebende Grundsätze, mit denen die Problemlösung vereinbar sein muss. 113	
A. Vergaberecht	113
1. Wettbewerbstransparenz.....	113
2. Wettbewerbsfairness – Vergleichbarkeit und Kalkulierbarkeit der Angebote 113	
3. Wettbewerbsfairness – Nachverhandlungsverbot.....	114
4. Wettbewerbsergebnis.....	114
5. Wettbewerbswiderruf.....	114
B. Vertragsrecht	114
1. Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung	114
2. Vertrauensschutz.....	115
C. Synthese.....	115
II. Differenzierung nach drei Aspekten.....	115
A. Vertrag mit veränderlichen Preisen vs Festpreisvertrag.....	115
B. Keine Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag vs Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag.....	116
C. Zuschlagsfristende nach Baubeginn	116
5. Kapitel: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN ZUR FORDERUNG VON MEHR- ODER MINDERPREISEN	
I. Kostengrundlagenveränderungen bei ausschreibungsgemäßigem Ende der Zuschlagsfrist	117
A. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen.....	117
1. Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen	121

Inhaltsverzeichnis

a) Risiko: Warenkorbzusammensetzung	121
b) Risiko: Rückwirkende Lohnerhöhungen	123
2. <i>Materialkostenerhöhungen</i>	125
a) Risiko: Ungleichmäßiger Produktionsmittelverzehr	125
b) Risiko: „Funktionieren“ der Messgröße	126
B. Statische Kostengrundlagenveränderungen	128
1. <i>Änderung der Altlastenbeiträge</i>	128
2. <i>Änderung von Standards</i>	129
a) Ausgangssituation	129
b) Konflikt mit maßgebenden Grundsätzen	129
c) Folge Vertragsschluss	131
d) Folge Widerruf	136
e) Zusammenfassung des neuen Lösungsansatzes	136
3. <i>Einführen der LKW-Maut</i>	137
II. Kostengrundlagenveränderungen bei Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist	140
A. Ursachen für Verzögerungen	140
1. <i>Rechtsmittel</i>	140
2. <i>Überschreiten der Zuschlagsfrist</i>	141
B. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen	144
1. <i>Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen</i>	144
a) Risiko: Warenkorbzusammensetzung	144
b) Risiko: Rückwirkende Lohnerhöhungen	144
2. <i>Materialkostenerhöhungen</i>	144
a) Risiko: Ungleichmäßiger Produktionsmittelverzehr	144
b) Risiko: „Funktionieren“ der Messgröße	145
C. Statische Kostengrundlagenveränderungen	146
1. <i>Änderung der Altlastenbeiträge</i>	146
2. <i>Änderung von Standards</i>	146
3. <i>Einführen der LKW-Maut</i>	147
4. <i>Verzögerungen (Änderung der Umstände der Leistungserbringung)</i>	148
a) Ausgangssituation	148
b) Konflikt mit maßgebenden Grundsätzen	148
c) Folge Vertragsschluss	148
d) Folge Widerruf	149
e) Exkurs: BayObLG 15.Juli 2002 Verg 15/02	150
f) Regressmöglichkeiten des Ausschreibers?	152
5. <i>Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen</i>	152
III. Mezzaninstellung: Zuschlagsfristende nach Baubeginn	153
6. Kapitel: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR EINEN NACHTEILSAUSGLEICH DURCH IRRTUMSANFECHTUNG?	
7. Kapitel: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR SCHADENERSATZ	
I. Zur Kausalität	159
II. Zur Sorgfaltswidrigkeit	160
A. Automatische Verlängerung der Angebotsbindung	160
B. Fakultative Verlängerung der Angebotsbindung	161
C. Mezzaninstellung	161

III. Zur Rechtswidrigkeit.....	161
IV. Formalerfordernisse auf Werkunternehmerseite	162
V. Anspruchsgrundlagen	162
VI. Umfang.....	163
8. Kapitel: ERGEBNIS DER ARBEIT	
I. Zusammenfassung und Erkenntnisse	165
II. Fragebeantwortung.....	167
III. Weiterer Forschungsbedarf.....	170
SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS	173
ABBILDUNGSVERZEICHNIS	183

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

aA (M)	anderer Ansicht, - Auffassung (Meinung)	B-VKK	Bundesvergabekontrollkommission
aaO	am angeführten Ort	bzgl	bezüglich
AB	Ausschussbericht (1118 der BlgNR XXI.GP)	bzw	beziehungsweise
ABGB	Allgemein bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946	ca	zirka
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften	cic	culpa in contrahendo (Verschulden beim Vertragsabschluss)
Abs	Absatz	CPV	Common Procurement Vocabulary (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	dass	dasselbe
AKH	Wiener Allgemeines Krankenhaus	ders	derselbe
allg	allgemein	dh	das heißt
Anm	Anmerkung	dies	dieselbe(-n)
arg	argumento (folgt aus)	DLR	Dienstleistungsrichtlinie
Art	Artikel	DSB	Dispute Settlement Body; Streitbeilegungsorgan
Aufl	Auflage	EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
AV	Abschreibung und Verzinsung	ecolex	ecolex; Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
AVB	Allgemeine Vertragsbestimmungen	EDV	Elektronische Datenverarbeitung
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 1991/51 idGF	EG	Europäische Gemeinschaft
BayObLG	Bayrisches Oberlandesgericht	EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Bd	Band	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl 1997 C 340,1 idF Vertrag von Nizza, ABl 2001 C 80,1
BG	Bundesgesetz	EN	Europäische Norm
BGBI	Bundesgesetzblatt	endg	endgültig
BHG	Bundesgesetz über die Führung des Bundeshaushalts idF BGBl I 98/2002	etc	et cetera (und so weiter)
BIP	Bruttoinlandsprodukt	EU	Europäische Union
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie	EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats	EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
BMF	Bundesminister(ium) für Finanzen	EUR	Euro
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit	EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABl 1997 C 340,1 idF Vertrag von Nizza, ABl 2001 C 80,1
Bsp	Beispiel	eV	einstweilige Verfügung
BVA	Bundesvergabeamt	evtl	eventuell
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	EVHGB	Einführungsverordnung zum
BVergG	Bundesvergabegesetz idF BGBl I 2002/99		

Verzeichnis der Abkürzungen

EVU	Handelsgesetzbuch Elektroversorgungsunternehm- en		und andere Wettbewerbsbe- schränkungen idF BGBl I 33/2003
exkl	exklusive	km	Kilometer
f	und der (die, das) folgende	KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 140/1979 idF BGBl 111/2002
ff	und die folgenden		
FN	Fußnote	leg cit	legis citate (des zitierten Ge- setzes)
FNA	Fachnormenausschuss	LG	Landesgesetz
FNUA	Fachnormenunterausschuss	LGBI	Landesgesetzblatt
FS	Festschrift	Lit	Literatur
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)	lit	litera (Buchstabe)
gem	gemäß	LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	lt	laut
GP	Gesetzgebungsperiode	LVergG	Landesvergabegesetz
GPA	Government Procurement Agreement (Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)	maW	mit anderen Worten
hA (M)	herrschende Ansicht, - Auffas- sung (Meinung)	mE	meines Erachtens
hL (M)	herrschende Lehre (Meinung)	MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
Hrsg, hrsg	Herausgeber; herausgegeben, -en, -er	mind	mindestens
idgF	in der geltenden Fassung	Mrd	Milliarden
idF	in der Fassung, in der Folge	mwN	mit weiteren Nachweisen
idR	in der Regel	Nr	Nummer
idS	in diesem Sinne	oa	oben angeführt
ieS	im engeren Sinn	oä	oder ähnliche, -es, -er
insb	insbesondere	ÖBGL	Österreichische Baugeräteliste
iS	im Sinne	ÖGEBAU	Österreichische Gesellschaft für Baurecht
iSd	im Sinne des, der	OGH	Oberster Gerichtshof
iSe	im Sinne einer	ÖIAZ	Österreichische Ingenieur- und Architektenzeitschrift
iSv	im Sinne von	ÖNORM	Österreichische Norm
iVm	in Verbindung mit	ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeit- ung
IWF	Internationaler Währungsfond	ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
iwS	im weiteren Sinn	passim	da und dort
JBl	Juristische Blätter	Pkt	Punkt
JGS	Justizgesetzsammlung	PU	Preisumrechnung
JN	Jurisdiktionsnorm idF BGBl I 114/2003	Rdn	Randnummer
Jud	Judikatur	RdW	Recht der Wirtschaft
KartG	Bundesgesetz über Kartelle	RGBI	Reichsgesetzblatt
		RHG	Bundesgesetz über den Rech- nungshof idF BGBl I 39/1999
		RL	Richtlinie

Verzeichnis der Abkürzungen

RMR	Rechtsmittelrichtlinie		134/2003
RMRS	Sektorenrechtsmittelrichtlinie	uU	unter Umständen
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe	uva	und viele(s) andere
		uvm	und viele(s) mehr
Rs	Rechtssache	UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
Rspr	Rechtsprechung		
RV	Regierungsvorlage	UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb idF BGBl I 136/2001
Rz	Randziffer, Randzahl		
s	siehe		
SIMAP	Système d'Information pour les Marchés publics (Informationssystem für die öffentliche Auftragsvergabe)	va	vor allem
		VergabeR	Zeitschrift Vergaberecht
		VfGH	Verfassungsgerichtshof
		vgl	vergleiche
Slg	Sammlung der Rspr des EuGH und des EuG	VIBÖ	Verein Industrieller Bauunternehmungen Österreichs
sogen	so genannter, -e, -es	VKS	Vergabekontrollsenat
SRL	Sektorenrichtlinie	VIBÖ	Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs
StBl	Studienblatt	VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Deutschland)
StGG	Staatsgrundgesetz idF BGBl 684/1988	VOöB	Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge
sublit	sub litera	vs	gegenüber
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei	VwGH	Verwaltungsgerichtshof
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen		
SZR	Sonderziehungsrechte des internationalen Währungsfonds	wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
		WTO	World Trade Organisation
TN	Teilnovelle	Z	Zeile
ua	unter anderem, und andere	zB	zum Beispiel
uä	und ähnliche, -r, -s	ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
udgl	und dergleichen	ZR	Zentralregie
urspr	ursprünglich, -e, -er, -es	zT	zum Teil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika	zuzügl	zuzüglich
		ZUV	Zeitschrift der unabhängigen Verwaltungssenate
usw	und so weiter	ZVB	Zeitschrift für Vergabe- und Beschaffungspraxis
USt	Umsatzsteuer		
UStG	Umsatzsteuergesetz idF BGBl		

1. KAPITEL: EINLEITUNG

Der Baumarkt als Teilmarkt einer Volkswirtschaft, auf dem Bauleistungen angeboten und nachgefragt werden¹, nimmt im Vergleich zu anderen Märkten in funktioneller Hinsicht eine Sonderstellung ein. Beim Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage, wodurch sich Preise bilden², ergeben sich am Baumarkt spezifische Eigenheiten, wie etwa³:

- **streng formalisiertes Beschaffungsverfahren** nach genau vorgegebenen Verfahrensregeln, das in Österreich für öffentliche Werkbesteller durch das BVergG bzw neun LG, mit denen der Rechtsschutz hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen in den Ländern geregelt wird, determiniert ist⁴.
- Schnittstellenprobleme durch **Trennung von Planung und Produktion**, die darauf zurückzuführen ist, dass Funktionalität, Qualität und Wirtschaftlichkeit des zu planenden Bauwerkes unabhängig von unternehmerischen Interessen und Gewinnmotiven verfolgt werden sollen.
- Der Bauunternehmer betreibt ein „**Bereitschaftsgewerbe**“; dh er muss immer bereit sein zu produzieren und weiß nie, wann er einen Wettbewerb gewinnen wird. Durch den Versuch, die eigentlichen Kosten der Bereitschaft, die unabhängig von der konkret realisierten Ausnutzung von Kapazität und Betriebsbereitschaft in gleicher Höhe anfallen und nur mittels gesonderter Disposition verändert werden können⁵, möglichst niedrig zu halten, ergibt sich als wirtschaftlichste Art der Produktion die gleichmäßige und dauernde Auslastung seiner Produktionsfaktoren.
- Schwierigkeiten bei der **Prognose von Baupreisen**, da das Produkt am Baumarkt – im Gegensatz zur Serienfertigung – bei jedem Projekt einer Einzelfertigung entspricht. Dadurch ist die Vergleichbarkeit von Bauleistungen wesentlich beeinträchtigt, wenn nicht sogar tw unmöglich.
- Vermengung von **Risiken** zufolge von Produktions- und Vertragsbedingungen, die unterschiedliche Auswirkung auf die Baupreisbildung mit sich bringen.
- Die Produktion auf Vorrat und Absatzsteigerungen durch Werbung und Marketing bleibt den Teilnehmern am Baumarkt idR verwehrt.
- Fast nur Alternativangebote, mit Hilfe deren der Bauunternehmer sein Know-How ausnützt, und spekulative Preisgestaltung ermöglichen es, aus den Mechanismen des Baumarktes auszubrechen.

Angesichts dieser spezifischen Eigenheiten und des Wettbewerbsdrucks am Baumarkt würde eine Bauprojektanbahnung ganz ohne Friktionen zwischen den Beteiligten geradezu romantische Züge aufweisen. Vielmehr entspricht es der Realität, dass es im

¹ Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, 39.

² Vgl Gabler, Wirtschaftslexikon, 2061f.

³ Ausführlich Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, 13f bzw Oberndorfer, Skriptum zur Vorlesung ‚Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure‘, 1; sinngem Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, 106f in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsprojekt ‚Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters‘; Fruhmann/Gölles/Grussmann et al, BVergG Bundesvergabegesetz, 25f.

⁴ Auf die Selbstbindung von privaten Bauherren an ein formalisiertes Beschaffungsverfahren, wie es etwa durch die Einhaltung der Verfahrensregeln gem ÖNORM A 2050 ‚Vergabe von Aufträgen über Leistungen‘ teilweise praktiziert wird, wird im Zuge dieser Arbeit nicht eingegangen.

⁵ Gabler, aaO, 377.

Baugeschehen oft zu Konflikten kommt, deren Inhalt in vielen Fällen das Erheben von Ansprüchen auf Leistungen monetärer Art darstellen. Darunter fallen va die sogen Mehrkostenforderungen, bei denen sich Werkunternehmer aufgrund von Leistungsänderungen eine aus deren Sicht über den Vertragsinhalt hinausgehende Vergütung für Leistungen, die für die Erreichung des Vertragsziels notwendig sind, zu fordern berechtigt sehen, die der andere Vertragspartner anerkennt oder auch nicht. Diese Anspruchsgrundlagen finden sich in Vertragstexten wie zB in der vielfach in Österreich zwischen den Vertragspartnern vereinbarten ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘, oder aber auch im ABGB⁶, das subsidiär Geltung besitzt.

Soviel zu Parteien, die sich in einem Vertragsverhältnis befinden, und bei denen unterschiedliche Ansichten in bezug auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt.

Anders verhält es sich jedoch im Stadium **vor dem Bauwerkvertragsabschluss**. Ganz unbestritten bestehen auch in diesem Fall (vorvertragliche) Rechte und Pflichten sowohl des Ausschreibenden als auch des Bieters bzw Bewerbers, die bei deren Verletzung die Unmöglichkeit des Aufbaues ökonomischer und funktionstüchtiger rechtsgeschäftlicher Beziehungen bergen, was es allerdings hintan zu halten gilt, andernfalls Vertragserfüllungspflichten im allg einer außerordentlichen Bürde unterliegen würden – insb aber beim Bauvertrag, der idR ein überaus kompliziertes Regelwerk darstellt.

Kommt es in dieser Phase zu Sörungen in bezug auf die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, so müssen beim Problemlösungsansatz vergaberechtliche wie vertragsrechtliche Betrachtungen miteinbezogen werden.

Neben Mehrkostenforderungen und deren Anspruchsgrundlagen beim Bauvertrag wurden auch bereits diverse schadenersatzrechtliche Ansprüche aus Vergabeverfahrensverletzungen sowohl in der Rspr als auch in der Lit behandelt, obschon an dieser Stelle festgehalten werden muss, dass es sich bei letzteren im wesentlichen um Ansprüche übergangener Bestbieter, auch nachgereihter Bieter gehandelt hat – was nicht zuletzt auf § 181 BVergG zurückzuführen ist.

Selten jedoch handelte es sich um Ansprüche **nicht übergangener – also korrekt ermittelter – Bestbieter**, ergo Werkunternehmer, was seinen Grund aller Wahrscheinlichkeit darin hat, dass letztere in einem Vertragsverhältnis gesehen und ausschließlich dort Anspruchsgrundlagen gesucht und evtl gefunden wurden, und dass – darauf fußend – eine Betrachtungsweise, die diese unterschiedlichen Rechtsmaterien – Vergaberecht und Vertragsrecht – verknüpft, in bezug auf Mehrkostenforderungen bisweilen nicht in Erwägung gezogen wurde.

Soweit überschaubar, fand die Behandlung von Veränderungen von Kostengrundlagen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag bisweilen kaum in die Lit bzw in die

⁶ Beachtung gilt es insb § 1170a ABGB zu schenken. Dieser Paragraf wurde – in Erwägung der besonderen Merkmale des Bauvertrages – bereits in der dritten TN im Jahre 1916 in der Anerkenntnis, dass bis dato keine Regelung für den Fall, dass zur Ausführung des Werkes nicht vorgesehene Mehrarbeiten (oder kostspieligere Arbeit) notwendig werden, iSe Lückenschlusses eingeführt; s *Kühne*, Zur Mehrkostenregelung im österreichischen Bauvertragsrecht - § 1170a ABGB, 147ff in *Löffelmann/Korbion (Hrsg)*, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag.

Rspr Eingang, was einen weiteren Grund ua darin findet, dass das Vergaberecht in Österreich ein relativ junges Recht darstellt.

I. Fragestellung im Rahmen dieser Arbeit

Es stellen sich angesichts der formulierten Thematik insb folgende Fragen, auf die es im Zuge dieser Arbeit Antworten zu finden gilt:

- Welche **Arten von Kostengrundlagen** können sich in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag verändern?
Vorweg ein paar Stichworte: Bewehrungsstahlpreiserhöhungen, Änderung der Betonqualität aufgrund einer Aktualisierung von gesetzlichen Regelwerken, Deponiekostensteigerungen (Altlastenbeitrag), neue hinzutretende Abgaben (zB LKW-Maut, Landschaftsschutzabgabe udgl), Lohnerhöhungen, Entfall günstiger Beschaffungskonditionen usw

Dabei wird einerseits auf Kostenarten eingegangen, die dem konstruktiven Ingenieur aus seiner baubetrieblichen Tätigkeit her geläufig sind, wie die oben angeführten Stichworte schon zu erkennen geben, andererseits auf Kostenarten, deren Veränderungen nicht so offenkundig anfallen.

Die Durchführung der Preisermittlung vor Auftragserhalt ist zwar Ermessenssache eines jeden Bieters, jedoch geht sie in der Baubranche weitgehend einheitlich von statten, weswegen auch einschlägige Regelwerke zur Beleuchtung der Kostenarten herangezogen werden.

Eine abschließende Behandlung von konkreten Beispielen für sich verändernde Kostengrundlagen wird für kaum möglich gehalten und daher erst gar nicht versucht vorzunehmen. Bauingenieuren, Betriebswirten, jedem Leser bleibt es unbenommen, diese selbst aufzustöbern, und in die Systematik dieser Arbeit einzugliedern, anhand derer zum eigentlichen Kern vorgedrungen werden kann, nämlich den Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenforderungen.

- Verändern sich diese Kostenarten allein durch Zeitablauf oder auch aus sonstigen (evtl baubetrieblichen) Gründen?

Hier wird es notwendig sein, auf die Unterschiede diesbezgl einzugehen, um herausfinden zu können, ob daraus auch unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für evtl Mehrkostenforderungen erwachsen können.

Dies erscheint in der Bauwirtschaft schon deshalb sinnvoll, weil Bauwerkverträge oft über lange Zeit hinweg laufen, und erstgenannten Kostengrundlagenveränderungen dadurch Beachtung geschenkt wird, dass ein eigenes Regelwerk für den Einbezug von Preisgleitungen existiert. Das wiederum hängt vom Vertragstyp ab, deren es mehrere gibt und deren Abgrenzung voneinander vorzunehmen ist.

- Wie wirkt sich eine **Verschiebung des Endes der ausgeschriebenen Zuschlagsfrist** auf Kostengrundlagen aus?

Zunächst ist auf die formalen, insb auch auf die materiellen Grundlagen des Vergaberechts einzugehen. Das Vergaberecht schnürt alle Beteiligten in ein Korsett, das ihnen Pflichten abverlangt, aber auch Rechte gewährt. Da gilt es einzuhaken und sogleich auch vertragsrechtliche Überlegungen mit einzubeziehen. Ob auf das subsidiär geltende ABGB zurückgegriffen werden muss, wird ebenfalls anzudenken sein, wenn es in der Folge darum geht, Ansprüche auf eine Mehr- oder Mindervergütung herauszuarbeiten.

All diese rechtlichen Überlegungen werden jedoch nur dann von Relevanz sein, wenn sich Kostengrundlagen durch die Verschiebung des Endes der ausgeschriebenen Zuschlagsfrist überhaupt verändern. Dazu wird eine Untersuchung auf baubetriebliche Auswirkungen durch Aufzeigen von Beispielen durchzuführen sein.

- Kommen **Zuschlagsfristüberschreitungen** und **Hemmungen während der Zuschlagsfrist** dabei unterschiedliche Bedeutungen zu?
- Spielen die **Entstehungszeitpunkte des Eintritts jener Ursachen**, die eine **Zuschlagsfristüberschreitung** bzw eine **Hemmung während der Zuschlagsfrist** bewirken, eine Rolle?

Hier ist im Detail in den Gesetzestext der vergaberecht-relevanten Normen einzudringen, um diese Unterschiede – sofern vorhanden – herausarbeiten zu können, wobei auch wiederum vertragsrechtliche Elemente nicht ausser Acht gelassen werden dürfen.

Im Falle des Bestehens von Unterschieden gilt es zu untersuchen, ob diesbzgl evtl auch unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für eine berechtigte Mehr- oder Minderkostenforderung existieren.

- Vergütungsfähigkeit auf Basis von Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag bzw Nachteilsausgleichsanprüche vorausgesetzt – was sind die **Grundlagen** für diese?

Eine Auflistung möglicher Anspruchsgrundlagen zur Forderung von Mehrpreisen stellt den Schwerpunkt der Arbeit dar. Diese ausfindig zu machen ist das primäre Anliegen, wobei auf Gesetze, auf Vertrag und etwaige Zwischenbereiche zurückzugreifen sein wird.

- Welchen Einfluss hat die **Sphärentheorie** auf diese Problematik?

Sobald Kostenarten, deren Art der Veränderung, ihr Vorkommen in den Kostengrundlagen udgl bekannt sind, ist es von wesentlichem Interesse herauszufinden, was die Ursachen dafür sind, wer sich wofür verantwortlich zeichnet oder aber evtl verantwortlich zeichnen lassen muss. Diese aus zivilrechtlichen Normen abgeleitete Theorie wird aller Voraussicht nach immer wieder in die Arbeit einfließen.

II. Ziel der Arbeit

Die gegenständliche Arbeit befasst sich zu Beginn sowohl mit der vertraglichen

Phase als auch im weiteren mit der vorvertraglichen Phase bei Bauprojekten; dies deshalb, um als primäres Ziel der Arbeit einen **bauwirtschaftlich-rechtlich fundierten Ansatz** für die **Lösung des Mehrkostenproblems** an der **Schnittstelle des Vergabe- und Vertragsrechts** finden zu können.

Bislang gibt es aufgrund des diesbzgl Lit- bzw Rspr-Mangels keine bekannte (einheitliche) Vorgehensweise bzw kein bekanntes Abhandlungskonzept bei Vorliegen der zum Gegenstand dieser Arbeit erhobenen Problematik.

Daher wird es notwendig sein, vorerst die Arten der Kostengrundlagenveränderungen zu untersuchen, zu analysieren und zu kategorisieren, damit die unterschiedlich auftretenden Kostengrundlagenveränderungssituationen herausgeschält werden können, die es anhand von tw bereits genannten Beispielen zu würdigen gilt.

Mit Hilfe der über diesen Weg zu suchenden Anspruchsgrundlagen für Mehr- aber auch für Mindervergütungen soll eine Systematik gefunden werden, die ein Kompendium über die unterschiedlichen Behandlungsformen von Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag für alle an Vergabeverfahren Beteiligten darstellt.

III. Vorgehensweise und Gliederung

Zu Beginn der Arbeit werden in Kapitel 2 die bauwirtschaftlichen, die betriebswirtschaftlichen, die vergaberechtlichen und die zivilrechtlichen Grundlagen, die zugleich einen State-of-the-art-Report darstellen, erörtert:

Die **bauwirtschaftlichen** Grundlagen beziehen sich auf das Wesen des Wettbewerbs, die **betriebswirtschaftlichen** auf den Kostenbegriff iVm der Baupreisbildung.

Die **vergaberechtlichen** Grundlagen befassen sich auf europäischer Ebene mit dem Primär- und Sekundärrecht, also mit dem EGV⁷ bzw dem GPA⁸ und den einschlägigen vergaberechtlich-relevanten EU-RL, auf nationaler Ebene mit dem BVergG 2002, aber auch mit einem Gesetz, das in direktem Zusammenhang mit dem Vergaberecht zu bringen ist: das B-VG.

Die **zivilrechtlichen** Grundlagen bauen sowohl auf dem ABGB als auch auf den ÖNORMen B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘ und B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘ auf, die aufgrund ihrer Häufigkeit in der Anwendung nicht nur Eingang in diese Arbeit finden, sondern den Ausgangspunkt für den Inhalt dieser Arbeit bilden.

Aus diesen Grundlagen, die va dem Juristen vielerorts selbstverständlich erscheinen, den konstruktiven Ingenieur allerdings zum Kern der Arbeit hinführen sollen, sollen wesentliche Erkenntnisse als Basis für die Behandlung der eingangs gestellten Fragen abgeleitet werden.

Kapitel 3 geht auf konkrete Beispiele für Kostenarten ein, deren Herleitung tw an nicht weit zurückliegende Anlässe erinnert. Das Hauptaugenmerk dieses Kapitels wird al-

⁷ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, AB1 1997 C 340, 1 idF Vertrag von Nizza, AB1 2001 C 80, 1

⁸ Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, AB1 Nr L 336 vom 24. Dezember 1994, 274.

lerdings auf die Analyse und auf die Kategorisierung der verschiedenen **Arten der Kostengrundlagenveränderungen** gelegt.

Das darauf folgende Kapitel 4 gibt einen **rechtlichen Ausblick** darüber, womit die Problemlösungsansätze der den Hauptteil der Arbeit darstellenden Kapitel konfrontiert werden.

Der darauf folgende Bereich der Arbeit – Kapitel 5, Kapitel 6 und Kapitel 7 – stellen den Schwerpunkt dar, in dem es die **Anspruchsgrundlagen für evtl Mehr- oder Mindervergütung** aus Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag herauszuschälen gilt. An dieser Stelle wird vorweggenommen, dass es sich in den meisten Fällen um Mehrvergütungen handeln wird – weniger oft wird es sich um Fälle handeln, bei denen auch Bauherren einen Nutzen ziehen. Im Zuge dieser Kapitel werden die Beispiele der Kostengrundlagenveränderungen aufgerollt, anhand derer die einzelnen Anspruchsgrundlagen explizit dargetan werden.

Die Rechte und Pflichten, die sich aus der Vertragsphase ergeben, sollen – wenn zweckmäßig – wichtige Impulse für die Ableitung von Anspruchsgrundlagen aus der vorvertraglichen Phase liefern. Eine prominente Rolle wird dabei den Grundsätzen von der Lehre über die *culpa in contrahendo* zukommen, die sich da und dort auch in den Vergaberechtsnormen wiederfinden.

Ob das Auftreten von Zuschlagsfristüberschreitungen bzw eine Hemmung der Zuschlagsfrist Relevanz besitzenden Charakter hat, wird sich ebenfalls im Zuge dieser Arbeit herausstellen.

In Kapitel 8 wird untersucht, ob ausschreiberseitige Sorgfaltsmängel während des Vergabeverfahrens denkbar sind, und ob behahendenfalls daraus Ansprüche auf **Schadenersatz** erwachsen können.

Das letzte Kapitel geht auf die neu gewonnenen Erkenntnisse aus den vorergehenden Kapiteln ein. Eine **Zusammenfassung** der abgeleiteten Anspruchsgrundlagen für eine Mehrvergütung aus den dargestellten Kostengrundlagenveränderungen gibt dem Leser die Möglichkeit, die gewonnenen Erkenntnisse in übersichtlicher Form durch zu studieren.

IV. Abgrenzungen der Arbeit

In Österreich werden Bauverträge fast ausschließlich unter Zugrundelegung der ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘ geschlossen. Deswegen wird im Zuge dieser Arbeit der vertragsrechtliche Teil auf dieser ÖNORM beruhend behandelt, wobei subsidiär das ABGB einwirken wird. Durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110 wird auf andere ÖNORMen verwiesen, denen somit ebenfalls automatisch Geltung zukommt bzw deren Verfahrensregeln vorgeschlagen werden; das sind ua die ÖNORMen A 2050 ‚Vergabe von Aufträgen über Leistungen, Ausschreibung, Angebot und Zuschlag‘⁹, B 2061 ‚Preisermittlung von Bauleistungen‘, B 2111 ‚Umrechnung

⁹ An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass der ÖNORM A 2050 bei Vergaben von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber keine unmittelbare Bedeutung mehr zukommt, da sie – im Gegensatz des bis zur

veränderlicher Preise von Bauleistungen'. Diese tragen – mit Ausnahme der ÖNORM A 2050 – ebenfalls ihren Teil zu den vertrags- bzw vergabeverfahrensrechtlichen Grundlagen bei.

Den vergaberechtlichen Grundstock dieser Arbeit bildet das BVergG BGBl I 99/2002 iVm dem EGV, dem GPA und den EU-RL 89/665/EWG („RechtmittelRL“), 92/13/EWG („SektorenrechtsmittelRL“), 92/50/EWG („DienstleistungsRL“), 93/36/EWG („LieferkoordinierungsRL“), 93/37/EWG („BaukoordinierungsRL“), 93/38/EWG („SektorenRL“), 97/52/EG, 98/4/EG und 2001/78/EG. Die jeweiligen LG, mit denen der Rechtsschutz hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen in den Ländern geregelt wird, sowie ein Ausblick auf die Verdingungsnormen anderer Staaten – an dieser Stelle sei insb Deutschlands VOB erwähnt – würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb sie einer weiteren Behandlung entzogen sind. Die Erkenntnisse dieser Arbeit können aber auch auf LG übergeleitet werden.

Zusätzliche Einschränkungen werden im den Schwerpunkt der gegenständlichen Arbeit beinhaltenden Kapitel 5, Kapitel 6 und Kapitel 7 dahingehend vorgenommen, als dass sich Aufträge über Leistungen in ihrer Behandlung ausschließlich auf Bauaufträge, also auf **Bauwerkverträge**, beziehen, es sich somit bei Werkunternehmer im wesentlichen um Bauunternehmen handelt.

Weitere Abgrenzungen gehen im Zuge der Arbeit an jeweiliger konkreter Stelle hervor.

2. KAPITEL: GRUNDLAGEN

Zweck dieses Kapitels ist es, jene Grundlagen, die für die Behandlung des gegenständlichen Themas aufzurollen notwendig erscheinen, klar darzulegen. Dies umfasst bauwirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, vergaberechtliche und zivilrechtliche Aspekte. Wohl werden diese Aspekte in den Unterkapiteln aus Übersichtlichkeitsgründen getrennt behandelt; dass inhaltliche Zusammenhänge aber bestehen, ist aufgrund der Systematik des Verdingungswesens am Baumarkt immanent und wird ua durch kaum vermeidbare Querverweise, deren Nützlichkeit sich im Zuge des Lesens allerdings erweisen wird, ersichtlich.

I. Bauwirtschaftliche Grundlagen

Unter Bauwirtschaft wird die Gesamtheit der Einrichtungen und Maßnahmen zur planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs an Gütern des Bauwesens verstanden. Als wissenschaftliches Fach ist gegenständlichen Arbeit umfasst sie die Lehre und Forschung von der wirtschaftlichen Abwicklung von Bauprojekten (**Ausschreibung, Vergabe, Abrechnung, Baupreisermittlung, Bauvertragswesen, Bauprojektorganisation**)¹⁰. Nur die hervorgehobenen Ausdrücke werden einer weiteren Behandlung unterzogen.

Obwohl gem oa Definition die Begriffe „Ausschreibung und Vergabe“ genauso wie „Baupreisermittlung“ und „Bauvertragswesen“ unter dem Begriff „Bauwirtschaft“ zu subsumieren sind, wird ihnen in weiterer Folge jeweils ein eigenes Unterkapitel gewidmet, da ihnen auf diese Art und Weise die notwendige tiefgründige Behandlung zukommt.

A. Der Wettbewerb am Baumarkt

In Österreich hat sich die staatliche Gebarung aufgrund der Bundesverfassung¹¹ an einem Prinzip zu orientieren, dem **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** als oberste Maxime anhaftet. *Aicher*¹² folgend wird dieses Prinzip, das Wirtschaftlichkeitsprinzip, in einer marktwirtschaftlichen Ordnung am besten durch den freien Wettbewerb sichergestellt, wobei in dieser Mittel-Zweck-Beziehung die Wirtschaftlichkeit den Zweck bekleidet, und dem Mittel die Funktion des Wettbewerbs zukommt.

Unter Wettbewerb wird die Existenz von Märkten mit mind zwei Anbietern oder Nachfragern verstanden, die sich antagonistisch¹³, verhalten, dh durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter – das sind Größen, die vom einzelnen Handlungsträger unmittelbar, und zwar im Hinblick auf Nutzen- oder Gewinnsteigerung, also zur Verbesserung der eigenen Marktposition, eingesetzt werden können¹⁴ – ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen¹⁵.

Die Nachfrager und Anbieter treten je nach Wirtschaftsgut in verschiedenen Anzah-

¹⁰ *Oberndorfer/Jodl*, Handwörterbuch, 50.

¹¹ Art 51a Abs 1, Art 126b Abs 5, Art 127 Abs 1, Art 127a Abs 1 B-VG; ausführlich dazu s Kapitel 2 III.C.1 auf Seite 37.

¹² *Aicher*, Wettbewerbspolitische Aspekte, 1 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht.

¹³ Antagonistisch: „gegensätzlich“, „in einem nicht auszugleichendem Widerspruch stehend“, „gegenerisch“, s *Duden*, Das Fremdwörterbuch, 69f.

¹⁴ ZB Preis, Menge, Qualität, Information, Werbung, Konditionen, Service, Forschung und Entwicklung etc.

¹⁵ *Gabler*, Wirtschaftslexikon, 3477f.

len auf. Im Extremfall treten nur ein Nachfrager und ein Anbieter auf, sodass ein Markt auch aus lediglich zwei Akteuren bestehen kann. In Abhängigkeit von der Anzahl der Anbieter und der Anzahl der Nachfrager werden diverse **Marktformen** (Morphologie des Marktes) von einander unterschieden. Vereinfacht man die Anzahl der Akteure pro „Seite“ in drei Stufen – nämlich von *einer* über *wenige* bis hin zu *viele* – so ergibt sich eine Matrix mit neun Feldern, deren jedes einzelne Feld eine eigene Marktform – wie folgende Abbildung 1 veranschaulicht – darstellt (→ Klassifizierung der Märkte).

Nachfrager Anbieter	"einer"	"wenige"	"viele"
"einer"	bilaterales Monopol	beschränktes Monopol	Monopol
"wenige"	beschränktes Monopson	bilaterales Oligopol	Oligopol
"viele"	Monopson	Oligopson	(bilaterales) Polypol

Abbildung 1: Morphologie des Marktes¹⁶

Einen typisch **unvollkommenen Markt**¹⁷ stellt in der heutigen Zeit der **Baumarkt** dar. Dies ist dadurch gekennzeichnet, dass die Güter des Bauwesens nicht homogen sind, was sachliche Präferenzen der Nachfrager mit sich bringt, bzw die Markttransparenz nicht gewährleistet ist; maW: wesentliche Informationen über das Marktgeschehen, insb die Preisbildung, sind am Baumarkt für die Akteure nicht ersichtlich¹⁸. Zur Unvollkommenheit des Baumarktes trägt auch die Tatsache bei, dass nur wenige große Bauunternehmen als Akteure auftreten¹⁹.

Die derzeitige Situation bei öffentlichen Bauaufträgen wird vorwiegend durch eine Monopson-, Oligopson- aber auch Oligopolstellung²⁰ dominiert – die am Baumarkt auftretenden Marktformen sind in Abbildung 1 grau hinterlegt. Um einen der vollständigen Konkurrenz (vollkommener Markt) ähnelnden Wettbewerb herbeizuführen bedient sich die nichtthoheitliche privatrechtsförmige²¹ staatliche Verwaltung, die, wie erwähnt, im Bauwesen als Alleinnachfrager eine monopson- aber auch – iSv „wenigen“ Nachfragern – eine oligopsonartige Marktform bedingt, eines Regulativs, das die Bieter in ein Modell organisierter Konkurrenz zwingt²²: des Vergaberechts.

B. Das Vergaberecht als Regulativ

Dieses Regulativ verhindert, dass die Anbieter am unvollkommenen Markt jenen

¹⁶ Vgl Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit (Dissertation), 18f; Gabler, Wirtschaftslexikon, 2065.

¹⁷ Der Begriff „unvollkommen“ deckt sich mit „unvollständig“ genauso wie der Begriff „Markt“ mit „Konkurrenz“.

¹⁸ Vgl fünfter Pkt, Kapitel 1.

¹⁹ S ua Kropik; Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, 20f.

²⁰ Vgl Aicher, Schlussbericht, 230 in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsbericht; Fruhmant/Gölles/Grussmann et al, Bundesvergabegesetz, 25f.

²¹ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht, Rz 702

²² Ders, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, ecolx 1999, 523.

Preisspielraum, der wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Güter des Bauwesens einerseits bzw wegen der mangelnden Markttransparenz andererseits ungleich größer wäre, aufgrund individueller preispolitischer Maßnahmen im Wettbewerb einsetzen²³, und hält die nachteiligen Folgeerscheinungen, die sich daraus ergeben würden, hintan.

Es verbietet aber auch schon Art 82 EGV die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, genauso wie das KartG²⁴.

Einen weiteren erheblichen Grund für dieses Regulativ liefert die oa oft bei vielen Märkten vorliegende monopson-, oligopson- aber auch oligopolartige Stellung der öffentlichen Werkbesteller selbst, die eine Überlegenheit gegenüber den Anbietern darstellt²⁵, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass öffentliche Aufträge in – monetär bewertet – enormen Summen vergeben werden (zB Wert 1999 in der Höhe von 35,23 Mrd EUR – dies entspricht 17,9 % des BIP in Österreich²⁶). Hier wirken die Kräfte des freien Marktes nicht, weil der Staat auch dann nicht vom Markt verdrängt wird, wenn er schlechtere Leistungen einkauft oder überhöhte Preise bezahlt²⁷. Dies lässt sich damit begründen, dass – im Gegensatz zur privatwirtschaftlichen Marktteilnahme, die sich zwangsläufig am Wirtschaftlichkeitsprinzip orientiert, um die Differenz aus Leistung und Kosten, den Produktionsgewinn, aus Gründen der Gewinnmaximierung zu vergrößern – die staatliche Beschaffungstätigkeit das Ziel der Gewinnmaximierung nicht kennt, sich daher die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung nicht in einer Unternehmensrechnung niederschlägt²⁸ und va aber Missgriffe nicht zu einer Gefährdung seiner Marktstellung führen. Weitere typische privatwirtschaftliche Ziele, die ein Unternehmen in einem gewissen Rahmen **unter allen Umständen** verfolgen muss, wären auch etwa Existenzsicherung, Liquidität, Rentabilität, wachsender Umsatz ua²⁹, die der Staat eben nicht zwingend auf diese Art und Weise zu verfolgen angehalten ist. Es bedarf also dieses Regulativs auch schon allein, um einer Funktionsunfähigkeit eines privatrechtlichen Regelungssystems vorzubeugen, sprich zum Ausgleich der Machtungleichgewichte³⁰.

Nicht zuletzt liefern die hohe wertmäßige Bedeutung der oa Summe, die Komplexität der Funktionserfüllung (Vielzahl der Beschaffungsobjekte, der Lieferanten etc) und die Eindämmung pflichtwidriger Handlungen³¹ einen – diesfalls nun betriebswirtschaftlichen

²³ Reckerzügl, Spekulation in der Bauwirtschaft (Dissertation), 23.

²⁴ § 35 Abs 1 leg cit. Die marktbeherrschende Stellung formuliert Korinek in Korinek/Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, 4 als "monopolistisch geballte Macht", über die der privatrechtlich handelnde Staat durch Subventionierung, Auftragsvergabe, Erbringung von Leistungen und Führung von Betrieben verfügt, der der einzelne in unentrinnbarer Abhängigkeit gegenübersteht.

²⁵ Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 703; ausführlicher ders, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe, 8f in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsbericht; Krejci, Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982/2, 40, folgend zeigt sich diese Überlegenheit ua auch derart, dass aufgrund deren die sich um Aufträge bewerbenden Unternehmen bereit sind, Bedingungen und Umstände in Kauf zu nehmen, die ohne Vorliegen einer bemerkenswerten Verhandlungsübermacht des Vergebers nicht akzeptiert würden, und berichtet in diesem Zusammenhang vom „Vertragsdiktat des Vergebers“.

²⁶ Pkt 7.3 AB über die RV über: BG, mit dem das B-VG sowie das BG über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH geändert und ein BVergG erlassen wird.

²⁷ Elsner, Vergaberecht, Rz A1; Gast, Das österreichische Vergaberecht, 1.

²⁸ Vgl Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, eclex 1999, 523.

²⁹ Oberndorfer, Skriptum zum Seminar 'Unternehmensplanung', 2; Schierenbeck, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 60.

³⁰ Aicher, Wettbewerbspolitische Aspekte, 107f in ÖGEBAU (Hrsg), aaO, berichtet in diesem Zusammenhang von der „machtneutralisierenden Funktion des Wettbewerbs“.

³¹ Vgl FN 98 auf Seite 24.

– Grund für die Notwendigkeit des einheitlich geregelten Vergaberechts³².

Die Formulierung des **Ziels und Zwecks des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe** hat Generalanwalt *Jacobs*³³ in erfrischender Prägnanz wie folgt dargelegt:

„Der Hauptzweck der Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht allgemein darin, zu gewährleisten, dass öffentliche Mittel redlich und effizient, auf der Grundlage einer ernsthaften Beurteilung [Anm: Hervorhebung durch die erkennende Behörde] und ohne Bevorzugung irgendeiner Art oder eine finanzielle oder politische Gegenleistung ausgeben werden.“

II. Betriebswirtschaftliche Grundlagen

Wie eingangs bereits erwähnt kommt es im Baugeschehen oft zu Konflikten, deren Inhalt in vielen Fällen Forderungen monetärer Art zur Folge haben. Die sogenannten Mehrkostenforderungen sind im eigentlichen Sinn gem ÖNORM B 2110 Zusatzangebote³⁴ (auch Nachtragsangebote oder Nachtragsforderungen genannt), die eine Vergütung einer Leistung vorsehen, die entweder zur Erreichung des Vertragsziels (Bauwerkerstellung) notwendig ist, aber nicht vereinbart war, oder eine echte Erweiterung des Vertragsgegenstandes (und damit Modifikation des Vertragszieles) darstellt³⁵.

Die richtige Vorgehensweise zur Geltendmachung von Mehrvergütungsansprüchen bei Bauverträgen, die ganze Systematik dahinter, stellt eine rechtlich-betriebswirtschaftlich-interdisziplinäre Herausforderung dar, die in die Lit³⁶ mehr oder weniger detailliert Eingang gefunden hat, und auf die hier im weiteren nur zT eingegangen wird.

Einen Teil der hier erwähnten Systematik bildet die Dokumentation, die zweierlei Ziele³⁷ vor Augen hat. Zum einen ist nachzuweisen³⁸, dass die auszuführende und ausgeführte Leistung von der vertraglich vereinbarten abweicht. Zum anderen sind die Mehrkosten nachvollziehbar, glaubhaft, plausibel und **entsprechend den Preisgrundlagen** darzustellen.

Auch hier wird wiederum davon ausgegangen, dass sich zwei Parteien, Werkbesteller und Werkunternehmer, bereits in einem Vertragsverhältnis befinden. In Anspielung auf die Kalkulation, die die Preisgrundlagen offen legt – besser: offen legen soll –, ist jedoch festzuhalten, dass sie bereits vor Vertragsabschluss als Element des Angebotes vor-

³² Grün in *Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, 148f.

³³ Schlussanträge vom 10. Mai 2001 Rs C-19/00 (*SIAC Construction Ltd/County Council of the County of Mayo*) Rz 33; vgl *Latzenhofer*, Angebotsbewertung im Verhandlungsverfahren, ZVB 2002/69, 166 zu BVA 12. April 2002 N-128/01-72.

³⁴ S Pkt 5.24.3 ÖNORM B 2110.

³⁵ Vgl *Oberndorfer/Jodl*, Handwörterbuch, 106 bzw 161.

³⁶ In Österreich zB *Karasek* in *Straube/Aicher (Hrsg)*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd II - Rechtssicher bauen; *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag; *Kurbos*, Baurecht in der Praxis; *Oberndorfer*, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag Bd I; teils *Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag; *Kühne*, Zur Mehrkostenregelung im österreichischen Bauvertragsrecht - § 1170a ABGB, 141ff in *Löffelmann/Korbion (Hrsg)*, FS Locher; in Deutschland zB *Böker*, Vertragsrecht und Claimmanagement, *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd I: Einheitspreisvertrag; *dies*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd II: Pauschalpreisvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau.

³⁷ *Oberndorfer*, aaO, 39; ähnlich *Kropik/Krammer*, aaO, 138ff.

³⁸ Nach *Schopf*, Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft, 209f, kommt der Dokumentation iSd Beweissicherung bei der Abwicklung von Bauvorhaben überragende Bedeutung zu; dies deshalb, um im Ernstfall, bei dem es schließlich den Richter zu überzeugen gilt, nicht in Beweisnotstand zu geraten.

liegt, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Bieter noch auf die Zuschlagserteilung durch den Ausschreiber wartet. Sollten in der vorvertraglichen Phase Ansprüche welcher Art auch immer bestehen, die es in der gegenständlichen Arbeit zu eruieren gilt, so gehen aus der Kalkulation jene Preisgrundlagen hervor, unter deren Zugrundelegung Forderungen der Höhe nach zu begründen sind.

Deshalb liegt der Schwerpunkt des gegenständlichen Kapitels auf der Kalkulation von Baupreisen als Teil des betrieblichen Rechnungswesens.

A. Die Kalkulation

Die Kalkulation als Teil der Kosten- und Leistungsrechnung, die gemeinsam mit der Finanzbuchhaltung und Bilanzierung, mit der Planungsrechnung (Budgetierung), mit der Statistik und der Unternehmensforschung (operations research) das betriebliche Rechnungswesen umfasst, dient neben der Bereitstellung von Informationen für die wirtschaftliche Steuerung des Betriebes vor zur Preisermittlung³⁹ vor Auftragserhalt auf Basis der Selbstkostenrechnung⁴⁰. Sie ist im Bauwesen also nicht strikt iSd Selbstkostenrechnung, bei der die auf ein Wirtschaftsgut entfallenden Herstellkosten zuzüglich anteiliger Verwaltungs- und Vertriebskosten ermittelt werden, dennoch aber dem Verursachungsprinzip folgend zu verstehen⁴¹.

Nun kann jeder Bieter seine Preisgrundlagen nach freiem Ermessen gestalten; sinnvoll ist es allerdings, sie derartig auszuarbeiten, dass im Nachhinein jederzeit der Parteilichkeit nachvollzogen werden kann, was – wie bereits an anderer Stelle gewürdigt – ganz iSd der o.a. Dokumentation ist. Dies geschieht in der Praxis nicht immer, weswegen nun klar ist, warum vorhin angeführt wurde, dass die Kalkulation die Preisgrundlagen offenlegen soll – und eben nicht immer offenlegt.

In der Baubranche ist es üblich, nach der ÖNORM B 2061 ‚Preisermittlung von Bauleistungen‘ vorzugehen. Sie stellt eine Verfahrensnorm dar und hat den Vorteil, dass sie durch ihre Anwendung eine Vereinheitlichung der Baupreisermittlung mit sich bringt. Eine Prüfung auf Preisangemessenheit und eine evtl vertiefte Angebotsprüfung lassen dadurch eine objektivere Angebotsbewertung zu⁴², die letztendlich auch durch das Vergaberecht gefordert wird.

1. Kostenbegriffe und Kostenrechnungsarten

Unter **Kosten** wird allg der in Geldeinheiten bewertete Verzehr von wirtschaftlichen Gütern materieller und immaterieller Art zur Erstellung und zum Absatz von Sach- bzw Dienstleistungen sowie zur Schaffung und Aufrechterhaltung der dafür notwendigen Teilkapazitäten verstanden⁴³. Bei Bauunternehmen wird dieser Begriff, der nun auch **Bauproduktionskosten** genannt wird, dahingehend konkretisiert, dass auf die Erstellung der Bauleistung auf der Baustelle abgestellt wird.

Ganz deutlich davon zu unterscheiden ist der Begriff des **Baupreises**, unter dem

³⁹ Oberndorfer, Betriebswirtschaftslehre, 64f.

⁴⁰ Auf eine Baupreisermittlung über die Angebotssumme, bei der von der marktorientierten Philosophie ausgegangen wird, dass für den Auftragserhalt letztlich die Angebotssumme für die ausgeschriebene Leistung maßgebend ist, wird in der gegenständlichen Arbeit nicht eingegangen.

⁴¹ Das will heißen, dass Kosten, die zu einer Bauleistung führen, einer Baustelle auch zuordenbar sind, weil sie von ihr verursacht werden.

⁴² Vgl Vorbemerkungen zur ÖNORM B 2061.

⁴³ Gabler, Wirtschaftslexikon, 1832.

man den im Bauvertrag vereinbarten, meist in Geldeinheiten ausgedrückten Tauschwert für eine fertiggestellte und mängelfreie Bauleistung versteht⁴⁴. Aus Sicht des Bauherrn entspricht der so definierte Baupreis den Aufwendungen für Güter, Lieferungen, Leistungen und Abgaben, die für Ausführungen von Baumaßnahmen erforderlich sind⁴⁵, ergo seinen Kosten (für die Ausführung, jedoch nicht für die Planung – wie dies eben iSd klassischen Bauauftragsvergabe der Fall ist⁴⁶).

Auf folgende Begriffe muss im weiteren näher eingegangen werden, um das Wesen der ÖNORM B 2061, die im nächsten Pkt 2. aufgerollt wird, klar erfassen zu können.

a) Vollkostenrechnung

Einer Baupreisermittlung (Kalkulation), die derart aufgebaut ist, dass zu den Herstellkosten ein Gesamtzuschlag, der einen der Bauproduktion aliquoten Betrag zur Deckung der Zentralregie⁴⁷, der Bauzinsen, der Wagnisse und zur Erzielung eines Gewinnes erwirtschaften soll, hinzugerechnet wird, liegt das Wesen der Vollkostenrechnung zu Grunde.

Dabei werden den **Einzelkosten**⁴⁸ – sie sind der jeweiligen Bezugsbasis (Kostenträger) direkt zurechenbar⁴⁹ – die **Gemeinkosten**⁵⁰ – sie sind der jeweiligen Bezugsbasis (Kostenträger) nicht direkt zurechenbar⁴⁹ – durch prozentuelle Zuschlagssätze aufgeschlagen. Daraus leitet sich auch der Begriff der Zuschlagskalkulation ab.

Mit dieser Art der Baupreisermittlung geht jedoch eine gewisse Starrheit bzgl der Preiselastizität einher. Unter der Prämisse der Vollkostendeckung innerhalb einer Periode kann sich für einen Bieter in Anbetracht der in der Baubranche üblichen geringen Zuschlagssätze für Gewinn mitunter ein zu geringer Spielraum ergeben, was zur Folge haben kann, dass keine Aufträge mehr einlangen. Viele Unternehmen bieten daher ua mit Angebotspreisen an, die ihre projektbezogenen Vollkosten nicht mehr decken, was ua daran liegen kann, dass Aufträge benötigt werden um Kapazitäten auszulasten oder um Marktanteile zu gewinnen⁵¹. **Dies bedeutet allerdings nicht notwendigerweise, dass eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises fehlt⁵².** Ein anderer Grund könnte etwa sein, dass ein Projekt mit sehr viel Prestige behaftet ist (arg „Referenzprojekte“), weswegen Unternehmer eine Unterdeckung der auftragsbezogenen Fixkosten in Kauf nehmen.

⁴⁴ Oberndorfer, Claim Management, 3.

⁴⁵ Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch, 87.

⁴⁶ Vgl Aicher, Vergaberecht im Bauwesen, Österreichische Bauzeitung 38, 19.

⁴⁷ Oberndorfer, Die Produktionsfunktion im Baubetrieb und ihre Bedeutung für das Verständnis von Mehrkostenforderungen oder die bauwirtschaftliche Sicht (III), ÖGEBAU-Journal 2/2002, 172, präzisiert den Zuschlagsanteil „Zentralregie“ als „Deckungsbeiträge zu Geschäftsgemeinkosten“.

⁴⁸ ZB Einzellohnkosten (Arbeiter auf der Baustelle), Einzelmaterialkosten (Bau-, Hilfs- und Betriebsstoffe auf der Baustelle), Einzelgerätekosten (auf der Baustelle eingesetzte Geräte)

⁴⁹ Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, 16.

⁵⁰ ISv Baustellengemeinkosten zB einmalige, zeitgebundene, Geräte- und Sonderkosten der Baustelle (Gehalts- und gehaltsgebundene Kosten aller für die Durchführung des Bauvorhabens eingesetzten Angestellten, Baustellen-PKW, -mieten, -beheizung, Küchen etc); iSv Geschäftsgemeinkosten zB allfällige Kosten in der Zentrale, in Filialbüros, auf Lagerplätzen etc (Gehalts- und gehaltsgebundene Kosten für die Angestellten in der Verwaltung und in den Hilfsbetrieben, Steuern und sonstige Abgaben, Bürobetriebs- und -materialkosten, Versicherungskosten etc).

⁵¹ Vgl Krejci, Zulässigkeitsgrenzen bauvertraglicher Risikoverschiebungen zu Lasten des Werkunternehmers, wbl 1999, 385ff.

⁵² VKS 5.Dezember 2000, S12-2000/19; Auch Angebote, bei denen der Bieter keine Kostendeckung erzielt, können plausibel sein. Der Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet zu prüfen, ob das Angebot des Bestbieters kostendeckend ist; vgl Pfeiler, Nicht kostendeckender Preis, ZVB 2001/7, 15.

Damit sind soeben Begriffe vorgekommen, die zu einer anderen Art der Kostenrechnung überleiten, nämlich zur

b) Teilkostenrechnung

Die Basis der Teilkostenrechnung bildet aus Sicht des Unternehmens die Unterscheidung jener Kosten, die dem Unternehmen erwachsen, unabhängig davon, ob es produziert oder nicht⁵³ – also die **fixen Kosten**⁵⁴ – von den Kosten, die dem Unternehmen direkt durch die Produktion erwachsen⁵³ – also den **variablen Kosten**⁵⁵. Abbildung 2 zeigt diesen Zusammenhang iVm der Darstellung von Selbstkosten und Preis⁵⁶.

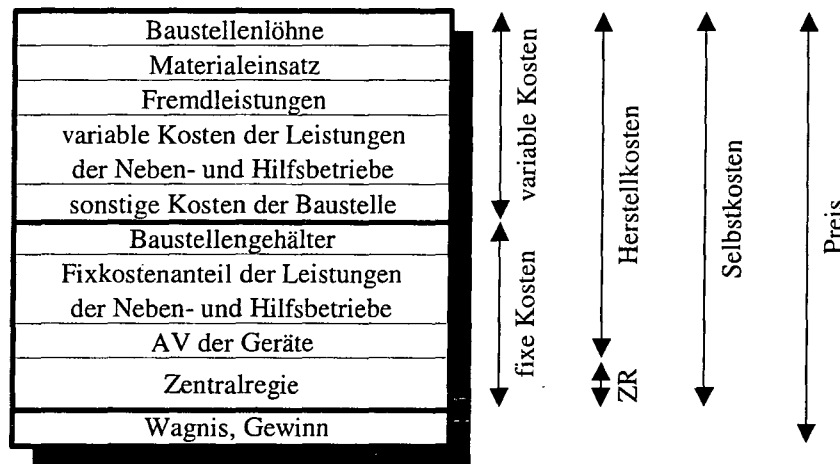


Abbildung 2: Fixe und variable Kosten und ihr Zusammenhang mit Selbstkosten und Preis⁵⁷

Die Begriffspaare Einzel- und Gemeinkosten und fixe und variable Kosten beziehen sich grundsätzlich auf verschiedene Sachverhalte. Gewisse Zusammenhänge bestehen dennoch, denn Einzelkosten sind im allg auch variable Kosten, Fixkosten sind grundsätzlich Gemeinkosten. Beide Aussagen sind jedoch nicht umkehrbar, da Gemeinkosten auch variabler Natur sein können⁵⁸. Daraus lässt sich ableiten, dass – wenn man davon ausgeht, dass fixe Kosten immer Gemeinkosten darstellen, aber Gemeinkosten nicht immer fixe Kosten sind – es vorkommen kann, dass die Einzelkosten der Vollkostenrechnung niedriger sind, als die variablen Kosten der Teilkostenrechnung.

Der Nachteil einer Kalkulation auf Vollkostenbasis besteht in der willkürlichen Zuordnung der fixen Kosten auf die Leistungsträger, obwohl kein Zusammenhang zwischen den fixen Kosten der Betriebsbereitschaft und den Leistungen besteht⁵⁹. Der Sinn der

⁵³ Oberndorfer/Stieber, Die Kalkulation von Baupreisen, 122f.

⁵⁴ ZB Zentralregie, Baustellengehälter (Bauleiter, Baukaufleute, Techniker, Poliere), Werkstättepersonal, AV der Geräte, Fuhrpark etc.

⁵⁵ ZB Baustellenlöhne, Materialeinsatz auf Baustellen und Neben- und Hilfsbetrieben, Fremdleistung etc.

⁵⁶ Eine überaus ausführliche Zuordnung der Kostenarten zu fixen bzw variablen sowie kurzfristig bzw langfristig ausgabenwirksamen Kosten trifft Kropik, Die Wertung von kalkulatorischen Kosten im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, ZVB 2001/35, 80f.

⁵⁷ Dies, aaO, 123.

⁵⁸ Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, 17f, sinngem Schierenbeck, Betriebswirtschaftslehre, 639.

⁵⁹ Vgl Hering/Draeger, Handbuch Betriebswirtschaft für Ingenieure, 139.

Teilkostenrechnung besteht nun eben darin, diese Unzulänglichkeit wettzumachen.

c) Deckungsbeitragsrechnung

Bei der sogen **Deckungsbeitragsrechnung** iSd Teilkostenrechnung wird nun eben nicht ein fixer Prozentsatz des Umsatzes zur Fixkostendeckung angesetzt, sondern ein von marktpolitischen Überlegungen getragener variabler Ansatz, der von Projekt zu Projekt aus diversen Gründen – einige wurden schon genannt – unterschiedlich hoch ist. Die Summe der Deckungsbeiträge **muss** allerdings mittelfristig die fixen Kosten decken, weswegen Projekten, bei denen auf Teilkostenbasis angeboten und entsprechend vergütet wurde, auch Projekte folgen müssen, bei denen **mehr** als die Vollkosten erwirtschaftet werden. Eine Gefahrenquelle stellt allerdings die Tatsache dar, dass die Kalkulationsrisiken meist höher als die Deckungsbeiträge sind und das Zusammentreffen von zu gering angesetzten Deckungsbeiträgen und Verlusten bei der Baudurchführung einiger größerer Aufträge bereits genügt, ein Unternehmen in den Ausgleich oder Konkurs zu treiben⁶⁰.

Dieses Instrument gibt also dem Bieter einen viel höheren Preisgestaltungsspielraum als jenes der Vollkostenrechnung, was aus Abbildung 3 ersichtlich ist, in der nach unternehmensspezifischen Überlegungen differenzierte Stufen der Teilkosten dargestellt sind.

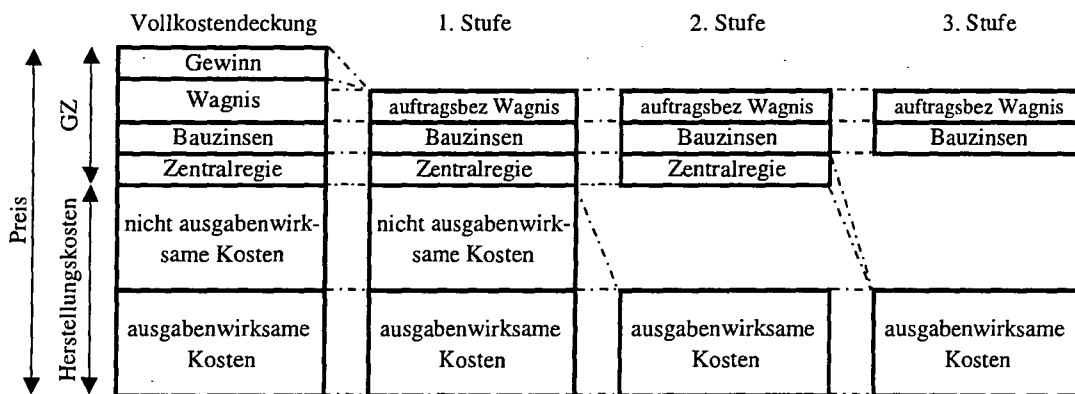


Abbildung 3: Absenkstufen bei der Deckungsbeitragsrechnung⁶¹

Eine Absenkung der Vollkostendeckung bis einschließlich zur dritten Stufe ist betriebswirtschaftlich sehr bedenklich, denn die Zentralregie, die ausgabenwirksame Kosten darstellt, muss durch andere Aufträge erwirtschaftet werden, und bringt bei Fehlen dieser Voraussetzung einen Liquiditätsengpass mit sich. Den Überlegungen *Oberndorfers*⁶¹ folgend kann der Preisgestaltungsspielraum auf Basis der Teilkostenrechnung mit ca 15 % bewertet werden, auf Basis der Vollkostenrechnung mit – allein den Gewinnzuschlag darstellenden – ca 3 % in Zeiten guter Konjunktur.

Resümierend wird festgehalten, dass grundsätzlich **mind die variablen Kosten** im Einheitspreis bei der Baupreisbildung enthalten sein müssen.

2. ÖNORM B 2061 'Preisermittlung von Bauleistungen'

Die ÖNORM B 2061 ist eine Verfahrensnorm, die vor dem Zustandekommen eines

⁶⁰ Oberndorfer/Rasinger, Baustellen- und Baubetriebsanalyse, 75f.

⁶¹ Oberndorfer/Kuckacka, Preisbildung, 84; vgl Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen, 214.

Vertrages die Durchführung der Kalkulation regelt. Daher kann sie nicht Vertragsbestandteil werden. Eine Nichteinhaltung dieser Norm hat demgem keine vertragsrechtliche, sondern evtl vergaberechtliche Konsequenzen⁶².

Sinngemäß schienen bereits einige Gründe für den Hintergrund der Anwendung des durch diese Norm gegebenen Baupreisbildungsverfahrens durch. Der Vollständigkeit halber wird der Sinn und Zweck⁶³ der gegenständlichen Norm noch einmal übersichtlich aufgelistet:

Externe Gründe:

- Grundlage für die Beurteilung der Preisangemessenheit
- Grundlage für die Beurteilung des Warenkorbs
- Grundlage für die Preisbildung bei Leistungsänderung⁶⁴
- Grundlage für die Berechnung neuer Einheitspreise bei bloßer Mengenänderung⁶⁵

Interne Gründe:

- Grundlage für die EDV-Kalkulation
- Grundlage für die Abstimmung in Bietergemeinschaften
- Grundlage für die Arbeitskalkulation
- Grundlage für die Nachkalkulation

Dem Wesen der ÖNORM B 2061 liegt eine Baupreisermittlung auf Basis einer Vollkostenrechnung zu Grunde. Sie unterscheidet folgende **Kostenarten**⁶⁶:

- Personalkosten (Lohn- und Gehaltskosten)
- Materialkosten
- Gerätekosten
- Kosten für Fremdleistungen
- Zinskosten
- andere Kosten

Der Aufbau der Kostenermittlung⁶⁷ folgt dem Wesen der Zuschlagskalkulation. Folgende Kosten werden auf Basis der Kostenarten ermittelt:

- Einzelkosten
- Baustellen-Gemeinkosten
- Geschäftsgemeinkosten
- Sonstige Gemeinkosten
- Bauzinsen
- Wagnis
- Gewinn

Die folgende Abbildung 4 zeigt schematisch sowohl die Kostenarten als auch den Aufbau der Kostenermittlung, die bis hin zum Preis führen, der jedoch iSd Gesamtpreises (dieser entspricht dem Entgelt iSd UStG) – und nicht iSd Angebotspreises (zivilrechtlicher Preis) – zu verstehen ist, weswegen die Umsatzsteuer in Abbildung 4 nicht ausgewiesen ist.

⁶² Zu den ÖNORMen im allg s Kapitel 2 IV.B auf Seite 78ff.

⁶³ Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung, 37f.

⁶⁴ Pkt 5.24 ÖNORM B 2110.

⁶⁵ Sogen 20%-Klausel auf Basis Pkt 5.24.6 ÖNORM B 2110.

⁶⁶ Pkt 4 ÖNORM B 2061.

⁶⁷ Pkt 5 ÖNORM B 2061.

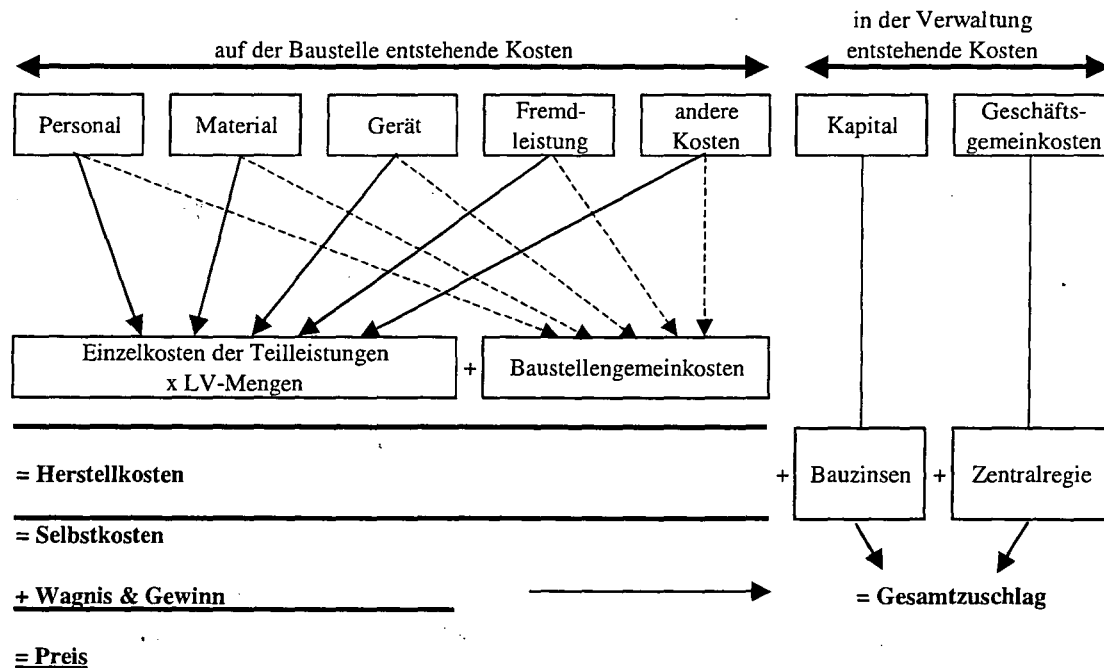


Abbildung 4: Aufbau der Kostenermittlung⁶⁸

An dieser Stelle sei explizit erwähnt, dass auf die Ambivalenz zwischen dem Prinzip der – durch das vergaberechtliche Gebot zur Wahrung der Vergleichbarkeit der Angebote einerseits mittelbar geforderten – Baupreisermittlung auf Basis der Vollkostenrechnung und dem Prinzip der – durch das gleichfalls vergaberechtliche Gebot des freien und lauterer Wettbewerbs, das andererseits eine höhere Preiselastizität bedingt, geforderten – Baupreisermittlung auf Basis der Teilkostenrechnung nicht näher eingegangen wird, und diesbzgl mit einem Verweis auf *Denk*⁶⁹, der gewisse Marktsituationen für möglich hält, die uU eine Orientierung an den Vollkosten bei der Preisbildung für völlig unzweckmäßig erscheinen lassen, und *Oberndorfer*⁷⁰, der die nur durch Wagnis und Gewinn gegebene Variationsmöglichkeit des Preises für ein Funktionieren des Wettbewerbes für zu gering hält, in Anbetracht des Themas der gegenständlichen Arbeit das Auslangen gefunden wird⁷¹.

Die den Gesamtzuschlag bildenden Anteile – Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie), Bauzinsen, Wagnis und Gewinn – werden auf alle Positionen in gleicher Höhe aufgeschlagen iSd Zuschlagskalkulation. Dies setzt eine Kalkulation auf Basis der Vollkostenrechnung ohne spekulative Verzerrung, wie es die ÖNORM B 2061 bietet, voraus. Ei-

⁶⁸ *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung, 42; vgl Abbildung 2; *Drees/Bahner*, Kalkulation von Baupreisen, 33; ähnlich *Wolkerstorfer/Lang*, Praktische Baukalkulation, 27, die das Wagnis den Selbstkosten zuteilen. Eine differenziertere Sichtweise bietet *Schubert*, Die Erfassbarkeit des Risikos der Bauunternehmung bei Angebot und Abwicklung einer Baumaßnahme, 20, der nur das allgemeine Unternehmerwagnis dem Gewinn zurechnet, da es aus Sicht der Kosten-Leistungs-Rechnung keine Kosteneigenschaft hätte; gleichermaßen wie *Schubert Ebisch/Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen einschließlich Bauaufträge, 41.

⁶⁹ Ökonomische Analyse der Vergabebestimmungen in der österreichischen Bauwirtschaft, 21 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht.

⁷⁰ Gratwanderung: Vertiefte Angebotsprüfung - Ausscheiden von Angeboten, Österreichische Bauzeitung 34/22, 10ff.

⁷¹ Zur Preisangemessenheit bei Bauaufträgen generell s *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60, 148ff.

ne Differenzierung nach Zuschlagträgern ist möglich und auch sinnvoll.

- **Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie)**

Darunter werden fixe und variable Kosten für den allg Betrieb des Unternehmens, soweit sie nicht einzelnen Bauvorhaben zugeordnet werden können, verstanden⁷². Dazu zählen Gehälter- und Gehaltsnebenkosten, Löhne und Lohnnebenkosten, Betriebssteuern und sonstige Abgaben, Büro- und EDV-Kosten, Mieten und Pachten für die dem Gesamtbetrieb dienenden Anlagen, Abschreibung und Verzinsung der dem Gesamtbetrieb dienenden Anlagen, Kosten für Versicherungen allg Art, Kosten für Marketing bzw Werbung, freiwillige soziale Leistungen, Rechts- und Steuerberatung usw⁷³.

Die Geschäftsgemeinkosten werden idR jährlich aufgrund der entstandenen oder geplanten Kosten ermittelt und als Prozentsatz des Umsatzes ausgewiesen, welcher gem *Oberndorfer*⁷⁴ ca 6 – 8 % ausmacht.

- **Bauzinsen**

Dies sind Kosten des für die Durchführung eines Bauauftrags erforderlichen Kapitals, mit denen der Werkunternehmer in Vorlage zu treten hat, einschließlich der Kosten für Sicherstellungen wie Haftungs- bzw Deckungsrücklass oder Kauttionen. Die für die Betriebsführung und für die Gerätebeistellung erforderlichen Zinskosten zählen nicht dazu⁷⁵.

Die Kapitalvorlage hängt von der Einkaufs- und Lagerpolitik des Unternehmens einerseits und von den Zahlungsbedingungen und Arten der Sicherstellungen lt Vertrag andererseits, aber auch von der Höhe des Zinsfußes ab. Unter Zugrundelegung von vereinfacht angenommenen Ausgaben- und Einnahmenströmen können die Bauzinsen unter Anwendung der Zins- und Zinseszinsrechnung ermittelt werden⁷⁶.

*Oberndorfer*⁷⁴ beziffert die Höhe der Bauzinsen idR mit 0,5 – 2 %.

- **Wagnis**

Das Wagnis stellt die Gefahr eines Verlustes oder einer Fehlentscheidung dar⁷⁷, die sich aus der Natur der Unternehmung ergeben.

Der Wagniszuschlag lässt sich nur erfahrungsgem und vergleichsweise abschätzen. Er ist unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung bzw im Angebot vorgesehenen Risikoverteilung und unter Bedachtnahme auf Art und Größe des Bauvorhabens, örtliche Lage, Jahreszeit und sonstige Umstände der Bauausführung festzulegen.

Der Wagniszuschlag deckt neben dem allg Unternehmerwagnis (mind 0,5 % vom Umsatz), das sich aus dem Betrieb des Unternehmens ergibt, auch die auftragspezifischen Wagnisse wie zB das Kalkulationswagnis, das Ausführungswagnis oder das Gewährleistungswagnis. Besondere für die Baustelle anfallende Wagnisse, die über die üblichen Wagnisse hinausgehen, sind gesondert zu berücksichtigen. Wird ein Wagnis durch Versicherung gedeckt, so ist die Prämie zu den sonstigen Kosten der Baustelle zuzuweisen; ein allfälliger Selbstbehalt ist zu berücksichtigen.

Die Höhe des Wagniszuschlags wird wesentlich beeinflusst von der Art des Vertra-

⁷² Pkt 3.9 ÖNORM B 2061.

⁷³ Ausführlich dazu *Oberndorfer/Rasinger*, Baustellen- und Baubetriebsanalyse, 63ff.

⁷⁴ Betriebswirtschaftslehre, S18ff.

⁷⁵ Pkt 3.4 ÖNORM B 2061.

⁷⁶ Ausführlich dazu *Oberndorfer/Stieber*, Die Kalkulation von Baupreisen, 128ff.

⁷⁷ Pkt 3.20 ÖNORM B 2061.

ges, von vom Unternehmer übernommenen Risiken, von der Sorgfalt und Detailliertheit der Ausschreibungsunterlagen, von der Art des Bauwerkes, von der zu erwartenden Fairness des Bauherrn und seiner Erfüllungsgehilfen usw, und wird von *Oberndorfer*⁷⁴ mit 1 – 7 % angesetzt, wobei hinzugefügt werden muss, dass für Projekte im Ausland noch höhere Werte möglich sind.

Insb beim Wagniszuschlag ist es sinnvoll, ihn der Höhe nach unterschiedlich für Kostenarten anzusetzen, zB Lohn, Gehalt, Gerät, Material, Fremdleistung mit Haftungsweitergabe, Fremdleistung ohne Haftungsweitergabe oder Fremdleistung ohne Haftung.

- **Gewinn**

Der Gewinn ist die Differenz zwischen Betriebserlösen und Kosten einer Periode wird konjunktur- und wettbewerbsabhängig kalkulatorisch angesetzt und kann lt *Oberndorfer*⁷⁸ in Zeiten guter Konjunktur – in seltenen Fällen⁷⁹ sogar mehr als – 3 % betragen. Aus ihm ist auch ein etwa ungedecktes Wagnis zu bestreiten.

Daraus ergibt sich, dass der Gesamtzuschlag für reine Bauleistungen bis hin zu 15 % schwanken kann, insoweit nicht besondere Überlegungen angestellt werden.

B. Zur Berücksichtigung von Kostenveränderungen durch bloßen Zeitablauf in der Kalkulation

Es stellt sich zuallererst die Frage, warum Kosten „durch bloßen Zeitablauf“ einer Änderung unterliegen (können). Ein erster Blick wird auf den Begriff der **Inflation** geworfen. Unter ihr wird ein Prozess anhaltender Preisniveausteigerungen am Markt, die über eine gewisse Marge hinausgehen⁸⁰, verstanden, wobei das Preisniveau eine Bezeichnung für den durch Indexpunkte gemessenen Durchschnittsstand aller wichtigen Preise in der Volkswirtschaft darstellt. Jene sind von **Steigerungen** (Verminderung) der **Einzelpreise** am Markt zu unterscheiden, die den Anbietern einen höheren (geringeren) Bedarf signalisieren.

Es kann also festgehalten werden: Bei Preisniveaustabilität (keine Inflation) sind Einzelpreisveränderungen anhand der absoluten Preisänderungen unschwer zu erkennen. Bei Inflation ist dies schwieriger. Sie liegt also vor, wenn ein Übergewicht der Anstiege von Einzelpreisen über gleichzeitig vorkommende Preisminderungen vorliegt, was eine Verminderung der Kaufkraft bedeutet.

Der Hintergrund der Inflation liegt in der Vermehrung der umlaufenden Geldmenge über den volkswirtschaftlichen Bedarf hinaus. Die Steigerungen (Verminderungen) von Einzelpreisen sind auf das Wechselspiel zwischen Angebot und Nachfrage zurückzuführen.

Die hier in Rede stehenden Preise stellen aus Unternehmersicht Kosten dar.

1. Berücksichtigung durch Festpreiszuschlag bei Festpreisverträgen

In der Kalkulation sind jene zusätzlichen Kosten, die sich durch den – durch bloßen

⁷⁸ S FN 74.

⁷⁹ ZB bei Vorliegen einer geringen Anzahl von Teilnehmern am Wettbewerb.

⁸⁰ *Gabler*, Wirtschaftslexikon, 2469f. Die Höhe der Marge ist umstritten, wird aber in der Praxis häufig mit 1 bis 2 % pro Jahr angegeben.

Zeitablauf bedingten – erhöhten Wertverzehr der **über die gesamte Bauzeit** erstellten Leistung ergeben werden, kalkulatativ abzuschätzen. Sie werden im Festpreiszuschlag⁸¹, der quasi als „fünftes Element“ in den Gesamtzuschlag eingeht, berücksichtigt.

Zu dessen genauer Eruiierung ist es von Seiten des Bieters notwendig, einerseits die Leistungen des Leistungsverzeichnisses der Höhe nach zuzügl deren zeitliches Auftreten einzuschätzen und in einzelne Preisperioden vorabzugrenzen, andererseits die diesen Preisperioden unterworfenen voraussichtlichen Kostenerhöhungen abzuschätzen.

Bezeichnet man die abgegrenzten Leistungen der einzelnen kalkulatativ angenommenen Preisperioden mit L_i und die Kostenerhöhungen, die den einzelnen Preisperioden voraussichtlich zukommen, mit k_i , lässt sich der mittlere Festpreiszuschlag f gem *Oberndorfer/Kukacka*⁸² folgendermaßen errechnen:

$$f = \frac{\sum L_i \cdot k_i}{\sum L_i}$$

Dieser Zuschlag auf alle Preise des Leistungsverzeichnisses angewandt bedeutet, dass zu Beginn der Leistungserstellung die Preise des Leistungsverzeichnisses etwas über der Selbstkostendeckung, während die Preise desselben am Ende der Leistungserstellung etwas unter der Selbstkostendeckung zuzügl Wagnis und Gewinn liegen, was sich allerdings weitgehend ausgleicht, sofern das Leistungsgebirge⁸³ bzw die einzelnen Kostenveränderungen wie angenommen eintreten.

2. Berücksichtigung bei Verträgen mit veränderlichen Preisen

Eine Möglichkeit, diese durch bloßen Zeitablauf bedingten zusätzlichen Kosten einer gerechten Vergütung zuzuführen – und nur darum geht es schlussendlich –, besteht über die „Vergütungsseite“; dh, dass sie in der Kalkulation nicht berücksichtigt werden müssen.

Dabei ist ein Vorgriff auf die zivilrechtlichen Grundlagen, in concreto auf Kapitel 2 IV.B, notwendig, denn die Vergütung bedarf vertraglicher Regelungen, will man die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung aufrechterhalten. Dennoch sollen hier nur die betriebswirtschaftlichen Hintergründe näher erläutert werden.

Grundgedanke ist, dass sich die Vergütung über die Bauzeit in dem Maße verändern soll, wie sich die Gestehungskosten⁸⁴, die die Kostengrundlagen⁸⁵ darstellen, durch bloßen Zeitablauf wertmäßig verändern.

Um letztere Veränderung visualisieren zu können benötigt man eine Messgröße.

⁸¹ Dieser stellt einen Teil des Wagniszuschlages dar (Kalkulationswagnis).

⁸² Preisumrechnung, 111.

⁸³ Darunter ist – graphisch betrachtet – die Darstellung der Leistung auf der Ordinate in Abhängigkeit der Bauzeit auf der Abszisse zu verstehen. Daraus lässt sich übersichtlich ermitteln, wie viel an Leistung zu welcher Zeit anfällt. Das Integral über die Leistung der Bauzeit (die Fläche unter der Ganglinie) stellt somit die Gesamtleistung dar.

⁸⁴ ISv Beschaffungskosten der Produktionsfaktoren.

⁸⁵ In der gegenständlichen Arbeit wird der Begriff „Kostengrundlagen“ dann verwendet, wenn es um die Beziehung Werkunternehmer zu Subunternehmer, „Preisgrundlagen“, wenn es um die Beziehung Werkunternehmer zu Werkbesteller geht.

Dieser liegt die Betrachtung der Gesteungskosten zu Grunde, die in einem Warenkorb abgebildet werden. Jedes Warenkorbelement – dazu gehören nicht nur physische Stoffe wie die Baustoffe, sondern zB auch Lohnkosten – hat seinen eigenen prozentuellen Anteil an diesem „Korb“. Weiß man, um wie viel sich jedes einzelne Warenkorbelement mit der Zeit aus monetärer Sicht am Beschaffungsmarkt verändert, kann man durch die prozentuelle Gewichtung im Warenkorb die gesamte Veränderung feststellen.

Um die Veränderung jedes einzelnen Warenkorbelements festzustellen, bedient man sich wiederum eines Pegelstoffes, der das gesamte Warenkorbelement hinreichend repräsentiert. So könnte beispielsweise der Pegelstoff *Portlandzement* das Warenkorbelement *Zement und Zusatzmittel*, der einen nicht unwesentlichen Kostenanteil bei einem Hochbauprojekt darstellt, repräsentieren. Die Veränderung des Pegelstoffes erfolgt entweder durch Beobachtung der Einkaufspreise des Unternehmers, oder man bedient sich unabhängiger Dritter, deren Aufgabe es ist, derartige Daten zu erheben wie in Österreich etwa die *STATISTIK AUSTRIA*. Für das konkrete Beispiel gäbe es den dort durch Marktabfragen über Pendellisten erhobenen *Großhandelspreisindex Nr. 51.53.24-291 (Portlandzement)*.

a) Vergütungsänderung mittels Warenkorb

Wird ein Warenkorb erstellt, der die Gegebenheiten einer konkreten Baustelle berücksichtigt, so geht auch auf „Vergütungsseite“ über den Vertrag eine Vergütungsveränderung einher, die diesen projektspezifischen Gegebenheiten gerecht wird.

Zur Zusammensetzung des Warenkorbes ist hinzuzufügen, dass sinnvollerweise nicht alle Warenkorbelemente darin enthalten sind, sondern nur jene, die am wichtigsten sind und daher den Großteil ausmachen, andernfalls die Liste der Warenkorbelemente bei weitem zu lange werden bzw das Errechnen der Veränderung zeitlich ausufern würde. Es wird also unterstellt, dass die nicht enthaltenen Warenkorbelemente sich hinsichtlich ihres Preises am Markt in etwa so verändern wie die im Warenkorb Enthaltenen.

b) Vergütungsänderung mittels Index

Die Vertragspartner können sich jedoch bzgl der „Vergütungsseite“ darauf einigen, nicht einen Warenkorb zu verwenden, der die projektspezifischen Gegebenheiten berücksichtigt, sondern einen Warenkorb, der generell Projekte der selben Art repräsentiert.

So wäre es zB sinnvoll für ein konkretes Brückenbauprojekt für den kalkulierten Preisanteil Sonstiges den von der *STATISTIK AUSTRIA* hrsg Baukostenindex für den Brückenbau zu Grunde zu legen. Dieser Index wird von dritter Seite eruiert. Daher ersparen sich die Vertragspartner den Aufwand der Messgrößenermittlung. Es wird vorausgesetzt, dass dieser Index eine für das spezifische Projekt hinreichend genaue Messgröße darstellt.

Beide Verfahren, sowohl das Verfahren mittels Warenkorb als auch das Verfahren mittels Index, weisen im Unterschied zum Festpreiszuschlag, der dem Kalkulationswagnis unterliegt, ein Risiko hinsichtlich der äquivalenten Vergütung auf, dass sich dadurch ergibt, dass nicht alle Warenkorbelemente oder gar andere Warenkorbelemente im zugrundegelegten Warenkorb abgebildet werden, als sie tatsächlich konkret bestehen, oder dass die Pegelstoffe nicht exakt jene Marktpreisveränderungen aufweisen wie die konkreten Gesteungskosten udgl.

Darüberhinaus wird das Vergütungsrisiko auch von den Preisumrechnungsmodalitäten selbst beeinflusst⁸⁶, die festsetzen, wie oft bzw unter welchen Voraussetzungen eine Preisumrechnung vorzunehmen ist.

Diese Risiken ergeben sich aus dem bzw über den Vertrag selbst. Eine weitere Behandlung erfolgt daher erst bei den zivilrechtlichen Grundlagen bzw erst ab Kapitel 5 117ff.

III. Vergaberechtliche Grundlagen

Bis vor relativ kurzer Zeit herrschte in Österreich enorme Zersplitterung und Uneinigkeit der Vergabevorschriften⁸⁷, die bis zum erstmaligen Erlass des BVergG idF BGBl I 462/1993 keine Außenwirksamkeit besaßen, also den Bietern keine subjektiven Rechte sowie schadenersatzrechtliche Ansprüche einräumten⁸⁸ – eine Situation, die erst durch die europäische Integration Österreichs verbessert wurde, iSd Rechtsharmonisierung jedoch noch zu wünschen übrig lies, bis schlussendlich durch das BVergG idF BGBl I 99/2002 mit Ausnahme des Rechtsschutzes für Bund, Länder und Gemeinden dieselben Vergabeverfahren vorgeschrieben wurden⁸⁹. Die Grundlagen dieses Punktes stellen – nach einem historischen Überblick – eine ausführliche Übersicht über die derzeitige Rechtslage dar.

A. Historischer Überblick

Die Geschichte des Vergaberechts und der Beschaffungspraxis ist eine sehr vielseitige und reicht nachweislich zurück bis in die antike Zeit der Römer. Die Vergabe öffentliche Aufträge war Aufgabe der Zensoren, die ein der Ausschreibung verwandtes Verfahren zur Anwendung brachten: die Lizitation⁹⁰. Sie stellte eine Einkaufsversteigerung dar und kam beim Bau von Tempeln, Mietskasernen, Aquädukten, Brücken, Straßen, Kloaken ua der Öffentlichkeit dienenden Projekten zur Anwendung⁹¹. In modernen Ausschreibungsanordnungen wird dieses Verfahren tw noch angeführt. So hat es ua im gewissen Sinne wieder Eingang in das BVergG 2002 gefunden im Zuge des e-procurements⁹².

In Österreich⁹³ können Vergabebestimmungen bis 1792 nachgewiesen werden, wobei den wichtigsten Meilenstein die Verordnung des Gesamtministeriums betreffend die Vergabe staatlicher Lieferungen und Arbeiten⁹⁴, die sogen Submissionsverordnung, vom 3. April 1909 darstellt, die am 1. Jänner 1910 in Kraft trat, und deren Außerkraftsetzung durch Ministerratsbeschluss aus dem Jahr 1963 als Empfehlung zur Anwendung der ÖNORM A 2050 vermutet, spätestens durch Erlass eines Bundesvergabegesetzes⁹⁵ ver-

⁸⁶ Siehe Kapitel 2 IV.B.3.b auf Seite 88.

⁸⁷ Korinek, Verfassungsrechtliche Grundlagen, 57 in ÖGEBÄU (Hrsg), Forschungsbericht.

⁸⁸ Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, 17.

⁸⁹ Kritisch zur Neugestaltung des BVergG 2002 Schwartz, Bundesvergabegesetz, V.

⁹⁰ Licitatio, -onis, femininum: Angebot [bei Versteigerungen], s Stowasser, Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 295.

⁹¹ Ausführlich dazu Langer, Die Situation des Vergaberechts in Österreich sowie im Ausland und in internationalen Verträgen, 1 in ÖGEBÄU (Hrsg), aaO.

⁹² Vgl Gölles/Holoubek, Bundesvergabegesetz 2002, 6, die dies als Rückschritt betrachten, jedoch für Bauvergaben ohnehin zur Gänze gesetzlich (noch) ausgeschlossen ist.

⁹³ Einen aus vergaberechtlicher Sicht österreichischen Rückblick gibt ausführlich Langer, Österreichisches und internationales Vergaberecht, 11ff; s auch Wenger, Das Recht der öffentlichen Aufträge, passim.

⁹⁴ RGBI Nr 61/1909.

⁹⁵ § 106 BVergG idF BGBl I 462/1993.

wirklicht wurde.

Diese Submissionsverordnung enthielt bereits viele aus heutiger Sicht geradezu modern anmutende Grundsätze, wie sie auch immer wieder von Vertretern der Wissenschaft und der Wirtschaft für eine rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtete Vergabeordnung gefordert wurden und werden⁹⁶: zB Vorrang der öffentlichen Ausschreibung, die Veröffentlichung der Ausschreibung, angemessene Ausschreibungsfristen, Prüfung der Qualifikation der Bieter, kommissionelle Angebotseröffnung mit Bieterteilnahme, Verhandlungsverbot uvm.

Am 18.Juni 1963 wurde durch Beschluss des Ministerrats die Anwendung der ÖNORM A 2050 ‚Vergabung von Leistungen‘ vom 30.März 1957 erstmalig für verbindlich erklärt. Es folgten noch weitere derartige „Richtlinien“ iSe Verwaltungsverordnung bis zum Jahr 1990⁹⁷. Daneben gab es auch – aus Rechtsstaatlichkeitsgründen bzw aus politischen Motiven (AKH-Skandal bzw Bestechungsfälle bei der Bundesgebäudeverwaltung⁹⁸) getragene – Gesetzesinitiativen vom 22.April 1969 bzw vom 17.Februar 1982⁹⁹. Während erstere aufgrund eines Regierungswechsels ihr Dasein lediglich als RV fristete, scheiterte zweitere daran, dass im zuständigen parlamentarischen Ausschuss schlussendlich kein Einvernehmen über die Kompetenzlage hergestellt werden konnte, was seinen Grund darin hat, dass ein durch verfassungsrechtliche Kompetenzbestimmung geschaffener Gesetzgebungsvorbehalt für den Bund auch für die Vergabe von Leistungen durch Länder und Gemeinden nicht alle Ausschussmitglieder, die weiterhin auf eine diesbzgl Landeskompetenz beharrten, überzeugen konnte¹⁰⁰.

Die oa Richtlinien, die urspr aufgrund der Veralterung der Submissionsverordnung aus dem Jahr 1909 und aus Gründen der Vereinheitlichung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verordnet wurden, waren von allen Bundesdienststellen zur Anwendung zu bringen. Die sich dadurch ergebenden Defizite zählt *Korinek*¹⁰¹ deutlich auf:

- Zersplitterung und Uneinigkeit der Vergabevorschriften, da der Inhalt der A 2050 in den Verwaltungsanordnungen nicht unverändert, sondern mit zahlreichen Adaptionen, Modifikationen und Ergänzungen übernommen wurde
- Eine sich schwierig gestaltende Harmonisierung mit völkerrechtlichen Verpflichtungen
- Mangelnde Transparenz der Vergabevorschriften, weil keine Pflicht zur externen Publikation der Vergaberichtlinien bestand
- Tw Nichtexistenz von Richtlinien für die Auftragsvergabe durch ausgegliederte Rechtsträger
- Keine Gewähr der Einhaltung der Richtlinien (Eine Ausnahme diesbzgl bil-

⁹⁶ Ausführlich dazu *Langer*, Die Situation des Vergaberechts, 9ff in *ÖGEBAU (Hrsg)*, aaO; vgl *Fruhmann/Gölles/Grussmann et al*, Bundesvergabegesetz, 11.

⁹⁷ Beschlüsse vom 26.September 1978, 3.März 1981, 15.Dezember 1981, 1.Juli 1986 und 16.Oktober 1990.

⁹⁸ Im Zusammenhang mit der Annahme von Bestechungsgeldern und Geschenken für Auftragsvergaben wurde gegen 42 Beamte der Bundesgebäudeverwaltung I Anklage erhoben; vgl *Die Presse* vom 12.Oktober 1981.

⁹⁹ Ausführlich zu diesem Vergabegesetzentwurf *Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, passim.

¹⁰⁰ Kritisch dazu *Thienel*, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609, der dieses Verhalten als „kleinliches Besitzstandsdenken von Bund und Ländern“ bezeichnet.

¹⁰¹ In *Korinek/Rill (Hrsg)*, aaO, 8ff; *ders*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, 57ff in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht; vgl *ders*, Der Stand des österreichischen Vergaberechts, *ecolex* 1996, 58.

det die 1989 herausgegebene VOöB¹⁰²)

- Keine Gewähr von subjektiven Rechten für die Bieter

1992 wurde abermals ein Vergabegesetz zur parlamentarischen Beschlussfassung gebracht. Dieser Entwurf hatte die Umsetzung der EG-Vergabe-RL iVm den österreichischen Regelungen der ÖNORM A 2050 zum Ziel. Dieser Verpflichtung zur Umsetzung kam Österreich durch das BVergG BGBl I 462/1993 nach, das mit 1. Jänner 1994 in Kraft trat, der EG/EWR-Schwellenwertregelung unterlag und im wesentlichen für den Bereich der Bundeskompetenz galt¹⁰³. Damit wurden in Österreich zum ersten Mal außenwirksame Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge eingeführt.

Zahlreiche Novellierungen und eine Wiederverlautbarung im Jahr 1997, deren Inhalte ua aus Rechtsschutzreformen, Anpassungen an Erkenntnisse von EuGH-Urteilen oder vom VfGH bestehen¹⁰⁴, führten zum BVergG BGBl I 99/2002¹⁰⁵, das nun einheitlich für Bund, Länder und Gemeinden Geltung hat, nachdem auf parlamentarischer Ebene eine Lösung der kompetenzrechtlichen Aspekte gefunden wurde¹⁰⁶, bzw das die ÖNORM A 2050 materiell mit einbezieht.

B. Europäisches Recht

Das Recht der EU besteht aus den ihr zugrundeliegenden Verträgen (EUV¹⁰⁷, EGV, EGKSV¹⁰⁸, EAGV). Diese bilden gemeinsam mit den vom EuGH entwickelten „all Rechtsgrundsätzen“, die in diese Arbeit mit einfließen, das sogen **Primärrecht**¹⁰⁹.

Eine Mezzaninstellung zwischen Primärrecht und Sekundärrecht nimmt das GPA als ratifiziertes internationales Abkommen der EU ein¹¹⁰.

Das **Sekundärrecht** („abgeleitetes EU-Recht“) stellen die Normen, die von Organen der Gemeinschaft erlassen werden, dar¹⁰⁹. Sie sind in Art 249 EGV angeführt und bestehen aus:

- Verordnungen (iSv Einheitsrecht¹¹¹):
Das sind generelle Normen, die in den einzelnen Mitgliedstaaten unmittelbar gelten. Sie zeigen am deutlichsten den supranationalen Charakter des Gemeinschaftsrechts. Sie gelten innerstaatlich unmittelbar und dürfen durch nationales generelles Recht auch nicht präzisiert werden¹¹².
- Richtlinien (iSv Harmonisierungsrecht¹¹¹):
Sie legen Regelungsziele verbindlich fest, die nähere Durchführung bleibt

¹⁰² AA Langer, Österreichisches und internationales Vergaberecht, 89.

¹⁰³ Vgl Aicher/Korinek, BVergG Bundesvergabegesetz, 2.

¹⁰⁴ Ausführlich dazu Fruhmann/Gölles/Grussmann et al, Bundesvergabegesetz, 33f; Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002, 16 bzw Gölles/Holoubek, Bundesvergabegesetz 2002, 4.

¹⁰⁵ S unter Kapitel 2 III.C.2.

¹⁰⁶ Pkt 1.5 AB über die RV über BVergG. Ausführlich zur Neuregelung der Kompetenzverteilung Fruhmann, Das BVergG 2002 – ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, ZVB 2002/82, 206ff; vgl Kapitel 2 III.C.1.b auf Seite 38.

¹⁰⁷ Vertrag über die Europäische Union, AB1 1997 C 340,1 idF Vertrag von Nizza, AB1 2001 C 80,1

¹⁰⁸ Im Unterschied zum EGV und EAGV wurde der EGKSV – die Vertragspartner wurden auch „Montanunion“ genannt – nur auf die Dauer von 50 Jahren geschlossen (Art 97 EGKSV) und endete somit am 23. Juli 2002. Die nützlichen Erfahrungen und Instrumente werden von anderen Institutionen der EU fortgeführt.

¹⁰⁹ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, Rz 246/7.

¹¹⁰ Vgl Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen, 14.

¹¹¹ Vgl Straube, Unterlagen zur Vorlesung ‚Vertrags- und Haftungsrecht‘, Pkt II.3.

¹¹² Walter/Mayer, aaO, Rz 246/7.

jedoch den Mitgliedstaaten überlassen. Zur Durchführung der RL ist die für die Regelung erforderliche innerstaatliche Rechtsform zu wählen – idR also das Gesetz¹¹².

- Entscheidungen:
Sie sind an einen oder mehrere bestimmte Adressaten ergehende Normen und unmittelbar verbindlich¹¹².
- Empfehlungen und Stellungnahmen:
Sie besitzen keine Verbindlichkeit¹¹².

Es gilt der **Grundsatz vom Vorrang des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts gegenüber dem österreichischen Recht**, was soviel bedeutet, dass im Konfliktfall der Regel des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts und nicht jener des österreichischen Rechts zu folgen ist¹¹³.

Der Vollständigkeit halber werden noch die **bilateralen Übereinkommen mit Drittstaaten** erwähnt, die den gegenseitigen Marktzutritt auf den jeweiligen Beschaffungsmärkten regeln. Dazu zählen die Europaabkommen, deren vergaberechtlichen Bestimmungen mit Ausnahme der Warenverkehrsfreiheit nicht unmittelbar anwendbar sind, aber auch – ua als wirtschaftlich bedeutendstes das zwischen der EU und den USA ausverhandelte – Abkommen, die zum Großteil unmittelbar anwendbar sind¹¹⁴.

1. Primärrecht

Die für das Vergaberecht in Österreich relevanten Bestimmungen ergeben sich aus dem EGV, der zwar keine ausdrückliche Regelung für das öffentliche Auftragswesen¹¹⁵ zum Inhalt hat – es lässt sich jedoch durch seine Zielsetzung eine Anwendung von seinen Vertragsinhalten für das öffentliche Beschaffungswesen ableiten¹¹⁶.

Die Bestimmungen des EGV haben unabhängig von allfälligen Normen des gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrechts Geltung, wie zB das Diskriminierungsverbot, aus dem sich bedeutende Grundsätze des Vergaberechts ableiten lassen. Diese Grundsätze gelten daher auch für Bereiche, die nicht durch RL abgedeckt sind¹¹⁷, was va früher in Österreich von Relevanz war, als es noch – mit Ausnahme von durch Verordnungen erlassenen Erstreckungen des Anwendungsbereiches unterhalb der Schwellenwerte – keine nationalen vergabegesetzlichen materiellen Regelungen im Unterschwellenbereich gab¹¹⁸.

Folgende Art aus dem EGV beinhalten Bestimmungen, die unter dem Grundsatz vom Vorrang des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts gegenüber dem österreichischen Recht stehen¹¹⁹:

a) Art 12 EGV – Diskriminierungsverbot

Dieser Art untersagt jede **Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit**

¹¹³ Bzgl Vergaberecht dazu *Korinek*, Das Vergaberecht, eclex 1999, 524.

¹¹⁴ *Platzer/Öhlinger*, Eu-konforme Ausschreibungen, 14.

¹¹⁵ Art 163 Abs 2 EGV erwähnt lediglich den Begriff „öffentliches Auftragswesen“.

¹¹⁶ *Platzer/Öhlinger*, aaO, 22.

¹¹⁷ ZB die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen oder die Beschaffung von Rüstungsgütern im Bereich der Landesverteidigung.

¹¹⁸ Dieses Regelungsdefizit wurde erst durch Verbindlicherklärung der ÖNORM A 2050 im Unterschwellenbereich durch die Gesetzesnovelle im BGBl I 776/1996 beseitigt.

¹¹⁹ Allgemein dazu *Boesen*, EG-Vergaberecht, 10f; ausführlich dazu *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 16ff.

und erstreckt sich auf alle Formen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen, die in ihrer tatsächlichen Wirkung zu einer Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen aus anderen Mitgliedstaaten führen.

Unmittelbare Diskriminierung iSd EGV liegt insb durch die sogen Lokalpräferenzen vor, unter denen man die Bevorzugung orts- oder gebietsansässiger Bieter gegenüber auswärtigen Wettbewerbsteilnehmern versteht¹²⁰.

Bei mittelbarer¹²¹ Diskriminierung iSd EGV richten sich Vergabebestimmungen formal unterschiedslos an alle Bieter, sind aber mehr oder weniger von Bietern anderer Mitgliedstaaten schwer bis gar nicht zu erfüllen¹²².

Als Besonderheit des Diskriminierungsverbots ist noch zu erwähnen, dass auch schon dann Diskriminierung vorliegt, wenn sich ein Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat beteiligen hätte können¹²³. Dies wird aus dem Postulat nach Transparenz abgeleitet, die den Zugang zu Informationen gemeinschaftsweit in gleichem Maße sichern soll.

Alle Versuche, die öffentliche Auftragsvergabe durch selektive Gestaltung der Leistungsspezifikationen, gezielte Informationsweitergaben oder durch nur für Ortsansässige erfüllbare Bedingungen der Leistungserbringung zu steuern, stellen eine Diskriminierung dar¹²⁴.

ZT werden die nun folgenden Bestimmungen auch als **besondere Ausprägung des allg Diskriminierungsverbotes** qualifiziert¹²⁵. Sie stellen – mit Ausnahme des freien Verkehrs von **Kapital**, da er im folgenden nicht erwähnt wird – die **vier Grundfreiheiten** – auch **Marktfreiheiten** genannt – dar; nämlich den freien Verkehr von **Waren**, von **Personen** und von **Dienstleistungen**¹²⁶.

b) Art 28ff EGV – Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten

Neben der Einführung der Zollunion dient das Verbot mengenmäßiger Ein-, Aus- und Durchfuhrbeschränkungen der Verwirklichung des freien Warenverkehrs. Diese Beschränkungen gelten genauso für Maßnahmen gleicher Wirkung, worunter der EuGH¹²⁷

¹²⁰ Vgl EuGH 20.März 1990 Rs C-21/88 (*Du Pont de Nemours*), Slg 1990 I-889: Italien behielt den im Süden (Mezzogiorno) ansässigen Betrieben einen bestimmten Anteil (30 %) an öffentlichen Lieferaufträgen vor (Regionalpolitik); vgl *Gutknecht*, Das Vergaberecht der EU, 6 in *Korinek/Gutknecht/Holoubek*, Materialienskriptum zu „Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge“; *Heid/Hauck/Presmayr*, Handbuch des Vergaberechts, 2; *Elsner*, Vergaberecht, Rz A 11.

¹²¹ In der hL auch „versteckt“ bzw „verdeckt“ genannt.

¹²² Vgl EuGH 22.September 1988 Rs 45/87 (*Dundalk*) Slg 1988 4929: Danach sahen irische Bestimmungen vor, dass die Bieter bei einem öffentlichen Bauauftrag eine Bestätigung über die Übereinstimmung technischer Eigenschaften von Rohren mit einer irischen Norm vorlegen mussten. Dabei sah der EuGH das Erfordernis der gesonderten Bescheinigung, welches nur die nichtirischen Unternehmen betraf, mit der Warenverkehrsfreiheit als unvereinbar an, da die Maßnahme geeignet sei, ausländische Bieter von der Angebotsabgabe abzuhalten, was einer Diskriminierung gleichkomme; vgl *Elsner*, aaO, Rz A 11.

¹²³ Vgl EuGH 7.Dezember 2000 Rs C-324/98 (*Teleaustria/Telekom*): Auslöser dieses Verfahrens war die angefochtene, jedoch korrekte Nichtanwendung der Vergaberegeln gem DienstleistungsRL. Der EuGH betonte, dass durch das primärrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot jedoch **ein angemessener Grad von Öffentlichkeit für potenzielle Bieter** sicherzustellen sei, der auch im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot stehe.

¹²⁴ Vgl *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, 409.

¹²⁵ Vgl *Heid/Hauck/Presmayr*, aaO, 3.

¹²⁶ Ausführlich dazu *Raschauer* in *Raschauer (Hrsg)*, Wirtschaftsrecht, Rz 77ff.

¹²⁷ EuGH 11.Juli 1974 Rs 8/74 (*Dassonville*) Slg 1974 837: In Belgien war gegen den Großhändler Dassonville ein Strafverfahren eingeleitet worden, der aus Frankreich sich im freien Verkehr befindlichen

jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten subsumiert, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

Unter die Bestimmungen der Art 28ff EGV fallen auch zB die Sachverhalte der Fälle *Dundalk*¹²⁸ oder aber auch *Du Pont de Nemours*¹²⁹, bei denen „Maßnahmen gleicher Wirkung“ gesetzt wurden, die gleichermaßen einer Diskriminierung gleichzustellen sind.

c) Art 39ff EGV – Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Forderungen in Ausschreibungsunterlagen, wonach ein Bieter in größtmöglichem Umfang Arbeitnehmer aus dem Mitgliedstaat beschäftigen muss, in dem der Werkbesteller ansässig ist, sind Beeinträchtigungen idS¹³⁰.

d) Art 43ff EGV – Niederlassungsfreiheit

Auch diese Bestimmungen verwirklichen für die von ihnen betroffenen Bereiche das allg Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV. Die Niederlassungsfreiheit bezieht sich auf die längerfristige selbständige Erwerbstätigkeit in einem vom Herkunftsstaat verschiedenen Mitgliedstaat.

So ist zB die Verpflichtung, Verträge nur mit solchen Unternehmen zu schließen, die unmittelbar, mittelbar, ganz oder mehrheitlich in staatlichem oder öffentlichem Besitz stehen, unzulässig¹³¹.

e) Art 49ff EGV – Dienstleistungsfreiheit

Diese Art der Freiheit bezieht sich im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit auf zeitlich beschränkte und ohne feste Niederlassung im Empfängerstaat ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit. Es ist nicht zulässig, die Teilnahme an einer Ausschreibung auf inländische Bieter zu beschränken oder diesen einen bestimmten Anteil an den zu vergebenden öffentlichen Aufträgen vorzubehalten¹³².

Neben diesen Grundfreiheiten gilt es auch andere den Wettbewerb betreffende Bestimmungen des EGV zu beachten, die von weit reichender Relevanz sind:

Art 81 EGV verbietet wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken.

schottischen Whisky nach Belgien importiert hatte. Nach belgischem Recht hätte Dassonville für die Einfuhr eine Ursprungsbescheinigung des britischen Zolls benötigt. Diese zu beschaffen wäre mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen, da sie in Frankreich, wohin der Whisky ja urspr eingeführt worden war, nicht verlangt wurde; vgl *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen, 23; *Gast*, Vergaberecht, 13f.

¹²⁸ S FN 122.

¹²⁹ S FN 120.

¹³⁰ Vgl EuGH 22.März 1993 Rs C-243/89 (*Storebaelt*) Slg 1993 I-3353: Unternehmer waren aufgefordert, möglichst dänische Materialien und Arbeitskräfte für den Bau der Brücke über den Storebaelt zu verwenden.

¹³¹ EuGH 5.Dezember 1989 Rs C-3/88 (*Kommission/Italien*) Slg 1989 4035; vgl *Gutknecht*, Das Vergaberecht der EU, 7 mwN in *Korinek/Gutknecht/Holoubek*, Materialienskriptum.

¹³² Vgl FN 120; *dies*, aaO, 7 in *Korinek/Gutknecht/Holoubek*, aaO; *Gast*, Vergaberecht, 16.

Art 82 EGV verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹³³.

Art 86 EGV erlegt den Mitgliedstaaten die Pflicht auf, in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EGV widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Art 87 EGV verbietet staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen.

2. Internationale Abkommen der EU und gemischte Abkommen mit Drittstaaten

a) *Government Procurement Agreement (GPA)*¹³⁴

Im Rahmen der Verhandlungen für das WTO-Abkommen kamen die Vertragspartner überein, ein Nachfolgeabkommen für den in Österreich seit 1980 in Kraft befindlichen GATT-Beschaffungskodex¹³⁵ auszuverhandeln. Am 15. April 1994 unterzeichnete Österreich das ab 1. Jänner 1996 geltende Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), hat es jedoch nicht mehr ratifiziert, weil dies die EU stellvertretend für ihre Mitgliedstaaten übernommen hat.

Für jene bedeutet dieses Abkommen, dass in dessen Anwendungsbereich – darunter fällt jede Beschaffung durch vertragliche Methoden, einschließlich Kauf oder Leasing, Miete oder Miete-Kauf, mit oder ohne Kaufoption und die Beschaffung von Kombinationen von Waren und Dienstleistungen¹³⁶ – Bieter aus Staaten, die nicht Mitglieder der EU, jedoch solche des GPA sind, wie Bieter aus den Mitgliedstaaten der EU zu behandeln sind¹³⁷. Vertragspartei des GPA können nur Vertragsparteien des WTO-Abkommens, die das GPA unterzeichnet haben, sein¹³⁸. **Durch dieses Instrument wird ein multilateraler Rahmen ausgewogener Rechte und Pflichten im öffentlichen Beschaffungswesen festgelegt, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten**¹³⁹.

Ziel der Verhandlungen zum GPA waren eine Erhöhung der Transparenz¹⁴⁰ bei der Vergabe von Aufträgen sowie eine Erweiterung des Anwendungsbereiches. Eine wesentliche Weiterentwicklung im Vergleich zum GATT ergibt sich durch Art III GPA, der die Nichtdiskriminierung und Inländergleichbehandlung als grundlegende Bestimmungen enthält.

Aber auch der Rechtsschutz wurde im Gegensatz zum GATT verbessert. Eine Überwachung der Umsetzung der Empfehlung eines Untersuchungsausschusses bzw dessen Berichtes durch ein Streitbeilegungsorgan *Dispute Settlement Body* (DSB) wird nun vor-

¹³³ Ausführlich dazu unter Kapitel 2 I.A auf Seite 9.

¹³⁴ Ausführlich dazu *Fruhmann*, Das Agreement on Government Procurement (GPA) in *ecolex* 1996, 64ff; vgl auch *Gast*, Vergaberecht, 9f; *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen, 26f.

¹³⁵ Ausführlich dazu *Langer*, Österreichisches und internationales Vergaberecht, 31ff; *Schwarzer* in *Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, 39ff.

¹³⁶ Art I Abs 2 GPA.

¹³⁷ *Platzer/Öhlinger*, aaO, 27.

¹³⁸ Art XXIV Abs 2 GPA; Ausnahme dazu unter Art XXIV Z 10 lit b GPA.

¹³⁹ Vgl 1. Erwägungsgrund der RL 97/52/EG zur Änderung der RL 92/50/EWG, RL 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl Nr L 328 vom 28. November 1997.

¹⁴⁰ Art XVII GPA.

gesehen. Ein Widerspruchsverfahren wurde eingeführt¹⁴¹, das den Verfahren gem den einschlägigen EU-RL ähnlich ist. Die Zuerkennung von Schadenersatz, der jedoch auf die Kosten für die Ausarbeitung der Angebote oder der Beschwerde beschränkt werden kann¹⁴², lässt sich aus Art XXII Abs 3 ableiten.

Ein Unterschied zu den EU-RL liegt in den Schwellenwerten, die in SZR ausgedrückt werden. Diese SZR bilden die Recheneinheit des IWF, deren Bewertung durch einen Währungskorb vorgenommen wird, dessen Einzelwährungen von großer Bedeutung im Welthandels- und Finanzsystem sind. Die GPA-Schwellenwerte sind niedriger als jene der EU-RL.

Ansonsten sind die Unterschiede zu den EU-RL relativ gering, zumal letztere als Vorbild für das GPA dienten, und manche Bestimmungen wörtlich Eingang fanden.

b) Europaabkommen

Diese basieren auf Art 310 EGV und stellen gemischte Abkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dem jeweiligen osteuropäischen Partnerstaat andererseits dar.

Sie enthalten ein Verbot für mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten, das unmittelbar und ohne Übergangszeit wirkt¹⁴³.

Es wird noch angemerkt, dass bei Bauaufträgen den Unternehmen aus den mittel- und osteuropäischen Staaten die Ausschreibungsunterlagen jedenfalls zu überlassen sind, bei der Prüfung der Angebote ist jedoch auf die Einschränkungen aus den Europaabkommen Bedacht zu nehmen.

3. Sekundärrecht

Für die Öffnung der Märkte schafft das Primärrecht die Grundlage für einen fairen Wettbewerb. Im Bereich des Vergabewesens war dies jedoch in den 80-er Jahren von geringer Wirkung, was sich ua dadurch gezeigt hat, dass der Marktanteil ausländischer Zulieferer in den nationalen Beschaffungsmärkten marginal war¹⁴⁴. Die notwendige Voraussetzung für die Marktöffnung wird durch das Sekundärrecht gewährleistet, da dadurch die primärrechtlichen Gebote und Verbote konkretisiert werden¹⁴⁵.

Verordnungen gem Art 249 EGV für den Vergabebereich hätten zur Folge, dass durch die Rechtsvereinheitlichung und durch die unmittelbare Bindung zu starke Zäsuren für einzelne Mitgliedstaaten, die unterschiedlichste Vergaberegeln aufweisen, entstünden. Die Unterschiede der Vergaberegeln beziehen sich aber auch auf die Art der Umsetzung in das jeweilige nationale Recht¹⁴⁶. In manchen Mitgliedstaaten wird das Vergaberecht in das zivilrechtliche System eingegliedert, in manchen in das öffentlich-rechtliche¹⁴⁷.

¹⁴¹ Art XX Abs 2 bis 8 GPA.

¹⁴² Art XX Abs 7 lit c GPA.

¹⁴³ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen, 28.

¹⁴⁴ Vgl *Gast*, Vergaberecht, 23.

¹⁴⁵ Vgl *Wittig*, Probleme des Vergaberechts, 39.

¹⁴⁶ So gab es zB in Deutschland in deren nationalem Recht kein funktionierendes Vorbild für eine gerichtsähnliche Überprüfungsinstanz; näher dazu *Wittig*, aaO, 68.

¹⁴⁷ *Ders*, aaO, 27f.

Wegen dieser Unterschiede bedient sich das europäische Rechtssetzungsorgan des Instruments der Richtlinie gem Art 249 EGV, durch die es iSd Rechtsharmonisierung¹⁴⁸ deren Ziele in den einzelnen Mitgliedstaaten umzusetzen gilt. Sie stellen somit mittelbar¹⁴⁹ verbindliche Rechtsakte der EU dar, die sich an die Mitgliedstaaten richten, denen es dadurch offen steht, auf welchem rechtstechnischen Weg sie die Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Normen gewährleisten wollen. Zur Umsetzung in Österreich sei an dieser Stelle auf Kapitel 2 III.C.1 auf Seite 37ff verwiesen.

a) Die Vergabe-Richtlinien der EU

§ 192 BVergG 2002 bestimmt, dass durch selbiges folgende Rechtsakte der EG umgesetzt werden, die nur bei Überschreiten festgesetzter **Schwellenwerte** für **bestimmte öffentliche Auftraggeber** Geltung haben:

- **Rechtsmittelrichtlinie (RMR)**¹⁵⁰
- **Sektorenrechtsmittelrichtlinie (RMRS)**¹⁵¹
- **Dienstleistungsrichtlinie (DLR)**¹⁵²
- **Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR)**¹⁵³
- **Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)**¹⁵⁴
- **Sektorenrichtlinie (SRL)**¹⁵⁵

Diese RL lassen sich nach Auftragsgegenständen unterscheiden, wobei die Warenlieferungen, die Bau- bzw Baukonzessionsaufträge und die öffentlichen Dienstleistungsaufträge in den sogen- „**klassischen Bereich**“ und die Auftragsvergaben im Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgungs- sowie im Telekommunikationssektor¹⁵⁶ in den sogen

¹⁴⁸ Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 707, berichtet in diesem Zusammenhang von einer „Vollharmonisierung des Vergaberechts“.

¹⁴⁹ Eine unmittelbare Wirkung kann eine RL in gewissen Fällen ebenfalls entfalten, wenn zB ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung ders in Verzug ist – vorausgesetzt, es lassen sich aus einer hinreichend genau definierten Vorschrift der RL subjektive Rechte Einzelner begründen. So hat zB der EuGH sogar ohne Einzelfallprüfung Bestimmungen der SRL bei Umsetzungsverzug für direkt anwendbar erklärt: EuGH 5. Oktober 2000 Rs C-16/98 (*Stromnetz Vendée*) Slg 2000 I-8315; vgl *Heid/Hauck/Preßlmayr*, Handbuch, 6.

¹⁵⁰ RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, AB1 Nr L 395/33 vom 30. Dezember 1989.

¹⁵¹ RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, AB1 Nr L 76/14 vom 23. März 1992

¹⁵² RL 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, AB1 Nr L 209/1 vom 24. Juli 1992 idF RL 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997, AB1 Nr L 328/1 vom 28. November 1997.

¹⁵³ RL 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, AB1 Nr L 199/1 vom 9. August 1993 idF RL 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997, AB1 Nr L 328/1 vom 28. November 1997.

¹⁵⁴ RL 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, AB1 Nr L 199/54 vom 9. August 1993 idF RL 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997, AB1 Nr L 328/1 vom 28. November 1997.

¹⁵⁵ RL 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, AB1 Nr L 199/84 vom 9. August 1993 idF RL 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998, AB1 Nr L 101/1 vom 1. April 1998.

¹⁵⁶ Angesichts der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in einigen Mitgliedstaaten hat die Kommission diesen Sektor für eben diese Staaten aus dem Anwendungsbereich der SRL ausgenommen. Dort herrscht **effektiver Wettbewerb**. Vgl *Elsner*, Vergaberecht, A 14; *Holoubek*, Die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse auf das Vergaberecht in Österreich, ZUV 4/2002, 4.

„geschützten Sektorenbereich“ fallen. Eine genaue Abgrenzung kann sich allerdings sehr schwierig gestalten. In letzterem sind neben den einschlägigen tätigen öffentlichen Auftraggebern auch private Auftraggeber (zB Privatbahnen, EVUs, Wasserversorgungsunternehmen, Flughafendienste uva) gebunden, weswegen durch dieses nunmehr Nichtvorhandensein der monopsonartigen Marktstellung¹⁵⁷ die SRL den vergebenden Stellen größere Gestaltungsspielräume lässt¹⁵⁸. Wäre der öffentliche Auftraggeber im Sektorenbereich an die „strengeren Fesseln“ der klassischen Auftragsvergabe gebunden, dann hätte er gewiss Nachteile gegenüber seinen in Nachfragekonkurrenz stehenden privaten Auftraggebern¹⁵⁹, die an diese „Fesseln“¹⁶⁰ eben nicht gebunden sind – ein Nachteil, der sich in etwa dadurch äußern könnte, dass Anbieter auf die Nachfrage der privaten Auftraggeber ausweichen¹⁶¹. Deswegen gilt es, die Fesseln für alle Nachfrager im gegenständlichen Sektorenbereich – auch für private Auftraggeber – mit Hilfe der größeren Gestaltungsspielräume zu lockern¹⁶².

Schematisch lässt sich das Regulationssystem der RL etwa durch folgende Abbildung 5 verdeutlichen:

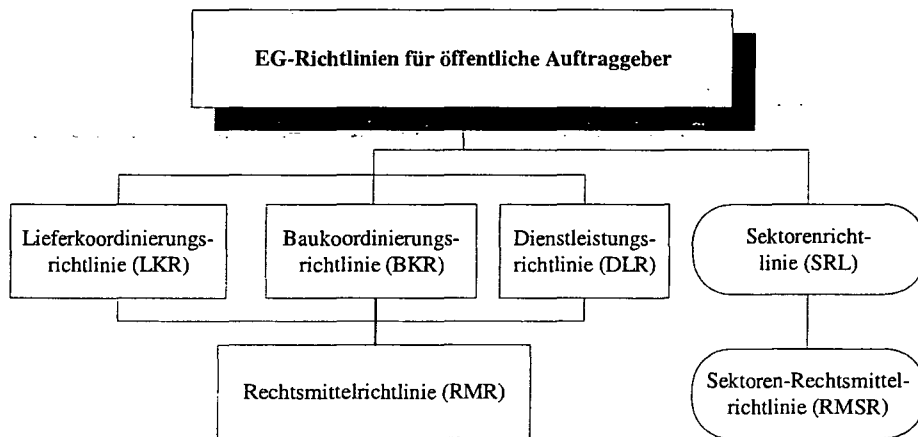


Abbildung 5: Übersicht über die Vergaberichtlinien der EG¹⁶³

b) Änderungen

Im Jahr 1997 wurde die RL 97/52/EG¹⁶⁴ erlassen, um den Auftraggebern, die als

¹⁵⁷ Vgl Abbildung 1 auf Seite 10.

¹⁵⁸ Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 708.

¹⁵⁹ Vgl 8. und 9. Erwägungsgrund der SRL – FN 155.

¹⁶⁰ Private Auftraggeber würden zB langwierigen Verfahren der RL zur Entscheidungsfindung bei der Auftragsvergabe nicht unterliegen; vgl Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen, 30.

¹⁶¹ Vgl Aicher, Schlussbericht, 231 in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsbericht.

¹⁶² So können zB die Sektorauftraggeber gem Art 20 Abs 1 SRL immer das Verhandlungsverfahren wählen. Bzgl Rechtsschutz sieht die SektorenrechtsmittelRL in Art 2 Abs 1 lit c vor, dass neben einem Nachprüfungsverfahren auch die Möglichkeit einer Bußgeldregelung eingeführt werden kann; vgl König, Vergaberecht in der Praxis, 6.

¹⁶³ Vgl Gutknecht, Das Vergaberecht der EU, 23 in Korinek/Gutknecht/Holoubek, Materialienskriptum; Schwarz/Reckerzügl, Skriptum zur Vorlesung ‚Verdingungswesen für Bauleistungen‘, StBl 1; Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 708.

¹⁶⁴ RL 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der RL 92/50/EWG, RL 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABI Nr L 328/1 vom 28. November 1997.

Mitgliedstaat jenen Unternehmern, Lieferanten und Dienstleistungserbringern, die das GPA unterzeichnet haben, Einklang mit den nun überarbeiteten DLR, LKR bzw BKL zu gewährleisten. Einige Vorschriften des GPA führten nämlich günstigere Bedingungen für die Bieter ein, als sie in den gegenständlichen RL vorgesehen waren¹⁶⁵.

Die Einhaltung der durch die RL 97/52/EG novellierten Bestimmungen der DLR, LKR und BKL bzw die Einhaltung der durch die RL 98/4/EG¹⁶⁶ novellierten Bestimmungen der SRL, die aus den gleichen Erwägungsgründen angeordnet wurden, bedeuten nun gleichzeitig auch die Einhaltung des durch das GPA vorgegebenen Standards.

Die RL 2001/78/EG¹⁶⁷ ändert die Bekanntmachungsmuster in den Anhängen der DLR, LKR, BKL und SRL, um die Anwendung der Bekanntmachungsvorschriften zu vereinfachen und an die elektronische Möglichkeiten anzupassen, die das von der Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten geschaffene Informationssystem für die öffentliche Auftragsvergabe (SIMAP) bietet. Außerdem erleichtert die Benutzung dieser Standardformulare und die evtl Benutzung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) den Informationszugang.

c) Entwürfe¹⁶⁸

Im Jahr 2000 bzw 2002 hat die Kommission Vorschläge bzw geänderte Vorschläge für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge bzw eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung vorgelegt¹⁶⁹. Durch diese Änderungsvorschläge sollen die RL zum öffentlichen Auftragswesen **vereinfacht**, damit die Texte für die Benutzer besser verständlich sind, und **modernisiert**, um neuen Technologien und den geänderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen, werden bzw die Verfahren **flexibler** gestaltet werden, um den Bedürfnissen sowohl der Auftraggeber als auch der Wirtschaftsteilnehmer gerecht zu werden.

Die inhaltlichen Schwerpunkte umfassen ua:

- Zusammenfassen der bisher drei "klassischen" RL zu einer einzigen, wobei

¹⁶⁵ Vgl 3., 5., 6. und 7. Erwägungsgrund der RL 97/52/EG zur Änderung der RL 92/50/EWG, RL 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, AB1 Nr L 328 vom 28. November 1997.

¹⁶⁶ RL 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, AB1 Nr L 101/1 vom 1. April 1998.

¹⁶⁷ RL 2001/78/EG der Kommission vom 13. September 2001 zur Änderung des Anhangs IV der RL 93/36/EWG des Rates, der Anhänge IV, V und VI der RL 93/37/EWG des Rates, der Anhänge III und IV der RL 92/50/EWG des Rates, in der durch die RL 97/52/EG geänderten Fassung, sowie der Anhänge XII bis XV, XVII und XVIII der RL 93/38/EWG des Rates, in der durch die RL 98/4/EG geänderte Fassung (Richtlinie über die Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge), AB1 Nr L 285/1 vom 29. Oktober 2001.

¹⁶⁸ Ausführlich zu den Schwerpunkten dieses Entwurfes *Fruhmann*, Neues aus Brüssel, ZVB 2001/13, 26; vgl *Gast*, Vergaberecht, 26f; *Winkler*, Vergaberecht „Quo vadis“, ÖGEBAU-Journal 1/2001, 43; *Mille*, Die nächste Reform: Die Kodifikation der EG-Vergaberichtlinien, 273 in *Griller/Holoubek (Hrsg)*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002; *Opitz*, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002, RPA 2003, 92ff; *Haring*, Bevorstehende neue Vergabeverfahren im Gemeinschaftsrecht durch die künftige ‚klassische‘ EU-Vergaberichtlinie, Österreichische Bauzeitung 24, 18ff.

¹⁶⁹ KOM (2000) 275 endg und KOM (2000) 276 endg; AB1 2001 C 29 E vom 30. Jänner 2001; sowie die geänderten Vorschläge KOM (2002) 236 endg und KOM (2002) 235 endg, AB1 C 203 E vom 27. August 2002.

die Zahl der Art nahezu auf die Hälfte (82 Art) verringert wird; sogen "Kodifikation"

- Vereinfachung, Neugliederung und klarere Formulierungen der Vorschriften
- Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen
- Flexiblere Beschaffungstechniken durch Rahmenvereinbarungen
- strengere Bestimmungen über die Eignungs- und Zuschlagskriterien
- gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)
- etc

In Anbetracht der gegenständlichen Thematik werden nun die Inhalte folgender RL näher beleuchtet:

d) Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)

Im Jahr 1971 wurde die erste RL¹⁷⁰ des Rates erlassen, durch deren Umsetzung die Abschottung der Beschaffungsmärkte der öffentlichen Auftraggeber hintan gehalten werden sollte. Ziel dieser RL war – und ist es auch nach wie vor – die einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zu koordinieren¹⁷¹.

Die BaukoordinierungsRL idgF umfasst:

- im **persönlichen Anwendungsbereich**¹⁷²

den Staat

- Gebietskörperschaften
- Einrichtungen des öffentlichen Rechts

Darunter werden solche verstanden, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, **im Allgemeininteresse liegende** Aufgaben zu erfüllen, die **nicht gewerblicher Art** sind, die **Rechtspersönlichkeit** besitzt und die überwiegend vom **Staat**, von **Gebietskörperschaften** oder von **anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert** wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

- Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

¹⁷⁰ RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, AB1 Nr L 185/5 vom 16. August 1971 idF RL 89/440 des Rates vom 18. Juli 1989, AB1 Nr L 210/1 vom 21. Juli 1989; ausführlich dazu *Langer*, Österreichisches und internationales Vergaberecht, 24ff.

¹⁷¹ Vgl Erwägungsgründe der RL 71/305/EWG.

¹⁷² Art 1 lit b RL 93/37/EWG; Anhang I dieser RL enthält Verzeichnisse, die Einrichtungen enthalten, die diese Kriterien erfüllen. In bezug auf Österreich sind in diesem Anhang allen voran die Bundesministerien und das Bundeskanzleramt genannt.

- im **sachlichen** Anwendungsbereich

- öffentliche Bauaufträge¹⁷³

Das sind die zwischen einem Unternehmer und einem in den persönlichen Anwendungsbereich der RL fallenden öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gem den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

- öffentliche Baukonzessionsverträge¹⁷⁴

Diese Verträge weichen von den Verträgen über öffentliche Bauaufträge nur insoweit ab, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzügl der Zahlung eines Preises besteht.

Diese RL gilt bei einem geschätzten Auftragwert ohne Mehrwertsteuer von mind dem Gegenwert von 5.000.000,- SZR in EUR (**Schwellenwert**)¹⁷⁵ und sieht folgende verschiedene Vergabeverfahren vor:

- **offenes Verfahren**

Das sind jene einzelstaatlichen Verfahren, bei denen alle interessierten Unternehmer ein Angebot abgeben können¹⁷⁶.

- **nicht offenes Verfahren**

Das sind jene einzelstaatlichen Verfahren, bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Unternehmen ein Angebot abgeben können¹⁷⁷.

- **Verhandlungsverfahren**

Das sind diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen ansprechen und mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragbedingungen verhandeln¹⁷⁸.

Für letztgenanntes Verfahren, welches die Ausnahme bilden soll, müssen bestimmte Voraussetzungen gegeben sein, die in Art 7 Abs 2f aufgelistet sind. Es besteht somit die **Priorität des offenen und nicht offenen Verfahrens**.

Neben Abschnitt II dieser RL, der die gemeinsamen Vorschriften auf technischem Gebiet bestimmt, befasst sich Abschnitt III mit den gemeinsamen **Bekanntmachungsvorschriften**, denen eine zentrale Bedeutung zukommt. Die in den Bekanntmachungen enthaltenen Angaben sollten es den in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen ermöglichen zu beurteilen, ob die vorgesehenen Aufträge für sie von Interesse sind¹⁷⁹. Jede Ausschreibung muss im Amtsblatt der EG, Teil C veröffentlicht werden, wofür es eigens dafür vorgesehene Bekanntmachungsmuster in den Anhängen IV, V und VI gibt, die es anzuwenden gilt.

Die öffentlichen Auftraggeber haben hinsichtlich **Eignung** der Unternehmer diese

¹⁷³ Vgl Art 1 lit a RL 93/37/EWG.

¹⁷⁴ Vgl Art 3 RL 93/37/EWG.

¹⁷⁵ Art 6 Abs 1 und 2 RL 93/37/EWG.

¹⁷⁶ Art 1 lit e RL 93/37/EWG.

¹⁷⁷ Art 1 lit f RL 93/37/EWG.

¹⁷⁸ Art 1 lit g RL 93/37/EWG.

¹⁷⁹ Vgl Erwägungsgründe der RL 93/37/EWG.

auf deren **Zuverlässigkeit**¹⁸⁰, auf deren **Befugnis**¹⁸¹ bzw auf deren **wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit**¹⁸² zu prüfen. Danach kann erst der Zuschlag erteilt werden, wobei entweder das Kriterium des **niedrigsten Preises** oder – wenn der Zuschlag auf das **wirtschaftlich günstigste Angebot** erfolgt – verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie zB Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert, herangezogen werden, die sogen **Zuschlagskriterien**. Diese hat der Auftraggeber möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung anzugeben¹⁸³ und müssen von den Eignungskriterien getrennt werden.

e) *Rechtsmittelrichtlinie (RMR)*

Die erste RechtsmittelRL¹⁸⁴ wurde im Jahr 1989 erlassen, also 18 Jahre nach der ersten Baukoordinierungsrichtlinie. In den Mitgliedstaaten standen zwar bis dahin Kontrollinstrumente zur Verfügung, jedoch entbehrten sie ausreichender Effektivität, und die vier materiellen RL enthielten keine spezifischen Vorschriften, mit denen sich ihre tatsächliche Anwendung sicherstellen ließ. **Ziel** des gemeinschaftlichen Vergaberechtschutzes ist somit die Instrumentalisierung der Bieter zur **Durchsetzung des gemeinschaftlichen Vergaberechts** im Sinne ihrer Interessensbefriedigung, an der der öffentliche Beschaffer iSe effizienten Mittelverwendung natürlich ebenfalls interessiert ist¹⁸⁵.

Die RechtsmittelRL (bzw SektorenrechtsmittelRL) soll also die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften gewährleisten, va dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können¹⁸⁶. Dazu bedient sich die RechtsmittelRL vorläufiger Maßnahmen der dafür eigens in den Mitgliedstaaten geschaffenen zuständigen Stellen, um die Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörde aussetzen zu können.

Die RechtsmittelRL gibt **Nachprüfungsverfahren** vor, durch die wirksame Abhilfe geschaffen werden soll. Die **einstweilige Verfügung (eV)** dient dazu, so schnell wie möglich Maßnahmen ergreifen zu können, um behauptete Rechtsverstöße zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern¹⁸⁷. Ebenso soll es den zuständigen Stellen möglich sein, rechtswidrige Entscheidungen **aufzuheben**¹⁸⁸. **Schadenersatz** ist demjenigen zuzuerkennen, der durch den Rechtsverstoß geschädigt worden ist¹⁸⁹.

Diese Nachprüfungsverfahren müssen nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren entfalten.

Die RechtsmittelRL sieht keine Eingriffe in bereits geschlossene Verträge vor, womit deutlich wird, dass ua ein Ziel der RechtsmittelRL die Vorbeugung ist, die einem rechtswidrigen Vertragsabschluss im vorhinein einen Riegel verschieben soll.

Die Nachprüfungsverfahren müssen nicht unbedingt durch **eine** Instanz wahrgenommen werden. Vielmehr sieht Art 2 Abs 3 RL 89/665/EWG vor, dass sie getrennt meh-

¹⁸⁰ Art 24 RL 93/37/EWG.

¹⁸¹ Art 25 RL 93/37/EWG.

¹⁸² Art 26ff RL 93/37/EWG.

¹⁸³ Art 30 Abs 2 RL 93/37/EWG.

¹⁸⁴ Ausführlich dazu *Langer*, Österreichisches und internationales Vergaberecht, 28f.

¹⁸⁵ Vgl *Holoubek*, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 592ff

¹⁸⁶ Vgl Erwägungsgründe der RL 89/665/EWG; *Gast*, Vergaberecht, 45.

¹⁸⁷ Art 2 Abs 1 lit a RL 89/665/EWG.

¹⁸⁸ Art 2 Abs 1 lit b RL 89/665/EWG.

¹⁸⁹ Art 2 Abs 1 lit c RL 89/665/EWG. Ausführlich dazu *Holoubek*, aaO, ZfV 1998, 592ff.

rerer Instanzen übertragen werden können.

Diejenige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidungen auf jeden Fall stets schriftlich begründen. Ferner gilt, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme dieser „**Grundinstanz**“ oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz „**unabhängigen Instanz**“, die ein Gericht iSd Art 234 EGV ist, gemacht werden können¹⁹⁰. Diese „unabhängige Instanz“ erkennt in einem kontradiktorischen Verfahren, und ihre Entscheidungen sind in den jeweiligen Mitgliedstaaten rechtsverbindlich.

Neben dem beschriebenen nationalen Vergabekontrollverfahren stellt der Rat im Zuge der RechtsmittelRL (bzw. SektorenrechtsmittelRL) auch ein europäisches Vergabekontrollverfahren zur Verfügung¹⁹¹. Die Kommission teilt dem Mitgliedstaat und der Vergabekontrollbehörde mit, aus welchen Gründen sie einen klaren und eindeutigen Verstoß als gegeben ansieht, und fordert dessen Beseitigung, worauf innerhalb von 21 Tagen der Mitgliedstaat der Kommission entweder bestätigen muss, dass der Verstoß beseitigt wurde, oder der Mitgliedstaat begründen muss, weshalb der Verstoß nicht beseitigt wurde, oder der Mitgliedstaat mitteilen muss, dass das betreffende Vergabeverfahren entweder **auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers** oder **aber in Wahrnehmung der nationalen Nachprüfungsverfahren** ausgesetzt wurde.

Es sind somit sowohl eine Beschwerde an die Kommission als auch ein amtsweiges Tätigwerden der Kommission selbst vorgesehen, wobei festgehalten werden muss, dass ihr keine Aussetzungsbefugnis obliegt¹⁹².

Die wesentlichen Unterschiede, die die SektorenrechtsmittelRL zur RechtsmittelRL aufweist, liegen darin, dass zur Einhaltung der Vergaberegeln von den Mitgliedstaaten auch Zwangsgeldverfahren eingeführt werden können, und dass neben dem Nachprüfungs- und Beanstandungsverfahren auch ein Bescheinigungs- und ein Schlichtungsverfahren vorgesehen sind.

C. Nationales Recht

Neben dem BVergG 2002, das in Österreich die vergaberechtlich relevanten EU-RL umsetzt, somit die Vergabe von öffentlichen Aufträgen determiniert, ist dem B-VG enorme Bedeutung beizumessen, zumal es für das BVergG 2002 sowohl die verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen verankert als auch Maßstäbe für die Haushaltsführung des Bundes vorgibt.

Thematisch abgegrenzt wird hinsichtlich der „Landesvergaberechtsschutzgesetze“¹⁹³, deren es weiterhin neun gibt.

1. Das Bundesverfassungsgesetz

a) Abgeleitete Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge

Das B-VG enthält wesentliche Bestimmungen zum Haushaltsrecht, die geeignet sind, Grundsätze für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge – unabhängig von der Größe

¹⁹⁰ Art 2 Abs 8 RL 89/665/EWG.

¹⁹¹ Dies ist in Art 3 RL 89/665/EWG geregelt.

¹⁹² Ausführlich dazu *Gast*, Vergaberecht, 51.

¹⁹³ S FN 338 auf Seite 59.

und Art der zu vergebenden Leistung – darzustellen, die es einzuhalten gilt.

So räumt Art 51a Abs 1 B-VG dem BMF bei der Haushaltsführung eine wichtige Stellung ein¹⁹⁴. Er hat dafür zu sorgen, dass zuerst die zur Erfüllung fälliger Verpflichtungen erforderlichen Ausgaben und sodann die übrigen vorgesehenen Ausgaben, diese jedoch nur nach Maßgabe der jeweils zur Verfügung stehenden Einnahmen, unter Beachtung der Grundsätze der **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit** und **Zweckmäßigkeit** geleistet werden¹⁹⁵.

Diese Grundsätze finden sich auch bei den Maßstäben für die Überprüfung der Gebarung der Gebietskörperschaften durch den Rechnungshof. So bestimmt Art 126b Abs 5 leg cit, dass die Überprüfung desselben sich auf die **ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften**, ferner auf die **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit** und **Zweckmäßigkeit** zu erstrecken hat¹⁹⁶. Diese Gebote der Vollziehung können eine gesetzliche Vorausbestimmung des Verwaltungshandelns nicht ersetzen, weswegen die hM sie als vorgegebene Handlungsmaxime betrachtet.

*Korinek*¹⁹⁷ präzisiert diese ökonomischen Gebarungsprinzipien folgendermaßen:

Sparsamkeit ist das Streben, den öffentlichen Aufwand so gering wie möglich zu halten.

Wirtschaftlichkeit fordert eine Optimierung des Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag, somit die Maximierung des Ertrags bei gegebenem Aufwand und eine Minimierung des Aufwands bei gegebenem Ertrag¹⁹⁸.

Zweckmäßigkeit bedeutet unter Voraussetzung einer Mittel-Zweck-Beziehung¹⁹⁹ den Auftrag zur Zweckbestimmung.

Weiters normiert Art 7 leg cit den **verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**, der auch in der Privatwirtschaftsverwaltung Diskriminierung verbietet²⁰⁰.

b) Neuordnung der Kompetenzverteilung zum BVergG 2002

Mit Erlass des BVergG 2002 ging die Aufnahme des Art 14b in das B-VG einher. Dieser sieht vor, dass die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache²⁰¹ ist. Da eine Vereinheitlichung des Vergaberechts in Österreich als prioritäres Anliegen²⁰² angesehen wurde, wurde einem langjährigen Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung auf parlamentarischer Ebene tw nachgekommen. Die Voll-

¹⁹⁴ Vgl *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 538.

¹⁹⁵ Vgl *dies*, ebenda; näher dazu § 2 BHG.

¹⁹⁶ Vgl *dies*, aaO, Rz 1245; für den selbständigen Wirkungsbereich der Länder bestimmt dies Art 127 Abs 1 leg cit bzw für den selbständigen Wirkungsbereich der Gemeinden Art 127a Abs 1 leg cit; vgl §§ 12, 15 Abs 1 und 18 Abs 1 RHG. *Aicher* in *Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, 116 folgend ist auf den Verweis auf die Haushaltsgrundsätze im BVergG verzichtbar, weil zum einen diese Grundsätze ohnehin verfassungsrechtlich für die gesamte staatliche Aufgabenbesorgung gilt, zum anderen sorgt ein freier Vergabewettbewerb, der die Gleichheit der Bieter wahrt, von selbst für die wirtschaftlichste Vergabeentscheidung.

¹⁹⁷ Verfassungsrechtliche Grundlagen, 17f in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht; vgl dazu *Paar* in *Korinek/Rill (Hrsg)*, aaO, 177.

¹⁹⁸ Dies entspricht dem „ökonomischen Prinzip“; vgl anstatt vieler *Schierenbeck*, Betriebswirtschaftslehre, 3f.

¹⁹⁹ Vgl die Ausführungen *Aichers* unter FN 12 auf Seite 9.

²⁰⁰ Ausführlich dazu *Wilhelm*, Bestbieters Sieg im Vergabestreit, passim, der diesen Grundsatz unbeachtet des vorvertraglichen Schuldverhältnisses (*cic*) als alleinige Grundlage für Schadenersatzansprüche übergangener Bestbieter sieht; s die Ausführungen unter Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76.

²⁰¹ Art 14b Abs 1 leg cit.

²⁰² Pkt 1.2 AB über die RV über BVergG.

ziehung²⁰³ iSv Durchführung der Vergabeverfahren obliegt sowohl dem Bund als auch den Ländern²⁰⁴.

Im Bereich des Rechtsschutzes²⁰⁵ bleibt es nach wie vor bei einer gespaltenen Kompetenz. Gesetzgebung und Vollziehung ist für die Auftragsvergaben im Bereich des Bundes Bundessache, für Vergaben im Bereich der Länder und Gemeinden Landessache²⁰⁶.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass die Vergabekontrollbehörden des Bundes und der Länder durch Art 14b Abs 6 leg cit die Funktion erstinstanzlicher Sonderverwaltungsgerichte einnehmen, deren Entscheidungen der Kontrolle durch VwGH und VfGH unterliegen. Durch die Bestimmungen dieses Abs können die zur Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörden gesetzlich auch zur Kontrolle der Entscheidungen von obersten Organen der Vollziehung und von Gemeinden und Gemeindeverbänden berufen werden²⁰⁷.

Denselben Kontrollbehörden räumt jener Abs darüber hinaus auch die Kompetenz zur Kontrolle von privaten Auftraggebern ein.

2. Das Bundesvergabegesetz

Das BVergG idF BGBl I 99/2002²⁰⁸ regelt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die iWvS der Staat zur Besorgung seiner öffentlichen Aufgaben vergibt. Diese Aufträge stellen **privatrechtliche Verträge** zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmen dar. Der Staat handelt also – im Gegensatz zur hoheitlichen – im Zuge seiner privatrechtsförmigen Verwaltungstätigkeit. Ziel eines Vergabeverfahrens ist somit der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages, dessen Rahmenbedingungen grundsätzlich durch Privatrecht determiniert sind. Bis zum Entstehen dieses privatrechtlichen Vertrages durch die schriftliche Verständigung des Bieters durch die Annahmeerklärung unterliegt das Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Modalitäten, die mit der Zuschlagserteilung ihr Ende finden, und die va auch zivilrechtliche Folgen haben können, wie zB schadenersatzrechtliche Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber²⁰⁹.

a) Geltungsbereich

Der **sachliche Geltungsbereich** dieses BG umfasst die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen, welche Lieferaufträge, Bauaufträge, Baukonzessionsverträge, Dienstleistungsaufträge, Dienstleistungskonzessionsverträge sind, bzw die Durchführung von Wettbewerben.

Baufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauvorhaben²¹⁰, die Ausführung eines

²⁰³ Zur Problematik dieses Begriffs, der üblicherweise bloß für Akte der Hoheitsverwaltung Verwendung findet, vgl *Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 712 FN 38.*

²⁰⁴ Art 14b Abs 2 leg cit.

²⁰⁵ Ausführlich dazu *Fruhmann*, einheitliches Vergaberecht, ZVB 2002/82, 206f; *Gutknecht*, Das Bundesvergabegesetz 2002, ÖZW 2002, 66f.

²⁰⁶ Art 14b Abs 3 leg cit.

²⁰⁷ *Dies*, aaO, 67.

²⁰⁸ Paragrafenzitate ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich in der Folge auf das BVergG 2002.

²⁰⁹ Vgl *Hahnl*, BVergG Bundesvergabegesetz 2002, 36.

²¹⁰ Gegenüber dem Begriff „Bauwerk“ und „Bauleistung“ ist dieser der umfassendere, der neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen erfasst, wie etwa Revitalisierungen von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen etc; vgl *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002, 42.

Bauwerks²¹¹ oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte ist²¹².

Für Liefer-, Bau- und einen Teil der Dienstleistungsaufträge für öffentliche Auftraggeber im „klassischen“ Bereich gilt das BVergG 2002 in seiner Gesamtheit. Eine Unterteilung in den Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte bringt differenzierte Regelungen mit sich. Für alle übrigen Aufträge – va jene im Sektorenbereich²¹³, Baukonzessionsvergaben und auch Dienstleistungskonzessionsvergaben – gilt das BVergG 2002 nur eingeschränkt, wobei es zu betonen gilt, dass es nicht ganz einfach ist dies festzustellen²¹⁴.

Ausnahmen²¹⁵ vom sachlichen Geltungsbereich sind etwa Aufträge, bei denen aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen für die Ausführung der Leistungen besondere Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind, oder der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit es gebietet²¹⁶, Aufträge, die ein oder mehrere Auftraggeber an ein Unternehmen vergeben, das von ihm bzw ihnen beherrscht wird und das seine Leistungen im wesentlichen für den oder die Auftraggeber erbringt, in dessen bzw in deren Eigentum es steht²¹⁷, Aufträge, die der Bereitstellung oder dem Betreiben öffentlicher Telekommunikationsnetze oder dem Angebot eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste dienen²¹⁸, etc.

Die Unterteilung der Aufträge in **oberhalb** und **unterhalb** der **Schwellenwerte** bewirken unterschiedliche Regime für die einzelnen Auftragsarten. Das fünfte Hauptstück des ersten Teils des BVergG 2002 enthält die Vergabevorschriften, die es je nach Bereich – „klassischer“ Bereich oder Sektorenbereich – bzw je nach Auftragswert – oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte – anzuwenden gilt.

Auftragsart	"klassischer" Bereich	Sektorenbereich
Lieferaufträge		
von Auftraggebern gem Anhang V	130.000 SZR	-
von Auftraggebern nicht gem Anhang V	200.000 EUR	400.000 EUR
Bauaufträge und Baukonzessionsverträge	5.000.000 EUR	5.000.000 EUR
Dienstleistungsaufträge		
von Auftraggebern gem Anhang V	130.000 SZR	-
von Auftraggebern nicht gem Anhang V	200.000 EUR	400.000 EUR
Dienstleistungskonzessionsverträge	200.000 EUR	400.000 EUR
Wettbewerbe		
von Auftraggebern gem Anhang V	130.000 SZR	-
von Auftraggebern nicht gem Anhang V	200.000 EUR	400.000 EUR

Abbildung 6: Schwellenwertregelung gem BVergG 2002

²¹¹ Ein Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. S § 20 Z 7.

²¹² § 3 Abs 1.

²¹³ Die besonderen Bestimmungen, die für den Sektorenbereich gelten, regelt das fünfte Hauptstück des vierten Teils „Besondere Bestimmungen für Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung“.

²¹⁴ kritisch dazu Korinek in Raschauer (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 721 FN 58.

²¹⁵ In § 6 sind diese Ausnahmen taxativ aufgezählt.

²¹⁶ Diese Formulierung wurde in Anlehnung an die Ausnahmebestimmungen der RL vorgenommen.

²¹⁷ Hierbei handelt es sich um sogen „in-house“-Vergaben.

²¹⁸ Vgl FN 156 auf Seite 31.

Obige Abbildung 6 gibt eine Übersicht über die Schwellenwerte, die als erreicht gelten, wenn der geschätzte Auftragswert exkl USt mind die angeführten Werte ausmacht – unterschieden nach Auftraggebern iSv zentralen Beschaffungsstellen (gem Anhang V BVergG 2002) und allen anderen²¹⁹.

Für Bauaufträge und bei Baukonzessionsverträgen liegt demnach dieser Schwellenwert sowohl im „klassischen“ als auch im Sektorenbereich bei **5.000.000 EUR**²²⁰. Es ergeben sich in beiden Bereichen für **Baufaufträge durch öffentliche Auftraggeber** oberhalb und unterhalb des Schwellenwertes keine Unterschiede hinsichtlich eventueller Vereinfachungen im Vergabeverfahren, für Baukonzessionsverträge durch öffentliche Auftraggeber und Bauaufträge durch Baukonzessionäre sehr wohl. Das Vergabeverfahren letzterer wird eigens im ersten Hauptstück des vierten Teils geregelt – „*Besondere Bestimmungen für die Vergabe von Baukonzessionsverträgen und die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre*“.

Der **persönliche Geltungsbereich** dieses BG, also der Kreis der zu dessen Anwendung verpflichteten Rechtsträger, wird durch die §§ 7 und 8 bestimmt und umfasst folgende öffentliche Auftraggeber:

- den **Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände**

Zum Bund zählen die bereits erwähnten zentralen Beschaffungsstellen, die im Anhang V des BVergG 2002 aufgelistet sind. Darunter befinden sich ua das Bundeskanzleramt, die Bundesministerien, die Bundesbeschaffung GmbH, die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die für den Bund als Auftraggeber tätig werdenden Landeshauptmänner und Bezirksverwaltungsbehörden²²¹.

- **Einrichtungen, die**

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, **im Allgemeininteresse liegende Aufgaben** zu erfüllen, die **nicht gewerblicher Art**²²² sind, und

b) zumindest **teilrechtsfähig** sind und

c) überwiegend von „**klassischen**“ **öffentlichen Auftraggebern** finanziert oder die hinsichtlich ihrer Leitung beaufsichtigt werden oder das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Gebietskörperschaften oder ihren Einrichtungen ernannt werden.

Zu den öffentlichen Auftraggebern zählen demgem auch die Sozialversicherungsträger, die gesetzlichen Interessensvertretungen, Univer-

²¹⁹ Vgl §§ 9 und 10.

²²⁰ § 11 regelt die Kundmachung der Schwellenwerte in SZR für Vergabeverfahren, für die das GPA anzuwenden ist.

²²¹ Vgl *Kropik/Mille/Sachs*, Das Vergaberecht in Österreich, 9.

²²² Die Formulierung „nicht gewerblicher Art“ zielt darauf ab, ob die Unternehmung **unter Marktbedingungen** tätig wird, also ihre Aufgabe in einer **Wettbewerbssituation zu Privaten** erfüllt und damit der Markt als hinreichendes Korrektiv für eine effiziente unternehmerische Auftragsvergabe wirkt. Nicht gewerblich ist eine Tätigkeit also dann, wenn für die Unternehmung auf Grund besonderer rechtlicher oder faktischer Stellung am einschlägigen Markt dieses Marktkorrektiv nicht wirkt. Ausführlich dazu *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002, 99 nWN; vgl *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 7 Rz 6; Zu den §§ 7 und 8 AB über die RV über BVergG.

sitäten und Hochschulen im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit, Stiftungen, Fonds, Anstalten etc, die die erwähnten Kriterien erfüllen,

weilers folgende Sektorenauftraggeber, für die – wie erwähnt – das BVergG 2002 mit gewissen Einschränkungen gilt:

- **öffentliche Sektorenauftraggeber**
- **private Sektorenauftraggeber**, wenn sie Tätigkeiten auf Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten²²³ ausüben, die ihnen von einer zuständigen Behörde gewährt wurden.

Zu den in § 120 Abs 2 aufgezählten Sektorentätigkeiten gehören ua die Bereitstellung oder das Betreiben öffentlicher Netze im Bereich der **Wasser- und Energieversorgung** oder öffentlicher **Verkehrsnetze**,

weilers:

- Einrichtungen, die im Oberschwellenbereich zur Einhaltung gewisser Bestimmungen des BVergG 2002 angehalten sind, weil **mehr als 50 %** der Bauaufträge bzw der damit in Verbindung stehenden Dienstleistungsaufträge von öffentlichen Auftraggebern finanziert oder direkt gefördert werden.

b) Grundsätze des Vergabeverfahrens

Neben den für das Vergaberecht abgeleiteten Grundsätzen, die sich aus dem B-VG ergeben²²⁴, werden im BVergG 2002 selbst in § 21 Abs 1 die **fundamentalen Grundsätze** der Leistungsvergabe ausgedrückt, die sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich, sowohl für den „klassischen“ als auch für den Sektorenbereich und auch für Konzessionsaufträge gelten:

„§ 21. (1) Aufträge über Leistungen sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes^[225] entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.“²²⁶
[Anm: Hervorhebung durch den Verfasser]

Diese Vergaberechtsgrundsätze entfalten einen unmittelbaren Prüfmaßstab. Somit lassen sich aus dieser Generalklausel als **Schutzobjekt**²²⁷ der **Schutznorm** „BVergG“²²⁸

²²³ Vgl § 20 Z 8: Das sind Rechte, die sich aus einer von der zuständigen Behörde erteilten Genehmigung ergeben, wonach die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit einem oder mehreren Auftraggeber(n) vorbehalten wird.

²²⁴ S Kapitel 2 III.C.1.a auf Seite 37.

²²⁵ Diese Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbotes wird erstmalig durch das BVergG 2002 gefordert. Damit wird die unmittelbare Geltung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze an die Spitze des nationalen Vergaberechts gestellt. Gleichwohl waren diese vorher auch schon zu beachten, jedoch waren mangelnde Kenntnis derselben des öfteren zu beobachten. Näher dazu *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108, 298.

²²⁶ Vgl Pkt 4.1.1 ÖNORM A 2050 ‚Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag‘.

²²⁷ Zutreffend gem *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 21 Rz 1, ist aber nicht der Bewerber bzw Bieter allein das Schutzobjekt des BVergG 2002, sondern auch der öffentliche Auftraggeber selbst, den es zweifelsohne auch vor unlauterem Verhalten von Mitbietern zu schützen gilt. Die Schutzfunktion des

festhalten:

- **Wettbewerb**

Unter Zugrundelegung der Ausführungen unter Kapitel 2 I.A auf Seite 9 wird an dieser Stelle noch einmal resümierend festgehalten, dass durch das Wettbewerbsprinzip die Vergabestellen ihre faktische Macht nicht ausspielen, wettbewerbsfremde Motive die Entscheidungen nicht bestimmen dürfen, dass neutral auszuschreiben²²⁹ ist und dass unfares oder sonstiges wettbewerbsverzerrendes Verhalten der Bieter zu unterbinden ist.

Der **freie** Wettbewerb ist somit der nicht behinderte, dh zB keinen Beschränkungen unterliegende Wettbewerb²³⁰, der sich auf das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Bewerber bzw Bieter bezieht. Das kann Zugangsbeschränkungen welcher Art auch immer betreffen²³¹ (zB durch „übertrieben“ konstruktive Leistungsbeschreibungen²³² oder etwa durch Lokalpräferenzen²³³).

Der **lautere** Wettbewerb betrifft das Verhältnis zwischen Bewerbern bzw Bietern untereinander. Unlauterer Wettbewerb ist zB dann gegeben, wenn ein Unternehmer durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten oder Ausnützen seiner marktbeherrschenden Stellung einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht²³⁴. Die unmittelbare Folge für Angebote der davon betroffenen Bewerber bzw Bieter wäre ein sofortiges Ausscheiden.

Der **faire**²³⁵ Wettbewerb betrifft ebenfalls das Verhältnis zwischen Auftraggebern und Bewerbern bzw Bietern²³⁰ und richtet sich va an den Auftraggeber, der sich in einer stärkeren Marktposition befindet. So dürfen Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, an dem Vergabeverfahren über die Leistung selbst nicht teilnehmen²³⁵. Dies würde diesen einen Informationsvorsprung beschere, der ua alle anderen Mitbewerber diskriminiert.

Konkretisierungen dieses Grundsatzes finden sich im BVergG 2002 zB unter § 66 Abs 3 (Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen), § 74 Abs 1 und 3 (eindeutige, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung ohne Wettbewerbsvorteile), § 98 Z 2 bis 4

UWG-Rechts bezieht sich daher gem *Schuhmacher*, Das Wettbewerbsrecht nach den Novellen 1998, 505 in *Aicher/Koppensteiner (Hrsg)*, Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht – FS für Rolf Ostheim zum 65.Geburtstag, sowohl auf die Mitbewerber als auch auf die übrigen Marktbeteiligten.

²²⁸ Dass das BVergG als Schutznorm qualifiziert wird, wird aus OGH 19. Oktober 1994, 7 Ob 568/94 (=eocolex 1995, 95ff) gefolgert. Dass es sich darüber hinaus um ein „Schutzgesetz iES“ handelt, ergibt sich daraus, dass bereits ein *abstrakt* gefährliches Verhalten des Vergebers verboten werden soll; näher dazu *Heid*, Schadenersatz bei mangelhafter Vergabe (Dissertation), 134f.

²²⁹ § 74 Abs 1.

²³⁰ Vgl zu § 21 Abs 1 AB über die RV über BVergG.

²³¹ S zB FN 123 auf Seite 27.

²³² Ausführlich dazu *Aicher*, Wettbewerbspolitische Aspekte, 61f in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht.

²³³ S zB FN 120 auf Seite 27.

²³⁴ Die aufgezählten Sachverhalte sind allesamt ua gem der Generalklausel des § 1 UWG sittenwidrig und können auch schadenersatzpflichtig machen. *Hefermehl*, Zur rechtlichen Erfassung des Behinderungswettbewerbs im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, 486 in *Aicher/Koppensteiner (Hrsg)*, FS Ostheim, betitelt dies als *Behinderungswettbewerb*, der Maßnahmen beinhaltet, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Wettbewerb zu schaffen. Im Gegensatz dazu ist der *Leistungswettbewerb*, der in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Unternehmens mit den Mitteln der eigenen Leistung liegt, erlaubt. Zur Differenzierung zielt *ders* auf die Möglichkeit ab, als Kunde die verschiedenen angebotenen Leistungen **vergleichen** zu können.

²³⁵ § 21 Abs 3.

und 9 (Ausscheiden von Angeboten), etc²³⁶.

- **Gleichbehandlung**

Dieser Grundsatz soll sicherstellen, dass alle Bewerber bzw Bieter in gleicher Weise behandelt werden, und entspricht einer Weiterentwicklung des auf EU-Ebene geltenden Diskriminierungsverbots gegenüber Unternehmen. Zwar wird dieser Grundsatz in der BaukoordinierungsRL 93/37/EWG nicht wörtlich erwähnt, die Pflicht zur Beachtung desselben entspricht gleichwohl dem Wesen der RL selbst²³⁷. Die Gleichbehandlung verlangt dem Auftraggeber ferner ab, dass die Vergabeentscheidung auf einem objektiven Vergleich der Angebote beruht.

Auch hier sind einige Bestimmungen des BVergG 2002 – neben § 21 Abs 1 – als Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebotes zu verstehen wie zB: Ausschluss wegen der Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen²³⁵, Verbot von Lokalpräferenzen²³⁸, Verhandlungsverbot während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens²³⁹ etc.

§ 21 Abs 2 normiert, dass die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs von den fundamentalen Vergabegrundsätzen unberührt bleibt. Diese ausdrückliche **Ausnahme** vom Gleichbehandlungsgebot betrifft va Bewerber bzw Bieter, die keinem Mitgliedstaat angehören und das GPA nicht ratifiziert haben.

- **Eignung der Bewerber und Bieter**

Dieser Grundsatz zielt auf die Eignung der Bewerber bzw Bieter hinsichtlich **Befugnis**²⁴⁰, **wirtschaftlicher, finanzieller**²⁴¹ und **technischer**²⁴² **Leistungsfähigkeit** sowie **Zuverlässigkeit**²⁴³ ab. Die Eignungsprüfung erfolgt anhand der Eignungskriterien. Welchen Grad an Eignung die Unternehmer bei der Eignungsprüfung zu erfüllen haben, lässt das BVergG 2002 jedoch offen.

Einige weitere Konkretisierungen dieses Grundsatzes finden sich im BVergG 2002 unter § 51 (Ausschluss von ungeeigneten Bewerbern oder Bietern) und unter § 98 Z 1 (Ausscheiden von Angeboten ungeeigneter Bieter)²⁴⁴.

- **Angemessenheit der Preise**

Adressaten dieses Vergabegrundsatzes sind die öffentlichen Auftraggeber, die bei den in die engere Wahl kommenden Bietern deren Angebote dahingehend zu prüfen haben, ob die Preise angemessen sind.

Unangemessen niedrige Angebotspreise bergen zwei Gefahren, die das Ziel der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung für öffentliche Auftraggeber in Frage stel-

²³⁶ Ausführlich dazu *Gölles/Leißer*, Bundesvergabegesetz 2002, 25.

²³⁷ Vgl FN 130 auf Seite 28.

²³⁸ § 30 Abs 1.

²³⁹ § 96 Abs 1; ausführlich dazu *Krejci*, Zum vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, wbl 1991, 341ff; *Aicher in Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, 116, bezeichnet dieses Verhandlungsverbot als die vornehmste Ausprägung des Gleichbehandlungspostulats.

²⁴⁰ § 53.

²⁴¹ § 56.

²⁴² § 57.

²⁴³ §§ 54 und 55.

²⁴⁴ Ausführlich zur Eignung der Bewerber bzw Bieter *Schwarz*, Die allgemeine Systematik der Vergabekriterien angewandt auf die Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Dissertation).

len; erstens die Insolvenzgefahr von Unternehmen, weil sie den Preis wirtschaftlich nicht verkraften, und zweitens die sich daraus ergebende Verschlechterung des Preisniveaus (aus Sicht der Nachfrager) am Baumarkt, welche ruinösen Wettbewerb – und in weiterer Folge eine Verringerung der Anzahl der Anbieter am Markt – mit sich bringen kann²⁴⁵.

Unangemessen hohe Angebotspreise bewirken, dass der Beschaffungsvorgang dem Zweck der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit unmittelbar entgegenläuft²⁴⁶.

Daraus ergibt sich, dass ein Preis jedenfalls angemessen ist, wenn er sich innerhalb einer Bandbreite bewegt²⁴⁷, die *Oberndorfer*²⁴⁸ – die spekulative Preisgestaltung ausgenommen – folgendermaßen definiert:

Die untere Grenze ist durch die Deckung der variablen und der ausgabenwirksamen fixen Herstellkosten, also der ausgabenwirksamen primären Kosten inkl Bauzinsen und des auftragsbewogenen Wagnisses, gegeben und lässt sich ableiten aus dem Postulat, dass die zur Erbringung einer Bauleistung erforderliche finanzielle Teil-Liquidität des Unternehmens nicht verschlechtert werden soll²⁴⁹. Die obere Grenze ist durch die Vollkostenrechnung mit Ansatz für Zentralregie, Wagnis und bürgerlichen Gewinn gegeben²⁵⁰.

Eine Konkretisierung des Grundsatzes der Vergabe zu angemessenen Preisen bieten die Rechtsfolgen bei unangemessenen Preisen, wie etwa die Ausscheidung wegen nicht plausibler²⁵¹ Zusammensetzung (zB spekulative Preisgestaltung) des Preises (§ 98 Z 3).

Weitere Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe sind – sofern nicht bereits behandelt – gem § 21 folgende:

- Durchführung von Vergabeverfahren, nur wenn die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen beabsichtigt wird²⁵².
- Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung gem klarer Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung²⁵³.
- Möglichkeit der Bedachtnahme auf soziale Aspekte (Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Frauen, von Langzeitarbeitslosen, von behinderten und älteren Arbeitnehmern)²⁵⁴.
- Vergabe nach einem gesetzlichen Vergabeverfahren²⁵⁵.

c) Arten, Wahl, Bekanntmachung und Angebotsfristen im Vergabeverfahren

Bevor ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren einleitet, muss er sich im Klaren sein, um welche Art des Auftrages es sich handelt bzw wie hoch der Auftragswert zu beziffern

²⁴⁵ Vgl *Aicher*, Die Vergabekontrollkommission und ihre Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, 20 in *Korinek/Aicher (Hrsg)*, Vergabekontrollkommission.

²⁴⁶ Ausführlich dazu *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit, ZVB 2001/60, 155.

²⁴⁷ *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM A 2050, 11.

²⁴⁸ Betriebswirtschaftslehre, 48.

²⁴⁹ Vgl Abbildung 3 auf Seite 16.

²⁵⁰ An dieser Stelle wird auf die Ausführungen des Kapitels 2 II.A.1 auf Seite 13 verwiesen.

²⁵¹ Zur Unterscheidung von Plausibilität und Angemessenheit ausführlich *Oberndorfer/Schwarz*, a-

aO.

²⁵² § 21 Abs 4.

²⁵³ § 21 Abs 6.

²⁵⁴ § 21 Abs 7.

²⁵⁵ §§ 16 bis 19 (fünftes Hauptstück, erster Teil: Anzuwendende Vorschriften).

ist²⁵⁶. Erst dann kann gem BVergG 2002 die weitere Vorgehensweise festgelegt werden.

Das BVergG 2002 kennt verschiedene Arten von Vergabeverfahren, wobei einzelne – seit BGBl I 99/2002 neue – nur im Unterschwellenbereich anzuwenden sind, die traditionellen wie bisher sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich. Auftraggeber sind verpflichtet, die geltenden Bestimmungen eines Verfahrens, nachdem ausgeschrieben worden ist, in der – gegebenenfalls öffentlichen – Bekanntmachung anzugeben und bis zur endgültigen Vergabe des Auftrags auch einzuhalten²⁵⁷.

Die öffentlichen Bekanntmachungen von Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich²⁵⁸ hat der Auftraggeber unverzüglich und unmittelbar dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG unter Verwendung der Standardformulare für Bekanntmachungen von Aufträgen grundsätzlich in deutscher Sprache zu übermitteln²⁵⁹, wobei zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes die Bezeichnungen und Codes des Gemeinsamen Vokabulars für das öffentliche Auftragswesen (CPV) zu verwenden sind. Im Unterschwellenbereich²⁶⁰ muss die öffentliche Bekanntmachung jene Angaben enthalten, die den Interessenten eine Beurteilung ermöglichen, ob die Beteiligung am Vergabeverfahren für sie von Interesse ist.

Daraus lässt sich der Sinn und Zweck der öffentlichen Bekanntmachung ableiten, der darin liegt, die Auswahl der potentiellen Bieter nicht ausschließlich der vergebenden Stelle zu überlassen, sondern potentiellen Bewerbern die Möglichkeit zu geben, von einer beabsichtigten Auftragsvergabe Kenntnis zu erlangen. Durch die Bekanntmachungsvorschriften wird das Mindestmaß an Transparenz gewährleistet.

§ 23 zählt folgende Vergabeverfahrensarten taxativ auf, wobei die Rangordnung der Vergabeverfahren der geringer werdenden Intensität des Anbieterwettbewerbs entspricht:

- **Offenes Verfahren**

Dabei wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert²⁶¹. Jedes beliebige Unternehmen, das vor Ablauf der Angebotsfrist Interesse an der Teilnahme am offenen Verfahren bekundet, muss vom Ausschreiber die Ausschreibungsunterlagen unverzüglich bekommen, wobei eine gebietsmäßige Beschränkung unzulässig ist.

Dem Auftraggeber ist es untersagt, mit Bietern während des offenen Verfahrens über eine Angebotsänderung zu verhandeln. Zulässig sind hingegen kommissionell geführte **Aufklärungsgespräche** zur Einholung von Auskünften über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit und Gleichwertigkeit von Alternativangeboten erforderlich sind²⁶².

Das offene Verfahren folgt dem Ablaufschema gem folgender Abbildung 7:

²⁵⁶ Zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes s §§ 12 bis 15.

²⁵⁷ Vgl EuGH 25. April 1996 Rs C-87/94 (*Wallonische Busse*), Slg 1994 I-1395: Im gegenständlichen Fall wechselte die *Société régionale wallonne du transport* als öffentlicher Auftraggeber nach der Angebotsöffnung von einem offenen Verfahren auf ein Verhandlungsverfahren, indem sie Änderungen berücksichtigt hat, die an einem Angebot nach Öffnung der Angebote vorgenommen wurden.

²⁵⁸ §§ 37ff.

²⁵⁹ Eine Publikation in nationalen Medien bleibt dem öffentlichen Auftraggeber natürlich unbenommen.

²⁶⁰ §§ 44f.

²⁶¹ § 23 Abs 2.

²⁶² § 97 Abs 1.

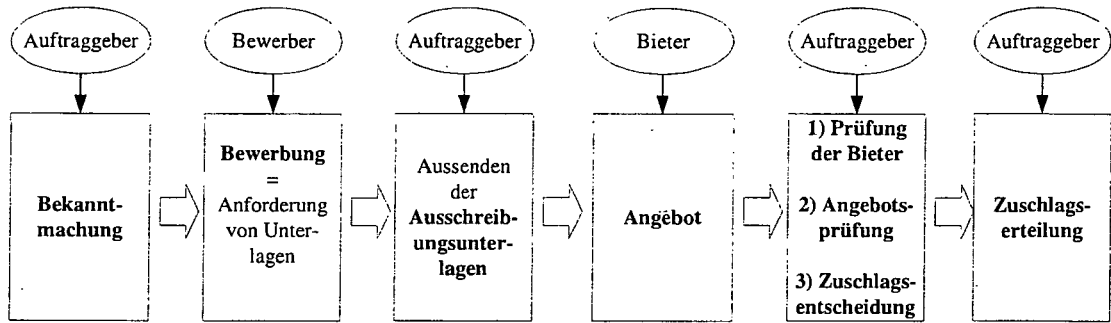


Abbildung 7: Ablaufschema für das offene Verfahren²⁶³

• **Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung**

Dabei werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert²⁶⁴, wobei die Anzahl der zur Angebotslegung einzuladenden Unternehmer **nicht unter fünf** liegen darf²⁶⁵.

Das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung folgt dem Ablaufschema gem folgender Abbildung 8.

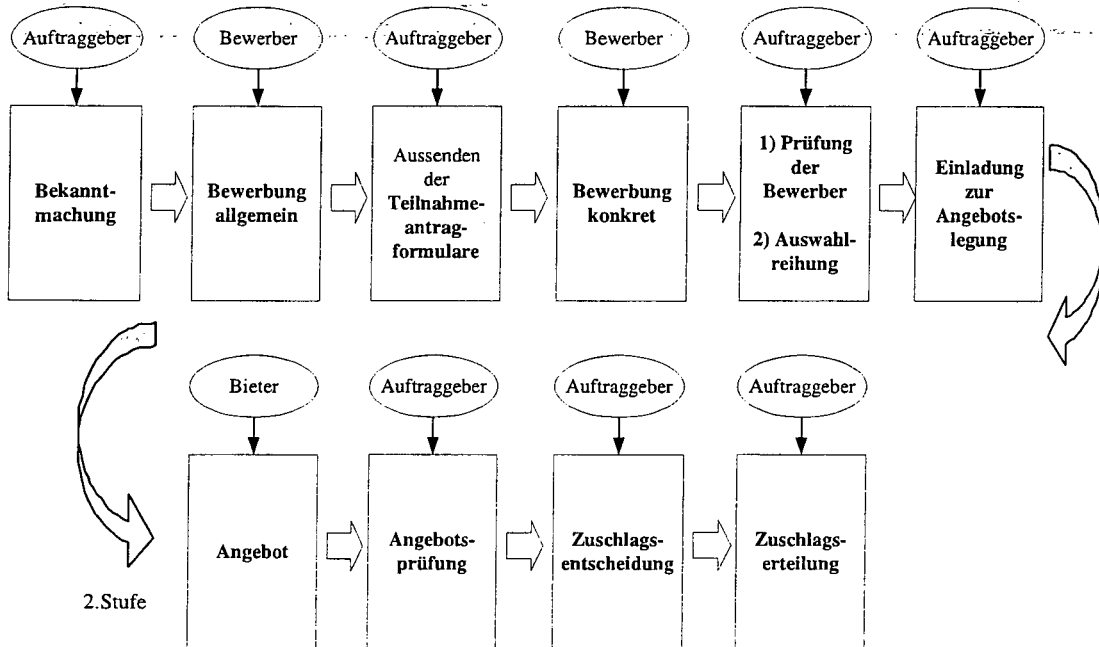


Abbildung 8: Ablaufschema für ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung²⁶⁶

Der Auftraggeber hat gem § 24 die **Wahlmöglichkeit** zwischen dem **offenen Ver-**

²⁶³ In Anlehnung an *Gölles/Leißer*, Bundesvergabegesetz 2002, 38.

²⁶⁴ § 23 Abs 3.

²⁶⁵ § 32 Abs 5.

²⁶⁶ In Anlehnung an *dies*, aaO, 39.

fahren und dem **nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung**²⁶⁷. Er muss seine Verfahrenswahl nicht begründen. Dieses nicht offene Verfahren ist aufgrund seiner Zweistufigkeit²⁶⁸ viel komplexer gestaltet als das offene, was eine genaue Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens sowie eine genaue Kenntnis des betreffenden Marktes der auszuschreibenden Leistung dem Auftraggeber abverlangt²⁶⁹. Allerdings kann ein Auftraggeber mit diesem Instrument am Vergabeverfahren interessierte Unternehmen aufgrund der fehlenden Eignung bereits ausschließen, bevor sie überhaupt noch ein Angebot abgegeben haben, das es zu prüfen gelte. Das bedeutet, dass der Prüfaufwand seitens des Auftraggebers bedeutend eingedämmt werden kann. Dies ist ganz allg eine Charakteristik der nicht offenen Vergabeverfahren.

Beiden bisher angeführten Verfahren ist zu eigen, dass sie va den **Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes** sowie den **Grundsatz der Gleichbehandlung** sicherstellen.

Unter gewissen Voraussetzungen dürfen auch die weiteren Vergabeverfahren zur Anwendung gebracht werden, wobei im folgenden lediglich auf Bauaufträge eingegangen wird:

- **Nicht offenes Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung**

Bei diesem Verfahren wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen²⁷⁰, wobei die Anzahl der zur Angebotslegung einzuladenden Unternehmer **nicht unter fünf** liegen darf²⁷¹.

Das Ablaufschema eines derartigen Vergabeverfahrens sieht aus wie folgt:

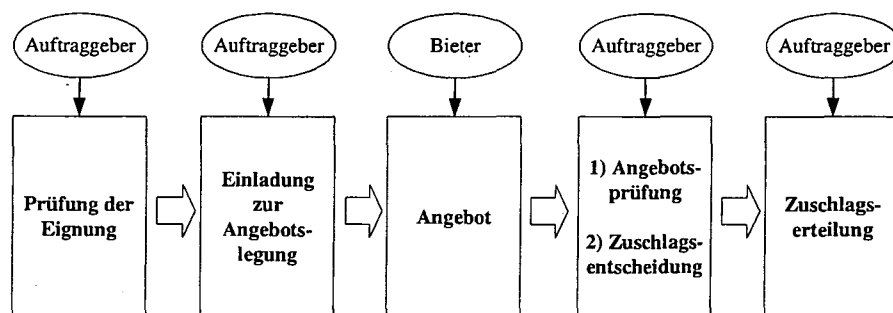


Abbildung 9: Ablaufschema für ein nicht offenes Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung²⁷²

Gem § 26 dürfen auf diese Art Aufträge nur dann vergeben werden, wenn die einzuladenden Unternehmer so häufig wie möglich gewechselt werden und wenn dem Auf-

²⁶⁷ Vgl Art 7 Abs 4 RL 93/37/EWG.

²⁶⁸ Die erste Stufe der Eignungsprüfung wird zeitlich in einem separaten Schritt vorgenommen, an die die Auswahl der Bewerber anhand von Auswahlkriterien anschließt. Die zweite Stufe beginnt mit der Einladung zur Angebotslegung der ausgewählten Bewerber, ergo künftigen Bieter; vgl Schwartz, Bundesvergabegesetz, § 23 Rz 4.

²⁶⁹ Vgl zu § 24 AB über die RV über BVergG.

²⁷⁰ § 23 Abs 4.

²⁷¹ § 33 Abs 3.

²⁷² In Anlehnung an Gölles/Leißer, Bundesvergabegesetz 2002, 40.

traggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauten Wettbewerb sicherzustellen. Überdies gilt es nur für Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert exkl USt 120.000 EUR nicht erreicht – für den Bereich ab 120.000 EUR aufwärts kommen also grundsätzlich die beiden erstgenannten Verfahren für die klassischen Bauauftragsvergaben zur Anwendung. Diese Wertgrenze, die im Gesetz als Obergrenze festgesetzt ist und die für die Wahl dieses Verfahrens ausschlaggebend ist, wurde im Hinblick darauf bestimmt, dass sich unterhalb dieser Grenze bei der Durchführung von Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten einstellen würden. Obwohl die Transparenz bei der Anwendung dieses Verfahrens in Mitleidenschaft gezogen wird, erscheint es dennoch aus den dargelegten Gründen sachlich gerechtfertigt.

• Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Es werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden²⁷³. Die Anzahl der zur Angebotslegung einzuladenden Unternehmer darf nicht unter drei liegen²⁷⁴, sofern eine hinreichende Anzahl geeigneter Unternehmer überhaupt existiert.

Das Ablaufschema dieses Verfahrens ähnelt jenem des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung:

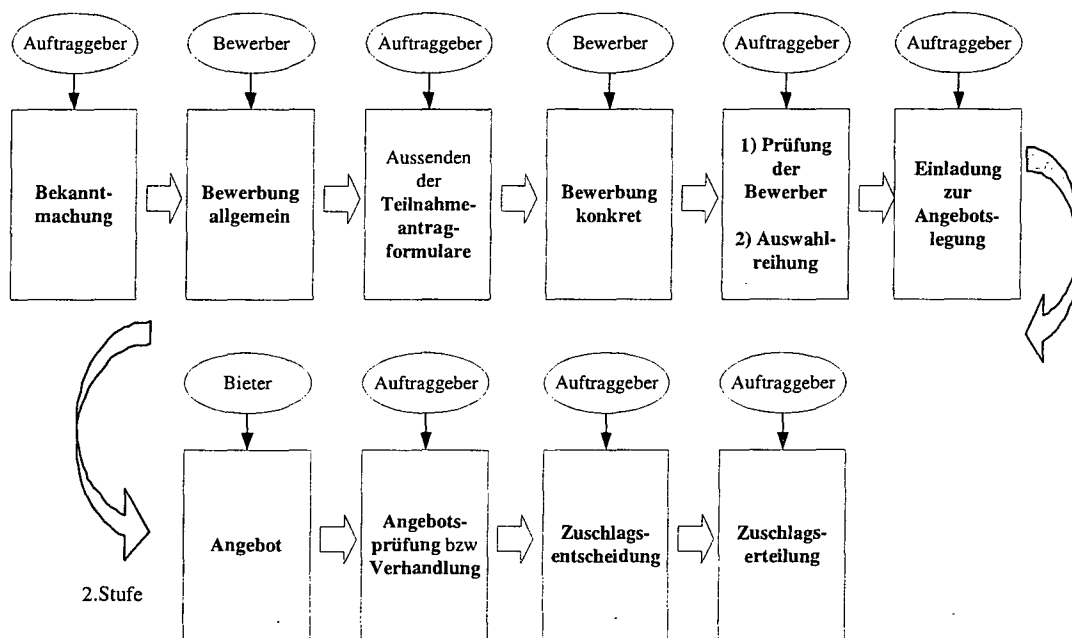


Abbildung 10: Ablaufschema für ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung²⁷⁵

Für Bauaufträge normiert § 25 Abs 3 – bzw § 26 Abs 2 für den letzten Punkt – die Voraussetzungen, unter denen das gegenständliche Verfahren zur Anwendung gebracht

²⁷³ § 23 Abs 5.

²⁷⁴ § 34 Abs 5.

²⁷⁵ In Anlehnung an Gölles/Leißer, Bundesvergabegesetz 2002, 39.

werden kann:

- Ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung hat keine für den Auftraggeber geeigneten Angebote²⁷⁶ erbracht, und die urspr Bedingungen für den Bauauftrag haben sich nicht geändert.
- Das betreffende Bauvorhaben wird nur zu Forschungs-, Versuchs- und Entwicklungszielen und nicht mit dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten durchgeführt.
- Bauaufträge, bei denen eine globale Preisgestaltung nicht möglich ist²⁷⁷.
- Bauaufträge, bei denen vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können.

Verhandlungsverfahren im allg stellen **Ausnahmeverfahren** dar. Der Auftraggeber, der das Verhandlungsverfahren wählt, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen.

- **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung**

Eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen wird zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden²⁷⁸. Die Anzahl der zur Angebotslegung einzuladenden Unternehmer darf **nicht unter drei** liegen²⁷⁹, sofern eine hinreichende Anzahl geeigneter Unternehmer überhaupt existiert.

In diesem Fall normiert § 25 Abs 4 – bzw § 26 Abs 3 Z 2 für den letzten Punkt – die **Voraussetzungen**, unter denen das gegenständliche Verfahren zur Anwendung gebracht werden kann:

- Ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung hat keine für den Auftraggeber geeigneten Angebote²⁸⁰ erbracht, und die urspr Bedingungen für den Bauauftrag haben sich nicht geändert. Auf Wunsch wird der Kommission ein Bericht vorgelegt.
- Der Bauauftrag kann nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden (aus technischen oder künstlerischen Gründen oder wegen Ausschließungsrechten).
- Bei Vorliegen dringlicher, zwingender, dem Verhalten des Auftraggebers nicht zuzuschreibender Gründe, die nicht vorhersehbar sind.
- Bauleistungen, die zur Ausführung eines bestehenden Bauauftrages wegen eines unvorhergesehenen Ereignissen unbedingt zusätzlich notwendig sind, wenn der gesamtwert 50 % des Werkes des urspr Bauauftrages nicht überschreitet, sofern der Auftrag an den Unterneh-

²⁷⁶ Als ein nach dem BVergG ungeeignetes Angebot wäre zB jenes zu qualifizieren, das nach den Vorschriften des BVergG auszuschneiden ist, verspätet eingereicht wurde oder unwirtschaftlich ist.

²⁷⁷ Wie zB bei Reparaturleistungen, bei denen Eventualitäten berücksichtigt werden müssen, die sich erst nach Beginn der Arbeiten einschätzen lassen.

²⁷⁸ § 23 Abs 6.

²⁷⁹ § 35 Abs 2.

²⁸⁰ S FN 276 auf Seite 49.

mer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausgeführt hat – unter bestimmten im BVergG detailliert umschriebenen Umständen.

- Bauleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen – unter bestimmten im BVergG detailliert umschriebenen Umständen.
- Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert exkl USt **80.000 EUR nicht erreicht**.

Das Ablaufschema dieses Vergabeverfahrens ähnelt nun dem des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:

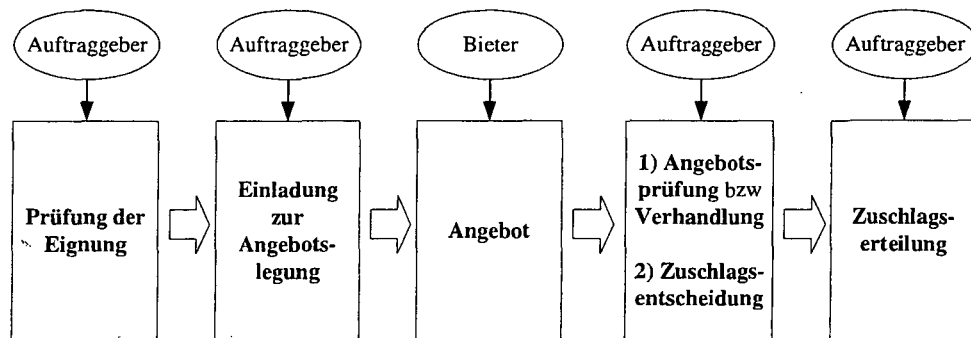


Abbildung 11: Ablaufschema für ein Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung²⁸¹

• Direktvergabe

Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen²⁸². Sie ist nur dann zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert exkl USt **20.000 EUR²⁸³ nicht erreicht** – für den **Oberschwellenbereich ist dieses Verfahren somit ausgeschlossen**. Es ist lediglich die Unternehmer-eignung, insb die Befugnis, zu überprüfen bzw sind die Gründe für die Wahl dieses Vergabeverfahrens zu vermerken.

• Elektronische Auktionen

Diese unterteilen sich in solche ohne beschränkter Teilnehmeranzahl und solche mit beschränkter Teilnehmeranzahl, wobei bei zweiterer die Zweistufigkeit jener bei den nicht offenen Verfahren bzw Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ähnelt. **Für Bauaufträge ist dieses Verfahren zur Gänze ausgeschlossen.**

• Rahmenvereinbarung

Nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurde, wird eine Leistung von einem ausgewählten Unternehmer in einem ein- oder zweistufigen Verfahren bezogen²⁸⁴. **Für den Oberschwellenbereich ist dieses Verfahren ausgeschlossen²⁸⁵**. Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem

²⁸¹ In Anlehnung an Gölles/Leißer, Bundesvergabegesetz 2002, 40.

²⁸² § 23 Abs 7.

²⁸³ § 27 Abs 1 Z 2.

²⁸⁴ § 23 Abs 10.

²⁸⁵ § 29.

oder mehreren Unternehmern mit dem Ziel, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insb in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge²⁸⁶.

Die folgende Abbildung 9 gibt eine Übersicht über die im BVergG 2002 geregelten Mindestfristen zur Stellung von Teilnahmeanträgen bzw zur Legung von Angeboten:

Art des Vergabeverfahrens	Mindestfristen	im Oberschwellenbereich			im Unterschwellenbereich	
		normal	bei Vorliegen einer Vorinformation	dringlich	normal	in besonders begründeten Fällen
offenes Verfahren	zur Angebotslegung	52 Tage	22 Tage	unzulässig	22 Tage	< 22 Tage
nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	zur Teilnahmeantragstellung	37 Tage	37 Tage	15 Tage	14 Tage	14 Tage
	zur Angebotslegung	40 Tage	26 Tage	10 Tage	22 Tage	< 22 Tage
nicht offenes Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung	zur Angebotslegung	unzulässig	unzulässig	unzulässig	22 Tage	< 22 Tage
Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	zur Teilnahmeantragstellung	37 Tage	37 Tage	15 Tage	14 Tage	ungeregelt
	zur Angebotslegung	keine Frist	keine Frist	10 Tage	keine Frist	ungeregelt
Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung	zur Angebotslegung	keine Frist	unzulässig	keine Frist	keine Frist	ungeregelt

Abbildung 12: Fristen zur Stellung von Teilnahmeanträgen bzw zur Legung von Angeboten²⁸⁷

Die **Fristen**, die zur Stellung der Teilnahmeanträge bzw zur Legung der Angebote einzuhalten sind, werden in den §§ 46 bis 50 bestimmt. Sie dürfen nicht unterschritten werden und haben **angemessen** zu sein. Für die Angebotsfristen bedeutet das etwa, dass sie so zu bemessen sind, dass den Bietern hinreichend Zeit zur Erstellung der Angebote verbleibt.

Das BVergG 2002 bietet auch die Möglichkeit, die Regelfristen für gewisse Verfahrensarten zu verkürzen, wenn entweder **Dringlichkeit** vorliegt oder aber eine **Vorinformation** gem § 38²⁸⁸ erfolgt ist. Dringlichkeit bedeutet, dass die Bieterinteressen den Interessen der Allgemeinheit hintan gestellt sind. Bei Vorliegen einer Vorinformation gilt es die Bieterinteressen und die Wahrung des Wettbewerbes sehr wohl zu berücksichtigen.

Um einen organisierten Parallelwettbewerb der Anbieter durch das Vergaberecht gewährleisten zu können, sind sowohl auf Nachfragerseite als auch auf Anbieterseite bestimmte Funktionsbedingungen zu erfüllen:

d) Ausschreibung

Die Bedingungen für die Nachfragerseite stellt das erste Hauptstück des dritten Teils des BVergG 2002 dar, die besondere Bestimmungen für die Ausschreibung enthält. Einen wesentlichen Bestandteil macht dabei die Beschreibung der Leistung aus, insb de-

²⁸⁶ § 20 Z 27.

²⁸⁷ Vgl *Gölles/Leißer*, Bundesvergabegesetz 2002, 41; *Kropik/Mille/Sachs*, Vergaberecht, 42; eine überaus ausführliche Darstellung der gegenständlichen Fristen liefert *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002, 297ff und 303f.

²⁸⁸ Eine Vorinformation liegt vor, wenn der Auftraggeber am Beginn seines jeweiligen Finanz- bzw Haushaltsjahres eine nicht verbindliche Bekanntmachung mit näher im Gesetzestext angeführten Angaben veröffentlicht.

ren Qualität.

Durch die Ausschreibung soll der öffentliche Auftraggeber vergleichbare Angebote für das betreffende Projekt erhalten, denn nur so ist es möglich, durch einen Preisvergleich das preisgünstigste Angebot zu erkennen²⁸⁹. Weiters soll sie die Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren. Dabei hat der Ausschreiber unter Beachtung der Grundsätze der §§ 914f ABGB die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden zu erforschen²⁹⁰. Daraus lässt sich ableiten, dass die Ausschreibung so präzise gestaltet sein muss, dass sie unmittelbar Inhalt des Leistungsvertrages werden kann und nur mehr durch jene Vertragsbestandteile ergänzt werden muss, die im Angebot enthalten sind²⁹¹.

Unter Einhaltung der allg Grundsätze des Vergaberechts gelten für die Ausschreibung **besondere Grundsätze**²⁹², die im wesentlichen eine Konkretisierung ersterer darstellen. Sie entsprechen auch den Grundsätzen der ÖNORM A 2050:

- Grundsätzlich sind die Ausschreibungsunterlagen derart auszuarbeiten, dass die **Vergleichbarkeit der Angebote** sichergestellt ist und die Preise **ohne umfangreiche Vorarbeiten** und **ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken** von den Bietern ermittelt werden können.
- Die Leistungen müssen, sofern nicht ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Anwendung kommt, so **rechtzeitig** bekannt gemacht werden, dass die Vergabe nach den Verfahren des BVergG 2002 ermöglicht wird.
- Auf **umweltgerechte** Produkte und Verfahren ist Bezug zu nehmen.

In den Ausschreibungsunterlagen sind die als erforderlich erachteten **Nachweise** aufzunehmen²⁹³. Das betrifft die Nachweise über die Befugnis zur Leistungserbringung, über die Zuverlässigkeit sowie über die finanzielle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

Weiters ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (**Bestbieterprinzip**) oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, sodass qualitativ gleichwertige Angebote sichergestellt sind²⁹⁴ – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (**Billigstbieterprinzip**) erteilt werden soll²⁹⁵. Sollte sich der Auftraggeber für ersteres Prinzip entscheiden, so hat er alle Zuschlagskriterien²⁹⁶, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung²⁹⁷ anzugeben.

²⁸⁹ Aicher, Wettbewerbspolitische Aspekte, 29 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht; *Krejci in Rummel (Hrsg)*, ABGB Kommentar, §§ 1165, 1166 Rz 85.

²⁹⁰ Dies ist gängige Spruchpraxis des BVA; vgl *Holoubek*, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, e-colex 1997, 203; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 66 Rz 1.

²⁹¹ Vgl zu § 66 AB über die RV über BVergG.

²⁹² § 66.

²⁹³ § 67 Abs 2.

²⁹⁴ Wie zB bei standardisierten Leistungen im Straßenbau, Lieferungen von Waren mit einem hohen Standardisierungsgrad uva.

²⁹⁵ Die ÖNORM A 2050 kennt lediglich das Bestbieterprinzip.

²⁹⁶ Die Festlegung dieser Kriterien ist im freien Ermessen des Auftraggebers vorzunehmen, jedoch müssen sie geeignet sein, diese Festlegung nach objektiven Gesichtspunkten nachvollziehbar darstellen lassen zu können; maW: Sie dürfen keine willkürlichen Auswahlelemente beinhalten.

²⁹⁷ Die Zuschlagskriterien müssen also idR einer Reihung, Gewichtung udgl unterzogen werden, wobei die Gewichtung auch innerhalb einer Marge erfolgen kann.

Alternativangebote sind nur bei Vergaben, die dem Bestbieterprinzip folgen, zulässig. Technische Alternativangebote dürfen nur aus wichtigen Gründen nicht zugelassen werden²⁹⁸. Wirtschaftliche und rechtliche Alternativangebote bedingen einen unverhältnismäßig hohen Prüfaufwand, weswegen sie demgem ohne nähere Begründung ausgeschlossen werden können.

Die **Beschreibung der Leistung**²⁹⁹ hat **eindeutig, vollständig** und **neutral** zu erfolgen, und sie muss technische Spezifikationen³⁰⁰ enthalten, die für alle Bewerber bzw Bieter gleichermaßen zugänglich sein müssen. Sie muss also so konzipiert sein, dass alle Bieter die beschriebene Leistung auch **gleich verstehen** können. Somit werden die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs verwirklicht.

Gegebenenfalls ist die Leistungsbeschreibung durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster udgl zu ergänzen.

Die Leistung darf nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung der Angebote von Bedeutung sind wie zB örtliche oder zeitliche Umstände bzw besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung, sind anzuführen. Die Leistung muss für die Bieter **kalkulierbar** sein, was voraussetzt, dass die **Planung vor der Ausschreibung** soweit **abgeschlossen** sein muss, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können³⁰¹. Dies unterbindet andererseits auch eine dadurch nicht mehr notwendig gewordene Kontaktaufnahme zu Bewerber bzw Bieter, was zur Folge hat, dass Informationsvorsprünge einzelner – somit auch wettbewerbsverzerrende Elemente – hinten gehalten werden³⁰².

In der Baubranche sind die Leistungen, über die Verträge geschlossen werden, idR sehr umfangreich. § 76 Abs 1 sieht bei derartigen Leistungen eine Aufgliederung in **Leistungsverzeichnisse** vor, die ua für den Bewerber bzw Bieter von zentraler Bedeutung für die Entscheidung ist, ob am Vergabeverfahren überhaupt teilgenommen werden soll. Existieren geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken. Auch dadurch soll die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden.

Berichtigungen der Ausschreibungen³⁰³ und – erforderlichenfalls – der Bekanntmachung sind während der Angebotsfrist³⁰⁴ möglich. Sie sind unbedingt allen Bewerbern bzw Bieter nachweislich zu übermitteln. Dadurch sollen Kosten bzw allfällige Schadenersatzansprüche der Bieter vermieden werden.

Die **Zuschlagsfrist**³⁰⁵, während dieser der **Bieter an sein Angebot gebunden** ist, bezeichnet den Zeitraum, der zwischen Ablauf der Angebotsfrist und der Zuschlagsertei-

²⁹⁸ § 69.

²⁹⁹ § 74.

³⁰⁰ § 20 Z 30: „Technische Spezifikationen sind sämtliche technische Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis, eine Lieferung oder eine Dienstleistung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis, die Lieferung oder die Dienstleistung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen.“

³⁰¹ Vgl Hahn, Bundesvergabegesetz 2002, 419f.

³⁰² Vgl Aicher, Wettbewerbspolitische Aspekte, 31 in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsbericht.

³⁰³ § 78.

³⁰⁴ S Abbildung 12 auf Seite 52.

³⁰⁵ § 79.

lung liegt. Sie ist kurz zu halten und darf **fünf Monate** nicht überschreiten³⁰⁶. Aus wirtschaftlicher Sicht ist die Zuschlagsfrist deswegen kurz zu halten, um die Bieter nicht übermäßigen Risiken hinsichtlich nicht vorhersehbarer Kostensteigerungen während dieser Frist auszusetzen bzw um die Bieter nicht übermäßig lang mit der Disposition ihrer Produktionskapazitäten im Ungewissen zu lassen. Eingeleitete Nachprüfverfahren haben während ihrer Dauer Suspensivwirkung auf die Zuschlagsfrist³⁰⁷.

e) Angebot

Die Funktionsbedingungen für die Anbieterseite sind im BVergG 2002 ua im zweiten Hauptstück des dritten Teils für das Angebot des Bieters geregelt. Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes – **selbst bei fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen** – genau an diese zu halten, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird. Der vorgeschriebene Text darf weder geändert noch ergänzt werden³⁰⁸. Diese strenge Regelung soll die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen. Weiters müssen sich Angebote idR auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen.

Alternativangebote haben die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen, wobei der Bieter selbst den Nachweis der Gleichwertigkeit erbringen muss.

Somit stehen zwei Ausnahmen vom Grundsatz, dass das Angebot exakt der Ausschreibung entsprechen muss, fest:

- im Fall des Verhandlungsverfahrens, wo auch hinsichtlich der Leistungsbeschreibung Änderungen vorgenommen werden können,
- im Fall des Alternativangebotes, bei dem der Bieter einen alternativen Leistungsvorschlag erbringen kann.

§ 81 Abs 5 gibt dem Bewerber bzw Bieter die Möglichkeit, dem Auftraggeber mitzuteilen, dass aus seiner Sicht eine **Berichtigung** der Ausschreibungsunterlagen oder der Ausschreibung selbst durchzuführen ist. Hierbei handelt es sich um eine sogen *lex imperfecta*, denn es folgt keine unmittelbare Konsequenz aus der Verletzung der Mitteilungspflicht. Spätere Schadenersatzansprüche seitens des Ausschreibers mit dem Einwand des Mitverschuldens bzw der Verletzung der Schadensminderungspflicht sind allerdings nicht ausgeschlossen, wenn ein Bieter von ihm erkannte Ausschreibungsfehler oder solche, die ihm auffallen hätten müssen, nicht mitgeteilt hat.

Während der Angebotsfrist steht dem Bieter noch die Möglichkeit offen, durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot zu **ändern**, zu **ergänzen** oder von demselben **zurückzutreten**³⁰⁹.

Das BVergG 2002 enthält darüber hinaus noch Bestimmungen über die Form³¹⁰, den Inhalt³¹¹ der Angebote sowie zum Einreichen³¹² der Angebote. Sie dienen einem kor-

³⁰⁶ In Einzelfällen darf sie auch aus zwingenden Gründen **sieben Monate** betragen. Gem *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 79 Rz 2 liegen solche Gründe zB **nicht** vor bei mangelnden personellen oder technischen Voraussetzungen des Auftraggebers, bei ungenügenden Ausschreibungsunterlagen, bei Abwarten von Marktentwicklungen etc.

³⁰⁷ S nachfolgender Punkt „Rechtsschutz“.

³⁰⁸ § 81 Abs 1.

³⁰⁹ § 81 Abs 7.

³¹⁰ § 82: „Angebote sind ua vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Nachträgliche Veränderungen müssen bemerkbar und nachweisbar sein.“

³¹¹ § 83: „Name, Geschäftssitz, gegebenenfalls Bevollmächtigte, eine vorgesehene Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer, Vadiumsnachweis, alle einzutragenden Preise im Leistungsverzeichnis, diverse Erläuterungen, allfällige Alternativangebote, Datum und rechtsgültige Unterfertigung uvm sind vom

rekten Vergabeverfahren und sollen insb nachträgliche Änderungen, Einfügungen oder Fälschungen verhindern.

Angebote sind grundsätzlich **ohne gesonderte Vergütung** zu erstellen³¹³. Lediglich besondere Ausarbeitungen wie zB die Erstellung von Mustern, Modellen, umfangreichen Konstruktionsarbeiten uä sind angemessen zu vergüten, sofern dies in den Ausschreibungsunterlagen auch so festgelegt wurde.

Bei Widerruf der Ausschreibung, der aus Gründen, die der Sphäre des Ausschreibenden zuzurechnen sind, vorgenommen wird, sieht das BVergG 2002 auf Verlangen den Ersatz der Kosten der Ausschreibungsunterlagen für die Bieter sowie gegen Rückstellung der Ausschreibungsunterlagen auch für die Bewerber vor.

f) Zuschlagsverfahren

Bei der **Entgegennahme**³¹⁴ und **Öffnung**³¹⁵ der Angebote ist insb darauf zu achten, dass die Angebote für Unbefugte unzugänglich verwahrt werden, und dass keine Auskünfte über die einlangenden Angebote, insb über die Bieter oder über die Anzahl der abgegebenen Angebote, erteilt werden; weiters, dass bei offenen und nicht offenen Verfahren die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist kommissionell zu öffnen sind. Bei der Öffnung der Angebote dürfen die Bieter grundsätzlich teilnehmen. Beim Verhandlungsverfahren ergibt sich aus dessen Wesen selbst schon, dass eine formalisierte Öffnung der Angebote hinfällig ist.

In einem weiteren Schritt werden ua die Angebote in der Eingangsreihenfolge mit fortlaufenden Nummern versehen, auf Unterfertigung sowie auf Vollständigkeit der Bestandteile des Angebots untersucht und die Gesamtpreise oder die Angebotspreise mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe verlesen. Eine Niederschrift ist anzufertigen.

Eine Angebotsöffnung ist nicht wiederholbar. Die dabei gemachten Fehler sind **nicht sanierungsfähig**. Die **Nichtverlesung** wesentlicher Angebotsteile stellt einen **schweren und unbehebbar Mangel** dar³¹⁶.

Im Anschluss an die Öffnung der Angebote werden dieselben darauf hin **geprüft**, ob sie **rechnerisch richtig**³¹⁷ sind, ob den **allg Grundsätzen** des Vergabeverfahrens entsprochen wurde, ob die **Eignung** der Bieter vorhanden ist, ob die **Angemessenheit der Preise**³¹⁸ unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen die ausgeschriebene Leistung zu erbringen sein wird, vorliegt – liegt ein im Verhältnis zu Leistung ungewöhnlich niedriger Preis vor, so muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls vertieft prüfen –, und ob – bei einer gegebenenfalls derartigen **vertieften Angebotsprüfung** – die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind.

Auch über die Prüfung ist eine Niederschrift anzufertigen.

Bieter anzugeben.“

³¹² § 84.

³¹³ § 86.

³¹⁴ § 87.

³¹⁵ § 88.

³¹⁶ Ausführlich zu Mängel in Angeboten s *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, passim.

³¹⁷ § 92.

³¹⁸ § 93; s FN 71 auf Seite 18.

Bevor die Zuschlagsentscheidung fällt sind ua folgende Angebote **auszuscheiden**³¹⁹:

- Angebote von Bietern, bei welchen die Eignungskriterien nicht erfüllt werden³²⁰,
- Angebote von Unternehmen, die an der Ausarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt waren, sofern dadurch ein fairer und lauterer Wettbewerb gefährdet ist³²⁰,
- Angebote ohne plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises,
- Angebote ohne Preis, bei denen der Bieter lediglich erklärt, das billigste Angebot zu unterbieten,
- Angebote ohne Nachweis des Vadiums,
- verspätet eingebrachte Angebote,
- Angebote von Bietern, die Preisabreden getroffen haben,
- rechnerisch fehlerhafte Angebote,

ua.

Von den nicht ausgeschiedenen Angeboten bleibt jenes für die **Zuschlagsentscheidung** übrig, das dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) entspricht³²¹, wobei die Gründe dafür ebenfalls schriftlich festzuhalten sind.

Erst seit kurzer Zeit³²² wird die **Zuschlagsentscheidung** von der **Zuschlagserteilung** getrennt. Dies ist auf die Erkenntnis des EuGH³²³ zurückzuführen, die besagt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsabschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag zu schließen gedenkt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, indem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadenersatz zu erlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind³²⁴. Die vergaberechtliche Zuschlagsentscheidung und der zivilrechtliche Vertragsabschluss fallen sohin nicht mehr mit der Folge zusammen, dass gegen die Zuschlagsentscheidung nur Sekundärrechtsschutz über Schadenersatz besteht³²⁵. Vielmehr kann die Zuschlagsentscheidung³²⁶ selbst bereits bekämpft werden. Dies gewährleistet eine effektivere Gestaltung des Rechtsschutzes.

³¹⁹ § 98.

³²⁰ Dieser Ausscheidungsgrund kommt nur bei offenen Verfahren vor.

³²¹ § 99.

³²² BGBI I 125/2000 erließ den damaligen § 53a „Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“.

³²³ EuGH 28. Oktober 1999 Rs C-81/98 (*Ökopunkte*), Slg 1999 I-7671: Diese Entscheidung erging aufgrund einer Vorlage des BVA an den EuGH, in der die Frage geklärt werden sollte, ob Art 2 der RMR verlangt, dass die Mitgliedstaaten auch die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren einer Anfechtbarkeit im Wege des Primärrechtsschutzes unterwerfen. Der Vorlage ging das Begehren des zur Errichtung eines elektronischen berührungslosen Abbuchungssystems für die sogenannten „Ökopunkte“ nicht zum Zuge gekommenen Bieterkonsortiums *Alcatel Austria* auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, dem Werkunternehmer die Vertragsdurchführung wegen verschiedener Vergabeverstöße zu untersagen, voran.

³²⁴ S auch *Wilhelm*, Bestbieters Sieg, 5.

³²⁵ *Holoubek*, Zuschlagsbekämpfung im Vergaberecht?, *ecolex* 2000, 11.

³²⁶ Darunter versteht *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 100 Rz 1, den Abschluss des auftraggeberinternen Willensbildungsprozesses, an dessen Ende die Fassung des rechtsgeschäftlichen Willens steht, einem bestimmten Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Die **Zuschlagsentscheidung** gilt es gem § 100 gleichzeitig, unverzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax den Bietern bekannt zu geben. Der Zuschlag darf **bei sonstiger Nichtigkeit** nicht innerhalb einer – als materiellrechtliche Frist zu qualifizierenden³²⁷ – **Stillhaltefrist von** grundsätzlich³²⁸ **14 Tagen** ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erteilt werden.

Die **Zuschlagserteilung** erfolgt durch Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief³²⁹.

Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält³³⁰.

Das Vergabeverfahren endet mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung³³¹, der in derselben Art bekannt zu machen ist wie die Ausschreibung selbst. Letzterer **muss** vorgenommen werden, wenn Umstände bekannt werden, die eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung³³² geführt hätten, wenn sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen wären. Er **kann** vorgenommen werden, wenn für den Auftraggeber schwerwiegende Gründe bestehen, die den Widerruf sachlich rechtfertigen, oder wenn nach Ablauf der Angebotsfrist bloß ein Angebot eingelangt bzw nach Ausscheiden anderer Angebote ein Angebot verblieben ist.

Ein Vergabevermerk, der Auskunft über die maßgeblichen Ereignisse des Verfahrens gibt, ist anzufertigen.

g) Rechtsschutz

Unter Rechtsschutz ist im allg die **Sicherung der Einhaltung des objektiven Rechts** – und damit auch der sich daraus ergebenden **subjektiven Rechte** – zu verstehen³³³. Zur Einhaltung von Gesetzen sind dementsprechende Rechtsschutzeinrichtungen³³⁴ vorzusehen, die im Falle des Vergaberechts gem BVergG 2002 die B-VKK und das BVA³³⁵ bereitstellen; und zwar als eigene unabhängige auf Art 14b Abs 6 B-VG fußende Vergabekontrollbehörden – nur das BVA übt die ihm zugewiesenen Zuständigkeiten sowohl in erster als auch und letzter Instanz aus³³⁶ –, die ihre Befugnisse gegenüber Auftraggebern iSd BVergG 2002 ausüben, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in

³²⁷ S zu § 46 AB über die RV über BVergG; zur Unklarheit über den Charakter der Stillhaltefrist (materiellrechtliche vs prozessuale Frist) *Thienel*, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003/28, 72.

³²⁸ Diese Frist kann auch uU **sieben oder drei Tage** betragen.

³²⁹ § 102.

³³⁰ Im Falle einer Fristüberschreitung bzw bei Abweichen des Auftrags vom Angebot bedarf es – innerhalb angemessener Frist – einer schriftlichen Annahmeerklärung.

³³¹ S §§ 104 und 105.

³³² *Heid/Hauck/Preßlmayr*, Handbuch, 220, führen als Umstände, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, Fälle an, in denen zB aufgrund geänderter gesetzlicher Rahmenbedingungen der Auftrag nicht in der urspr beabsichtigten Form erbracht werden kann oder tatsächliche Veränderungen eingetreten sind, die das Anforderungsprofil an den Auftrag wesentlich verändern (zB technische Entwicklungen).

³³³ *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht, Rz 492.

³³⁴ Im BVergG bzw im üblichen Sprachgebrauch werden diese „Rechtsmittel“ genannt.

³³⁵ Sowohl B-VKK als auch BVA sind im BMWA mit Sitz in Wien eingerichtet.

³³⁶ Das BVA ist jedoch kein letztinstanzliches Gericht iSd Art 234 Abs 3 EGV; darauf beruhend, dass seine Entscheidungen auch vor dem VfGH – fußend auf Art 130 Abs 1 B-VG – anfechtbar sind, der neben der „Grobprüfung“ des VfGH die „Feinprüfung“ vornimmt.

den Vollziehungsbereich³³⁷ des Bundes fallen. Es können die B-VKK als Mediationsstelle bzw das BVA als Nachprüfungsorgan angerufen werden, nicht zuletzt um den soeben angeführten Individualrechtsschutz der Bewerber bzw Bieter, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Vergabewettbewerbs sicherzustellen.

Sie bieten somit den

- **Vergabespezifischen Rechtsschutz gem BVergG 2002**

Die Länder, auf die des weiteren nicht eingegangen wird, haben für ihren Bereich durch Landesgesetze³³⁸ eigene Vergabekontrolleinrichtungen geschaffen, die entweder als Kollegialbehörden gem Art 133 Z 4 B-VG oder als UVS eingerichtet sind.

Die **B-VKK ist bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens durch Widerruf zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten**³³⁹ zwischen vergebender Stelle und Bewerbern bzw Bieteren zuständig³⁴⁰, wobei (erstmalig) im Unterschwellenbereich ein Tätigwerden dann gesetzlich vorgesehen ist, wenn **beide** Beteiligten die B-VKK auf Schlichtung ersuchen.

Der Schlichtungssenat muss längstens innerhalb von **zwei Wochen** vermitteln. Sein oberstes Ziel ist es, auf eine **gütlich Einigung hinzuwirken**. Die B-VKK kann auch ein Schlichtungsersuchen nach einer bereits erfolgten Angebotsöffnung auch ablehnen, sofern sie der Auffassung ist, dass keine gütliche Einigung erzielt werden kann³⁴¹. Die Streitteile sind darüber unverzüglich zu informieren.

Kommt keine Einigung³⁴² zustande, so hat der Schlichtungssenat die Streitteile innerhalb von **acht Tagen** darüber zu verständigen, bzw er kann auch eine **begründete Empfehlung** darüber abgeben, wie die der Meinungsverschiedenheit zu Grunde liegende Rechtsvorschrift angewendet werden soll, sofern das Schlichtungsverfahren Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft.

§ 160 normiert Verfahren, bei denen eine Schlichtung unzulässig ist:

- bei beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit,
- im Unterschwellenbereich unterhalb der Bagatellegrenze, die ein nicht offenes bzw ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntma-

³³⁷ Vgl FN 203 auf Seite 39.

³³⁸ Burgenländisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBI 34/2003 vom 27.Juni 2003

Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz LGBI 17/2003 vom 10.Juni 2003

Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBI 3/2003 vom 13.Februar 2003

Oberösterreichisches Vergabenachprüfungsgesetz LGBI 153/2003 vom 31.Dezember 2003

Salzburger Vergabekontrollgesetz LGBI 103/ 2002 vom 20.Dezember 2002

Steiermärkisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBI 43/2002 vom 30.Juni 2003

Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz LGBI 123/2003 vom 27.Dezember 2002

Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz LGBI 1/2003 vom 9.Jänner 2003

Wiener Vergaberechtsschutzgesetz LGBI 25/2003 vom 30.Juni 2003

³³⁹ Die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten ist nicht (mehr) zwingend notwendig einem Nachprüfungsverfahren oder einem Feststellungsverfahren durch das BVA vorzuschalten, was mit einer mangelnden Notwendigkeit mit einer derartigen Befassung begründet wird; vgl *Hackl*, Seminar ‚Vergabespezifischer Rechtsschutz für Bewerber und Bieter nach dem Bundesvergabegesetz 2002‘ vom 15.Mai 2003; ähnlich *Etlinger*, Die B-VKK: Vom Kontrollorgan zur freiwilligen Mediationsstelle, 90f in *Bundesvergabeamt (Hrsg)*, Standpunkte zum Vergaberecht.

³⁴⁰ § 159 Abs 1.

³⁴¹ Kritisch zu dieser Abweisung *a limine Latzenhofer*, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/83, 213.

³⁴² § 161 Abs 3.

chung oder die Direktvergabe rechtfertigen,

- bei Entscheidungen, deren Rechtswidrigkeit vor dem BVA nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Über das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens ist eine Niederschrift anzufertigen.

Das **BVA** ist auf von einem Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, und dem durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, gestellten Antrag zur Durchführung eines **Nachprüfungsverfahrens bis zur Zuschlagserteilung** zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2002 zuständig zur:

- Erlassung einer **einstweiligen Verfügung (eV)**³⁴³ iSd Effektivitätssicherung³⁴⁴ des Rechtsschutzes³⁴⁵

Dadurch kann das BVA unverzüglich vorläufige Maßnahmen ergreifen, um drohende Schädigungen von Interessen des Antragstellers hinten zu halten. Das BVA hat jedoch vor Erlassung derselben sowohl die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für Bieter bzw Bewerber und für Auftraggeber als auch ein allfälliges öffentliches Interesse gegeneinander abzuwägen, auf Basis dessen zu entscheiden ist, ob von einer Erlassung einer eV abzusehen ist. Anträgen auf eV, die die Untersagung der Zuschlagserteilung oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt **auf jeden Fall** Suspensivwirkung zu.

Mit einer eV können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen ausgesetzt³⁴⁶ werden – längstens aber für zwei Monate³⁴⁷. Überdies muss sie ergriffen werden, wenn evtl Schadenersatzansprüche im Zivilrechtsweg gewahrt werden sollen³⁴⁸.

- **Nichtigerklärung**³⁴⁹ einer rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers, wenn sie im Widerspruch zum BVergG 2002 steht oder für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Ein **Nachprüfungsverfahren** kann nur bei **gesondert anfechtbaren Entscheidungen** eingeleitet werden. Diese sind sehr ausführlich in § 20 Z 13 lit a taxativ angeführt, wie zB im offenen Verfahren die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist oder die Zuschlagsentscheidung, oder im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Bekanntmachung selbst, die Bewerberauswahl, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, die Festlegungen in der Ausschreibung und die Zuschlagsentscheidung³⁵⁰. Der Auftraggeber ist vom Antrag unverzüglich zu informieren. Dieser hat

³⁴³ § 170.

³⁴⁴ Vgl *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 162 Rz 4.

³⁴⁵ Ein Antrag auf Nachprüfungsverfahren allein hat keine aufschiebende Wirkung, wodurch auch eine Zuschlagserteilung stattfinden könnte.

³⁴⁶ Dieser von der deutschen Übersetzung der RMR übernommene Begriff gibt nicht Auskunft darüber, ob die „Aussetzung“ eine Ablauf- oder eine Fortlaufhemmung mit sich bringt. *Schwartz*, Bundesvergabegesetz, § 171 Rz 4, folgend handelt es sich um erstere; in die gleiche Kerbe schlagend *Sachs*, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, 127 in *Bundesvergabeamt (Hrsg)*, Standpunkte.

³⁴⁷ Im Unterschwellenbereich ein Monat.

³⁴⁸ Wie zweckmäßig eine eV jedoch im Feststellungsverfahren gem § 171 Abs 1 ist, bleibt dahingestellt. Dazu *ders*, aaO, 118f; *Gutknecht*, Das Bundesvergabegesetz 2002, ÖZW 2002, 73 FN 96.

³⁴⁹ § 174.

³⁵⁰ Die **gesondert anfechtbaren Entscheidungen** sind für alle Verfahrensarten geregelt und unter-

wiederum im Falle eines Nachprüfungsantrags **betreffend die Zuschlagsentscheidung** unverzüglich – spätestens jedoch am nächsten Arbeitstag – alle Bieter, denen die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt wurde, von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und der geltend gemachten Rechtswidrigkeit zu verständigen. Letztere Bestimmung dient dazu, Nachprüfungsverfahren dadurch zu beschleunigen, dass Bieter, deren rechtliches Interesse berührt werden könnte, durch diese Verständigung³⁵¹ Parteistellung durch binnen einer Woche bei sonstiger Präklusion gestellte Teilnahmeanträge erlangen können.

Die Stellung eines Nachprüfungsantrags ist – sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich – an verfahrensrechtliche **Fristen**³⁵² – sogen Ausschluss- oder Präklusionsfristen³⁵³ – gebunden. Folgende Abbildung 13 zeigt diese Fristen für Nachprüfungsverfahren bei ausgewählten Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Diese verfolgen den Zweck sicherzustellen, dass Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit von Abschnitten des Vergabeverfahrens, wie sie durch die Unterteilung in gesondert anfechtbare Entscheidungen vorstrukturiert werden, **möglichst frühzeitig** fallen und nicht vorangehende Abschnitte auch noch in einem späteren Stadium, uU erst mit Zuschlagsentscheidung in Frage gestellt werden können³⁵⁴.

anfechtbare Entscheidung		Ausschreibung	Festlegung des Auftragegebers während Angebotsfrist bzw Verhandlungsphase	Zuschlagsentscheidung	Bewerberauswahl	Aufforderung zur Angebotsabgabe
Art des Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich						
offenes Verfahren	normal	14 Tage ¹	14 Tage ²	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung		
	beschleunigt	7 Tage ¹	7 Tage ²			
nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	normal	7 Tage ³	14 Tage ²		14 Tage ⁴	14 Tage ⁵
	beschleunigt	3 Tage ³	7 Tage ^{2,6}		7 Tage ⁴	7 Tage ^{5,6}
Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	normal	7 Tage ³	14 Tage ²		14 Tage ⁴	14 Tage ⁵
	beschleunigt	3 Tage ³	7 Tage ²			
Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung	normal		14 Tage ²	7 Tage bei Dringlichkeit gem § 49		14 Tage ⁵
	beschleunigt		7 Tage ²			7 Tage ⁵

¹ vor Ablauf der Angebotsfrist

² ab Kenntnis oder ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können

³ vor Ende der Bewerbungsfrist

⁴ nach Mitteilung der Bewerberauswahl

⁵ nach Zugang der Aufforderung

⁶ 3 Tage bei Dringlichkeit gem § 49

Abbildung 13: Präklusionsfristen für Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich³⁵⁵

scheiden sich von den **nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen**, die nur mit der ihnen nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung („Bündelung“) angefochten werden können.

³⁵¹ In § 165 Abs 2 wird **fälschlicherweise** auf „...§ 163 Abs 2...“ verwiesen. Dieser redaktionell missglückte Verweis muss dem Telos dieser Bestimmung folgend „...§ 163 Abs 3...“ lauten.

³⁵² § 169; zu den verfahrensrechtlichen Fristen s *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht, Rz 13, *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Rz 332ff.

³⁵³ Die Präklusion begrenzt die Lebensdauer eines Rechts von vornherein und bezieht sich meist auf kurze Fristen – im Gegensatz zur Verjährung bleibt eine nicht einklagbare Naturalobligation nicht bestehen; vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 209f; *Bydlinksi* in *Rummel (Hrsg)*, § 1451 Rz 5.

³⁵⁴ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002, 31; kritisch dazu *Korinek* in *Raschauer (Hrsg)*, Wirtschaftsrecht, Rz 762 s FN 221.

³⁵⁵ In Anlehnung an *Gölles/Leißer*, Bundesvergabegesetz 2002, 196.

Nach **Zuschlagserteilung** ist das BVA zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes während des Vergabeverfahrens der Zuschlag nicht dem Best- bzw Billigstbieter erteilt wurde und ob in dem genannten Fall der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 **keine echte Chance** auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Ferner ist nach Widerruf einer Ausschreibung das BVA zuständig festzustellen, ob jener rechtswidrig war und ob in genannten Fall der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 **keine echte Chance** auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Auch das **Feststellungsverfahren**, das längstens nach **sechs Monaten** ab dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung oder des Widerrufs bei sonstiger Unzulässigkeit³⁵⁶ einzuleiten ist, ist Voraussetzung zur Durchführung von evtl Schadenersatzklagen im Zivilrechtsweg, hat also präjudiziellen Charakter. Dieser ist unzulässig einzuschlagen, wenn die Rechtswidrigkeit im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können. Bei offensichtlichem Nichtvorhandensein eines Schadens oder einer Rechtswidrigkeit wird ein Feststellungsverfahrensantrag nicht behandelt. Weiters besteht auch hier eine **Verständigungspflicht** des Auftraggebers von der Einleitung des Verfahrens an den Zuschlagsempfänger bzw an alle verbliebenen Bieter bzw alle Bewerber und Bieter, die – bei sonstiger Präklusion – Parteistellung im Verfahren haben.

- **Außerstaatliche Kontrolle**

Art 226 EGV bietet einen allg Vertragsverletzungsmechanismus – unabhängig von Schwellenwerten, Auftragsarten, Auftragsgegenständen oä. Die RechtsmittelRL bieten einen beschleunigten Korrekturmechanismus³⁵⁷, der durch § 178 BVergG 2002 umgesetzt wurde.

Demzufolge haben Auftraggeber bzw Unternehmer dem Bundeskanzler zwecks Weiterleitung an die Kommission nach Aufforderung ders zur Beseitigung eines Verstoßes die vollständigen Unterlagen betreffend das bemängelte Vergabeverfahren sowie die von der Kommission festgestellte Rechtswidrigkeit und

entweder

- einen Nachweis, dass die Rechtswidrigkeit beseitigt wurde, oder
- eine Begründung für die Nichtbeseitigung³⁵⁸ der Rechtswidrigkeit oder
- die Mitteilung über die Aussetzung des Vergabeverfahrens

vorzulegen³⁵⁹.

- **Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten**

Übergangene Bieter, Bewerber oder Bestbieter haben Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, sofern das BVergG 2002 oder hiezu ergangene Verordnungen durch Organe der vergabenden Stelle **schuldhaft** verletzt worden sind³⁶⁰. Nach *Korinek*³⁶¹ entspricht dies dem Anspruch auf

³⁵⁶ § 168 Abs 2.

³⁵⁷ S Art 3 RL 89/665/EWG (RMR) bzw Art 8 RL 92/13/EWG (RMRS); vgl *Grussmann*, Veränderungen des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren, *ecolex* 1996, 71f.

³⁵⁸ Dies kann zB dann der Fall sein, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit bereits Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist.

³⁵⁹ *Kropik/Mille/Sachs*, Vergaberecht, 86, berichten in diesem Zusammenhang von einem „Mahnverfahren“ der Kommission der EG.

³⁶⁰ § 181 Abs 1.

³⁶¹ In *Raschauer (Hrsg)*, Wirtschaftsrecht, Rz 771; zustimmend *Doralt in Korinek/Rill (Hrsg)*, Re-

Ersatz des Vertrauensschadens³⁶².

Von dieser Bestimmung bleiben weiter gehende alternativ zustehende Schadenersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften sowie bestehende Ersatzansprüche, Solidarhaftungen bzw Rücktritts- und andere Gestaltungsrechte unberührt, wie zB etwa der Ersatz des **Erfüllungsinteresses**, bei dem der Kläger unter der Voraussetzung, dass er unter rechtskonformen Verfahrensumständen Bestbieter gewesen und somit mit ihm der Vertrag zustande gekommen wäre³⁶³, nach hL³⁶⁴ und Jud³⁶⁵ auch den **entgangenen Gewinn aus dem konkreten Geschäft mit dem Schädiger** fordern kann.

Der entgangene Gewinn durch Verabsäumung eines Geschäftes mit einem Dritten – dessen Ersatz wiederum nur beim Vertrauensschaden einzufordern möglich wäre – wird im Vergabebereich kaum vorkommen, weil derartig nicht zu disponieren gepflegt wird³⁶⁶. Selbst wenn aber so disponiert wird, wäre der Vertrauensschaden durch das hypothetische Erfüllungsinteresse zu begrenzen, weil nachträglich das Risiko der freien Disposition nicht abgenommen werden soll³⁶⁷.

Unzulässig sind jedoch Schadenersatzklagen, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Widerruf einer Ausschreibung durch die zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist,

- dass der Geschädigte auch bei Einhaltung aller Bestimmungen des BVergG 2002 **keine echte Chance** auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, oder
- wenn der Geschädigte es **verabsäumt** hat, die Möglichkeit der Abwendung des Schadens durch Rechtsmittel³⁶⁸ oder durch Beschwerde an den VfGH oder VwGH in Anspruch zu nehmen³⁶⁹.

Die Entscheidung über die genannten Ansprüche trifft in erster Instanz das zuständige Landesgericht³⁷⁰, das gemeinsam mit den Parteien des Verfahrens **an die Feststellungen des BVA gebunden** ist. Das Gericht hat seinerseits die Möglichkeit, mit Beschwerde gem Art 131 Abs 2 B-VG vom VwGH die Feststellung der Rechtswidrigkeit des BVA-Bescheids zu begehren. Nach Einlangen des Erkenntnisses des VwGH hat das Gericht das Verfahren fortzusetzen und den Rechtsstreit **unter Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH** zu entscheiden.

form, 94.

³⁶² S dazu die Ausführungen unter Kapitel 2 IV.A.3.a auf Seite 72.

³⁶³ Vgl insbes arg „...nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge...“ in § 1293 Satz 2 ABGB bzw auch FN 455 auf Seite 76.

³⁶⁴ Anstatt vieler *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, 10ff ÖZW 1999/1; zurückhaltend *Kropik/Mille/Sachs*, Vergaberecht, 84f. Näher dazu unter Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76.

³⁶⁵ Vgl 12. August 1998, 4 Ob 188/98w (=Hirnsberger, Mit Recht bauen – Rechtsfälle aus der Praxis, 144f); OGH 29. März 2000, 7 Ob 92/99a (=ecolex 2000, 502); vgl *Wilhelm*, Rechtsfortbildung im BVergG: Anspruch auf Erfüllungsinteresse, ecolex 2000, 493ff, der klarstellt, dass für die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsinteresses nicht die Bestimmungen des BVergG 2002 in Betracht kämen, was in der hL nicht unbestritten ist.

³⁶⁶ Zutreffend *Rummel*, aaO, 12 ÖZW 1999/1.

³⁶⁷ *Koziol*, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, RdW 1993, 354ff.

³⁶⁸ Kritisch zu dieser Bestimmung *Korinek*, aaO, Rz 772 FN 249.

³⁶⁹ § 181 Abs 2. Äußerst kritisch zu letzterer Bestimmung *Denk*, Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖZW 2002, 97ff.

³⁷⁰ *Hackl*, Seminarunterlagen, 23.

IV. Zivilrechtliche Grundlagen

Die Frage, ob das Vergaberecht als öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich³⁷¹ zu qualifizieren ist, ist keine einfach zu beantwortende³⁷². Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe in einer rechtlichen Gemengelage befinden. Im Zuge der gegenständlichen Arbeit wird allerdings das Auslangen damit gefunden, dass sowohl öffentlich-rechtliche Modalitäten – dazu gehört das Vergabeverfahren – als auch zivilrechtliche – dazu gehören sowohl das privatrechtliche Zustandekommen des Vertrages durch Aufforderung zur Angebotsstellung, Angebot und Angebotsannahme als auch die vorvertraglichen Sorgfalts-, Rücksichts- und Schutzpflichten zwischen Personen, die zueinander in geschäftlichen Kontakt treten, abgeleitet aus den Grundsätzen von der Lehre über die sogen *culpa in contrahendo* (*cic*) – Relevanz besitzen³⁷³. In diesem Grundlagenkapitel werden die zivilrechtlichen Grundlagen erörtert; sie beziehen sich auf das Vertragsrecht, das beim Bauvertrag insb durch die ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘ geprägt wird, wobei subsidiär das ABGB seine Wirkung entfaltet.

A. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch

Die grundlegende Norm des Zivilrechts stellt das ABGB JGS 1811/946 vom 1. Juni 1811, inkraft getreten am 1. Jänner 1812, einschließlich zahlreicher Novellen dar. Die nachstehende Abbildung 14 gibt eine Übersicht über die Gliederung des ABGB, wobei der in der Folge behandelte vertragsrechtlich-relevante Teil dem Schuldrecht zuzuordnen ist.

Einleitung. Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt	Erster Teil. Von dem Personenrechte	Zweiter Teil. Von dem Sachenrechte	Dritter Teil. Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte
§§ 1-14	§§ 15-283	§§ 285-1341	§§ 1342-1502
		Von den dinglichen Rechten ¹	Von den persönlichen Sachenrechten ²
		§§ 309-858	§§ 859-1341

¹Das dingliche Recht wird im heutigen Sinne "Sachenrecht" genannt, weil es bestimmt, wem eine Sache ("Dinge") zusteht.

²Das persönliche Sachenrecht wird im heutigen Sinne "Schuldrecht" genannt, weil es Rechtsverhältnisse umschreibt, die eine Verpflichtung einer Person ("Schuldner") gegenüber einer anderen enthalten.

Abbildung 14: Gliederung des ABGB

Die Privatrechtsordnung räumt dem einzelnen weitgehend die Möglichkeit ein, seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach seinem eigenen Willen frei zu gestalten.

³⁷¹ Zivilrecht ist mit dem allg Privatrecht bzw mit dem bürgerlichen Recht gleichzusetzen und von den Sonderprivatrechten, die modifizierte Vorschriften für einen bestimmten Personenkreis beinhalten, abzusondern, wobei letztere (Handels-, Gesellschafts-, Wertpapier-, Wettbewerbs-, Patent-, Versicherungsvertragsrecht etc) mit dem Zivilrecht eng verknüpft sind („subsidiäre Geltung des allg Privatrechts“). *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 8; vgl *Bydlinski in Rummel (Hrsg)*, § 1 Rz 11.

³⁷² Vgl *Rummel*, aaO, 1 ÖZW 1999/1; *Holoubek*, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 592ff FN 8.

³⁷³ Vgl die Ausführungen unter Kapitel 2 III.C.2 auf Seite 39; *Korinek in Korinek/Rill (Hrsg)*, Reform, 6.

Man spricht von der **Privatautonomie**³⁷⁴. Die Anerkennung des subjektiven Willens, also der Willkür der Beteiligten, als einen ausreichenden Grund für Rechtsfolgen³⁷⁵, wird durch die Eigentumsfreiheit, die **Vertragsfreiheit**, Wettbewerbs-, und Niederlassungsfreiheit, die Testierfreiheit und die Freiheit zur Familiengründung³⁷⁶ konkretisiert. Der Rechtsgrundsatz der Privatautonomie findet jedoch dort seine Grenzen, wo Rechtsgeschäfte, die der Rechtsordnung selbst oder den in ihr verankerten Grundwerten widersprechen. So sind Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten (§ 879 Abs 1 ABGB) verstoßen bzw inhaltlich anstößig sind, nichtig. Zwingende Normen wie die eben erwähnte sind jeglicher dispositiver Gestaltung entzogen. Das ABGB beinhaltet jedoch weitgehend dispositives Recht und stellt die für die privatautonome Rechtsgestaltung nötigen gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Verfügung.

1. Allgemeines zum Schuldrecht

Das Instrument zur privatautonomen Rechtsgestaltung ist das **Rechtsgeschäft**³⁷⁷. Es besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind. Zwei- bzw mehrseitige Rechtsgeschäfte stellen auf die Willenserklärungen mehrerer ab, die übereinstimmen müssen. In erster Linie sind diese durch den **Vertrag**, den wichtigsten Typus des Rechtsgeschäfts, bestimmt.

Maßgebende Prinzipien³⁷⁸ des Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich die **Privatautonomie** selbst, das Prinzip des **Vertrauensschutzes**, das den einen Teil schützt, der berechtigterweise auf den Erklärungstatbestand des anderen vertraut hat, der Gedanke der **Äquivalenz** zwischen Leistung und Gegenleistung³⁷⁹ und die **Vertragstreue** („pacta sunt servanda“).

Schuldverhältnisse, die die Gesamtheit aller zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden wechselseitigen Rechte und Pflichten³⁸⁰ darstellen³⁸¹, gründen sich aber nicht nur ausschließlich auf das **Rechtsgeschäft**, sondern auch auf **Gesetze** und auf **rechtsgeschäftlichen Kontakt**, der den rechtsgeschäftlichen Verhältnissen angenähert ist.

2. Schuldverhältnis auf Basis eines Rechtsgeschäfts – der Vertrag

Sowohl der Vertrag als auch die Auslobung (§ 860 ABGB) lassen ein Schuldverhältnis aufgrund eines Rechtsgeschäfts entstehen, wobei des weiteren nur mehr auf den **Vertrag** eingegangen wird.

³⁷⁴ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 86; *Rummel in Rummel (Hrsg)*, § 859 Rz 15ff. Ausführlich zur Privatautonomie *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, passim.

³⁷⁵ *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 19.

³⁷⁶ *Krejci*, Privatrecht, Rz 57.

³⁷⁷ *Krejci*, Privatrecht, Rz 139.

³⁷⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 88; dazu insb *Bydlinski*, Privatautonomie, passim, der auch die Ausnahmen der grundsätzlichen Geltung dieser Prinzipien illustriert.

³⁷⁹ *Krejci*, aaO, Rz 147, berichtet in diesem Zusammenhang von der „**Synallagma**“ (=Austausch), der sich die zweiseitig verpflichteten Leistungen in einem ausgeglichenen Verhältnis gegenüber stehen. Ausführlich zur „Synallagma“ *Rummel in Rummel (Hrsg)*, § 859 Rz 6ff; *Apathy in Schwimann (Hrsg)*, ABGB Praxiskommentar, § 859 Rz 10f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 3.

³⁸⁰ S Kapitel 2 IV.A.2.c auf Seite 69.

³⁸¹ *Dies*, aaO.

a) Zustandekommen des Vertrages

Der Vertrag kommt gem § 861 ABGB durch die übereinstimmenden Willenserklärungen (mind) zweier Teile zustande.

Bei der einleitenden Willenserklärung, dem **Anbot**, handelt es sich um den Vorschlag, einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschließen. Dabei muss der Inhalt des Anbots soweit gegeben sein – es muss Bestimmtheit vorliegen –, dass der andere Teil, der Annehmende, nur noch zustimmen muss, um die Willensübereinstimmung und damit den Vertrag zustande zu bringen³⁸². Voraussetzung dafür ist der Bindungswille des Offerenten. Dadurch ist er an sein Anbot gebunden³⁸³, was bewirkt, dass er es nicht mehr einseitig widerrufen kann³⁸⁴.

Die zweite Willenserklärung, die wie die einleitende einseitig und empfangsbedürftig ist³⁸⁵, ist die Äußerung des anderen Teils darüber, ob er mit dem vorgeschlagenen Abschluss einverstanden ist – also die **Annahme**. Modifizierungen des Anbots sind unzulässig, andernfalls es sich um ein Gegenanbot handelt³⁸⁶. Sofern der Zugang der Annahmeerklärung rechtzeitig, also innerhalb der Annahmefrist erfolgt, kommt der Vertrag zustande³⁸⁷.

b) Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsabschlusses

Liegen nun übereinstimmende Willenserklärungen vor, so muss das noch nicht bedeuten, dass der Vertragsabschluss Gültigkeit besitzt, und dass dessen Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist. Das ABGB beinhaltet einige Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, die im folgenden näher dargestellt werden:

• Geschäftsfähigkeit der Parteien

Sie ist Voraussetzung für die Äußerung eines Geschäftswillens. Die Geschäftsfähigkeit bzw tw Geschäftsfähigkeit ist abhängig vom Alter, vom Geisteszustand oder von einer evtl Sachwalterschaft.

• Wahre Einwilligung

Sind die übereinstimmenden Willenserklärungen fehlerfrei, so ist von der „wahren Einwilligung“ die Rede. Diese Bestimmung fordert, dass die Einwilligung **frei, ernstlich, bestimmt und verständlich** erklärt sein muss³⁸⁸.

Ernstlich³⁸⁹ ist die Erklärung, wenn sie auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist.

Bestimmt³⁸⁹ ist die Erklärung, wenn ihr die wesentlichen Rechtsfolgen, die der Erklärende anstrebt, entnehmbar sind und die gesetzliche Mindestanforderungen des von ihm nach der Erklärung intendierten Rechtsgeschäftstyps erfüllt sind.

³⁸² IdS liegt ein zivilrechtliches Angebot vor. Näher dazu *Krejci*, Zivilrechtliche Grundfragen, 17 in *ÖGEBAU* (Hrsg), Forschungsbericht.

³⁸³ Zur Dauer der Bindungswirkung s *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), § 862 Rz 1.

³⁸⁴ Der Offerent kann jedoch die Bindungswirkung des Anbots durch die Klausel „ohne obligo“ (iSv „unverbindlich“ oä) einschränken. Dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 114.

³⁸⁵ *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), § 861 Rz 2.

³⁸⁶ In diesem Zusammenhang erscheinen die Ausführungen *Bydlinskis*, Privatautonomie, 194ff über das kaufmännische Bestätigungsschreiben überaus lehrreich.

³⁸⁷ § 862a ABGB.

³⁸⁸ § 869 ABGB.

³⁸⁹ *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), § 869 Rz 3ff.

Verständlich³⁸⁹ ist die Erklärung, wenn sie aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers, vermehrt um Sonderkenntnisse des Adressaten im Einzelfall, einen Rechtsfolgewillen erkennen lässt.

Die **freie** Willenserklärung ist dann gegeben, wenn sie ohne Drohung, List oder Irrtum gesetzt wird. Den wichtigsten Mangel einer Willenserklärung stellt der **Irrtum** dar, bei dessen Vorhandensein es sich um eine fehlerhafte Willenserklärung handelt, der die unzutreffende Vorstellung von der Wirklichkeit zu Grunde liegt, aber auch die fehlende³⁹⁰.

Dem Interesse des Irrenden, nicht an seiner fehlerhaften Äußerung festgehalten zu werden, steht das Interesse des Empfängers, sich auf die ihm zugegangene Erklärung verlassen zu dürfen, gegenüber.

Die Berufung auf seinen Irrtum ist dem Erklärenden gem ABGB nur in Grenzen gegeben. Dies deshalb, weil eine zu geringe Berücksichtigung der Interessen des Empfängers die allg Verkehrssicherheit beeinträchtigen würde³⁹¹.

Folgende Arten des Irrtums³⁹² werden unterschieden:

Der Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende meint, etwas anderes zu erklären, als er wirklich erklärt oder wenn ihm die Erklärung gar nicht als solche bewusst ist.

Beim Geschäftsirrtum irrt der Erklärende über die Natur des Geschäftes, über seinen Inhalt (Gegenstand) oder über eine für das Geschäft bedeutsame Eigenschaft (oder Identität) der Person des Geschäftspartners.

Motivirrtümer hingegen beziehen sich auf Punkte, die außerhalb des Geschäftsinhaltes liegen. Es geht um Beweggründe, warum sich der Erklärende zur Abgabe der Willenserklärung entschlossen hat.

Die Abgrenzung zwischen Geschäfts- und Motivirrtum ist nicht immer konkret gegeben³⁹³. So kann der *va der* in Bauverträgen Relevanz besitzende Kalkulationsirrtum sowohl ersterer als auch zweiterer sein³⁹⁴. Wenn die Kalkulation zum Inhalt des Geschäfts gemacht wurde, was die Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen und Einvernehmen darüber voraussetzt, dass das Geschäft zu diesen Bedingungen auf der Basis dieser Kalkulation erfolgte, handelt es sich nach Rspr um einen Geschäftsirrtum, andernfalls lediglich von einem unbeachtlichen Motivirrtum auszugehen ist³⁹⁵.

§ 871 Abs 1 ABGB regelt die Tatbestandmerkmale, unter denen ein wesentlicher Geschäftsirrtum³⁹⁶ anfechtbar ist: Der Irrtum

³⁹⁰ Vgl *dies*, aaO, 131.

³⁹¹ *Krejci*, Privatrecht, Rz 208, berichtet in diesem Zusammenhang von der Vertrauenslehre. Sie besteht im Grundsatz darin, dass die Erklärung primär so gilt, wie sie ein redlicher Empfänger verstehen durfte, dass aber Anfechtung möglich ist, wenn das Vertrauen des Erklärungsgegners aus den in §§ 870ff ABGB angeführten Gründen nicht schutzwürdig ist.

³⁹² Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 133ff.

³⁹³ Dazu *Krejci*, Der Angebotsirrtum bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ÖZW 1979/4, 103.

³⁹⁴ *Mayer-Maly*, Bemerkungen zum Kalkulationsirrtum, 207 in *Aicher/Koppensteiner (Hrsg)*, FS Ostheim, geht beim Kalkulationsirrtum im allg bloß von einem Problemfeld mit sehr unterschiedlichen Falltypen aus, wobei für die Einstufung eines Irrtums als Geschäftsirrtum iwS (s FN 396) oder als Motivirrtum auch schon die drei Anfechtungskriterien des § 871 ABGB herangezogen werden sollen, bevor es überhaupt darum geht, zwischen Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit eines bereits als Geschäftsirrtum iwS qualifizierten Irrtums zu differenzieren.

³⁹⁵ *Ders* in *Aicher/Koppensteiner (Hrsg)*, aaO, 191; *Rummel* in *Rummel (Hrsg)*, § 871 Rz 12.

³⁹⁶ Gemeint ist der Geschäftsirrtum iwS, unter dem sowohl der Erklärungsirrtum als auch der Ge-

- ist vom anderen Teil veranlasst worden

Adäquate Kausalität des Irrtums durch aktives Tun oder Unterlassen der nötigen Aufklärung wird in der hL als ausreichend angesehen. Verschulden ist nicht erforderlich.

- hätte dem anderen Teil auffallen müssen

Offenbar auffallen musste der Irrtum, wenn er bei verkehrsüblicher Sorgfalt erkennbar gewesen wäre, oder der Partner wenigstens Verdacht hätte schöpfen müssen.

- wurde rechtzeitig aufgeklärt

Der Vertragspartner des Irrenden wurde vom Irrtum bereits zu einem Zeitpunkt verständigt, zu welchem er noch keine rechtlichen bzw Vermögensdispositionen im Vertrauen auf das gültige Zustandekommen des Vertrages getroffen hat.

Der hL folgend ist auch der gemeinsame Irrtum anfechtbar³⁹⁷.

§ 872 ABGB normiert für unwesentliche Irrtümer³⁹⁸, dass Vertragsanpassung verlangt werden darf. Es handelt sich nicht um die Leistung von Schadenersatz, sondern um die Wiederherstellung der durch den Irrtum gestörten subjektiven Äquivalenz³⁹⁹.

- **Möglichkeit und Erlaubtheit**

Nach § 878 ABGB kann, was geradezu unmöglich ist, nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Geradezu unmöglich ist, was anfänglich, also schon bei Vertragsabschluss, unmöglich war. Darunter wird auch das rechtlich Unmögliche und das faktisch Absurde⁴⁰⁰ verstanden. Betrifft die Unmöglichkeit nur einen Teil des Vertrages, ist Teilnichtigkeit anzunehmen. Schlichte Unmöglichkeit liegt vor, wenn Unvermögen vorliegt, dh, dass die Leistung nicht unmöglich ist, sie aber nicht von dem erbracht werden kann, der sie versprochen hat. Geradezu Unmögliches indiziert die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Der Geschäftspartner, der diese Art der Unmöglichkeit kannte oder kenne musste, hat dem anderen Teil, wenn für diesen nicht dasselbe gilt, das Vertrauensinteresse zu ersetzen.

Die Bestimmungen des § 879 ABGB setzen der Privatautonomie Grenzen bei der Gestaltung von Verträgen⁴⁰¹. So sind Verträge, die gegen ein **gesetzliches Verbot** oder die **guten Sitten** verstoßen, nichtig.

Einerseits verweist dieser Paragraf auf positive Normen der Rechtsordnung, andererseits werden fünf Tatbestände darin selbst aufgezählt, deren wichtigster jener des Wuchers ist, der vorliegt, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich

schaftsirrturn ieS zu subsumieren sind. **Wesentlich** ist nach *Krejci*, aaO, 105, der Geschäftsirrturn dann, wenn der Erklärende im Wissen um die wahren Umstände die Erklärung überhaupt nicht abgegeben hätte – im Gegensatz zum **unwesentlichen** Geschäftsirrturn, der dann vorliegt, wenn die Willenserklärung bei Wissen der wahren Umstände zwar auch abgegeben worden wäre, jedoch anders als sie tatsächlich irrturnsbedingt abgegeben wurde.

³⁹⁷ *Bydlinski*, Privatautonomie, 34 mwN.

³⁹⁸ S dazu FN 396.

³⁹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 142.

⁴⁰⁰ *Apathy* in *Schwimann (Hrsg)*, § 878 Rz 4.

⁴⁰¹ Ausführlich dazu *Aicher* in *Straube/Aicher (Hrsg)*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd I, 2:5ff.

oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen lässt, deren Vermögenswert zu dem Wert der Leistung in **auffallendem Missverhältnis** steht. Die Festlegung der Sittenwidrigkeit ist in erster Linie Aufgabe der Rechtsanwendung. Sittenwidrigkeit ist mit Rechtswidrigkeit gleichzusetzen. § 879 Abs 3 ABGB bildet nach der Intention des Gesetzgebers einen Schwerpunkt der Regeln zur Verhinderung unfairen Vertragsbestimmungen und richtet sich *va* gegen unfaires „Kleingedrucktes“⁴⁰².

• Formvorschriften

Im bürgerlichen Recht herrscht grundsätzlich Formfreiheit. Verlangt das Gesetz für die Gültigkeit eines Geschäftes eine besondere Form, so verfolgt es damit bestimmte Zwecke. Diese Zwecke können sein der Schutzzweck, der Beweissicherungszweck, aber auch der Publizitätszweck⁴⁰³.

c) Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

Das Schuldverhältnis ist die Gesamtheit aller zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden wechselseitigen Rechte und Pflichten⁴⁰⁴.

Diese können in **Primär-** und **Sekundärpflichten** unterteilt werden. Erstere bestehen sowohl aus Haupt- und Nebenleistungspflichten als auch aus Schutz- und Sorgfaltspflichten und sind mit Ausnahme letztgenannter als solche durchsetzbar.

Die Hauptleistungspflicht charakterisiert den Vertragstyp und macht das Wesen des Rechtsgeschäftes aus, das von den Parteien gerade ihretwegen geschlossen wird. Bei zweiseitig verbindlich und entgeltlichen Verträgen („synallagmatische Verträge“⁴⁰⁵) entstehen Hauptleistungspflichten auf beiden Seiten, sodass jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner wird.

Zu den Hauptleistungspflichten treten Nebenleistungspflichten – sowohl selbständige als auch unselbständige – hinzu. An der Erfüllung der selbständigen hat der Gläubiger ein besonderes Interesse, und sie stehen im Entgeltverhältnis. Die unselbständigen haben lediglich eine dienende Funktion.

Die Schutz- und Sorgfaltspflichten verpflichten jeden Partner zur nötigen Aufklärung des anderen und zur Loyalität ihm gegenüber.

Die Sekundärpflichten stellen die Schadenersatzpflichten dar, die den Regeln der Vertragshaftung folgen.

Ferner sind noch Gestaltungsrechte – einseitige Veränderungen eines Rechtsverhältnisses können herbeigeführt werden⁴⁰⁶ – und Obliegenheiten – Rechtspflichten minderer Art – zu erwähnen.

d) Vertragstypen im ABGB – der Bauvertrag als Werkvertrag

Da – wie bereits erwähnt – Vertragsfreiheit, die sich sowohl durch Abschluss- oder Eingehungsfreiheit⁴⁰⁷, Formfreiheit, Gestaltungs- oder Inhaltsfreiheit als auch durch En-

⁴⁰² Apathy in Schwimann (Hrsg), § 879 Rz 30; s auch Kapitel 2 IV.B.2.a auf Seite 79.

⁴⁰³ Ausführlich dazu Krejci, Privatrecht, Rz 227; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Bd I, 166ff.

⁴⁰⁴ Dies, Bürgerliches Recht Bd II, 3.

⁴⁰⁵ S FN 379 auf Seite 65.

⁴⁰⁶ S insb Kapitel 2 IV.B.2.b auf Seite 81.

⁴⁰⁷ Eingeschränkt ist diese durch den Kontrahierungszwang, der *va* durch Gesetz begründet wird. Dieser besteht insb für lebenswichtige Unternehmen, auf die jeder angewiesen ist wie zB Eisenbahn, Straßenbahn, Post, EVUs uvm.

digungsfreiheit ausdrückt, vorherrscht, können Parteien nach Belieben Vereinbarungen treffen. Gewisse Schranken⁴⁰⁸ sind ihnen jedoch im Zuge des zwingenden Rechts auferlegt (zB § 879 ABGB). In einer Reihe von Fällen bietet das ABGB jedoch besondere Regelungen für bestimmte Vertragstypen, insb für gängige Vertragstypen, weil dies der Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dient. Diese Vorwegnahme der wichtigsten Ordnungsfragen⁴⁰⁹.

Größere Gruppen der einzelnen Vertragstypen sind die **Veräußerungsverträge**⁴¹⁰, die den Zweck haben, Sachen ins Eigentum anderer zu übertragen, die **Gebrauchsüberlassungsverträge**⁴¹¹, die den Gebrauch von Sachen einräumen, ohne eine endgültige Übertragung der Sachen in das Eigentum eines anderen zu bezwecken, die **Dienstleistungsverträge**⁴¹², bei dem Tätigkeiten geschuldet werden, die entweder persönlich oder unter Beiziehung von Hilfspersonen zu verrichten sind, **Gesellschaftsverträge**, die im Unterschied zum Dienstleistungsvertrag auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes (gemeinsames Interesse) durch alle Parteien abstellen, **Sicherungsverträge**⁴¹³, die der Sicherung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner dienen, und die **Glücksverträge**⁴¹⁴, die ein aleatorisches Moment aufweisen, dh, dass sie vom Zufall oder von im Einzelfall nicht kalkulierbaren Umständen abhängen⁴¹⁵.

Der **Bauvertrag** stellt einen typischen **Werkvertrag** dar⁴¹⁶ und ist somit unter die Dienstleistungsverträge einzuordnen. Die §§ 1151 – 1174 ABGB regeln den Dienst- und Werkvertrag, deren unterschiedliche Regelungsbedürfnisse ihren Grund in der Rechtsbeziehung des „abhängigen“, „unselbständigen“ und „fremdbestimmten“ Dienstnehmers zum Dienstgeber einerseits, und des „unabhängigen“, „selbständigen“ und „selbstbestimmenden“ Unternehmers zum Werkbesteller andererseits finden⁴¹⁷.

Der Werkvertrag begründet im Gegensatz zum Dauerschuldverhältnis, das typischerweise dem Dienstvertrag immanent ist, ein **Zielschuldverhältnis**⁴¹⁸ und betrifft die Tätigkeit des selbständigen Unternehmers. Dieser arbeitet in **eigener Verantwortung** mit **eigenen Betriebsmitteln** und **eigenen Gehilfen**, steht für einen bestimmten, vertraglich zugesagten **Erfolg**, der in der mangelfreien und rechtzeitigen Herstellung des **Werkes** besteht, ein, ist **weisungsfrei** und **bestimmt Arbeitszeit und Arbeitsort selbst**⁴¹⁹.

Die Hauptleistungspflicht des Unternehmers besteht beim Bauvertrag in der Erbringung einer Bauleistung oder in der Errichtung eines Bauwerkes.

Das „Werk“ selbst betrifft nicht nur die Herstellung, Be- oder Umarbeitung, Wiederherstellung oder Verbesserung einer körperlichen Sache (Bauwerk), sondern auch die Schaffung ideeller, unkörperlicher, also auch geistiger Werke.

⁴⁰⁸ Vgl FN 401 auf Seite 68.

⁴⁰⁹ *Krejci*, Privatrecht, Rz 477; *ders in Rummel (Hrsg)*, §§ 1165, 1166 Rz 3 hebt jedoch hervor, dass die bei zahlreichen Werkvertragstypen unbeantworteten Ordnungsfragen das geltende Werkvertragsrecht mitunter als unzulänglich erscheinen lassen.

⁴¹⁰ Kauf-, Tausch- und Schenkungsvertrag.

⁴¹¹ Miet-, Pacht-, Leih- und Darlehensvertrag.

⁴¹² Arbeits-, freier Dienst-, Verwahrungs-, **Werkvertrag** und Auftrag.

⁴¹³ Bürgschafts- und Pfandbestellungsvertrag.

⁴¹⁴ Wette, Spiel, Leibrenten- und Versicherungsvertrag.

⁴¹⁵ Vgl *ders*, Privatrecht, 480ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 153ff.

⁴¹⁶ *Rebhahn in Schwimann (Hrsg)*, § 1165 Rz 11; *Krejci in Rummel (Hrsg)*, § 1151 Rz 97.

⁴¹⁷ *Ders in Rummel (Hrsg)*, § 1151 Rz 1.

⁴¹⁸ Ausnahmen stellen zB Wartungs- oder Reinigungsverträge dar, die als Werkvertrag einem Dauerschuldverhältnis zuzuordnen sind.

⁴¹⁹ Vgl *Pfeil in Schwimann (Hrsg)*, § 1151 Rz 37; Indizien für einen Werkvertrag; *Mazal*, Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag?, *ecolex* 1997, 277ff.

Die Hauptleistungspflicht des Werkbestellers besteht beim Bauvertrag in der Vergütung des Bauwerks (Werklohn). Auch die **Entgeltlichkeit** ist nach hM ein wesentliches Element des Werkvertrages.

Zur Abgrenzung des Werkvertrages zum Kaufvertrag ist festzuhalten, dass es gem § 1166 ABGB darauf ankommt, wer den Stoff zum Gelingen des Werkes liefert. Für den Bauvertrag ist dies irrelevant. Auch wenn der Werkunternehmer den Stoff beistellt, handelt es sich immer um einen Werkvertrag, weil darauf abgestellt wird, dass beim Werkvertrag die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse, individuellen Umstände und Wünsche des Werkbestellers wesentlich sind⁴²⁰.

Die folgende Übersicht gibt einen Überblick über die **Rechte und Pflichten** der Vertragsparteien beim Werkvertrag⁴²¹.

aus der Unternehmersphäre:

- Persönliche Ausführung nach den anerkannten Regeln der Technik oder zulässige Weitergabe (§ 1165 ABGB)
- Fürsorgepflicht gegenüber dem Besteller, sonstigen Baubeteiligten und Dritten (§ 1169 iVm § 1157; § 1295 ABGB)
- Souveränes Agieren im eigenen Bereich
- Prüf- und Warnpflicht (§ 1168a ABGB)
- Ablieferung des Werkes bzw Eigentumsübertragung (§§ 426ff und §§ 1165ff ABGB)
- Rechnungslegung (§§ 1165ff ABGB)
- Behebung von Leistungsstörungen (insb Gewährleistung und Schadenersatz⁴²²) (§ 1167 iVm §§ 922ff; §§ 1295ff ABGB)
- Sphärenbezogene Verantwortungsbe-
reiche (§§ 1168, 1168a ABGB)

aus der Bestellersphäre:

- Stoffbeistellung; Pflicht zur Mitwirkung und Aufklärung (§§ 1166 und 1168 Abs 2 ABGB)
- Fürsorgepflicht gegenüber dem Unternehmer, sonstigen Baubeteiligten und Dritten (§ 1169 iVm § 1157; § 1295 ABGB)
- Koordinierung
- Entwurfsänderungen
- Abnahmeobliegenheit oder -pflicht (§§ 1412ff bzw §§ 918ff ABGB)
- Zahlung des Entgelts (§ 1152 und § 1170 ABGB)
- Überwachung
- Sphärenbezogene Verantwortungsbe-
reiche (§§ 1168, 1168a ABGB)

3. Schuldverhältnis auf Basis von Gesetzen – der Schadenersatz

Zu den Schuldverhältnissen aufgrund von Gesetzen zählen die ungerechtfertigte Bereicherung, die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Gläubigeranfechtung und der Schadenersatz; auch an dieser Stelle wird nur noch auf einen Teil – den **Schadenersatz** – eingegangen. Diese Schuldverhältnisse beruhen nicht auf rechtsgeschäftlichen Willenserklä-

⁴²⁰ Vgl *Krejci in Rummel (Hrsg)*, §§ 1165, 1166 Rz 127; *Karasek*, ÖNORM B 2110 - Kommentar, Rz 14 folgend ist die Auslegungsregel des § 1166 ABGB überhaupt obsolet.

⁴²¹ Vgl *Hager*, Die Systematik von Ausschreibungen, Angeboten und Bauverträgen (Dissertation), 17; *Schwarz/Reckerzügl*, Skriptum, 15.

⁴²² S Kapitel 2 IV.A.3.

rungen, sondern ausschließlich auf gesetzlichen Tatbeständen.

Die Summe jener Normen, die regeln, wann ein Geschädigter die Wiedergutmachung des bei ihm entstandenen Nachteils von einem anderen begehren kann, bezeichnet man als Schadenersatzrecht oder Haftpflichtrecht⁴²³. Es fragt also nach der Ersatzpflicht des Verursachers des Schadens.

Interessant erscheint im Zuge der gegenständlichen Arbeit lediglich das Schadenersatzsystem der Verschuldenshaftung⁴²⁴.

Zweck des Schadenersatzrechts ist es einerseits, dem Geschädigten durch einen Ersatzanspruch einen Ausgleich für die erlittene Einbuße zu verschaffen (Ausgleichsfunktion), andererseits durch die Androhung einer Ersatzpflicht einen Anreiz auszuüben, durch sorgfältiges Verhalten Schädigungen zu vermeiden (Prävention), aber auch durch die persönliche Vorwerfbarkeit den Schädiger nicht ohne Ersatzpflicht (Sanktionsgedanke) ausschlüpfen zu lassen, die uU auch durch Dritte geleistet wird.

a) Der Schaden

Zu unterscheiden sind die realen Schäden, die Vermögensschäden bzw die immateriellen Schäden.

Der **reale Schaden** betrifft die tatsächliche nachteilige Veränderung, die ein Ereignis im Vermögens- und Persönlichkeitsbereich eines Menschen ausgelöst hat. Dieser Begriff wird *va* dann bedeutsam, wenn der Schädiger Naturalherstellungsschuldet, also den ohne die Schädigung bestehenden Zustand wiederherstellen muss.

Vermögensschäden sind Nachteile in geldwerten Gütern. Bei ihnen geht es also um die monetär messbaren Veränderungen im Vermögen des Geschädigten. Sie unterscheiden sich in **positiven Schaden** (erlittene Beschädigung) – das ist jener Nachteil, den jemand an Vermögen oder Rechten erleidet – und **entgangenen Gewinn** – dies kann als Entrückung künftiger Vorteile, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eingetreten wären, angesehen werden –, die, synoptisch betrachtet, das **Interesse** bilden. Je nach Verschuldensgrad wird nur der positive Schaden oder auch zusätzlich der entgangene Gewinn ersetzt. Diese beiden Arten des Schadenersatzes nennt man im ersteren Fall „Schadloshaltung“, umfasst jedoch der Ersatz darüber hinaus auch den entgangenen Gewinn, also das Interesse, so nennt man den Ersatz wie im zweiten Fall „volle Genugtuung“⁴²⁵. Wird der Schaden durch leichte Fahrlässigkeit verursacht, so ist der positive Schaden zu ersetzen, bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (qualifiziertes Verschulden) ist zusätzlich zum positiven Schaden der entgangene Gewinn zu ersetzen⁴²⁶.

Für die Berechnung des Geldwertes des Interesses sind die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten maßgebend. Daher wird nicht die objektiv-abstrakte, sondern die subjektiv-konkrete Schadensberechnung mit Hilfe der **Differenzberechnung**⁴²⁷ durchgeführt.

⁴²³ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd I, Rz 1/1.

⁴²⁴ Daneben gibt es noch die Systeme der Gefährdungs- und der Eingriffshaftung.

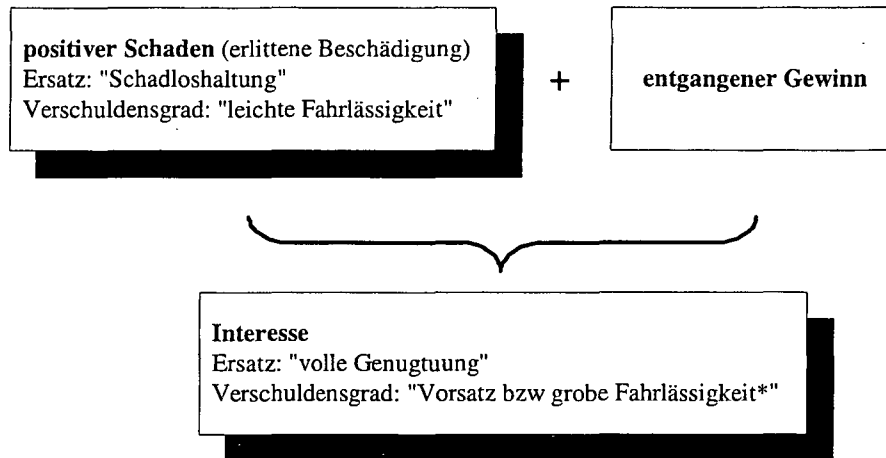
⁴²⁵ § 1323 ABGB.

⁴²⁶ Art 8 Nr 2 EVHGB weicht von der gegliederten Schadenshaftung des ABGB ab. Er ordnet *Koziol*, aaO, Rz 2/83 FN 242, zurecht folgend für den Bereich der Schadenersatzansprüche aus Handelsgeschäften unabhängig vom Verschuldensgrad **über den positiven Schaden hinaus auch den Ersatz des entgangenen Gewinns** an; ausführlich dazu *Krejci*, Handelsrecht, 216f.

⁴²⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht Bd I, Rz 2/19; Diese Methode wird auch vom OGH unterstützt; vgl OGH 29.Mai 1995, 1 Ob 620/94 (=ecolex 1995, 715ff).

Die Differenz (= Interesse) besteht im Unterschied zwischen dem tatsächlichen Vermögenswert des Geschädigten, wie er nach Eintritt des Schadens vorliegt, und dem hypothetischen Vermögensstand ohne dem schädigenden Ereignis.

Folgende Abbildung 15 zeigt eine schematische Übersicht über die Vermögensschäden, deren Ersatz bzw die Zuteilung des Verschuldensgrades:



* Das Handelsrecht bildet dahingehend eine Ausnahme, als dass sowohl der positive Schaden als auch der entgangene Gewinn auch schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen sind!

Abbildung 15: Schematische Übersicht über die Vermögensschäden

An dieser Stelle ist es wichtig festzuhalten, dass entgangener Gewinn auch als positiver Schaden qualifiziert werden kann. Dies ist zB dann der Fall, wenn ein bereits bindend angebotener, durch die Schädigung aber nicht abgeschlossener Vertrag vorliegt⁴²⁸, sprich eine rechtlich gesicherte Position. *Koziol/Welser*⁴²⁹ führen dazu näher aus, dass es nach Rspr⁴³⁰ nicht mehr nur darauf ankommt, ob schon eine rechtlich gesicherte Position vorhanden ist, sondern darauf, ob mit dem Gewinn im Verkehr **mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit** zu rechnen ist. Auch dann ist der Ersatz des entgangenen Gewinnes dem positiven Schaden zuzuordnen⁴³¹.

Der **ideelle Schaden** schlägt sich in keiner Vermögensminderung nieder, er stellt einen Gefühlsschaden dar, der nicht in Geld messbar ist.

Eine weitere wesentliche Unterscheidung der Schadensarten ist jene in den **Nichterfüllungsschaden** und in den **Vertrauensschaden**. Sie beziehen sich auf die vertragliche bzw vertragsähnliche Haftung⁴³².

Beim Nichterfüllungsschaden, bei dem es das positive (Vertrags)Interesse (Erfül-

⁴²⁸ *Krejci*, Privatrecht, Rz 530.

⁴²⁹ Bürgerliches Recht Bd II, 286.

⁴³⁰ Vgl OGH 7.Dezember 1995, 2 Ob 72, 1127/94 (= *Wilhelm*, Verdienstentgang wegen Körperverletzung, *ecolex* 1996, 357).

⁴³¹ Vgl die Ausführungen zum „Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten“ unter Kapitel 2 III.C.2.g auf Seite 62; *Koziol*, Haftpflichtrecht Bd I, Rz 2/37; *Jud*, Marginalien zum Ersatz aufgewendeter oder entgangener Zinsen, 134 in *Aicher/Koppensteiner (Hrsg)*, FS Ostheim.

⁴³² S auch Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76.

lungsinteresse) zu ersetzen gilt, muss der Zustand hergestellt werden, der im Vermögen des Gläubigers bei **gehöriger Erfüllung** der Leistungsverpflichtung, die verletzt wurde, bestünde. Hinzukommen kann ein entgangener Gewinn.

Wer hingegen einen anderen dafür zu entschädigen hat, dass dieser (unrichtig) auf die Gültigkeit einer abgegebenen Erklärung oder auf das Zustandekommen eines Vertrages **vertraut** hat, muss den anderen so stellen, wie er ohne das Vertrauen⁴³³ stünde (negatives Interesse)⁴³⁴. Auch in diesem Fall kann ein entgangener Gewinn beinhaltet sein. Der Vertrauensschaden, der uU der Höhe nach über den Schaden hinausgehen kann, der durch die Nichterfüllung des vermeintlich zustande gekommenen Vertrags hätte entstehen können, wird nach hA⁴³⁵ mit dem **hypothetischen Erfüllungsinteresse** nach oben hin begrenzt.

Der Ersatz dieser Schadensarten hängt in beiden Fällen wieder ua vom Verschuldensgrad ab.

b) Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche aus der Verschuldenshaftung

Damit ein Schädiger nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung ersatzpflichtig wird, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- **Schaden**

„Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ (§ 1293 Satz 1 ABGB); S Kapitel 2 IV.A.3.a auf Seite 72.

- **Kausalität**

Zu prüfen ist, ob der potenziell Haftpflichtige den Schaden durch eigenes Verhalten verursacht hat bzw ob Sachen oder Personen, für die er einzustehen hat iSd Haftung für Gehilfen⁴³⁶, ursächlich waren. Entfielen der Schaden, wenn man sich das Ereignis, dessen Ursächlichkeit geprüft wird, wegdenkt, so stellt dieses Ereignis eine *conditio sine qua non* dar. Die hL spricht von **äquivalenter Kausalität**, die allerdings durch die Theorie der gesetzmäßigen Bedingung ergänzt werden muss⁴³⁷.

Allerdings muss nicht jede Ursache im juristischen Sinne kausal sein. Von **adäquater Kausalität** ist dann die Rede, wenn nur solche Schäden als ursächlich zugerechnet werden sollen, die angesichts des gesetzten Verhaltens üblicherweise, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintreten⁴³⁸; dh das gesetzte Verhalten oder ein Umstand ist für die Herbeiführung eines Schadens nicht völlig ungeeignet⁴³⁹. Der Hintergrund ist jener, dass es zu weit ginge, würden dem Haftpflichtigen sämtliche Schäden zugerechnet werden, für die das haftbarmachende Ereignis eine Bedingung war – daher die sinnvolle Begrenzung

⁴³³ Unter Ausschluss von Irrtum.

⁴³⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 289f.

⁴³⁵ Anstatt vieler *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 287.

⁴³⁶ Ausführlich dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht Bd I, Rz 12/64ff; *ders*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd II, 335ff; *Koziol/Welser*, aaO, 332.

⁴³⁷ Die Notwendigkeit dieser Theorie ergibt sich va dann, wenn es sich um Fälle der kumulativen, alternativen oder überholenden Kausalität handelt, bei denen die Theorie der *conditio sine qua non* allein nicht zum Ziel führen kann.

⁴³⁸ *Krejci*, Privatrecht, Rz 536.

⁴³⁹ Ein Schaden aufgrund einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen ist daher zwar äquivalent kausal, macht aber nicht schadenersatzpflichtig.

der Zurechnung⁴⁴⁰.

- **Rechtswidrigkeit**

Die Verschuldenshaftung setzt Rechtswidrigkeit voraus. Rechtswidrig ist ein Verhalten dann, wenn es gegen **gesetzliche Verhaltensanordnungen**, gegen die **guten Sitten**, gegen **absolut geschützte Rechtspositionen** oder gegen **rechtsgeschäftliche Pflichten** verstößt⁴⁴¹. Die Rechtswidrigkeitsprüfung orientiert sich an den **objektiven** Verhaltenskriterien.

Die Lehre vom **Schutzzweck der Norm** bestimmt überdies, dass der entstandene Schaden in dessen Bereich liegen muss, um Schadenersatzpflicht auszulösen. Besteht zwischen Verbotverletzungen und dem verursachten Schaden kein Rechtswidrigkeitssammenhang, weil die Rechtswidrigkeit nicht unter dem Normzweck zu subsumieren ist, so ist die Rechtswidrigkeit zwar gegeben, erfüllt diesfalls jedoch nicht die Voraussetzung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Bereich des Schutzzweckes der Norm⁴⁴².

- **Verschulden**

Verschulden bedeutet Vorwerfbarkeit rechtswidrigen Verhaltens. Sie stellt auf die persönliche Eigenart des Täters, seine Anlagen, seine Fähigkeiten, seine Bildung udgl ab. Die Verschuldensprüfung orientiert sich an den **subjektiven** Verhaltenskriterien.

Vorsatz liegt vor, wenn rechtswidriges Handeln bewusst vorliegt; **Fahrlässigkeit**, wenn der Täter bei seiner Handlung die gehörige Sorgfalt vermissen lässt. Nicht also die Anzahl, sondern die Bedeutung der Sorgfaltsverstöße und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes bilden den entscheidenden Maßstab für die Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit⁴⁴³ (grobe Fahrlässigkeit vs leichte Fahrlässigkeit, deren Abgrenzung voneinander sich mitunter sehr schwierig gestalten kann⁴⁴⁴).

c) Verjährung des Schadenersatzanspruches

Nach § 1489 ABGB wird zwischen einer kurzen und einer langen Verjährungsfrist, die auf alle⁴⁴⁵ Schadenersatzansprüche anwendbar sind, unterschieden, wobei beide Fristen materiellrechtliche⁴⁴⁶ darstellen.

Die kurze dauert **drei Jahre** und beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Ersatzberechtigte sowohl den Schaden als auch den Schädiger kennt bzw ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung hätte bringen können.

Die lange Verjährungsfrist beträgt **30 Jahre** und kommt va dann in Betracht, wenn der Schaden oder die Person des Schädigers dem Ersatzberechtigten **nicht bekannt** wurde. Nach Ablauf der 30 Jahre erlischt jeglicher Schadenersatzanspruch; es handelt sich somit um eine absolute Frist.

⁴⁴⁰ Ausführlich zur Zurechnungslehre und Adäquanztheorie *Koziol*, aaO, Rz 8/1ff.

⁴⁴¹ Vgl § 1295 ABGB.

⁴⁴² *Krejci*, aaO, Rz 537ff. Vgl FN 440.

⁴⁴³ *Harrer in Schwimann (Hrsg)*, § 1324 Rz 5.

⁴⁴⁴ Einige Definitionen für grobe Fahrlässigkeit liefert *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd II, Rz 5/46.

⁴⁴⁵ *Ders*, Haftpflichtrecht Bd I, Rz 15/9.

⁴⁴⁶ Vgl OGH 10.November 1992, 4 Ob 546/92; *Bydlinski in Rummel (Hrsg)*, § 1489 Rz 7.

4. Schuldverhältnis auf Basis des rechtsgeschäftlichen Kontaktes – die Lehre von der Haftung aus culpa in contrahendo

Nach hL⁴⁴⁷ und Rspr⁴⁴⁸ ist es anerkannt, dass mögliche Geschäftspartner schon mit der Aufnahme eines Kontaktes zu rechtsgeschäftlichen Zwecken in ein beiderseitiges Schuldverhältnis treten, das sie zu gegenseitiger Rücksichtnahme bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Rechtsgeschäftes verpflichtet – unabhängig davon, ob es zu einem späteren Zeitpunkt zustande kommt oder nicht. *Reischauer*⁴⁴⁹ präzisiert, dass schon ab dem Zeitpunkt ein derartiges Schuldverhältnis in Betracht kommt, ab dem der Schädigende Handlungen setzt, die der Interessensverfolgung dienen⁴⁵⁰. *Aicher*⁴⁵¹ folgend entspricht dies im Bereich des Vergaberechts der Übergabe der Ausschreibungsunterlagen bzw mE gegebenenfalls auch – nun durch die aktuelle Gesetzeslage bedingt – der Übergabe der Teilnahmeanträge.

Die vorvertraglichen Pflichten sind den Vertragspflichten ähnlich, richten sich aber niemals auf Leistung einer Sache; sie stellen ein Verhältnis ohne Hauptleistungspflicht dar. Somit bestehen bloß **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten**, die jenen nach Vertragsabschluß entsprechen⁴⁵².

Bejaht man die Existenz dieser vorvertraglichen Pflichten, so verpflichtet die schuldhaft Verletzung dieser – man spricht von der *culpa in contrahendo (cic)* – zum Schadenersatz. Zu ersetzen ist der verursachte Schaden. Soweit es um primäre Vermögensschäden geht, ist nicht das positive, sondern grundsätzlich das negative Vertragsinteresse – der Vertrauensschaden – zu ersetzen⁴⁵³. Dh der Geschädigte muss so gestellt werden, als sei keine Pflichtverletzung begangen worden. Das Vergaberecht bildet – gestützt auf die jüngere Rspr⁴⁵⁴ – in diesem Zusammenhang dahingehend eine Ausnahme, dass auch das positive Vertragsinteresse – das Erfüllungsinteresse – zu ersetzen ist, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag mit dem pflichtwidrigen Teil zustande gekommen wäre⁴⁵⁵.

Das ABGB enthält keine generellen, sondern nur rudimentäre Regelungen dieser vorvertraglichen Pflichten; diese sind aus Einzelbestimmungen ableitbar, wie etwa aus den §§ 874 und va 878 Satz 3 ABGB⁴⁵⁶. Das vorvertragliche Schuldverhältnis gründet

⁴⁴⁷ Anstatt vieler *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 14ff.

⁴⁴⁸ Anstatt vieler *Welser*, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, 361ff in *Österreichische Notariatskammer (Hrsg)*, FS für Kurt Wagner - zum 65. Geburtstag.

⁴⁴⁹ In *Rummel (Hrsg)*, vor §§ 918-933 Rz 14a.

⁴⁵⁰ Diese können gem *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsabschluß, ÖJZ 1973, 286 also auch schon zu einem Zeitpunkt vor Kontaktaufnahme gesetzt werden, bei dem die Identität des Gegenübers noch gar nicht feststeht.

⁴⁵¹ Schlussbericht, 269 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht.

⁴⁵² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 15. *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, 57 erkennt noch **Mitteilungs-, Obhuts- und Erhaltungspflichten**.

⁴⁵³ S die Ausführungen zu Kapitel 2 IV.A.3.a auf Seite 72.

⁴⁵⁴ OGH 19.Oktober 1994, 7 Ob 568/94; OGH 22.November 1994, 4.Ob 573/94; OGH 20.August 1998, 10 Ob 212/98v ua.

⁴⁵⁵ *Aicher*, Vergabekontrollkommission, 27 in *Korinek/Aicher (Hrsg)*, Vergabekontrollkommission führt dies darauf zurück, dass die Abschlussfreiheit auf den sich im Bewertungsverfahren als Bestbieter erweisenden Bewerber kanalisiert ist. Genaugenommen ist also die von *Zöllner*, Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit - Negation oder Immanenz?, 525 in *Koziol/Rummel (Hrsg)*, Im Dienste der Gerechtigkeit - FS für Franz Bydlinski, konkretisierte „negative Freiheit“, dh die Freiheit, vom Vertragsschluss abzusehen, für die öffentliche Hand stark eingeschränkt.

⁴⁵⁶ Ausführlich dazu *Welser*, Das Verschulden beim Vertragsabschluß, ÖJZ 1973, 281; *Ostheim*, Zur

sich somit auf das Gesetz, ist aber – wie bereits erwähnt – den rechtsgeschäftlich begründeten Schuldverhältnissen angenähert⁴⁵⁷.

Die dogmatische Grundlage solcher vorvertraglichen Pflichten⁴⁵⁸ besteht einerseits in der Notwendigkeit des Aufbaues einer ökonomischen und funktionstüchtigen Rechts-geschäftsordnung, die rücksichtsloses Verhalten beim Vertragsabschluß verbietet – ergo in der Ökonomie des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Die Geschäftspartner eröffnen – je nach Rechtsverhältnis mehr oder weniger – den Zugang zu ihrer persönlichen Sphäre bzw zu ihrem Vermögensbereich auf eine intensivere Art als dies sonstigen Personen gegen-über geschieht⁴⁵⁹. Der rechtsgeschäftliche Verkehr funktioniert aber nur dann, wenn die Beteiligten davon ausgehen dürfen, dass sie einander angesichts der notwendigen beson-deren Sphärenöffnung möglichst rücksichtsvoll begegnen. Die Person und die sonstigen Güter des Geschäftspartners sollen demnach geschützt werden.

Andererseits sind solche Pflichten einem Partner auch zumutbar, weil schon der bloße Geschäftskontakt seinen besonderen Interessen dient, zu deren Verwirklichung sich der andere Teil „zur Verfügung“ stellt⁴⁵².

Im Bereich des Vergabewesens wird der vorvertragliche Pflichtenkatalog durch die Vergabebestimmungen konkretisiert, durch die der Vergeber zu erkennen gibt, nach wel-chen Regeln er den Zuschlag erteilen wird, worauf die Bieter auch vertrauen dürfen⁴⁶⁰, bzw werden in diesem Bereich, bei dem die öffentliche Hand im Rahmen der Privatwirt-schaftsverwaltung öffentliche Ausschreibungen durchführt, die Grundsätze von der Lehre über die *cic* als Anspruchsgrundlage auch durch den verfassungsrechtlich verankerten **Gleichbehandlungsgrundsatz**⁴⁶¹ (Art 7 B-VG) sekundiert⁴⁶², der nach hA⁴⁶³ auch im Verhältnis der öffentlichen Hand als Träger von Privatrechten zum einzelnen Rechtssub-jekt Anwendung findet – man spricht von der **Fiskalgeltung der Grundrechte**⁴⁶⁴. Dage-gegen sprechen sowohl *Heid*⁴⁶⁵ als auch *Wilhelm*⁴⁶⁶, unter gewissen Voraussetzungen auch

Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 523; *Koziol*, Haftpflichtrecht Bd II, 71.

⁴⁵⁷ *Ders*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209ff ordnet die *cic* einer Kette von Zwischenstufen zwischen den beiden „Endpunkten“ *Delikt* und *Verletzung von Schuldverhältnissen* zu, die auf die Intensität der Nahebeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger abstellt. Auch *Schmidlin*, Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung?, 416 in *Koziol/Rummel* (Hrsg), FS Bydlinski, sieht die Vertrauenshaftung, die noch dazu als Verallgemeinerung und Erweiterung der *cic* zu verstehen sei, im Mittelfeld, in dem sich deliktische und vertragliche Haftung konkurrenzieren.

⁴⁵⁸ Ausführlich dazu *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht, 69ff.

⁴⁵⁹ *Krejci*, Zivilrechtliche Grundfragen, 11 in *ÖGEBAU* (Hrsg), Forschungsbericht; *Schopf*, Rechtsfragen, 27 berichtet in diesem Zusammenhang von der „Loyalitätsbeziehung der Verhandlungspartner“.

⁴⁶⁰ Vgl *Heid*, Schadenersatz, 48; *Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, wbl 1993, 373ff.

⁴⁶¹ Vgl auch Art 2 StGG.

⁴⁶² Vgl *Krejci*, aaO, 15 in *ÖGEBAU* (Hrsg), aaO; vgl FN 200 auf Seite 38.

⁴⁶³ Anstatt vieler *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), vor §§ 918-933 Rz 17a, *Raschauer* in *Raschauer* (Hrsg), Wirtschaftsrecht, Rz 155; *Aicher*, Vergabekontrollkommission, 25 in *Korinek/Aicher* (Hrsg), Vergabekontrollkommission.

⁴⁶⁴ Unterstützend die Erwägungen *Bydlinskis*, Gleichheitsgrundsatz, 43, der auch Gleichbehandlungs-fälle allein im Privatrecht erkennt, die auf Bedürfnissen nach Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie beruhen, wie zB der Kontrahierungszwang, der die Interessen der anderen – die Benöti-gung von (Dienst)leistungen – den Interessen des wirtschaftlich überlegenen Monopolisten überordnet – eine nicht unähnliche Situation wie jene beschrieben unter FN 25 auf Seite 11 iVm FN 455 auf Seite 76.

⁴⁶⁵ Vergabeverstoß: Ersatz des Erfüllungsinteresses., *ecolex* 1995, 93; *ders*, Vergabeverstoß und Schadenersatz, *ecolex* 1996, 7.

*Aicher*⁴⁶⁷, die den Gleichbehandlungsgrundsatz als alleinige Anspruchsgrundlage – unabhängig vom Institut der *cic*, jedoch uU als **Schutzgesetz nach § 1311 ABGB** gelesen – ansehen, bzw *ersterer*⁴⁶⁸, der als weitere Anspruchsgrundlage auch eine **Haftung des Vergebers aus Erklärung an die Öffentlichkeit** anerkennt. Evtl darauf⁴⁶⁹ und auf weitere mögliche Anspruchsgrundlagen für Schadenersatz ist in Kapitel 7 ab Seite 159 zurückzukommen.

B. Normative Dokumente

1. Allgemeines

Rechtsgrundlage des Normungswesens in Österreich bildet Art 10 Abs Z 5 B-VG sowie das Normengesetz 1971 idF BGBl 136/2001 bzw die Geschäftsordnung des Österreichischen Normungsinstituts, dessen Aufgabe es ist, die von Wirtschaft und Verwaltung benötigten technischen Regeln gem international anerkannten Prinzipien zu erstellen. Die Leitung und Koordinierung besteht aus ca 200 Fachnormenausschüssen (FNA) und ca 850 Fachnormenunterausschüssen (FNUA) bzw Arbeitsgruppen.

Normen stellen im allg Dokumente dar, die mit Konsens erstellt und von einer anerkannten Institution angenommen werden, und die für die allgemeine und wiederkehrende Anwendung Regeln, Leitlinien oder Merkmale für Tätigkeiten oder deren Ergebnisse festlegen, wobei ein optimaler Ordnungsgrad in einem gegebenen Zusammenhang angestrebt wird. Weiters sollen sie auf den gesicherten Ergebnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung basieren und auf die Förderung optimaler Vorteile für die Gesellschaft abzielen⁴⁷⁰. Sie sind für sich nicht verbindlich; Staat und Wirtschaft orientieren sich jedoch aus **Effizienzgründen**⁴⁷¹ häufig an ihnen.

ÖNORMen können zB durch Gesetz, Verordnung, Bescheid, Weisung oder aber auch durch Vertrag für rechtsverbindlich erklärt werden. Die sogen Vertragsnormen bzw Vertrags-ÖNORMen – sie stellen im Unterschied zu den technischen⁴⁷² die rechtlichen⁴⁷³

⁴⁶⁶ Bestbieters Sieg, 42ff; s auch FN 200 auf Seite 38.

⁴⁶⁷ Wenngleich vor Erlassung eines aussenwirksamen Vergabegesetzes in Vergabekontrollkommission, 28ff in *Korinek/Aicher (Hrsg)*, aaO, der unter Bezugnahme auf OGH, 29.November 1989 (=JBl 1990, 520) bei Verweigerung der Aushändigung der erforderlichen Unterlagen an einen Bewerber dessen auf den Grundsätzen der Lehre über die *cic* fußende Ansprüche ausschließt, weil sich ein Zwang zu rechtsgeschäftlicher Kontaktaufnahme aus derselben nicht ableiten lässt. Vgl auch OGH 22.November 1994, 4 Ob 573/94 (=ecolex 1995, 328).

⁴⁶⁸ Schadenersatz, 90ff.

⁴⁶⁹ Einen Überblick über die bisher erwähnten Anspruchsgrundlagen gibt *Diregger*, Gibt es nach Bundesvergaberecht eine „echte Chance“ auf Schadenersatz?, wbl 2000, 442ff.

⁴⁷⁰ Vgl Pkt 3.2 EN 45020, 1991; ausführlich zu Normen im allg *Larcher*, Die neuen ÖNORMen des Verdingungswesens A 2060 und B 2110 (1. Teil), RdW 1984, 166ff; *Hager*, Systematik, 18ff.

⁴⁷¹ Effizienz kann sich zB für Wirtschaftsunternehmen dadurch äußern, dass Kosteneinsparungen durch Verringerung oder gänzlichen Wegfall von Anpassungskosten bei Exportgeschäften erzielt werden, oder dass sich Kooperationsmöglichkeiten verbessern und damit das Angebot an Zulieferern; s *Hartmann*, Der Nutzen der Normung, ÖGEBAU-Journal 1/2003, 109.

⁴⁷² Zu ihnen zählen gem *Schopf*, Rechtsfragen, 50 die Abmessungs-, Werkstoff- und Prüfnormen, deren Wert in der Rationalisierung, Systematisierung, Typisierung, Herstellung der Kompatibilität sowie in der einheitlichen Terminologie liegt. Ähnlich *Schwarz*, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht, 25, die neben den technischen und rechtlichen ÖNORMen noch einen dritten – weder ersteren noch zweiten zurechenbaren – Bereich anführt.

⁴⁷³ Zu den rechtlichen ÖNORMen zählen neben den erwähnten Vertragsnormen, die die Abwicklung von Bauleistungen regeln, auch die Verfahrensnormen, die das Zustandekommen eines Bauvertrages regeln; vgl *Oberndorfer/Kropik*, Preisumrechnung von Bauleistungen, 12.

ÖNORMen dar –, welche in den verschiedenen FNA **im Konsens** zwischen Stellen der Hoheits- und Wirtschaftsverwaltung des Bundes und der Länder, bestehender selbständiger Wirtschaftskörper, Vertretern der Wissenschaft sowie am Normenwesen interessierten Ständevertretungen als Interessensvertretungen der Erzeuger und Verbraucher ausgehandelt werden, werden wegen der Art ihres Zustandekommens als „qualifizierte, konsensualisierte Geschäftsbedingungen“ angesehen⁴⁷⁴.

Nach ihrer rechtlichen Qualität sind Vertrags-ÖNORMen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Sie stellen Vertragsschablonen dar, die das dispositive Gesetz unter der Voraussetzung der Vereinbarung ihrer Geltung, die sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend – konkludent – vorgenommen werden kann⁴⁷⁵, abändern.

Zu den wichtigsten Bauvertrags-ÖNORMen – für diese liegt eine vom Österreichischen Normungsinstitut eigens geschaffene Normengruppe B (für Bauwesen) vor – zählen sowohl die tw bereits erwähnten ÖNORMen B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘, B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘, als auch die B 2114 ‚Vertragsbestimmungen bei automatisationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen‘, die B 2117 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Verkehrswegen sowie für den damit im Zusammenhang stehenden Landschaftsbau‘ als auch die ÖNORMen der Serie B 22xx und H 22xx⁴⁷⁶.

2. ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘

a) Allgemeines

Die ÖNORM B 2110 enthält ein in sich geschlossenes Vertragsmodell, das die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien vom Vertragsabschluss bis hin zur vollständigen beiderseitigen Erfüllung unter Einschluss von Gewährleistung und Schadenersatz regelt. Dies verfolgt den Zweck⁴⁷⁷, das Werkvertragsrecht des ABGB (§§ 1165ff ABGB), das ja nicht auf den Bauvertrag zugeschnitten ist, im Rahmen des dispositiven Rechts auf die bauspezifische Risikolage hin zu optimieren⁴⁷⁸. Nichtsdestotrotz handelt es sich lediglich um vorgegebene Rahmenbedingungen, da zahlreiche Einzelfragen im Bauvertrag von den Vertragspartnern selbst festgelegt werden müssen.

Da es sich bei der gegenständlichen Norm weder um einseitig aufgestellte AGB noch um ausverhandelte Vertragsinhalte handelt, sondern – wie bereits erwähnt – um kollektiv gestaltete Vertragsbedingungen, sind ihre Bestimmungen objektiv, unter Beschränkung auf den Wortlaut, dh unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gem § 914 ABGB auszulegen⁴⁷⁹. Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen⁴⁸⁰.

Im Falle der Vereinbarung dieser Vertrags-ÖNORM ist sie der **Geltungskontrol-**

⁴⁷⁴ Vgl Aicher in Straube/Aicher (Hrsg), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd I, 2:17; Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 3; Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 26.

⁴⁷⁵ Aicher/Oberndorfer, Unzulässige Vertragsbestimmungen, 2.

⁴⁷⁶ Nur die beiden erstgenannten werden einer weiteren Behandlung unterzogen.

⁴⁷⁷ Aicher in Straube/Aicher (Hrsg), aaO, 2:18; vgl Oberndorfer/Straube et al, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Rz 173.

⁴⁷⁸ Oberndorfer, Claim Management, 47, berichtet von einer sinnvollen engmaschigen und bauspezifischen Regelungsdichte.

⁴⁷⁹ Fenyves, Das Verhältnis von Auslegung, Geltungskontrolle und Inhaltskontrolle von AVB als methodisches und praktisches Problem, 123 in Koziol/Rummel (Hrsg), FS Bydlinski.

⁴⁸⁰ OGH 10. September 1996, 3 Ob 2327/96v (=ecolex 1997, 87).

le⁴⁸¹ des § 864a ABGB, der im Jahr 1980 – initialisiert durch das KSchG – eingeführt wurde, zu unterziehen. Dieser besagt, dass ungewöhnliche Vertragsbestimmungen in AGB und Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil werden, wenn der Vertragspartner des Verwenders dieser Vertragsformblätter mit ihnen nach den Umständen, va nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen bräuchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Diese Bestimmung verhindert, dass überraschende nachteilige Klauseln vom Willen des Erklärenden erfasst sind.

Führt diese Geltungskontrolle nicht zur Ausschließung der beanstandeten Bestimmung, so setzt die im Ergebnis die Ungenauigkeitshaftung nach § 915 ABGB verschärfende **Inhaltskontrolle** gem § 879 Abs 3 ABGB – abgesehen von § 879 Abs 1 ABGB, der für jeden Vertrag die **Sittenwidrigkeitskontrolle** darstellt⁴⁸² – ein, der in AGB und Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiden Hauptleistungen festlegen, für nichtig erklärt, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil **gröblich benachteiligen**⁴⁸³, was nach hL einer Verschiebung der Rechtslage zum Nachteil einer Partei gleichkommt.

Aufgrund der Art des Zustandekommens dieser ÖNORM (arg „Konsens“) ist die Wahrscheinlichkeit allerdings sehr hoch, dass sie der Inhaltskontrolle standhält. Außerdem wird auch schon der Geltungskontrolle gegen das „Kleingedruckte“ kaum bis gar keine Bedeutung beizumessen sein⁴⁸⁴.

Die **Philosophie**, die hinter einem ÖNORMen-Werkvertrag steckt, soll an dieser Stelle nicht vorenthalten werden; sie beschreibt implizit die Risikolage und besagt gem *Oberndorfer*⁴⁸⁵:

„Bei dem relativ geringen Informationsstand des Unternehmers über den Baugrund und die Planung (wie sie vom Bauherrn bzw. dessen Erfüllungshelfen beigestellt werden) zum Zeitpunkt der Vergabe und angesichts der fast unausweichlichen Leistungsänderungen ist ein Vertrag mit konstruktiver Leistungsbeschreibung und Einheitspreisen (Einheitspreisvertrag) der fairste Vertrag.“

Daraus lässt sich folgende leistungsbezogene Risikenverteilung (implizit wie explizit) ableiten⁴⁸⁶:

⁴⁸¹ Ausführlich dazu *Aicher/Oberndorfer*, aaO, 2ff.

⁴⁸² Beispiele zur Sittenwidrigkeit bei Bauverträgen liefern ua *Krejci*, ‚Dauerbrenner‘ des Bauvertragsrechts insbesondere bei Großbauvorhaben, ÖGEBAU-Journal 1/2001, 16; *Haril/Schlosser*, Vertragsgespräche, ÖGEBAU-Journal 1/2003, 49f.

⁴⁸³ Ausführlich dazu *Krejci*, Über ‚gröblich‘ benachteiligende, Nebenbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (§ 879 Abs 3 ABGB), JBl 1981, 169ff bzw 245ff; *ders*, Zulässigkeitsgrenzen, wbl 1999, 385ff. Zur Geltungs- und Inhaltskontrolle beim **Bauvertrag** s *Krejci*, KSchG und Bauvertragsrecht, passim in *Krejci (Hrsg)*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz.

⁴⁸⁴ *Längle*, Entgelt, 117, formuliert konkret, dass die ÖNORM B 2110 der Geltungskontrolle gem § 864a ABGB standhält.

⁴⁸⁵ *Claim Management Bd I*, 48.

⁴⁸⁶ Eine ausführlichere Auflistung von Beispielen für Risiken und deren Verteilung findet sich unter Kapitel 2 IV.C auf Seite 91.

Sphäre des Bauherren:

- fehlerhafte Planung
- Mengenmehrung
- Leistungsänderungen (inkl Bodenrisiko)
- Behinderung aus der „Sphäre“ des Bauherren
- unabwendbare Ereignisse (inkl Schlechtwetter)

Sphäre des Unternehmers:

- nicht entdeckte Planungsfehler
- Organisationsfehler
- Kalkulationsirrtum (zB bei den Gesteinskosten)
- Verzug (zB infolge von Kalkulationsfehlern)

b) Regelungsinhalt

Die ÖNORM B 2110 weist folgenden Aufbau vor:

- | |
|--------------------------|
| Vorbemerkungen |
| 1 Anwendungsbereich |
| 2 Normative Verweise |
| 3 Definitionen |
| 4 Verfahrensbestimmungen |
| 5 Vertragsbestimmungen |

Im Abschnitt 1 **Anwendungsbereich** wird festgehalten, dass die zugrundeliegende ÖNORM die allg Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, zu denen auch Leistungen der Haustechnik gehören, enthält. Die unter Abschnitt 2 angeführten **Normativen Verweise** einschließlich der Verweise auf wichtige Gesetze bewirken, dass die Inhalte dieser hauptsächlich aus dem Bereich des Bau- und Baunebengewerbes stammenden Normen Bestandteil der ÖNORM B 2110 werden, wobei die angeführten Verfahrensnormen – wie etwa die ÖNORM A 2050 oder A 2051 – Verhaltensregeln und Abläufe regeln, somit nicht Vertragsbestandteil werden. Auf manche **Definitionen** gem Abschnitt 3, die viele der ÖNORM A 2050 durch Verweistechnik enthalten, wird im Zuge der gegenständlichen Arbeit jeweils an konkreter Stelle eingegangen. Die **Verfahrensbestimmungen** unter Abschnitt 4 besitzen im Vorfeld des Vertragsabschlusses Relevanz. Sie enthalten insb Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten.

Wie bereits an anderer Stelle angedeutet haben mit Inkrafttreten des BVergG 2002 die ÖNORMen A 2050 bzw A 2051 an Bedeutung verloren. Das Ergebnis daraus ist, dass die Abschnitte 2 und 4 der ÖNORM B 2110 an jenen Stellen, bei denen die ÖNORMen A 2050 bzw A 2051 erwähnt werden, als Ergänzung zu den entsprechenden Bestimmungen des BVergG 2002 anzusehen sind, sofern letzteres anzuwenden ist.

Die folgende Abbildung 16 gibt eine Übersicht über Abschnitt 5, in dem die **Vertragsbestimmungen** der gegenständlichen ÖNORM dargestellt sind:

5 Vertragsbestimmungen

5.1 Allgemeines

5.2 Vertragsbestandteile

5.3 Geltung bei Verbrauchergeschäften

5.4 Erklärung des Werkunternehmers

5.5 Änderungen	tände
5.6 Vertretung der Vertragspartner	5.27 Regieleistungen
5.7 Arbeitsgemeinschaft	5.28 Preise; Vergütung der Leistungen
5.8 Ausführungsunterlagen	5.29 Rechnungslegung
5.9 Prüf- und Warnpflicht	5.30 Zahlung
5.10 Arbeitsplätze, Zufahrtswege, Anschlüsse	5.31 Vorläufige Abrechnung und Zahlung bei unvorhergesehener Unterbrechung
5.11 Einbauten	5.32 Beginn und Beendigung der Leistung
5.12 Absteckung	5.33 Benützung von Teilen der Leistung vor der Übernahme
5.13 Grenzsteine und Festpunkte	5.34 Behinderung der Ausführung
5.14 Baustellensicherung	5.35 Verzug
5.15 Zusammenwirken am Erfüllungsort (Baustelle/Montagestelle)	5.36 Vertragsstrafe bei Verzug (Pönale)
5.16 Gesetzliche Vorschriften und behördliche Genehmigungen	5.37 Schutzrechte
5.17 Landschafts- und Gewässerschutz	5.38 Rücktritt vom Vertrag
5.18 Benützung von Straßen und Wegen	5.39 Güte- und Funktionsprüfung
5.19 Persönliches Verhalten von Arbeitnehmern der Vertragspartner	5.40 Probetrieb
5.20 Leistung	5.41 Übernahme
5.21 Überwachung	5.42 Gefahr und Haftung
5.22 Aufzeichnungen über wichtige Vorkommnisse	5.43 Besondere Haftung mehrerer Werkunternehmer
5.23 Aufstellung von Tafeln	5.44 Versicherung
5.24 Leistungsänderungen	5.45 Gewährleistung
5.25 Ohne Auftrag oder vertragswidrig erbrachte Leistungen	5.46 Schlussfeststellung
5.26 Gewonnene Materialien und Gegenseiten	5.47 Schadenersatz, allgemein
	5.48 Sicherstellung
	5.49 Streitigkeiten

Abbildung 16: Übersicht über die Vertragsbestimmungen der ÖNORM B 2110

Im folgenden wird auf ausgewählte wesentliche Punkte eingegangen, die Relevanz für das gegenständlich zu behandelnde Thema besitzen. Die hL⁴⁸⁷ hat sich mit dieser relativ jungen Ausgabe der ÖNORM in vollem Umfang bereits ausführlich beschäftigt.

• 5.24 Leistungsänderungen

Die Grundlage des Leistungsänderungsrechts stellt die bereits erwähnte Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung⁴⁸⁸ als maßgebendes Prinzip des Rechtsgeschäftes dar, die es anzustreben gilt. Ausgehend von einer Änderung der Leistung müssen auf Seite der Gegenleistung ebenfalls Änderungen einhergehen, um dem im vorigen Satz Geschriebenen gerecht zu werden. Wie die Änderungen auf Seite der Gegenleistung iSd Entgelts vorzunehmen sind, behandeln ua die gegenständlichen Pkt 5.24 und Pkt 5.34.

Die ÖNORM B 2110 gesteht im Gegensatz zum ABGB einem Werkbesteller ein weitreichendes Leistungsänderungsrecht zu. Die Leistungsänderungen, sofern sie iSv zusätzlichen Leistungen zur Ausführung der Leistung auch notwendig bzw iSv beliebigen

⁴⁸⁷ Gölles/Link, Kommentar zu den ÖNORMen B 2110 und B 2117; Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110; Karasek, ÖNORM B 2110; Kropik, Der Bauvertrag; Oberndorfer/Straube et al, Kommentar.

⁴⁸⁸ S FN 379 auf Seite 65.

Formen der Leistungsänderung dem Werkunternehmer auch zumutbar sind, können diesem Pkt folgend in nachstehenden Formen auftreten bzw eingeteilt werden:

Änderung der Art der Leistung (Pkt 5.24.3):

Diese liegt dann vor, wenn eine ausgeschriebene Leistung nicht mit der Produktionsmittelgruppe wie geplant erbracht werden kann, weil der zu bearbeitende Stoff (Bauaterial, Grund und Boden) oder der Bauablauf (zB Takteinteilung) in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht anders ist als bei Vertragsabschluss objektiv vorhersehbar war. Die Produktionsmittelgruppe muss der geänderten Art der Leistung angepasst werden. Das Produkt der Leistungserbringung kann, muss aber nicht vom vereinbarten Produkt abweichen. Ursachen für die Änderung der Art der Leistung können etwa Planungsänderungen, Änderungen der erwarteten Grund- und Boden-, Gebirgs- bzw Wasserverhältnisse oder vom Bauherrn angeordnete baubetriebliche Ablaufänderungen sein⁴⁸⁹.

Änderung der Umstände der Leistungserbringung (Pkt 5.24.3):

Diese Art der Änderung liegt vor, wenn eine ausgeschriebene Leistung mit der Produktionsmittelgruppe wie geplant erbracht werden kann, jedoch durch nicht vorhersehbare Umstände, die nicht der Unternehmersphäre zuzurechnen sind, der Verzehr von Produktionsmittel anders ist als bei Vertragsabschluss objektiv zu erwarten war. Die Ursachen für Änderung der Umstände der Leistungserbringung können die gleichen und dieselben wie bei Änderungen der Art der Leistung sein. Das Produkt der Leistungserbringung, die Leistung, bleibt so wie im Vertrag vereinbart⁴⁹⁰.

Änderung des Umfanges der Leistung (Pkt 5.24.1):

Sie liegt vor, wenn der Werkbesteller eine Erweiterung des Auftrages wünscht, die über den urspr Leistungsumfang hinausgeht und auch grundsätzlich nicht zur Erstellung der urspr vertraglich vereinbarten Leistung notwendig wäre. Anders als beim klassischen Einheitspreisvertrag, bei dem die Änderung des Umfanges der Leistung – mit ein paar Ausnahmen wie zB bei der 20%-Klausel – keinen Einfluss auf die Einheitspreise hat, und somit sich kein Problem bei der Quantifizierung der Mehrkosten ergibt, verhält es sich bei Pauschalpreisverträgen, bei denen sich diese Quantifizierung schwieriger gestaltet – sofern Mehrkosten überhaupt zustehen⁴⁹¹; denn in diesem Fall muss sich der vertraglich vereinbarte Leistungsumfang auf Basis von Bauherrenanweisungen nachweislich ändern⁴⁹².

Zusätzliche Leistung (Pkt 5.24.1):

Sie sind ihrer Art nach im Vertrag nicht vorgesehen, aber dennoch für die Erreichung des Vertragszweckes notwendig. Das in Bezug auf Pauschalpreisverträge vorhin Geschriebene gilt auch für diese Art der Leistung.

⁴⁸⁹ Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch, 21f; aA Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen, 82f, die nicht nur auf die einzelnen Herstellungsschritte abzielen, sondern auch auf eine Differenz beim fertiggestellten Produkt.

⁴⁹⁰ Oberndorfer/Jodl, aaO, 146.

⁴⁹¹ Dies kommt auf die Art des Pauschalpreisvertrages an. Mehrkosten stehen grundsätzlich dann zu, wenn ausschließlich das Mengenisiko auf den Werkunternehmer überwältzt wurde; vgl OGH 29. Oktober 1997, 6 Ob 233/97 (=ecolex 1998, 315); ausführlich dazu Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 448ff nWN; ders, Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis, ecolex 1991, 235ff; vgl Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, 236 in Aicher/Koppensteiner (Hrsg), FS Ostheim; Krejci in Rummel (Hrsg), § 1170a Rz 4c; Kühne, Mehrkostenregelung, 150ff in Löffelmann/Korbion (Hrsg), FS Locher.

⁴⁹² Vgl Oberndorfer/Straube et al, Kommentar, Rz 414f.

Bloße Mengenänderung (Pkt 5.24.6):

Diese Art der Leistungsänderung, die in diesem Punkt beschrieben wird, bezieht sich auf die sogen *20%-Klausel*. Eine Mengenänderung iSd Punktes liegt vor, wenn sich zwar die Vordersätze der bei Vertragsabschluss festgelegten Leistung ändern, aber keine andere Form der Leistungsänderung vorliegt⁴⁹³. **Das Anwendungsgebiet der 20%-Klausel ist daher äußerst eng**⁴⁹⁴. Der Zweck dieser Klausel liegt darin, außerhalb einer Bandbreite von 20 % des Einheitspreises das Gleichgewicht in Bezug auf die Vergütung wieder herzustellen, wenn zB in der Kalkulation Gemeinkosten auf Einzelkosten umgelegt waren; sprich: es werden neue Einheitspreise berechnet – sofern dies wie im Beispielfall kalkulationsmäßig begründet ist. Damit soll einem **Wegfall der Geschäftsgrundlage** vorgebeugt werden.⁴⁹⁵ Innerhalb der Bandbreite von 20 % des Einheitspreises soll sich derselbe nicht ändern, da er das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung – so zumindest nach hA – noch nicht ernsthaft stört⁴⁹⁶. Somit ist das Risiko, das sich aus der Änderung der Kostenstruktur bei Mengenänderungen ergibt, mit dieser Bandbreite begrenzt.

Sonderfälle:

Einige Sonderfälle regelt der gegenständliche Pkt der ÖNORM explizit, obwohl sie unter die oa Systematik eingeteilt werden können. *Arbeiten bei Frost und Schneefall* (Pkt 5.24.8) stellen eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung dar. Bei der *Bezugsquellenänderung* (Pkt 5.24.5) – sofern sie nicht durch Umstände veranlasst ist, die der Werkunternehmer zu vertreten hat – verweist der ÖNORMen-Text auf die Bestimmungen des Pkt 5.24.3. Bei *Minderung oder Entfall von Leistungen* (Pkt 5.24.10) erhält der Werkbesteller das Recht, im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses gewisse Teile der Leistung entfallen zu lassen, wobei eine Anordnung desselben erforderlich ist, was gleichsowie bei bloßer Mengenänderung nicht notwendig ist.

An dieser Stelle muss festgehalten werden, dass all die hier vorgestellten Definitionen und die dahinter steckenden rechnerischen Vorgehensweisen mit Blick auf die hM⁴⁹⁷ auf verschiedene Wege praktiziert werden – dies betrifft insb die *20%-Klausel* –, und nicht immer Einigkeit vorliegt, was der gegenständlichen Arbeit allerdings keinen Abbruch tut.

• 5.34 Behinderung der Ausführung

Eine Behinderung liegt vor, wenn der Beginn der Ausführung einer Leistung verzögert wird oder wenn während der Ausführung Verzögerungen und Unterbrechungen eintreten, sodass die Einhaltung der Leistungsfrist gefährdet erscheint (5.34.1). Im Unterschied zur Leistungsänderung setzt eine Behinderung keine Anordnung des Werkbestellers voraus⁴⁹⁸. Weiters hat eine Behinderung immer eine Störung des Bauablaufes zur

⁴⁹³ OGH 22. Februar 2000, 2 Ob 336/98w (=Reckerzügl/Schwarz, 20%-Klausel - eine bauwirtschaftliche Analyse des ersten OGH-Urteils, Österreichische Bauzeitung 16, 4ff); vgl Krejci, 'Dauerbrenner', ÖGEBAU-Journal 1/2001, 10; Oberndorfer, Die Vergütung bei Mengenänderungen, ÖGEBAU-Journal 2/2001, 173.

⁴⁹⁴ Ausführlich zum Anwendungsbereich ders, Ein Vorschlag zur Neuformulierung der 20%-Klausel in der ÖNORM B 2110, 1467 in Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg), Zum Recht der Wirtschaft – Festschrift zum 60. Geburtstag von Heinz Krejci.

⁴⁹⁵ Ders, Die 20%-Klausel in der ÖNORM B 2110, Der Sachverständige 3/1995, 6.

⁴⁹⁶ AA Karasek, aaO, Rz 500, der diese Risikoverlagerung für unangemessen hält.

⁴⁹⁷ Vgl etwa FN 487.

⁴⁹⁸ Göllles, Önormenvertrag: Leistungsänderung und Behinderung, eolex 1996, 840, nennt demnach die unter Pkt 5.24.1 zu subsumierenden Leistungsänderungen „vom Auftraggeber angeordnete Änderun-

Folge, sei es durch den Eintritt einer Verzögerung, oder sei es durch Forcierungsmaßnahmen, die die vereinbarten Termine weiterhin gewährleisten sollen⁴⁹⁹.

Gem Pkt 5.34.2 hat der Werkunternehmer Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist, wenn er – bei Nachkommen seiner Verständigungspflicht – nicht in der Lage ist bzw es ihm nicht zumutbar ist, die Behinderung abzuwenden oder zu verringern, oder wenn sie aus der Sphäre des Werkbestellers entstammen. Die Leistungsfristverlängerung verfolgt den Zweck, Verzugsfolgen wie etwa das Pönale, die Vertragrücktrittsmöglichkeit oder Schadenersatz zu vermeiden, was dadurch erst bei Überschreitung der verlängerten Leistungsfrist fällig bzw ermöglicht wird.

Hat ein Vertragspartner die Behinderung verschuldet (Pkt 5.34.4.1) oder es unterlassen, den anderen über die Behinderung zu verständigen (Pkt 5.34.4.2), so hat er Schadenersatz gem Pkt 5.47 zu leisten. Im Unterschied zum ABGB kürzt diese ÖNORM in Pkt 5.34.4.3 die Frist für die Geltendmachung von Schadenersatz von drei Jahren⁵⁰⁰ auf drei Monate, da diesbzgl Forderungen nach diesen drei Monaten immer schwerer durchzusetzen sind, was seinen Grund darin hat, dass die fortschreitende Leistungserstellung, der größer werdende zeitliche Abstand und eine notwendige Fülle bei der Dokumentation erschwerend bei der Konkretisierung der Forderung hinzutreten⁵⁰¹.

Anspruch auf Mehrkosten bei Behinderung (Pkt 5.34.5) hat der Werkunternehmer unter jenen Voraussetzungen, unter welchen er auch eine Leistungsfristverlängerung beanspruchen kann. Die Ursachen der Behinderung müssen entweder in der Sphäre des Werkbestellers⁵⁰² liegen oder aber in der neutralen Sphäre⁵⁰². Dieser Anspruch auf Mehrkosten setzt kein Verschulden voraus. Somit geht es bei Pkt 5.34.5 um eine **Entgelterhöhung** iSd Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, und nicht um Schadenersatz⁵⁰³. Diese Entgelterhöhung äußert sich durch Mehrkostenansprüche, die durch die Verlängerung der Leistungsfrist entstanden sind, wie etwa Kosten im Bereich der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten oder der Gerätevorhaltekosten⁵⁰⁴. Aber auch Mehrkosten aus Behinderungen, die keine Verlängerung der Leistungsfrist mit sich bringen, wie etwa Produktivitätsverlust etc fallen seit der aktuellen Ausgabe der gegenständlichen ÖNORM unter diesen Aspekt.

Mehrkosten aus Forcierungsmaßnahmen bedürfen einer anderen Behandlung, denn Forcierungsmaßnahmen müssen vom Werkbesteller gem Pkt 5.24.1 angeordnet werden. Dabei wird in aller Regel auch Einvernehmen zwischen den Vertragspartnern bzgl der entstehenden Kosten herzustellen sein. Somit ist klar, dass der Werkunternehmer nicht etwa die Wahl hat, die Verlängerung der Leistungsfrist hinzunehmen oder selbständig Forcierungsmaßnahmen zu ergreifen.

• 5.38 Rücktritt vom Vertrag

Der Rücktritt vom Vertrag führt zur obligatorisch wirkenden Vertragsauflösung *ex tunc*⁵⁰⁵. Die Rücktrittsberechtigung des Werkbestellers (5.38.1), aber auch jene des Werk-

gen“.

⁴⁹⁹ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 426.

⁵⁰⁰ S Kapitel 2 IV.A.3.c auf Seite 75.

⁵⁰¹ Vgl Oberndorfer/Straube *et al*, Kommentar, Rz 727.

⁵⁰² S Kapitel 2 IV.C auf Seite 91.

⁵⁰³ Vgl Wiener in Straube/Aicher (Hrsg), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd II, 5:15.

⁵⁰⁴ Vgl Abbildung 4 auf Seite 18.

⁵⁰⁵ Reischauer in Rummel, § 921 Rz 1.

unternehmers (5.38.2) stellen Fälle eines Vertrauensverlustes dar. Weiters wird den Vertragspartnern bei länger andauernder Behinderung – die Norm führt drei Monate an (Pkt 5.38.3) – das Recht zugestanden vom Vertrag zurückzutreten.

Wenn die Umstände, die zum Rücktritt des Werkunternehmers geführt haben, auf Seiten des Werkbestellers liegen, ist dieser verpflichtet, dem Werkunternehmer die nachzuweisenden Kosten für noch nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung des durch die Nichtvollendung der Leistung erzielten oder erzielbaren Vorteils zu vergüten⁵⁰⁶.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine leichte Modifikation des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB. Dem Werkunternehmer soll dadurch die Fixkostendeckung, die er mit der noch nicht erbrachten Leistung erwirtschaftet hätte, aber nicht Wagnis und Gewinn vergütet werden, sofern er für die nun frei gewordenen Personal- und Gerätekapazitäten keine Einsatzmöglichkeiten hat⁵⁰⁷.

- **Formalerfordernisse hiezu**

Gewisse Formalerfordernisse zur Durchsetzung von Mehrkostenansprüchen sind notwendig, wenn der Leistungsinhalt nicht einvernehmlich zwischen den Vertragspartnern abgeändert wird oder wenn sich Behinderungen ergeben.

Dies betrifft zum einen die Mitteilungspflicht (Pkt 5.24.2), die dem Werkbesteller die Möglichkeit geben soll, einerseits eine realistische Baukostenplanung und -verfolgung durchzuführen, andererseits damit auch die Finanzierung der vom Werkunternehmer erbrachten Leistung zu sichern. Womöglich hat der Werkbesteller überhaupt noch die Chance, Gegensteuerungsmaßnahmen zu ergreifen, um Mehrkosten abzuwenden, die ihm durch Unterlassen der Mitteilung durch den Werkunternehmer keinesfalls benommen sein soll.

Zum anderen hat der Werkunternehmer ein Zusatzangebot mit auf den Preisgrundlagen und der Preisbasis⁵⁰⁸ des Vertrages erstellten, sich aus der Leistungsänderung abgeleiteten Preisen (Änderung iSv Anpassung der Gegenleistung) ehestens vorzulegen, was ebenfalls den dem Werkbesteller zustehenden, im vorigen Satz angeführten (Reaktions-)Möglichkeiten Vorschub leistet. Letzterer hat allerdings auch das Zusatzangebot des Werkunternehmers wiederum ehestens zu prüfen. (5.24.3)

Weiters gilt, dass mit Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Leistung durch den Werkunternehmer erst dann begonnen werden darf, wenn der Werkbesteller die schriftliche Zustimmung zur Leistungserbringung gegeben hat (5.24.4), wobei letzterer für die Folgen der Unterlassung einer rechtzeitigen Entscheidung haftet.

Die Verständigungspflicht (5.34.1.2) über die Kenntnis einer Behinderung, sofern sie nicht ohnehin dem anderen Vertragspartner bekannt war oder bekannt sein hätte müssen, verfolgt im wesentlichen die gleichen Ziele wie die oa Mitteilungspflicht.

Der Rücktritt vom Vertrag (5.38.4) ist – bei Behinderungen sofort – schriftlich zu erklären.

⁵⁰⁶ Pkt 5.38.6.4 ÖNORM B 2110.

⁵⁰⁷ Oberndorfer/Straube et al, Kommentar, Rz 823.

⁵⁰⁸ FN 528 auf Seite 89.

3. ÖNORM B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘

a) Allgemeines

Diese ÖNORM ist ebenso eine Werkvertragsnorm und enthält die Voraussetzungen und Bestimmungen, nach welchen veränderliche Preise bei wertmäßiger Änderung von Kostengrundlagen umzurechnen sind. Die wertmäßige Änderung der Kostengrundlagen geht mit den wertmäßigen Kostenveränderungen einher: das sind die durch den bloßen Zeitablauf bedingte Änderungen der Gestehungskosten⁵⁰⁹. Sie stellt somit eine Erweiterung der ÖNORM B 2110 dar, die in ihrem Pkt 5.28.3.4 klarstellt, dass bei Verträgen mit veränderlichen Preisen die Umrechnung der Preise nach der gegenständlichen ÖNORM zu erfolgen hat, sofern nicht branchenspezifische Umrechnungsverfahren vereinbart sind – sie wird dadurch automatisch Vertragsinhalt.

Genaugenommen handelt es sich bei den Vertragsbestimmungen der gegenständlichen ÖNORM also nicht um eine Wertsicherungsklausel, die definitionsgem Geldwertminderungen⁵¹⁰ einer bestehenden Verbindlichkeit auszugleichen trachtet, sondern in Abwandlung derselben um eine – gewiss dennoch ihrer Funktion entsprechenden – **Preisgleitklausel**⁵¹¹ iVm einer **Schwellenwertklausel**⁵¹² **mit revolvierender Wirkung**⁵¹³, die den nominellen Betrag einer künftig entstehenden Forderung um den Betrag anzuheben sucht, um den sich die der Kalkulation zu Grunde liegenden Kostenelemente geändert haben⁵¹⁴.

Aber auch schon im Zuge des Vergabeverfahrens sieht § 80 Abs 1 Z 4 BVergG vor, dass während der Ausschreibung erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag bzgl der Preisumrechnung festzulegen sind, sofern keine entsprechende ÖNORM vorhanden und für anwendbar erklärt worden ist. Dies zeigt die Wichtigkeit dieses Instruments für Bauwerkverträge auf, die oftmals über einen langen, die Kostenentwicklungen betreffend unvorhersehbaren Zeitraum abgeschlossen werden. Durch die Preisrechnungsmöglichkeit sollen Risiken der Preisgestaltung dem Unternehmer nicht aufgebürdet werden⁵¹⁵, was für den Bauherrn, der dieses Risiko selbst übernimmt, den Vorteil hat, dass der Preis, den er dem Unternehmer bezahlt, mit einem vergleichsweise geringeren Wagniszuschlag behaftet ist und damit näher bei den voraussichtlichen Selbstkosten des Werkunternehmers liegt⁵¹⁶.

So postulieren *Jurecka/Stieber*⁵¹⁷ zutreffend, dass die Vereinbarung veränderlicher Preise

- die Kalkulation von spekulativen Wagnis-(Festpreis-)zuschlägen befreien

⁵⁰⁹ Siehe Kapitel 2 II.B.2 auf Seite 21.

⁵¹⁰ ISv „inneren“ Wert des Geldes.

⁵¹¹ *Ertl*, Inflation, Privatrecht und Wertsicherung, 54. Es ist möglichst genaues Reagieren auf die Veränderung eines bestimmten Preises ohne Rücksicht auf das allgemeine Preisniveau erwünscht. Genaueres s unter Kapitel 3 II.A auf Seite 106f.

⁵¹² *Ders*, aaO, 120f.

⁵¹³ Zur Bedeutung s FN 522 auf Seite 89.

⁵¹⁴ *Zehetner*, Automatische oder fakultative Umrechnung veränderlicher Preise in Bauverträgen nach ÖNORM B 2111?, ÖZW 1985, 108. Vgl *Schubert* in *Schwimann* (Hrsg), § 986 Rz 2.

⁵¹⁵ Vgl den Schutzzweck der Bestimmung des § 62 Abs 1 BVergG bzw *Denk*, Ökonomische Analyse, 27 in *ÖGEBAU* (Hrsg), Forschungsbericht, der in diesem Zusammenhang vom Beschaffungspreisrisiko der Anbieter berichtet.

⁵¹⁶ *Oberndorfer/Kropik*, Preisumrechnung, 7; vgl Abbildung 4 auf Seite 18.

⁵¹⁷ Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen, 11.

- die sparsamen Verwendung öffentlicher und privater Mittel zum Vorteil des Werkbestellers wirken
 - den Wettbewerb auf die eigentliche unternehmerische Leistung konzentrieren
 - die Vergleichbarkeit der Angebote verbessern
 - den Ersatz von unvermeidbar anfallenden Kosten über den Preis ermöglichen und damit auch der gesamtwirtschaftlich notwendigen Substanzerhaltung des Einzelbetriebes dienen
- soll.

b) Regelungsinhalt

Die ÖNORM B 2111 weist einem mit der ÖNORM B 2110 abgestimmten Aufbau vor.

Abschnitt 1 umfasst den **Anwendungsbereich**, der im vorigen Punkt a) bereits umschrieben worden ist. Die **Normativen Verweise** des Abschnittes 2 lassen die für den Bauwerkvertrag relevanten Verdingungsnormen Bestandteil der gegenständlichen ÖNORM werden. Die **Definitionen** des Abschnittes 3 werden wiederum in dieser Arbeit an konkreter Stelle behandelt, und die **Verfahrensbestimmungen** des Abschnittes 4 enthalten Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten, die vorsehen, dass die Preisumrechnungsgrundlagen hinsichtlich der verschiedenen Preisanteile in der Ausschreibung bzw im Angebot angegeben werden müssen⁵¹⁸.

• **Vertragsbestimmungen**

Zwei wesentliche **Voraussetzungen** für die Umrechnung veränderlicher Preise nennt die gegenständliche ÖNORM in Pkt 5.2.

Das ist einerseits, dass zu den beiden **Stichtagen 1.Mai** bzw **1.November** eines jeden Jahres entweder der Preisanteil Lohn oder der Preisanteil Sonstiges dadurch einer Umrechnung bedarf, dass der in Frage kommende Veränderungsprozentsatz die **Schwelle**⁵¹⁹ in der Höhe von **1 %** erreicht bzw übersteigt.

Die Höhe von 1 % verhindert, dass die Anzahl der durchzuführenden Preisumrechnungen ausufert⁵²⁰, womit auch Anlässen für Zahlungsverzögerungen ein Riegel vorge-schoben wird. Die Zeiträume zwischen zwei Preisumrechnungen, also die Preisperioden, werden dadurch auf eine sinnvolle Länge erstreckt, innerhalb derer es auch dem Werkunternehmer einmal zumutbar ist, die vorzunehmenden Rechnungen und Überprüfungen durchzuführen⁵²¹ – andernfalls würde sich die Umrechnung als zu zeitraubend und kostspielig gestalten bzw zu Unsicherheiten führen und Anlass für Zahlungsverzögerungen bieten. Zu den vorzunehmenden Rechnungen gehört ua, die Leistung innerhalb einer Preisperiode abzugrenzen, um die darauf folgende Leistung mit dem neuen umgerechneten Preisen verrechnen zu können. Das vorhin angeführte vergleichsweise geringere Wagnis bleibt dem Werkunternehmer dadurch, dass er das Risiko der wertmäßigen Kos-

⁵¹⁸ Dies kann als Konkretisierung des § 80 Abs 1 Z 4 BVergG angesehen werden.

⁵¹⁹ S FN 512 auf Seite 87.

⁵²⁰ Sinngem Schubert in Rummel (Hrsg), §§ 988, 989 Rz 7 lit e.

⁵²¹ Vgl Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung, 103; aber auch der dadurch dem Werkbesteller entstehende Aufwand wird äquivalent reduziert.

tenveränderungen nun **innerhalb einer Preisperiode** tragen, also im Wagniszuschlag berücksichtigen muss.

Der Veränderungsprozentsatz V_i errechnet sich folgendermaßen:

$$V_i = \left(\frac{X_i - X_{i-1}}{X_{i-1}} \times F_x \right) \times 100 \geq 1 \%^{522}, \text{ wobei } X_i \text{ für die Messgröße steht, die dem üb-}$$

lichen Verfahren der ÖNORM B 2111 folgend einem Index zukommt, der den jeweiligen Preisanteil am besten repräsentiert und bei dem die Grundlagen und Methoden den Vertragspartnern vom Herausgeber des Index offen gelegt werden – dem **Indexverfahren**⁵²³. F_x beträgt für den Preisanteil Lohn (F_L) 0,98, falls dieser sogen Abminderungsfaktor bei der Publikation des Index nicht schon miteinbezogen wurde. Dadurch sollen etwaige preisanteilsfremde Bestandteile einer Gleitung vorenthalten werden, da dies nicht sachgerecht wäre. Für den Preisanteil Sonstiges ist kein Abminderungsfaktor anzuwenden ($F_S = 1,00$).

Beim **Warenkorbverfahren** wird ein Warenkorb als Messgröße definiert, der vorwiegend für die Umrechnung des Preisanteils Sonstiges im schweren Tiefbau Verwendung findet⁵²⁴. Jedes Element des Warenkorbes unterliegt für sich wertmäßigen Kostenveränderungen, die anhand von Indizes⁵²⁵ festgestellt werden⁵²⁶ oder aber auch durch Beobachtung von Einkaufspreisen des Unternehmers in Bezug auf die Pegelstoffe⁵²⁷. Durch das im Anhang A der ÖNORM B 2111 angeführte K8A-Blatt lässt sich der Schwellenwertnachweis wie vorhin beschrieben vornehmen.

Auf die Möglichkeit, die Preisumrechnung auch für den Gesamtpreis – also ohne Unterteilung in Preisanteile – vorzunehmen, wird an dieser Stelle lediglich hingewiesen.

Durch den in dieser ÖNORM angegebenen Pool an Messgrößen ist ersichtlich, dass sowohl Elemente einer Waren-, einer Index- oder einer Lohnklausel als auch Kombinationen derselben an die Oberfläche treten und zum Vertragsinhalt erklärt werden können.

Um bei der Preisumrechnung auf die vertraglich vereinbarten Preise (Urpreise) zurückgreifen zu können, wird für jede Preisperiode auch der Umrechnungsprozentsatz U_n errechnet, der sich somit auf den Zeitpunkt der Preisbasis⁵²⁸ bezieht; und zwar nach folgenden Schema:

⁵²² Die revolvierende Wirkung kann aus der Einbeziehung des mathematischen Index „i“ in die Formel abgeleitet werden und bedeutet, dass nach erstmaligen Sprung der Messgröße um mindestens 1 % weitere folgen und dabei jeweils auf den bei der letzten Anpassung gültigen Betrag abgestellt wird (SZ 49/59; MietSlg 28.094 = *Gassner*, Wertsicherungsklauseln in der Wirtschaftspraxis, SWK 1987, B III 21ff) und nicht etwa auf den urspr einmal maßgeblich gewesenen Ausgangsbetrag. Das macht Sinn, weil andernfalls unter Voraussetzung von zB Kostenerhöhungen die Schwelle durch einen am Ausgangsbetrag haftenden Absolutbetrag definiert wäre, die mit der Zeit einen immer geringer werdenden – unter 1 % sinkenden – relativen Wert hätte und der Vereinfachungszweck der Schwellenwertregelung gänzlich verloren ginge; anders gewendet: man müsste im Fortlauf der Zeit immer öfter eine umständliche Umrechnung vornehmen.

⁵²³ Für den Anteil Lohn bzw Sonstiges kommen etwa die vom BMWA herausgegebenen Baukostenveränderungen, die von der *STATISTIK AUSTRIA* publizierten Baukostenindizes für den Brückenbau oder aber auch für den Straßenbau etc in Frage.

⁵²⁴ *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung, 108.

⁵²⁵ Für den Anteil Sonstiges kommen etwa die von der *STATISTIK AUSTRIA* publizierten Großhandelspreisindizes für Baumaterialien und Baumaschinen etc in Frage.

⁵²⁶ Vgl *Haring*, Transportbetonindex 2004: überarbeitet und objektiviert - Ausgabe 66, 4.

⁵²⁷ Siehe Kapitel 2 II.B.2 auf Seite 21.

⁵²⁸ Datum, auf das bei Verträgen mit veränderlichen Preisen alle Preisumrechnungen bezogen werden, idR der Angebotsstichtag – ansonsten Datum des Angebotes; vgl Pkt 5.4.1 ÖNORM B 2111.

$$U_n = \left[\prod_{i=1}^n \left(1 + \frac{V_i}{100} \right) - 1 \right] \times 100 \text{ für die n-te Preisperiode}$$

Nachstehende Abbildung 17 verdeutlicht übersichtlich den Zusammenhang zwischen Veränderung der Preisumrechnungsgrundlagen, Preisumrechnung und Leistungsabgrenzung.

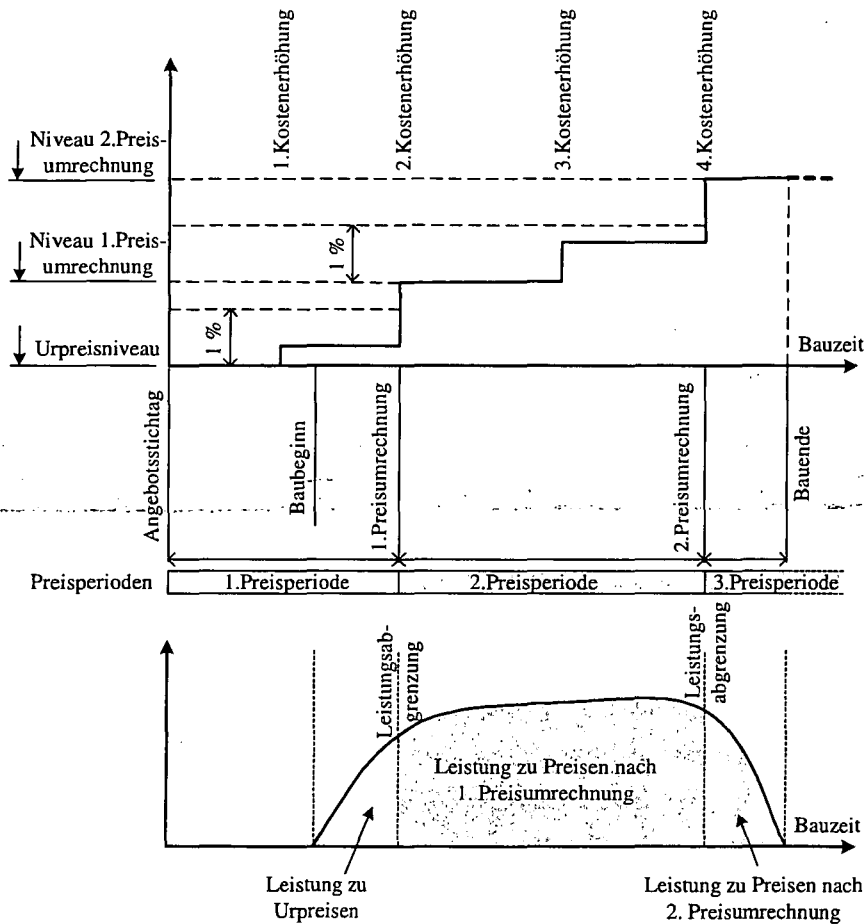


Abbildung 17: Zusammenhang zwischen Preisumrechnungsgrundlagenveränderung, Preisumrechnung und Leistungsabgrenzung⁵²⁹

Die zweite Voraussetzung für eine Preisumrechnung ist, dass der Werkunternehmer dem Werkbesteller Veränderungen der Preisumrechnungsgrundlagen **spätestens zwei Monate** nach dem Umrechnungstermin **mitzuteilen** hat, es sei denn, es handelt sich um nicht objektbezogene Indexwerte, amtliche Preislisten oder Tarife sowie um Empfehlungen des BMF, sofern diese vertraglich vereinbart waren. Aber auch Interessensvertretungen können für die Werkunternehmer tätig werden, indem sie die Veränderungen dem Bauherren mitteilen.

⁵²⁹ S. Oberndorfer/Kukacka, Preisbildung, 108.

Eine Sonderstellung zu den „üblichen Regeln“ der ÖNORM B 2111 wird in **Pkt 5.9** beschrieben, die besagt, dass die Preisumrechnung des Preisanteils Sonstiges unter gewissen Umständen über Verlangen des Werkunternehmers modifiziert werden kann. Dies setzt voraus, dass aufgrund einer im Index (Indexverfahren) bzw im objektbezogenen Warenkorb (Warenkorbverfahren) nicht enthaltenen Kostenart allein durch diese in einer Preisperiode der Schwellenwert erreicht würde. Diese Modifikation ist rückwirkend ab der ersten Preisumrechnung vorzunehmen. Sie hat also aufrollenden Charakter, wobei allerdings die Schwellenwerte für bereits durchgeführte Preisumrechnungen nicht neu zu ermitteln sind.

Eine Ausnahme der „üblichen Regeln“ bietet **Pkt 5.10**, der den Ersatz von während der Laufzeit des Vertrages bis zur Übernahme der Leistung entstehenden Änderungen von Abgaben oder Steuern vorsieht, sofern diese nicht in den Preisumrechnungsgrundlagen berücksichtigt wurden. Schwellenwertbestimmungen werden diesfalls gänzlich ignoriert.

Diese Sonder- bzw Ausnahmeregelung stellt somit nichts anderes dar als den Versuch der Verwirklichung des Prinzips der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung sowohl zu Gunsten der Werkunternehmer- (im Falle von Kostenerhöhungen) als auch zu Gunsten der Werkbestellerseite (im Falle von Kostenverminderungen), denen das Risiko des auf diversen Gründen basierenden Nichteinbezugs einer Kostenart, die extremen Änderungen unterliegt, im jeweiligen Fall nicht überbürdet wird bzw die eine Extrabehandlung von Steuer- und Abgabenveränderungen vorzusehen haben.

C. Exkurs: Sphärentheorie

Mehrmals wurden an vorigen Stellen⁵³⁰ die Themenbereiche Werkbesteller-, Werkunternehmersphäre, Risiken und Verteilung ders aufgeworfen. Diese sind Teil des Gebietes der aus Lehre⁵³¹ und Rspr⁵³² entwickelten Sphärentheorie:

Unter der Sphärentheorie wird im Werkvertragsrecht die Verteilung von Risiken⁵³³ bzw Gefahren (arg „Gefahrtragung“) iSv Ereignissen verstanden, die den jeweiligen Wirkungskreisen bzw Machtbereichen der Vertragsparteien zuzuordnen sind.

Bei den werkvertraglichen Normen sind prinzipiell zu unterscheiden⁵³⁴:

- die **Preisgefahr**, die die Frage bezeichnet, ob der Besteller den Werklohn entrichten muss, wenn das ganz oder tw hergestellte Werk vor der Übernahme durch bloßen Zufall beschädigt wurde oder untergegangen ist, von
- der **Leistungsgefahr**, die die Frage bezeichnet, ob der Werkunternehmer die Werkleistung erbringen muss, wenn das ganz oder tw hergestellte Werk vor der Übernahme durch bloßen Zufall beschädigt wurde oder untergegangen ist.

Wer nun welche Risiken bzw Gefahren zu tragen hat, regeln die gesetzliche Normallage bzw die ÖNORM B 2110 unterschiedlich.

⁵³⁰ S insb *Oberndorfers* ÖNORMen-Werkvertragsphilosophie unter Kapitel 2 IV.B.a auf Seite 79.

⁵³¹ Anstatt vieler *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 249.

⁵³² Anstatt vieler OGH 27.April 1987 1Ob42/86.

⁵³³ Eine Definition für Risiko findet sich unter FN 601 auf Seite 115.

⁵³⁴ Definitionen finden sich ua bei *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 1028f; *Oberndorfer/Straube et al*, Kommentar, Rz 864; *Wilhelm*, Beschädigung des Bauwerks vor Übernahme, *ecolex* 2000, 624.

1. Sphären in der gesetzlichen Normallage

Ansätze zur Risikenverteilung finden sich im **ABGB** bei den §§ 1168f. Aus ihnen wird implizit gefolgert, dass grundsätzlich jener das Risiko/die Gefahr zu tragen hat, in dessen Sphäre es/sie sich auswirkt.

So treffen Elementarereignisse (Krieg, Erdbeben, Hochwasser etc) nicht den Werkbesteller, weil sie sich nicht gegen diesen, sondern gegen die Allgemeinheit richten⁵³⁵. Diese, einer neutralen Sphäre entspringenden Ereignisse werden dem Werkunternehmer zugeordnet, weil sie sich in dessen Sphäre auch auswirken.

Das Gesetz unterscheidet lediglich zwei Gruppen von Umständen, die entweder der Sphäre des Werkbestellers oder anderen zugeordnet werden⁵³⁶. Dennoch erfolgt die folgende Aufgliederung in drei Bereiche – sie sondert die neutrale Sphäre von den anderen ab –, um die notwendige Transparenz für die Sphären beruhend auf der ÖNORM B 2110, auf die sogleich zurückzukommen sein wird, zu gewährleisten:

Sphäre Werkbesteller⁵³⁷:

- fehlerhafte Planung, unklare Leistungsbeschreibung
- untaugliche Beistellungen (Baugrund, Materialien, Altbaubestand etc)
- nicht rechtzeitige Beistellungen, Anordnungen und Entscheidungen
- mangelhafte Koordination der Unternehmer
- fehlende öffentlich rechtliche Genehmigungen

neutrale Sphäre⁵³⁸:

- Elementarereignisse wie Krieg, Terroranschläge, Erdbeben, Hochwasser, Blitzschlag, Murenabgänge, Lawinen, Bergstürze etc
- Arbeitskämpfe (Streik, Aussperrung)
- bloßer Zufall und höhere Gewalt
- sonstige unabwendbare Ereignisse

Sphäre Werkunternehmer⁵³⁸:

- Gestehungskosten von Arbeit, Material, Fremdleistungen
- Kalkulationsirrtum diesbzgl
- Liefer- und Leistungsverzögerungen seiner Subunternehmer und Lieferanten
- Nichterkennen offensichtlicher Mängel in Anweisungen oder Beistellungen des Werkbestellers (Prüf- und Warnpflicht)
- Genehmigungen für eigene Leistungen

⁵³⁵ Vgl *Krejci in Rummel (Hrsg)*, § 1155 Rz 18.

⁵³⁶ Sinnigem *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, *ÖJZ* 1983, 505ff.

⁵³⁷ Vgl *Kropik*, Die Behinderung von Bauleistungen - Eine rechtlich betriebswirtschaftliche Betrachtung, *ÖGEBAU-Journal* 2/2001, 155.

⁵³⁸ Vgl *ders*, aaO bzw *Oberndorfer*, *Claim Management*, 70.

2. Sphären beruhend auf der ÖNORM B 2110

Da zufällige Ereignisse, insb auch Fälle der höheren Gewalt, durch die **ÖNORM B 2110** dem Werkbesteller durch normative⁵³⁹ Überlegungen korrigiert zugeordnet werden, obwohl sie sich in der Sphäre des Werkunternehmers faktisch⁵⁴⁰ auswirken, kann festgehalten werden, dass diese Norm im Unterschied zur dispositiven ABGB-Gefahrtragungsregelung beim Werkvertrag „zurechnungstheoretischen“⁵⁴¹ Elementen folgt – dies deshalb, weil die Wahrscheinlichkeit der Auswirkung von Ereignissen der neutralen Sphäre im Bereich des Werkunternehmers (hier Bauunternehmer) ungemein höher ist, weswegen *Oberndorfer*⁵⁴² von einer unbefriedigenden Situation der gesetzlichen Normallage für den Bauwerkvertrag spricht.

So sieht die ÖNORM B 2110 in Pkt 5.42.1 Abs 2 vor, dass für Bauleistungen oder Teile hiervon oder für vom Werkbesteller dem Werkunternehmer übergebene Materialien, Bauteile oder sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände, die durch ein **unabwendbares Ereignis** beschädigt oder zerstört werden, der Werkbesteller die Gefahr trägt, sofern der Werkunternehmer alle zur Abwehr der Folgen solcher Ereignisse notwendigen und zumutbaren Maßnahmen⁵⁴³ getroffen hat.

Dies betrifft auch den vom Werkunternehmer vorzubringenden Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist gem Pkt 5.34.2.1, der als Behinderungsgründe aus der neutralen Sphäre, die sich beim ihm faktisch auswirken, jedoch dem Werkbesteller zuzuordnen sind, erkennt: Streik, Aussperrung, Krieg, Erdbeben, außergewöhnliche Witterungsverhältnisse und sonstige unabwendbare Ereignisse⁵⁴⁴.

D. Vertragstypen beim Bauvertrag

1. Einteilung hinsichtlich der Übernahme des Kostenrisikos durch den Werkunternehmer – der Einheitspreis- und Pauschalpreisvertrag

Eine grundsätzliche Unterteilung von Vertragstypen stellt auf das Kostenrisiko ab, das bei den **Leistungsverträgen** mehr oder weniger – je nach vertraglichen Festlegungen, also je nach Vertragstyp – dem Werkunternehmer überbürdet wird, bei den **Selbstkostenerstattungsverträgen** jedoch kaum bis überhaupt nicht. Nachstehende Abbildung 18 zeigt die verschiedenen Bauvertragstypen, die mit Ausnahme des letztgenannten implizit aus den österreichischen Verdingungsnormen bzw aus dem BVergG hervorgehen.

⁵³⁹ Als Richtschnur dienen hier zweifelsohne **baubetrieblich bauwirtschaftliche** Überlegungen, wovon im weiteren auszugehen ist.

⁵⁴⁰ Zur durch normative Überlegungen korrigierten faktischen Zuordnung von Umständen, die besagt, dass normative Überlegungen bewirken können, dass ein aufgrund der faktischen Zuordnung dem Besteller zugeordneter Umstand dem Unternehmer zuzurechnen ist und umgekehrt, s *Rebhahn* in *Schwimann (Hrsg)*, § 1168 Rz 21.

⁵⁴¹ Vgl *Krejci* in *Rummel (Hrsg)*, § 1155 Rz 18.

⁵⁴² *Claim Management* Bd I, 70.

⁵⁴³ *Wilhelm*, Beschädigung, *ecolex* 2000, 624, sieht durch die Verwendung des Ausdrucks der „zumutbaren Maßnahmen“ einen Gegensatz zum Begriff des unabwendbaren Ereignisses und versteht darunter – nach Anwenden der Vertragsauslegungsgrundsätze – **Maßnahmen mit äußerster, wirtschaftlich noch tragbarer Sorgfalt**.

⁵⁴⁴ Umstände, zB Witterungsverhältnisse, mit denen erfahrungsgemäß gerechnet werden muss, gelten jedoch nicht als Verlängerungsgrund.

Im Anschluss wird das Wesen des Einheitspreisvertrages und des Pauschalpreisvertrages als Leistungsverträge näher beleuchtet. In Bezug auf die anderen Vertragstypen wird auf weiterführende Lit⁵⁴⁵ verwiesen.

	Vertragstypen	„Quelle“
Leistungs- verträge:	Einheitspreisvertrag	§ 61 Abs 2 BVergG; Pkt 5.28.5.1 ÖNORM B 2110
	Richtpreisvertrag	§ 60 BVergG
	Mengengarantievertrag	Pkt 5.24.7 ÖNORM B 2110
	Pauschalpreisvertrag	§ 61 Abs 3 BVergG; Pkt 5.28.5.2 ÖNORM B 2110
Selbstkosten- erstattungs- verträge:	Regiepreisvertrag	§ 61 Abs 4 BVergG; Pkt 5.28.5.3 ÖNORM B 2110
	echter Selbstkostenerstattungsvertrag	§ 5 VOB/A

Abbildung 18: Bauvertragstypen

a) Einheitspreisvertrag

Ein Einheitspreis ist ein Preis für die Einheit einer Leistung, die in Stück-, Zeit-, Masse- oder anderen Maßeinheiten erfassbar ist⁵⁴⁶. Zu Einheitspreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lässt⁵⁴⁷.

Daher wird beim Einheitspreisvertrag, der als Standardvertrag im Bauwesen gilt, zunächst ein nach detaillierten und aufmessbaren Positionen aufgegliedertes Leistungsverzeichnis zur Beschreibung des geschuldeten Werkes mit den voraussichtlichen jeweils benötigten Positionen und Mengen erstellt, und hierauf vereinbart, dass die Endabrechnung zufolge der nachgewiesenen Mengen erfolgt⁵⁴⁸. Der Werkunternehmer trägt idS das Einzelkostenrisiko: Tritt bei der Produktion der Einzelleistungen der Kostenverzehr nicht ein wie im Zuge der Angebotserstellung kalkuliert, und liegen die Umstände dafür in seinem Sphärenbereich, so muss er dafür einstehen, wobei hierfür die Erbringung der Leistung so, wie es im Vertrag vorgesehen ist, vorausgesetzt wird (arg „Leistungsänderungen“⁵⁴⁹, die dahingehend eine Ausnahme bilden)⁵⁵⁰. Zum Einzelkostenrisiko zählt überdies, dass – im gewissen Rahmen (20%-Klausel) – die kalkulierten Kosten nicht linear mit der geleisteten Menge anfallen, was va bei Umlagen von Gemein- auf Einzelkosten zutrifft.

Bei diesem Vertragstyp lässt sich der Werklohn erst **nach Fertigstellung** der Leistung ermitteln, da erst zu diesem Zeitpunkt die tatsächlichen Mengen feststehen, die dem im Vertrag zu Grunde gelegten Vordersatz nicht gleich sein müssen, weil ja der Umfang der Leistung nur annähernd bestimmbar war.

⁵⁴⁵ Hager, Systematik; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd I: Einheitspreisvertrag; dies, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd II: Pauschalpreisvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau; Längle, Das Entgelt beim Bauvertrag; Oberndorfer, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag ua.

⁵⁴⁶ § 20 Z 24 lit a BVergG.

⁵⁴⁷ § 61 Abs 2 leg cit

⁵⁴⁸ Vgl Längle, aaO, 41; Oberndorfer, Claim Management, 76.

⁵⁴⁹ S Kapitel 2 IV.B.2.b auf Seite 81.

⁵⁵⁰ Es werden zB der Rückprallfaktor bei Spritzbetonarbeiten, der Verschnitt der Schalung etc falsch eingeschätzt; vgl Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen, 13.

Der Einheitspreis selbst ist somit grundsätzlich fixiert, die im Vertrag ausgewiesene Auftragssumme ist aus den oben dargelegten Gründen nicht fixiert⁵⁵¹.

Die Vor-⁵⁵² bzw Nachteile eines Einheitspreisvertrages sind folgender Auflistung zu entnehmen:

Vorteile:

- Die Planung hat zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bis ins letzte Detail abgeschlossen zu sein, womit sich die umfangreiche Erarbeitung der Mengen auf „Gramm und Millimeter“ erübrigt.
- Dem Werkbesteller werden Preisvergleiche ermöglicht.
- Der Unternehmer bekommt die tatsächlich erbrachte Leistung vergütet.
- Leistungsänderungen (inkl zusätzliche Leistungen) lassen sich infolge der positionsweisen Preisaufgliederung vergütungsmäßig meist unproblematisch bewerten.
- Die Umrechnung veränderlicher Preise (ÖNORM B 2111) kann bei monatlicher Leistungsfeststellung und Abrechnung problemlos angewendet werden.

Nachteile:

- Der Werkbesteller kennt zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nur den auf Basis abgeschätzter Mengen ermittelten voraussichtlichen Gesamtpreis.
- Die Massenermittlung als Voraussetzung für die Rechnungslegung ist aufwendig.

Aus *Oberndorfers Philosophie*⁵⁵³ des ÖNORMen-Vertrags lässt sich der Zweck des Einheitspreisvertrages – salopp formuliert – etwa folgendermaßen ableiten: Der Besteller soll nicht mehr oder weniger bezahlen als er tatsächlich erhält – der Unternehmer soll nicht mehr und nicht weniger erhalten als er tatsächlich leistet (arg „fair“).

b) Pauschalpreisvertrag

Ein Pauschalpreis ist der für eine Gesamtleistung oder Teilleistung in einem Betrag angegebene Preis⁵⁵⁴. Zu Pauschalpreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer

⁵⁵¹ *Kapellmann/Schiffers*, Einheitspreisvertrag, Rdn 104.

⁵⁵² Vgl *Wenusch*, Der Bauwerkvertrag als Einheitspreisvertrag - Auswirkungen quantitativer Veränderungen, *ecolex* 1998, 112.

⁵⁵³ S Seite 80.

⁵⁵⁴ § 20 Z 24 lit e BVergG.

Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist⁵⁵⁵.

Der Zweck dieser Vertragsart liegt ua darin, – ähnlich wie bei Vereinbarung von unveränderlichen Preisen – dem Bauherren Kostensicherheit im Zuge seiner Kostenplanung zu garantieren, was beim Einheitspreisvertrag als Nachteil hervorgeht.

An dieser Stelle kann nun festgehalten werden, dass die im Vertrag ausgewiesene Auftragssumme fixiert ist – aber nicht unbedingt die Zusammensetzung derselben. Daraus folgend werden mehrere Arten von Pauschalpreisverträgen unterschieden.

Prinzipiell sind **echte Pauschalpreisverträge**⁵⁵⁶ von **unechten Pauschalpreisverträgen** zu unterscheiden:

Echte Pauschalpreisverträge legen die Herleitung des Preises nicht offen⁵⁵⁷, was für den Unternehmer bzgl des Wagnisses sowohl **Chance** als auch **Risiko** bedeuten kann. Ein allfälliger Nutzen ist Chance, weil sich zB im Zuge der Leistungserbringung herausstellt, dass der Unternehmer billiger leisten kann, bleibt demselben.

Unechte Pauschalpreisverträge weisen die Herleitung der Pauschale durch eine konstruktive Leistungsbeschreibung aus und haben den Charakter eines verbindlichen Kostenvoranschlags gem § 1170a Abs 1 ABGB. Den oa Nutzen – also wenn der Werkunternehmer billiger leisten kann als kalkuliert – kann ders diesfalls nicht lukrieren, weil der verbindliche Kostenvoranschlag eine Abrechnung erfordert⁵⁵⁸, die dies dem Werkbesteller anzeigt. Sofern beim unechten Pauschalpreisvertrag keine Leistungsänderung auftritt, stellt der Pauschalpreis eine Schranke nach „oben“ dar, nicht aber nach „unten“.

Die Erscheinungsformen des Pauschalpreisvertrages können nach deren Basis und – damit einhergehend – auch Risikoüberwälzung⁵⁵⁹ wie folgt gesondert betrachtet werden⁵⁶⁰:

- Pauschalpreisvertrag auf Basis eines ausgepriesenen Leistungsverzeichnis
- Pauschalpreisvertrag auf Basis eines nicht ausgepriesenen Leistungsverzeichnisses
- Pauschalpreisvertrag auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung

2. Einteilung hinsichtlich der Möglichkeit einer nachträglichen Änderung von Preisen bei wertmäßigen Änderungen der Kostengrundlagen

a) Vertrag mit veränderlichen Preisen

S dazu Kapitel 2 IV.B.3 auf Seite 87ff.

⁵⁵⁵ § 61 Abs 3 leg cit.

⁵⁵⁶ Kapellmann/Schiffers, Pauschalpreisvertrag, Rdn 6ff, nennen diesen Typ „Global-Pauschalvertrag“.

⁵⁵⁷ Vgl Krejci in Rummel (Hrsg), § 1170a Rz 4.

⁵⁵⁸ Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen, 21; vgl Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 624.

⁵⁵⁹ Eine ausführliche Gliederung von einzelnen Risiken (Vollständigkeits-, Funktions-, Planungsreife-Risiko etc), die je nach Pauschalpreisvertragsart überwältzt werden sollen, gibt Oberdorfer, Claim Management, 77ff.

⁵⁶⁰ S auch Krejci, Baugrundrisiko, 97ff.

b) Festpreisvertrag

Im Unterschied zum Vertrag mit veränderlichen Preisen können bei der gegenständlich genannten Vertragsform bei wertmäßiger Änderung der Kostengrundlagen die Preise **nicht** angepasst werden; eine Tatsache, die der Bauherr va dann schätzt, wenn er eine exakte Kostenplanung zu verfolgen wünscht⁵⁶¹. Allerdings sieht das BVergG in § 62 Abs 2 leg cit vor, dass zu Festpreisen⁵⁶² nur dann auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen ist, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. Damit wird der Schutzzweck der im BVergG gegebenen grundsätzlichen Anwendungsobliegenheit eines Vertrages mit veränderlichen Preisen durch ein *argumentum e contrario* offengelegt.

Die ÖNORM B 2110 bestimmt in Pkt 5.28.3.1, dass ein Festpreis lediglich für Leistungen gilt, die vertragsgem innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Angebotsfrist zu beenden sind⁵⁶³, bzw für solche, die innerhalb dieser Frist auch tatsächlich beendet werden, sofern keine Bestimmungen hiezu im Vertrag vorgesehen sind.

Treten die in der Kalkulation kalkulatativ angenommenen Kostenveränderungen tatsächlich nicht so ein – und das ist va bei Bauzeitverlängerungen, die nicht der Sphäre des Werkunternehmers entspringen, nicht selten der Fall –, gilt es gem Pkt 5.28.3.2 der ÖNORM B 2110, nach dem Zeitraum, für den der Festpreiszuschlag kalkuliert wurde, die Preise der nach dem vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin erbrachten Leistungen umzurechnen, da für Änderungen der Preisumrechnungsgrundlagen für diesen Zeitraum keine Vorsorge getroffen werden konnte (bzw evtl auch sollte⁵⁶⁴). Als Ausgangsbasis für die Umrechnung dieser Preise ist – sofern aus den Vertragsbestandteilen keine dafür sachlich zutreffende Preisbasis für die Umrechnung ermittelt werden kann – die Mitte des Zeitraums zwischen dem Ende der Angebotsfrist und dem vertraglich festgelegten Fertigstellungstermin anzusetzen, was – zwar nicht exakt, aber genau genug⁵⁶⁵ – dem tatsächlichen Vergütungs-SOLL am nächsten kommt⁵⁶⁶.

E. Vertragliche Anspruchsgrundlagen für eine Mehrvergütung

Vorweg wird festgehalten, dass unter dem **klassischen Bauwerkvertrag** idS ein **Einheitspreisvertrag mit veränderlichen Preisen (auf Basis einer konstruktiven Leistungsbeschreibung)** verstanden wird, der im Zuge eines offenen Verfahrens oder eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben wurde.

⁵⁶¹ Karasek, ÖNORM B 2110, Rz 567.

⁵⁶² Krejci in Rummel (Hrsg), §§ 1165, 1166 Rz 106, schlägt vor, den Ausdruck „Festpreis“, der auch als „Pauschalpreis“ bzw „Fixpreis“ verstanden werden kann, als „unveränderlichen Preis“ zu bezeichnen, um Verwirrungen vorzubeugen. Im weiteren wird jedoch der Ausdruck „Festpreis“ idS unveränderlichen Preises beibehalten.

⁵⁶³ § 62 Abs 1 BVergG sieht hierfür **grundsätzlich** 12 Monate vor.

⁵⁶⁴ Es gibt auch Verträge, die einen Festpreiszeitraum lediglich für einen Teil der Leistung vorsehen, der andere Teil der Leistung, der danach zur Ausführung kommt, soll einer Preisumrechnung unterliegen. Diese Systematik geht allerdings nicht konform mit den Verfahrensbestimmungen in Pkt 4.8 der ÖNORM B 2111, die dies für unzulässig erklären.

⁵⁶⁵ Unter der Voraussetzung, dass die Kostenveränderungen linear sind.

⁵⁶⁶ Sachlich völlig ungerechtfertigt wäre es, die neue Ausgangsbasis mit dem Stichtag für die Preisbildung oder aber mit dem Ende des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins (vgl OGH 13.November 1986, 6 Ob 662/86) festzusetzen, denn in diesen Fällen wäre immer jeweils ein Vertragspartner übervorteilt. Dazu ausführlich Oberndorfer, Betriebswirtschaftslehre, 61.

1. Anspruchsgrundlagen

Abweichungen zwischen beauftragter und letztlich ausgeführter Bauleistung kommen fast regelmäßig vor. Deswegen wird dem Leistungsänderungsrecht in der Baubranche viel Aufmerksamkeit geschenkt. Meistens geht dies einher mit sogen. Mehrkostenforderungen der Werkunternehmer, iSd ÖNORM B 2110 also mit Zusatzangeboten, bei denen eine Preiserhöhung angestrebt wird. Auch Preisminderungen können angestrebt werden, die wiederum für die Werkbestellerseite interessant sind.

Einen Grundstock zur Durchsetzung derselben bildet das Erkennen der korrekten Anspruchsgrundlagen.

Die wesentlichen Anspruchsgrundlagen der ÖNORM B 2110 zur Durchsetzung von Mehrkostenforderungen gem Kapitel 2 IV.B.2.b auf Seite 81ff werden in einer Rück- bzw Zusammenschau mit jenen, die das Werkvertragsrecht des ABGB bietet, in folgender Abbildung 19 dargestellt. Sie zeigen sowohl die Parallelen als auch die Konkurrenz beider Normenbestimmungen auf:

ÖNORM B 2110	Leistungsänderungen, Behinderungen	ABGB
Pkt 5.24.3 Pkt 5.24.6	Änderung der Art der Leistung Änderung der Umstände der Leistungserbringung Änderung des Umfanges der Leistung zusätzliche Leistungen bloße Mengenänderung	
	unvermeidliche, beträchtliche Überschreitung eines Kostenvoranschlages ohne Gewährleistung	§ 1170a Abs 2
Pkt 5.24.10 Pkt 5.38.6.4	Minderung oder Entfall eines Teiles der Leistung Vertragsrücktritt des Auftragnehmers aus Gründen in der Sphäre des Auftraggebers	
	Unterbleiben der Ausführung bei Leistungsbereitschaft infolge von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers	§ 1168 Abs 1 1.Satz
Pkt 5.24.11 Pkt 5.34.1 Pkt 5.34.5	Verzögerung wegen Änderungen der Leistung oder zusätzlichen Leistungen Behinderung (Verzögerung, Unterbrechung) Behinderungen aus Sphäre des Auftraggebers bzw für den Auftragnehmer vor Ablauf der Angebotsfrist nicht vorhersehbar	
	Behinderung infolge von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers	§ 1168 Abs 1 2.Satz
Pkt 5.34.4 iVm Pkt 5.47 Pkt 5.38.7 iVm Pkt 5.47	Schadenersatz wegen Behinderung Schadenersatz bei Rücktritt	
	Schadenersatz wegen Vertragsverletzung	§ 1295

Abbildung 19: Überblick über die Anspruchsgrundlagen beim klassischen Bauwerkvertrag⁵⁶⁷

⁵⁶⁷ Vgl Gölles in Aicher/Gölles et al, Bauvertrags-ÖNORM B 2110, 8 bzw ders, Önormenvertrag, ecollex 1996, 840.

2. Systematik zur Geltendmachung

Die oa **Anspruchsgrundlagen** allein stellen nur einen Teil in der Systematik der Aufstellung eines gerechtfertigten Zusatzangebotes dar. Zum einen gilt es zu allererst herauszufinden, welche **Ursachen** zu welchen **baubetrieblichen Auswirkungen** führen, auf Basis deren die Anspruchsgrundlagen geklärt werden müssen; zum anderen, wie infolgedessen die **mehrkostenrelevanten Umstände** zu identifizieren sind, die erst den eigentlichen betriebswirtschaftlichen Mehrkostennachweis ermöglichen.

*Oberndorfer*⁵⁶⁸ unterscheidet fünf Gruppen von **Ursachen**, die für die Entstehung von Mehrkosten eindeutig verantwortlich sind und sich der Bauherrensphäre zuordnen lassen, wobei nur die ersten zwei dort genannten zu den „klassischen Mehrkostenforderungen“ zählen, und deshalb auch nur diese einer Behandlung unterzogen werden:

Zur ersten Gruppe zählen die Leistungsänderungen des Bauherren, wobei darunter „gewillkürte“ Planungsänderungen, „aufgezwungene“ Leistungsänderungen und Bauherrenanordnungen zu subsumieren sind; zur zweiten Gruppe gehören die Behinderungen, die der Sphäre des Bauherren zuzuordnen sind⁵⁶⁹.

Der Werkunternehmer hat den mitunter sehr schwierigen Beweis anzutreten, dass die Ursache für die Leistungsänderung oder Behinderung nicht bei ihm liegt.

Zu den Auswirkungen der Leistungsänderung auf baubetrieblicher Ebene, die sich ausnahmslos auf die oa Ursachen zurückführen lassen, gehören etwa die Umstellung des Bauverfahrens, die Behinderung⁵⁷⁰, der Produktivitätsverlust, die Leistungsminderung etc – wie nachstehende Abbildung 20, die die Systematik der Leistungsänderungen widerspiegelt, entnommen werden kann.

Der eigentliche Mehrkostennachweis führt zu einem gerechtfertigten Zusatzangebot, wenn die Berechnung auf den Preisgrundlagen des urspr Vertrages aufbaut – **dh, dass das Zusatzangebot jenem Mehrpreis entsprechen muss, den der Werkunternehmer im Wettbewerb kalkuliert hätte, wenn die geänderte Art der Leistung und die geänderten Umstände der Leistungserbringung, die einen Bereich definieren, dem auch Behinderungen hinzugereicht werden, aus den Ausschreibungsunterlagen bereits ersichtlich gewesen wären.**

Es folgt die Glaubhaftmachung der Mehrkosten, die gem *Oberndorfer*⁵⁷¹ in drei Teilschritten erfolgt:

- erster Teilschritt:

Offenlegung der Detailkalkulation und Preisgrundlagen

- zweiter Teilschritt:

uU Anpassung der Detailkalkulation an den Vertrag, wenn Angebot und Vertrag in Leistung und Technologie differieren

⁵⁶⁸ Claim Management Bd I, 91 ff.

⁵⁶⁹ Vgl auch *Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65ff.

⁵⁷⁰ Auch hier muss der Werkunternehmer nachweisen, dass die vom Bauherrn zu vertretende Behinderung tatsächlich zu ungenutzten Kapazitäten und einer Bauzeitverlängerung, wie von ihm behauptet, geführt hat. Ausführlich dazu *ders*, aaO, 99ff.

⁵⁷¹ AaO, 97.

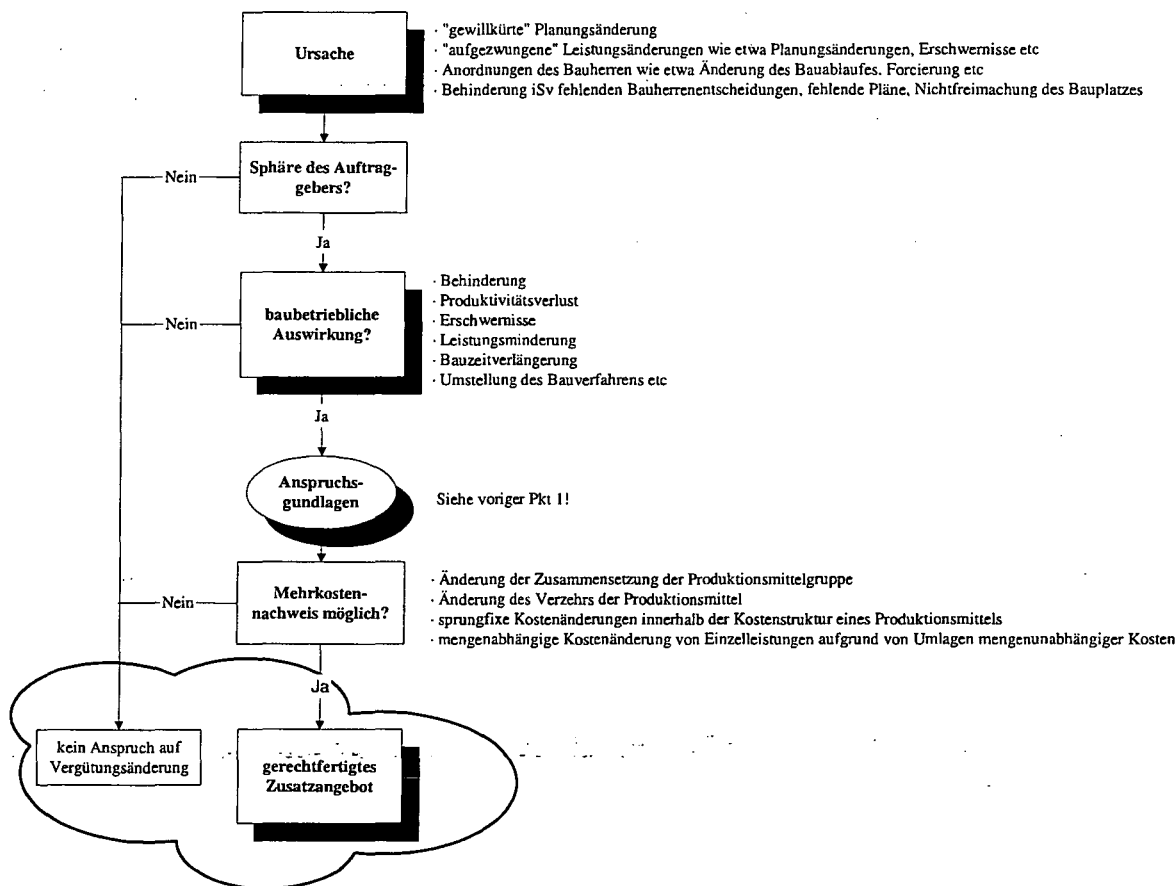


Abbildung 20: Systematik zur Geltendmachung von Mehrkosten aus Sicht des Werkunternehmers⁵⁷²

• dritter Teilschritt:

Herleitung der Mehrkostenansätze durch:

- Inter- und Extrapolation von bzw Rückgriff auf Aufwands-, Leistungs- und Verbrauchswerten der Detailkalkulation
- nachgewiesene vorgehaltene Arbeiter-, Angestellten- und Gerätekapazitäten
- nachgewiesene Beschaffungskosten für Material und Fremdleistung etc

Dem Unternehmer stehen bei korrekter Berechnung der Mehrkosten die Vergütung inkl Gesamtzuschlag (also auch inkl Wagnis und Gewinn) zu – dies entspricht dem Mehrpreis.

Bei Schadenersatzforderungen (vgl Abbildung 19 auf Seite 98) verhält es sich insofern anders, als dass ihm idR der Ersatz der nachgewiesenen Kosten inkl Zentralregie zu-

⁵⁷² Vgl Schwarz/Reckerzügl, Skriptum, StBl IV; Oberndorfer, Claim Management, 93.

steht⁵⁷³, jedoch **ohne Wagnis und Gewinn**, weil qualifiziertes Verschulden⁵⁷⁴ des Werkbestellers eher selten vorkommt.

⁵⁷³ Gem Pkt 5.47.1.2 ÖNORM B 2110 ist der Umfang des Schadenersatzes – mit Ausnahme bei Vertragsrücktritt – je nach Auftragssumme begrenzt. Als Motiv dafür nennen *Oberndorfer/Straube*, Mehrvergütung bei Bauverträgen, ÖIAZ 4/1988, 269 ua, dass für keinen Vertragspartner eine **existenzbedrohende** Schadenersatzverpflichtung entstehen soll.

⁵⁷⁴ Pkt 5.47.1.1 ÖNORM B 2110.

3. KAPITEL: MORPHOLOGIE UND SYSTEMATISIERUNG VON KOSTENGRUNDLAGENVERÄNDERUNGEN

Bevor auf die zu unterscheidenden Situationen von Kostengrundlagenveränderungen – dies betrifft die Art der Veränderung und die Ursachen ders – eingegangen wird, werden im folgenden einige Beispiele für Kostenarten aufgezeigt, um eine Kostenzusammensetzung zu demonstrieren, die charakteristisch für die betriebliche Leistung von Bauunternehmen ist.

I. Beispiele für Kostenarten gemäß ÖNORM B 2061

Die Systematik der im folgenden genannten Kostenarten gem Pkt 4 ÖNORM B 2061 wird beibehalten.

A. Personalkosten

Darunter fallen alle Löhne und Gehälter, deren Höhe von kollektivvertraglichen und betrieblichen Vereinbarungen sowie gesetzlichen Bestimmungen abhängig ist, wie etwa die kollektivvertraglichen Löhne und Gehälter, Aufzahlungen aus Zusatzkollektivverträgen, überkollektivvertragliche Mehrlöhne, Aufzahlungen für Mehrarbeit, Erschwernisse udgl und Dienstreisevergütungen (Taggeld, Übernachtungsgeld, Fahrtkostenvergütung, Reiseaufwandsvergütung).

Darüber hinausgehende verbindliche Festsetzungen auf kollektivvertraglicher oder gesetzlicher Basis sind sinngem darunter zu subsumieren (zB direkte oder umgelegte Lohnnebenkosten⁵⁷⁵ wie etwa Beiträge zur Arbeitslosen-, Pensions-, Kranken-, Unfallversicherung und zum Familienlastenausgleichsfond sowie bezahlte Feiertage, bezahlte Urlaubstage, Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall, Weihnachtsgeld und Abfertigungen etc).

B. Materialkosten

Dazu zählen:

- Baumaterial wie etwa Beton, Zement, Sand, Kies, Bewehrungsstahl, Konstruktionsstahl, Bitumen, Holz, Ziegel, Schalsteine, Dämm- und Abdichtungsmaterialien, Putze, etc – also jene Materialien, die als bleibende Bestandteile in das Bauwerk eingehen,
- Hilfsmaterial wie etwa Bohrstahl, Sprengmittel, Pöhl-, Gerüst- und Schalungsmaterial, Verschleißteile von Geräten, soweit sie nicht als „Gerät“ gelten, etc – also jene Materialien, die nicht in das Bauwerk eingehen, aber zur Durchführung von Bauleistungen erforderlich sind, und
- Betriebsstoffe wie etwa elektrische Energie, Treibstoffe, Brennstoffe, Schmierstoffe, Fette etc – also Materialien, die zum Betrieb und zur Wartung der für die Leistungserbringung eingesetzten Geräte, Anlagen und sonstigen Betriebsmittel benötigt werden.

⁵⁷⁵ Eine genaue Auflistung bietet Tabelle 1, ÖNORM B 2061 bzw *Österreichische Bauzeitung/Fachverband der Bauindustrie & Bundesinnung Baugewerbe (Hrsg)*, Bauhandbuch, Kapitel IIf.

Grundlagen sind die Einkaufspreise entweder ab Auslieferungsstelle oder frei-Bau-stelle. Zusätzlich sind Transport- und Manipulationskosten sowie Erfahrungszuschläge zB für allfälligen Schwund, Bruch und Toleranzen⁵⁷⁶ hinzuzurechnen.

C. Gerätekosten

Dazu zählen va die Kosten für Abschreibung und Verzinsung der eingesetzten Gerä-te. Erstere werden aus den Wiederbeschaffungskosten, der Nutzungsdauer und dem Be-schäftigungsgrad, zweitere werden unter Miteinbezug eines kalkulativen Zinsfusses⁵⁷⁷ zu den oa Werten ermittelt.

Weiters gehören dazu ua die Kosten für die Instandhaltung, den Betrieb (Gerätebe-dienung und -wartung, Betriebsstoffe, Verschleißteile etc), andere Kosten von Baugeräten (Steuern, Abgaben, Versicherung etc).

D. Kosten für Fremdleistungen

Grundlagen sind zB Tarife, Richtpreise, entsprechende Angebote Dritter wie Pro-fessionisten, Frächter, Verwertungs- und Entsorgungsunternehmen.

E. Zinskosten

Das sind jene Kosten, die durch die Bereitstellung des Kapitals verursacht werden, das für die Betriebsführung, Durchführung des Bauauftrages und eventuelle Vorfinanzie-rung in Abhängigkeit von den Haftungs- und Zahlungsbedingungen⁵⁷⁸ erforderlich ist. Hierzu gehören die Verzinsung des Anlagevermögens (mit Ausnahme der Geräte, deren Verzinsung in den Gerätekosten enthalten ist) und die Zinsen für das durch die Durchfüh-rung des Bauauftrages gebundene Kapital.

Grundlagen für die Höhe der Zinsen sind die jeweiligen Kredit- und Haftungsbe-dingungen der Kreditunternehmungen.

F. Andere Kosten

Darunter fallen alle nicht unter vorige Punkte einzuordnenden Kosten wie Steuern, Gebühren und sonstige Abgaben (zB Naturschutzabgabe, LKW-Maut⁵⁷⁹, Altlastenbeiträge), Lizenzen, EDV-Anlagen, Büromaterial, Mieten, Pacht, Sachverständigenleistungen etc.

In bezug auf die Kalkulation (hier: iSv auf der Selbstkostenrechnung vor Leistungs-erbringung aufbauenden Preisermittlung⁵⁸⁰) ist zu erwähnen, dass den Ausschreibungs-unterlagen beim klassischen Bauwerkvertrag ein Leistungsverzeichnis zu Grunde liegt, das

⁵⁷⁶ Vgl Formblatt K4 der ÖNORM B 2061.

⁵⁷⁷ Die VIBÖ (Hrsg), Österreichische Baugeräteliste 1996, XI geht beispielsweise dabei von 6,5 % aus.

⁵⁷⁸ Vgl Pkt 5.48.2 (Deckungsrücklass) bzw 5.48.3 (Haftungsrücklass) ÖNORM B 2110.

⁵⁷⁹ Kropik/Stempkowski, Studie für die Berücksichtigung von Mehrkosten in Baubetrieben durch die Einführung der LKW-Maut ab 1.Jänner 2004, 14 betrachten die LKW-Maut zweifelsfrei als Abgabe iSd Pkt 5.10 der ÖNORM B 2111. Davon wird auch in weiterer Folge ausgegangen.

⁵⁸⁰ S Kapitel 2 II.A auf Seite 13ff.

idR einer ausführungsorientierten Kostengliederung⁵⁸¹ gem ÖNORM B 1801-1 folgt.

Daraus ergibt es sich, dass in die leistungsorientierten Kosten (iSv Einzelkostenträgern), wie zB in die leistungsorientierten Gerätekosten, die der ÖNORM B 2061 zu Grunde liegende Kostenarten „Personalkosten“ (für die Gerätebedienung und Wartung), „Materialkosten“ (für die Betriebsstoffe), „Gerätekosten“ (für Abschreibung), „Zinskosten“ (Verzinsung des Gerätes) und „andere Kosten“ (Versicherung udgl) gemeinsam – also untereinander bauprozessabhängig – eingehen.

II. Beispiele für Kostengrundlagenveränderungen und Kategorisierung

An dieser Stelle werden nun einerseits Beispiele für Kostengrundlagenveränderungen gebracht, andererseits wird der Versuch unternommen diese zu unterscheiden, auch einzuteilen. Damit sollen Kategorien von Kostengrundlagenveränderungen geschaffen werden, die jeweils einer eigenen vergabe- bzw vertragsrechtlichen Behandlung zugeführt werden können.

Vorerst ist jedoch festzuhalten, dass die zeitlichen Schranken, die sich aus der Begrenzung durch Angebotslegung und Zuschlagserteilung ergeben, eine weitere Untersuchung jener Kostenarten, die sich vorher oder nachher verändern, ausschließen (Wie man vorerst annehmen könnte, betrifft das va Zusatzaufträge, Vertragsstreitigkeiten, Regiearbeiten uä⁵⁸², die allesamt erst nach Baubeginn bzw nach Vertragsschluss als Kostengrundlagenveränderungen bewirkend für möglich gehalten werden, sofern eine geänderte Leistungserbringung vorliegt, die aus der Sphäre des Werkbestellers herrührt).

Die Unterscheidung der Kostengrundlagenveränderungen bezieht sich auf die Art der Veränderung.

Kosten, die eine Bewegung, eine Entwicklung aufweisen⁵⁸³, werden in dieser Arbeit als **dynamische Kostengrundlagenveränderungen** definiert. Darunter sind jene einzureihen, die durch Inflation oder durch Einzelpreisänderungen aufgrund des Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage von Gütern am Weltmarkt (zB Stahl, Bitumen, Kupfer) Änderungen immer wieder kehrend unterliegen⁵⁸⁴.

Als **statische Kostengrundlagenveränderungen** werden jene definiert, deren Auftreten grundsätzlich nur einmal vorkommt, man also nicht davon ausgehen kann, dass sie immer und immer wieder kehren.

Die Einteilung der Kostengrundlagenveränderungen erfolgt einerseits nach der Sphäre, der die primäre Ursache in der „Ursache-Wirkungs-Kette“ zuzuschreiben ist, andererseits danach, ob in dieser „Ursache-Wirkungs-Kette“ irgendwo eine Leistungsänderung eingebettet ist, die schlussendlich ihrerseits Ursache für die Kostenveränderungen

⁵⁸¹ Pkt 7.1 ÖNORM B 1801-1: „Die ausführungsorientierte Kostengliederung ist eine Gliederung der Kostenbereiche ... nach Leistungsgruppen, Unterleistungsgruppen und Leistungspositionen. Sie stellt für die Ausführung während der Objektrichtung eine geeignete Kostengliederung dar“. Vgl auch Abbildung 4 auf Seite 18. Dieser Begriff hat jedoch nichts zu tun mit einer ausführungsorientierten Tätigkeitsgliederung im Ablaufplan.

⁵⁸² Vgl insb die „aufgezwungenen“ Leistungsänderungen in Abbildung 20 auf Seite 100.

⁵⁸³ Vgl „dynamisch“ in *Duden*, Das Fremdwörterbuch, 249.

⁵⁸⁴ S Kapitel 2 II.B auf Seite 20.

ist.

Es wird hier klargestellt, dass die Wirkung – also die Kostengrundlagenveränderungen – immer beim Bieter bzw Werkunternehmer liegt. Erst durch die vertraglichen Regelungen kann dies wiederum Wirkung beim Werkbesteller hervorrufen, wenn es um die Vergütung geht. Darauf wird noch ab Kapitel 6 auf Seite 157ff zurückzukommen sein.

A. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen

1. Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen

Die kollektivvertraglichen Löhne beispielsweise für Bauindustrie und Baugewerbe sind der Lohn tafel des Kollektivvertrags zu entnehmen, der zwischen dem Fachverband der Bauindustrie, der Bundesinnung Bau einerseits und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Bau-Holz andererseits, also von den Sozialpartnern vereinbart wird. Daraus sind von Jahr zu Jahr die Steigerungen ersichtlich, die sich durch die Neuverhandlungen der Mindestlöhne ergeben.

Diesen Lohnerhöhungen kann sich ein Bauunternehmen nicht entziehen, sind also von ihm selbst nicht unmittelbar verursacht.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei kollektivvertraglichen Lohnerhöhungen:

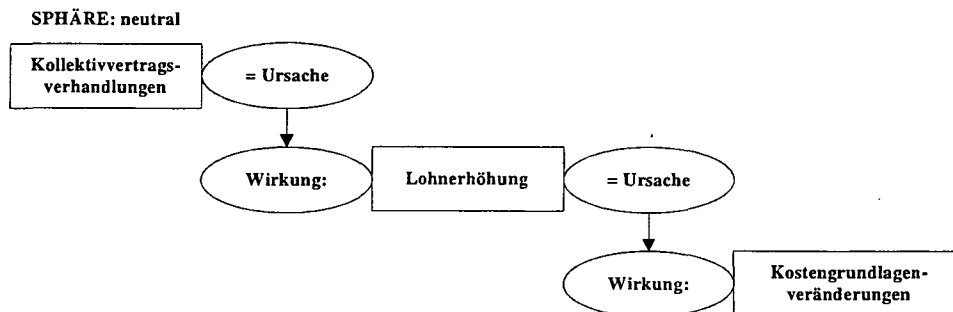


Abbildung 21: Ursache-Wirkungs-Kette bei kollektivvertraglichen Lohnerhöhungen

2. Materialkostenerhöhungen

Materialkostenerhöhungen kann sich ein Werkunternehmer dann nicht entziehen, wenn es sich um Erhöhungen des allg Beschaffungsmarktpreisniveaus handelt. Diese sind – wie bereits erwähnt – auf das Wechselspiel zwischen Angebot und Nachfrage zurückzuführen.

„Übergebührlischen“ Erhöhungen durch einzelne Anbieter kann sich ein Werkunternehmer prinzipiell entziehen, indem er auf billigere ausweicht⁵⁸⁵, sofern diese existieren.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei Materialkostenerhöhungen:

⁵⁸⁵ Es wird hier ein vollkommener Beschaffungsmarkt mit vielen Anbietern vorausgesetzt.

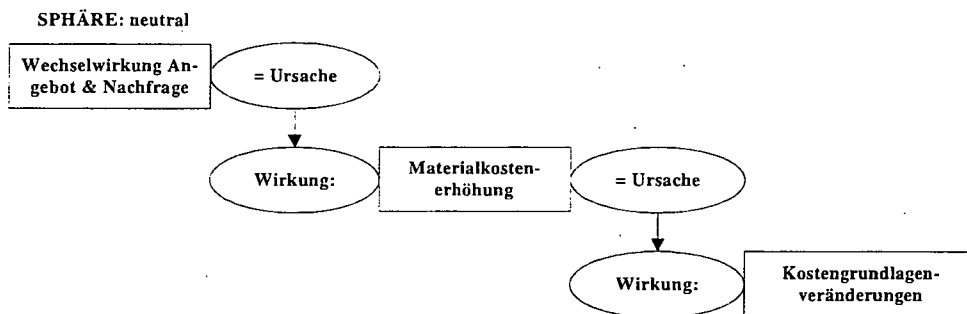


Abbildung 22: Ursache-Wirkungs-Kette bei Materialkostenerhöhungen

B. Statische Kostengrundlagenveränderungen

1. Motivirrtümer

Bei der Kalkulation wird der Kalkulant von gewissen Vorstellungen geleitet, auf Basis deren er Ansätze in der Kalkulation vornimmt. Bemerkt er während der Zuschlagsfrist, dass seine Vorstellungen nicht der Wirklichkeit entsprechen⁵⁸⁶, so wird es aus Werkunternehmersicht feststehen, dass es zu Kostengrundlagenveränderungen kommt.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei Motivirrtümern im allg:

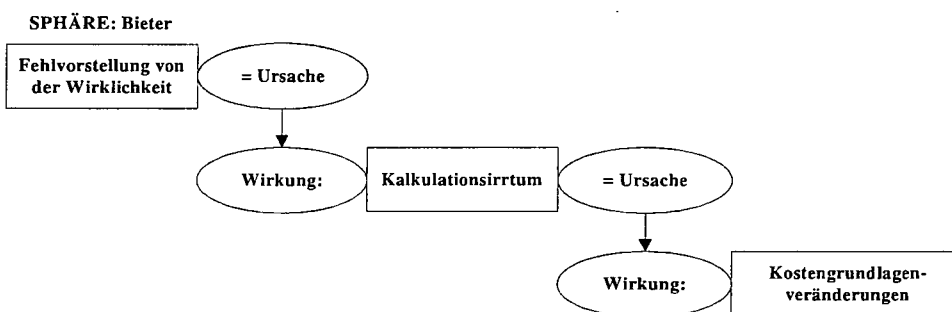


Abbildung 23: Ursache-Wirkungs-Kette bei Motivirrtümern

Beispiele für Motivirrtümer sind:

- Der Kalkulant setzt zu hohe Leistungs- bzw zu niedrige Aufwandswerte in der Kalkulation an.
- Bei der Mittellohnpreisberechnung wird von einer falschen Mannschaftszusammensetzung auf der Baustelle ausgegangen.
- Es stellt sich heraus, dass das der Kalkulation zu Grunde liegende Gerät am Bauhof in Wirklichkeit ein anderes ist.
- Es stellt sich heraus, dass der Bodenaushub doch nicht an anderer Stelle kostenneutral zur Auffüllung verwendet werden kann, er daher einer kostenpflichtigen Deponierung zuzuführen ist.

⁵⁸⁶ S die Ausführungen zum Irrtum in Kapitel 2 IV.A.3.b auf Seite 74ff.

2. Einführen bzw Änderung von Steuern oder Abgaben

Führen Behörden neue Steuern oder Abgaben ein, so kann es zu wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen kommen, wenn diese unmittelbar mit den Gestehungskosten in Zusammenhang stehen. Sich diesen entziehen zu können ist nicht möglich⁵⁸⁷.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei „Änderung“ von Steuern oder Abgaben allg:

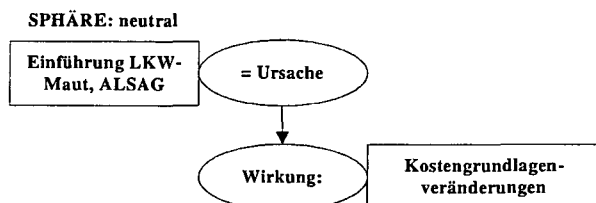


Abbildung 24: Ursache-Wirkungs-Kette bei Einführung bzw Änderung von Steuern oder Abgaben

a) Einführen der LKW-Maut

In der Maut-Inbetriebnahme-Verordnung⁵⁸⁸ wurde der Beginn der Einhebung der fahrleistungsabhängigen Maut mit 1. Jänner 2004 festgelegt. Dies ändert jene Kostengrundlagen wertmäßig, deren Leistungsinhalt LKW-Fahrten auf Mautstrecken umfasst.

b) Änderung der Altlastenbeiträge

Im Altlastensanierungsgesetz⁵⁸⁹ werden in § 6 Altlastensanierungsbeiträge festgesetzt zuzügl deren künftige Erhöhungen. Auch hier ändern sich Kostengrundlagen, die im Baugewerbe relevant sind, wertmäßig.

3. Leistungsänderungen

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei diesem Beispiel um Fälle, in deren Ursache-Wirkungs-Kette Leistungsänderungen eingebettet sind. Daher sind die Kostengrundlagenveränderungen hier nicht so zu verstehen, dass sie sich lediglich wertmäßig ändern, sondern Kostengrundlagen aufgrund der Leistungsänderung überhaupt wegfallen, hinzutreten oder sich auch eben nur verändern, aber nicht in wertmäßigem Sinne.

Der Ausschreiber darf Leistungsänderungen während der Zuschlagsfrist nicht vornehmen. Explizit findet sich dieses Verbot nicht im BVergG. Es ist jedoch aus den Grundsätzen des Vergaberechts ableitbar. Es würde die formalisierte Wettbewerbssituation verzerren⁵⁹⁰, was darauf zurückzuführen ist, dass bei Leistungsänderungen neue Angebote seitens der Bieter abgegeben werden müssten, nachdem bereits alle Konkurrenzangebotssummen bieterseits bekannt sind.

Die folgenden zwei Beispiele zeigen daher eine Änderung der Art der Leistung und

⁵⁸⁷ Dies wird auch für die LKW-Maut angenommen. Die Vorstellung, man könne Transporte auch ausschließlich auf unbemannten Strecken durchführen, erscheint unrealistisch, auch unzumutbar.

⁵⁸⁸ BGBl II 586/2003.

⁵⁸⁹ IdF BGBl I 155/2002.

⁵⁹⁰ Vgl Kapitel 2 III.C.2.b auf Seite 42f.

eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung auf, die auf keinem vom Ausschreiber gewollten Verhalten beruhen.

a) Änderung von Standards (Änderung der Art der Leistung iSd ÖNORM B 2110)

Ein Beispiel für eine Änderung von Standards bietet die Änderung der Betonnorm, die auf abgeleitetes EU-Recht, im konkreten auf die Bauproduktenrichtlinie⁵⁹¹, zurückzuführen ist, die es in den Mitgliedstaaten umzusetzen gilt.

Mit Umstieg auf die neue Betonnorm ÖNORM B 4710-1 ‚Festlegung, Herstellung, Verwendung und Konformitätsnachweis‘, Ausgabe Jänner 2002, wurden 3 alte ÖNORMen (ÖNORMen B 4200-10, B 3307 sowie B 3305) abgelöst, und mit ihr gingen auch Änderungen von in Verbindung mit der Betonherstellung stehender Rahmenbedingungen wie etwa neue Zementsorten, Gesteinskörnungen, Zusatzstoffe etc einher⁵⁹².

Dies brachte mit sich, dass Bauunternehmen ab einem gewissen Zeitpunkt nur noch Beton nach neuer Norm zu höheren Kosten – bedingt durch wesentliche Änderung in qualitativer Hinsicht – beziehen bzw herstellen mussten. Es handelt sich also um eine Änderung der Art der Leistung⁵⁹³.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei einer Änderung von Standards:

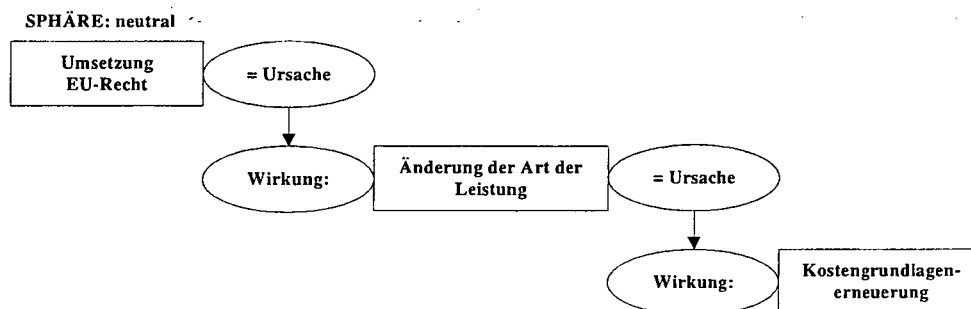


Abbildung 25: Ursache-Wirkungs-Kette bei Änderung von Standards

b) Verzögerungen (Änderung der Umstände der Leistungserbringung iSd ÖNORM B 2110)

Kommt es zu Verzögerungen⁵⁹⁴ in der Vergabephase – sei es durch in Anspruch genommene Rechtsmittel oder dadurch, dass der Ausschreiber das Verfahren in der geplanten Zuschlagsfrist aus diversen Gründen nicht beenden kann – so verschiebt sich der Zuschlag, mit ihm auch der Baubeginn. Damit wird idR aber auch ein Verschieben des Bauendes bzw eine Veränderung der Bauzeit, in Summe also eine Gesamtänderung der Leistungsfristen, einhergehen.

Dies kann als Folge einer Verlängerung der Leistungsfrist eine Änderung der Um-

⁵⁹¹ RL 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, AB1 Nr L 040 vom 11. Februar 1989.

⁵⁹² Oberndorfer, Übergang von der alten Betonnorm B 3307 auf die neue Betonnorm B 4710-1 und ihre Auswirkung auf Bauverträge, 19.

⁵⁹³ Zustimmend Österreichische Bauzeitung 19/03, Neue Betonnormung in Österreich, 20.

⁵⁹⁴ Unter Verzögerungen in der Vergabephase werden in der gegenständlichen Arbeit nur solche verstanden, die derartig lange dauern, dass sich das Ende der Zuschlagsfrist verschiebt. Kurze Verzögerungen, die diese Auswirkungen nicht mit sich bringen, sind hier ohne Belang.

stände der Leistungserbringung und somit Mehrkosten mit sich führen wie etwa im Bereich der zeitgebundenen Baustellengemeinkosten und der Gerätevorhaltekosten, aber auch Mehrkosten, die durch bloßes Verschieben der Leistungsfrist entstehen, wie etwa bei Produktivitätsverlust (Aushubarbeiten bedürfen bei Verschieben in die Winterjahreszeit eines viel höheren Aufwandes, weil der Boden durchgefroren ist oder weil die Baggerschaufel öfter zu reinigen ist), Hilfsmaßnahmen (Fällt Schnee, so ist vorerst der Schnee wegzuschaffen, der Frischbeton muss geheizt werden, dafür ist evtl eine Einhausung notwendig uä), Stillstandkosten udgl⁵⁹⁵.

Allein durch Wintererschwerisse können sich die Umstände der Leistungserbringung, somit auch die Kostengrundlagen, wesentlich ändern.

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei Verzögerungen:

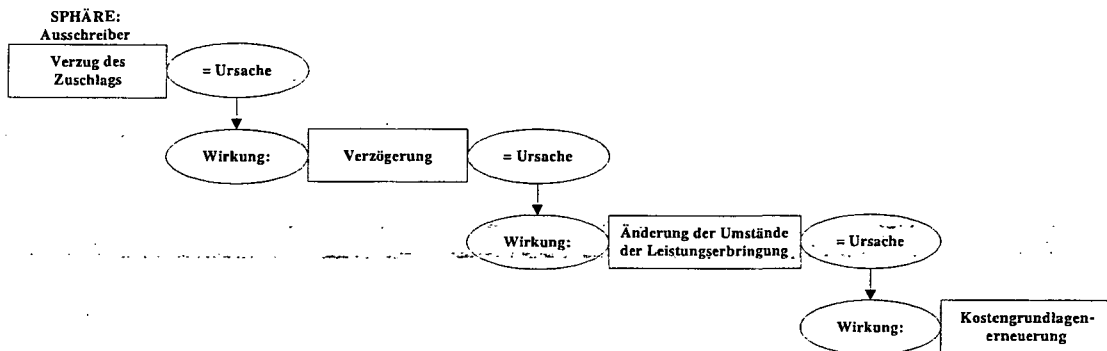


Abbildung 26: Ursache-Wirkungs-Kette bei Verzögerungen

4. Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen

Werkunternehmer legen ihren Kalkulationen, somit ihren Angebotspreisen gewisse Beschaffungskonditionen zugrunde. Diese haben mitunter die Eigenschaft, dass sie projektspezifisch sind.

So haben Werkunternehmer die Möglichkeit, etwa die Vorteile von Rabattaktionen ihrer Subunternehmer bzw Lieferanten, die nur gewisse Zeit lang gelten, sich zu eigen oder die Vorteile von Synergieeffekten sich zu nutze zu machen.

Verzögert sich nun das Vergabeverfahren (vgl vorheriger Punkt), dann fallen diese Vorteile weg. Ein Extrembeispiel könnte diesfalls sogar sein, dass ein Subunternehmer, der dem Auftrag des Werkunternehmers entgegenblickt, durch die Verzögerung insolvent wird, weil genau dieser Auftrag der Rettungsanker für das Fortbestehen des Unternehmens gewesen wäre.

Weitere Beispiele sind etwa, dass durch die Verzögerung eine Deponie voll wird, der Werkunternehmer daher eine andere, teurere Deponie anfahren muss, oder dass durch die Verzögerung der auf anderen Werkunternehmerbaustellen vorgesehene Einbau von Aushubmaterial, das im zu vergebenden Auftrag anfällt, nicht mehr möglich ist, somit Entsorgungskosten hinzutreten.

⁵⁹⁵ Vgl Oberndorfer/Straube et al, Kommentar, Rz 730. Weitere Mehrkosten können sich durch Reduktion des Einarbeitungseffektes, mangelhafter Auslastung der Partien udgl ergeben. S dies, aaO, Rz 736. Vgl weiters Schachinger, Die Bauverzögerung, 59.

Als Primärursache zeichnet sich in diesem Punkt wieder ein Verzug des Zuschlags verantwortlich, muss aber in Hinblick auf die Ausführungen des vorigen Punktes abge-sondert betrachtet werden, weil in diesem Fall keine Leistungsänderungen iSd ÖNORM B 2110 vorliegen.⁵⁹⁶

Zur Ursache-Wirkungs-Kette bei Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen:

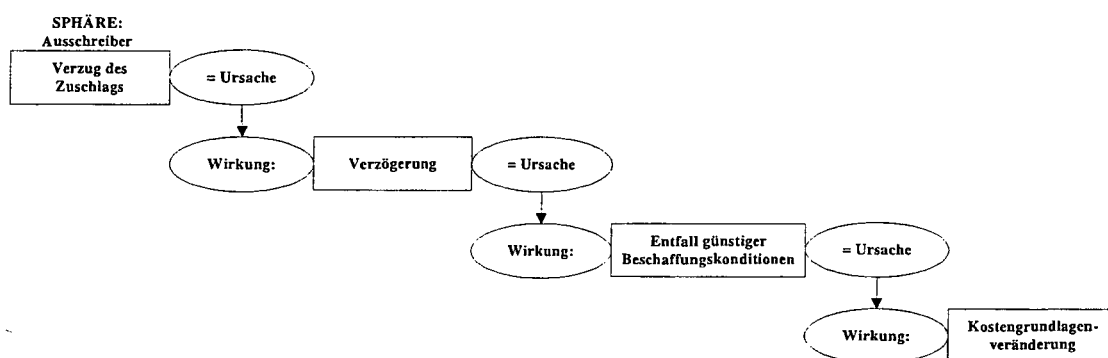


Abbildung 27: Ursache-Wirkungs-Kette bei Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen

C. Übersicht

Kostengrundlagenveränderung	Unterscheidung	Primäre Ursache	Inkludieren einer Leistungsänderung?	Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist Bedingung?
Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen	dynamisch	neutral	nein	nein
Materialkostenerhöhungen	dynamisch	neutral	nein	nein
Motivirrtümer	statisch	Bieter	nein	nein
Einführen der LKW-Maut	statisch	neutral	nein	nein
Änderung der Altlastenbeiträge	statisch	neutral	nein	nein
Änderung von Standards	statisch	neutral	ja	nein
Verzögerungen	statisch	Ausschreiber	ja	ja
Entfall günstiger Beschaffungskonditionen	statisch	Ausschreiber	nein	ja

Abbildung 28: Kategorisierung der Kostengrundlagenveränderungsarten

⁵⁹⁶ Beispielsweise bleibt die Leistung „Wegschaffen von Aushubmaterial“ im einen (urspr vorgesehenen Deponie) wie im anderen Fall (andere teurere Deponie) die gleiche.

Morphologie und Systematisierung von Kostengrundlagenveränderungen

Obige Abbildung 28 gibt eine Zusammenfassung der vorhin erwähnten unterschiedlichen Kostengrundlagenveränderungsarten und zeigt übersichtlich deren Kategorisierung nach primärer Ursache einerseits, andererseits im Hinblick darauf, ob in der Ursache-Wirkungs-Kette Leistungsänderungen eingebettet sind oder nicht, bzw, ob sich ein Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist für die Veränderung von Kostengrundlagen verantwortlich zeichnet.

4. KAPITEL: RECHTLICHER AUSBLICK

Da nun die verschiedenen Arten der Kostengrundlagenveränderungen offengelegt sind, erscheint es zweckmäßig, einen Ausblick darüber zu geben, was es an maßgebenden rechtlichen Normen zu beachten gilt, will man untersuchen, welche Auswirkungen diese Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag auf die Rechte und Pflichten aus dem zu schließenden Bauwerkvertrag, aber auch in der Phase davor, haben.

Dies betrifft insb die zu eruiierenden Ansprüche auf einen Nachteilsausgleich, aber auch die Formalismen, denen dabei Aufmerksamkeit zu schenken ist.

I. Maßgebende Grundsätze, mit denen die Problemlösung vereinbar sein muss

Sowohl vergabe- als auch vertragsrechtliche Grundsätze dürfen bei ihrer Synthese nicht verletzt werden. Gerade die gemeinsame Betrachtung dieser Grundsätze wirft die meisten Fragen – insb in bezug auf deren Vereinbarkeit – auf, auf die in der gegenständlichen Arbeit Antworten gefunden werden sollen.

A. Vergaberecht

Das Vergaberecht simuliert vollständige Konkurrenz am (evtl nicht vollkommenen) Markt, um ein Maximum an Wettbewerbseffizienz gewährleisten zu können. Funktioniert der Wettbewerb nicht oder nicht wirksam genug, konterkariert dies das Ziel der wirtschaftlichen Beschaffung der öffentlichen Hand.

Gerade in Anbetracht des gegenständlichen Themas, das einen Zeitraum kurz vor Vertragsschluss beleuchtet, sind *va* Grundsätze maßgebend, die den Wettbewerb sichern, und damit die diesen zu verwirklichen suchenden Konkretisierungen.

Dazu gehören ua:

1. Wettbewerbstransparenz

§ 88 Abs 5 Z 2 BVergG sieht vor, dass bei der Angebotsöffnung der Gesamtpreis aus den Angeboten vorzulesen ist. Dies gibt jedem Bieter die Möglichkeit seine Stellung am Markt zu erkunden, was ihm wiederum die Aussicht einräumt, künftig Angebote abzugeben, die wettbewerbsfähig sind. Nur solche sind auch wiederum für den Ausschreiber von Interesse.

2. Wettbewerbsfairness – Vergleichbarkeit und Kalkulierbarkeit der Angebote

§ 66 Abs 3 BVergG normiert, dass – sofern es sich um keine funktionale Leistungsbeschreibung handelt – die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können, wobei letzteres als Ausfluss ersteres angesehen werden kann.

Dieser Grundsatz fußt darauf, dass dem Gleichbehandlungsgrundsatz (auch im vorvertraglichen Bereich⁵⁹⁷) iSd Chancengleichheit aller Bieter zum Durchbruch verholfen werden muss⁵⁹⁸, andererseits darauf, dass er Voraussetzung für die Erkennung des preisgünstigsten Angebotes ist, was wiederum durch den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung bedungen wird.

3. Wettbewerbsfairness – Nachverhandlungsverbot

§ 96 Abs 1 BVergG verbietet während eines offenen oder nicht offenen Verfahrens das Verhandeln über Angebotsänderungen – sowohl was den Preis als auch was den Leistungsinhalt betrifft. Dies dient va der Gleichbehandlung und zur Erhaltung der Äquivalenz zwischen der ausgeschriebenen Leistung und dem ohne von wettbewerbsfremden Motiven getragenen, ermittelten Preis.

4. Wettbewerbsergebnis

Das vorhin erwähnte Nachverhandlungsverbot sichert auch ein neutrales Wettbewerbsergebnis, an dessen oberster Stelle der Bestbieter steht. Eine nachträgliche Änderung der Reihung, also der Wettbewerbsstellung, würde keinem Bieter mehr die Gewissheit geben, als Bester auch einen Auftrag zu erhalten, bzw es bestünde im Umkehrschluss die Möglichkeit als Nicht-Bester einen Auftrag zu erhalten, was wiederum nicht iSe wirtschaftlichen Beschaffung sein kann.

5. Wettbewerbswiderruf

§ 105 Abs 2 Z 3 BVergG lässt während der Zuschlagsfrist eine fakultativen Widerruf zu, wenn schwerwiegende Gründe bestehen, die einen Widerruf sachlich rechtfertigen. Dadurch soll die Möglichkeit zu widerrufen nur sehr restriktiv zur Verfügung stehen, was ua dadurch zu begründen ist, dass der die wirtschaftliche Beschaffung sichernde Wettbewerb irritiert würde, wären bei einer Neuausschreibung sämtliche Angebotspreise der Konkurrenz bekannt.

B. Vertragsrecht

1. Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung

Die vertragsrechtlichen Grundlagen, insb die ÖNORM B 2110 iVm der ÖNORM B 2111, liefern Anspruchsgrundlagen für eine Mehr- oder Mindervergütung für die Parteien, die in einem Vertragsverhältnis zueinander stehen. Beweggrund dafür ist, da es sich hier um zweiseitig verbindliche, entgeltliche Verträge handelt, dass eine Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung erreicht werden soll, die darauf beruht, dass kein Vertragspartner mehr Nach- oder Vorteile erfahren soll als sein Gegenüber.

IdS korrigiert va die ÖNORM B 2110 eine Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, die durch Leistungsänderungen⁵⁹⁹ hervorgerufen werden, darüber hinaus auch die ÖNORM B 2111 idS, dass diese Inäquivalenz durch andere, nicht auf Leistungs-

⁵⁹⁷ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in den Grundsätzen des § 21 BVergG tief verwurzelt.

⁵⁹⁸ S auch BVA 2.Juli 1997 N-4/97-17.

⁵⁹⁹ S Kapitel 2 IV.E auf Seite 97ff.

seite hervorgerufene Gründe entstanden ist (zB Kostensteigerungen für Werkunternehmer am Beschaffungsmarkt).

2. Vertrauensschutz

Ein wesentlicher Grundsatz, der hier dem Vertragsrecht zugeteilt wird, wird aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abgeleitet – und zwar jener über die Angebotsbindung beim Zustandekommen des Vertrags. Soll diese ihre Wirkung entfalten, sind Modifizierungen des Angebots unzulässig⁶⁰⁰. Die Privatautonomie fordert beim Zustandekommen eines Vertrages wahre Einwilligung, die dann nicht gegeben ist, wenn entgegen den Willen des anderen dieser an Kautelen gebunden werden soll, die er nicht will oder kennt.

Dass dieser dem Vertragsrecht zugeteilte Grundsatz seine Wirkung auch in den vorvertraglichen Bereich entfaltet, ist auch aus den Grundsätzen der Lehre über die *cic* entnehmbar.

C. Synthese

In weiterer Folge gilt es zu hinterfragen, ob die im Vertrag bestehenden Rechte und Pflichten in die Phase davor, also in eine Phase geschäftlicher Kontaktaufnahme vorprojiziert werden können oder sogar müssen.

Vertragsrechtliche Regelungen dürfen dabei vergaberechtliche nicht unterlaufen, aber auch vergaberechtliche Regelungen dürfen weder den Vertrauensschutz einengen noch eine Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nach Vertragsschluss, die nicht mehr einer Behebung zugeführt werden kann, mit sich führen.

Weitere Ansätze für dieses delicate Schnittstellenproblem werden ua in den Grundsätzen der Lehre über die *cic* gesucht, die von Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltpflichten im vorvertraglichen Bereich berichten.

Eine weitere allg Zusammenschau dieser maßgebenden Grundsätze erscheint an dieser Stelle nicht zielführend, weswegen sie in der Folge bei der Abhandlung der einzelnen Kostengrundlagenveränderungsbeispiele, also einzelfallbezogen vorzunehmen versucht wird.

II. Differenzierung nach drei Aspekten

Die Kostengrundlagenveränderungsbeispiele, auf die ab dem nächsten Kapitel eingegangen wird, werden im Hinblick auf eine vergabe- und vertragsrechtliche Behandlung nach drei Aspekten differenziert zu untersuchen sein, weil sich nämlich die Folgen der einzelnen Kostengrundlagenveränderungen danach unterschiedlich richten können. Dies betrifft va die Folgen in bezug auf Vergütungsänderungsansprüche.

A. Vertrag mit veränderlichen Preisen vs Festpreisvertrag

Nach Verträgen mit veränderlichen Preisen und Festpreisverträgen gilt es deswegen

⁶⁰⁰ S Kapitel 2 IV.A.2.a auf Seite 66ff.

zu differenzieren, weil gewisse Risiken⁶⁰¹ durch die jeweilige Vertragsart unterschiedlich zugeordnet bzw. aufgeteilt werden.

Das Beschaffungspreisrisiko⁶⁰² des Werkunternehmers, das jenes Risiko anspricht, dass sich das allg. Beschaffungspreisniveau in irgendeine Richtung hin im Lauf der Zeit verändert, stellt beim Festpreisvertrag ein Kalkulationsrisiko (arg. „Festpreiszuschlag“) dar, das sowohl Wagnis als auch Chance für den Werkunternehmer bedeutet.

Beim Vertrag mit veränderlichen Preisen wird dem Werkunternehmer dieses Beschaffungspreisrisiko abgenommen. Dafür ergeben sich durch die vertragliche Regelung der Wertanpassung der Vergütung durch eine Messgröße⁶⁰³ andere Risiken. Auf diese – und auch weitere – wird dann im Einzelfall einzugehen sein.

B. Keine Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag vs. Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag

Sämtliche Beispiele für Kostengrundlagenveränderungen⁶⁰⁴ – mit Ausnahme des beiden letzten (arg. „Verzögerungen“) – können jederzeit zwischen Angebotsfristende und ausschreibungsgem. Zuschlagsfristende auftreten (Bemerkenswert ist hierbei jenes Beispiel der Änderung von Standards, da es sich um eine vorvertragliche Leistungsänderung – wenn auch nicht vom Ausschreiber gewollt – handelt).

Den Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag kommt deswegen Bedeutung zu, weil es dabei zu untersuchen gilt, ob dadurch Umstände hervortreten, die den Bieter dazu veranlassen, sich nicht mehr an sein Angebot gebunden fühlen zu wollen. Inwiefern ihm das möglich ist, bestimmt sich v.a. durch die gesetzlichen Regelungen zur Angebotsbindung⁶⁰⁵. Aber auch andere allg. zivilrechtliche Grundlagen des zweiseitig verbindlichen, entgeltlichen Rechtsgeschäfts werden mE heranzuziehen sein.

C. Zuschlagsfristende nach Baubeginn

Diese Konstellation, bei der der Ausschreiber den Baubeginn vor dem Ende der Zuschlagsfrist, evtl. sogar lange⁶⁰⁶ davor, ansetzt, ist eine – zugegebenermaßen seltene – Situation und kommt ua. dann vor, wenn Ausschreiber damit rechnen, dass es zu Verzögerungen welcher Art auch immer kommt.

Es handelt sich hierbei eigentlich um einen Sonderfall des vorigen Punktes B. Dies deshalb, weil er allfällige Verzögerungen und damit einhergehende Leistungsänderungen mit der Tatsache verbindet, dass die Bieter gem. BVergG an ihr Angebot diesfalls auf jeden Fall gebunden bleiben, weil eine Verzögerung hier mit keiner Verschiebung des Endes der Zuschlagsfrist gleichzusetzen ist.

Aus diesem Grund wird dieser Sonderfall hinkünftig „Mezzaninstellung“ genannt.

⁶⁰¹ Die mE in diesem Zusammenhang passendste Definition für den Begriff Risiko liefert Link, Risikobewertung von Bauprozessen, 7: „Möglichkeit, dass die durch eine Entscheidung ausgelösten Abläufe nicht notwendigerweise zum angestrebten Ziel führen und es zu negativen oder positiven Zielabweichungen kommt.“

⁶⁰² Vgl. FN 515 auf Seite 87.

⁶⁰³ S. Kapitel 2 II.B.2 auf Seite 21.

⁶⁰⁴ S. Kapitel 3 II auf Seite 105ff bzw. Abbildung 28 auf Seite 111.

⁶⁰⁵ Beachte insb. §§ 79 Abs. 2, 79 Abs. 4 und 101 BVergG.

⁶⁰⁶ Die Unzumutbarkeit ist im Einzelfall zu überprüfen. Unzumutbar erscheint auf jeden Fall eine überlange Verzögerung, weil Arbeitskapazitäten auf unbestimmte Zeit ohne Vergütung vorgehalten werden müssen.

5. KAPITEL: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN ZUR FORDERUNG VON MEHR- ODER MINDERPREISEN

In diesem Kapitel werden die Beispiele des Kapitels 3 II auf Seite 105ff der Reihe nach dahingehend untersucht, ob bzw wie sie sich auf eine allfällige Vergütungsänderung auswirken. Ans Licht tretende Risiken werden analysiert und den jeweiligen Sphären zugeteilt. Der Fall des Motivirrtums wird im darauf folgenden Kapitel behandelt.

Zunächst wird davon ausgegangen, dass sich das Ende der Zuschlagsfrist nicht verschiebt, was den Regelfall darstellt. Es wird sodann geprüft, welche Konsequenzen eine Vergabeverfahrensverzögerung mit sich bringt. Schlussendlich wird der Sonderfall der Mezzaninstellung beleuchtet.

I. Kostengrundlagenveränderungen bei ausschreibungsgemäßem Ende der Zuschlagsfrist

Diese terminliche Konstellation aus „Ende Angebotsfrist“ und „ausschreibungsgem Ende der Zuschlagsfrist“ stellt den **Regelfall** dar, der folgender Abbildung 29 entnommen werden kann. Es darf vorweggenommen werden, dass nur in diesem Fall eine Kalkulation seitens der Bieter sachlich korrekt und ohne Berücksichtigung des Risikos von Kostengrundlagenveränderungen möglich ist.

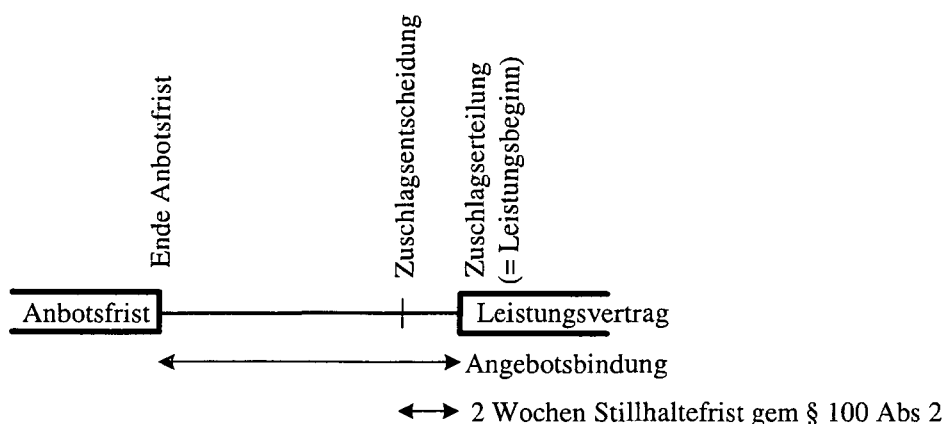


Abbildung 29: Schematische Darstellung der Zuschlagsfrist bei ungestörtem Ablauf bei offenen und nicht offenen Verfahren – Regelfall

A. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen

Bevor jedoch auf die konkreten Beispiele eingegangen wird, wird an dieser Stelle noch einmal angeführt, dass der Grundgedanke der hier zu untersuchenden ÖNORM B 2111 jener ist, dass bei Verträgen mit veränderlichen Preisen sich die Vergütung über die Bauzeit in dem Maße verändern soll, wie sich die Gestehungskosten, die die Kostengrundlagen darstellen, durch bloßen Zeitablauf wertmäßig verändern⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ S Kapitel 2 II.B.2 auf Seite 21ff.

Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2111 erstreckt deren Geltungsbereich auf jenen Zeitraum, der im Mittelpunkt der gegenständlichen Arbeit steht, also auf die Zeit zwischen dem Datum der Preisbasis (idR Angebotsstichtag) und dem Vertragsabschluss.

Somit stellen wertmäßige Kostengrundlagenveränderungen, denen durch die Preisgleitung eine – wenn auch spätere – Vergütung gegenübersteht, grundsätzlich⁶⁰⁸ kein Risiko auch in der (vorvertraglichen) Zeit zwischen Angebot und Zuschlag dar.

Nachstehende Abbildung 30 zeigt im Vergleich und in Adaptierung zu Abbildung 17 auf Seite 90, dass die erste Preisperiode bereits vor Baubeginn ihr Ende findet.

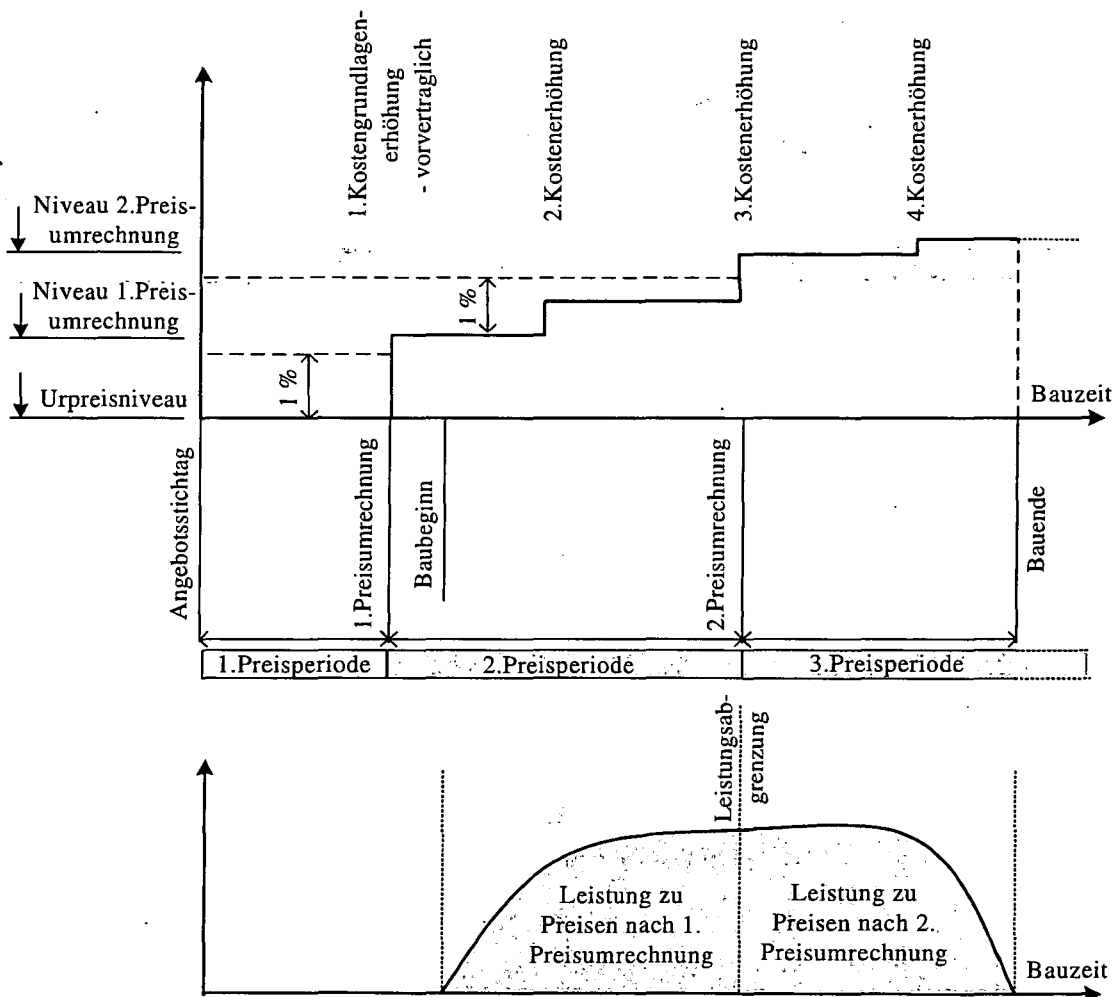


Abbildung 30: Zusammenhang zwischen Preisumrechnungsgrundlagenveränderung, Preisumrechnung und Leistungsabgrenzung unter Berücksichtigung vorvertraglicher wertmäßiger Kostengrundlagenveränderungen – im Normalfall⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Die Ausnahmen werden ab Kapitel 5 I.A.1.a auf Seite 121ff vorgestellt.

⁶⁰⁹ Vgl Abbildung 17 auf Seite 90.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Art **vorvertragliche Mitteilungspflicht über Preisumrechnungsgrundlagenveränderungen** besteht:

Es kann gleich vorweggenommen werden, dass die dem Werkunternehmer vertraglich auferlegte, dem Werkbesteller in schriftlicher Form geschuldete Mitteilungspflicht⁶¹⁰ über Veränderungen der Preisumrechnungsgrundlagen (wie zB Preislisten spätestens 2 Monate nach den Umrechnungsterminen) nicht in den vorvertraglichen Bereich vorprojiziert werden muss – etwa iSe Aufklärungspflicht in contrahendo –, denn der spätere Werkunternehmer fällt nicht um eine Vergütung von Mehrpreisen resultierend aus zu spät erbrachten Mitteilungen diesbzgl um. Das ergibt sich aus Pkt 5.2.3.3 ÖNORM B 2111, der bei verspäteter Mitteilung die Erhöhung der Preisumrechnungsgrundlagen erst zu jenem Zeitpunkt als berücksichtigt erachtet, der 2 Monate vor Einlangen der Mitteilung beim Werkbesteller liegt. **MaW: Der Werkunternehmer hat nach Vertragsschluss zwei Monate Zeit, eine Preisumrechnung, die die Kostenveränderungen in der Zuschlagsfrist betrifft, geltend zu machen.**

Der Fall, wie vorzugehen ist, wenn die Zuschlagsfrist gem § 79 Abs 1 BVergG **7 Monate** (konkrete, von den Bietern nicht beanspruchte Regelung in einer Ausschreibung nach dem BVergG in einem Anlassfall) beträgt, erscheint in diesem Zusammenhang interessant, weil die gem Pkt 5.2.2.1 ÖNORM 2111 vorgesehenen Preisumrechnungsstichtage **6 Monate** auseinanderliegen und sich daher jene Konstellation ergeben kann, dass zwei dieser Stichtage innerhalb der Zuschlagsfrist zu liegen kommen.

Dazu ein Beispiel gem folgender Abbildung 31:

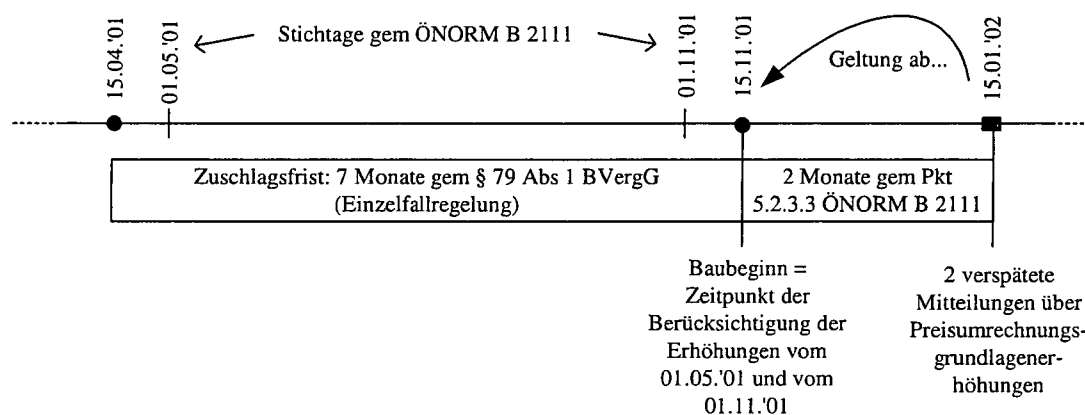


Abbildung 31: Konstellation zweier Preisumrechnungsstichtage während der Zuschlagsfrist

Bsp⁶¹¹: $V_{S,Mai}$ sei 2,1 % > Schwellenwert und $V_{S,November}$ sei 0,9 % < Schwellenwert.

Zu meinen, der Preisanteil Sonstiges jener Preisperiode, in die der Baubeginn fällt, wäre lediglich mit $U_{S,Mai} = V_{S,Mai} = 2,1\%$ umzurechnen, weil $V_{S,November}$ den Schwellen-

⁶¹⁰ Pkt 5.2.3.2 ÖNORM B 2111. Es handelt sich um eine sonstige vertragliche unselbständige Nebenpflicht, die von der Prüf- und Warnpflicht gem Pkt 5.9 ÖNORM B 2110 bzw §1168a ABGB zu unterscheiden ist. Es muss an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass jedoch in den Fällen, in denen ein Index als Messgröße vereinbart ist, ohnehin keine Mitteilungspflicht (Pkt 5.2.3.1 ÖNORM B 2111) besteht.

⁶¹¹ S dazu den Regelungsinhalt der ÖNORM B 2111 in Kapitel 2 IV.B.3.b auf Seite 88ff.

wert gar nicht erreicht, wäre falsch⁶¹². Der Werkunternehmer kann sich auf Pkt 5.2.3.3 ÖNORM B 2111 berufen und die Erhöhung der Preisumrechnungsgrundlage vom 01.05.'01 verspätet am 15.01.'02 mitteilen, wodurch sie Geltung für den 15.11.'01 – also zwei Monate früher, genau bei Bau- bzw Leistungsbeginn – zugestanden bekommt. Das gleiche gilt aber auch für die am selben Tag verspätete Mitteilung bzgl der Erhöhung der Preisumrechnungsgrundlage vom 01.11.'01, die ebenfalls Geltung erst per 15.11.'01 erhält – unabhängig vom Wert der Erhöhung iVm einem Schwellenwert, denn es geht um die Erhöhung selbst⁶¹³. Wenn beide Veränderungsprozentsätze am 15.11.'01 Geltung erlangen, dann muss die sich daraus ergebende **gesamte** Veränderung ab Preisbasis errechnet und erst sodann auf ein Überschreiten des Schwellenwertes geprüft werden. Dies geschieht wie folgt⁶¹⁴:

$$V_{S, \text{Baubeginn}} = \left[\left(1 + \frac{0,9}{100} \right) \times \left(1 + \frac{2,1}{100} \right) - 1 \right] \times 100 = 3,02 \% > \text{Schwellenwert}$$

Das bedeutet, dass auch vereinzelte Preisumrechnungsgrundlagenveränderungen, die zu normgem Stichtagen vor Vertragsabschluss den Schwellenwert für sich nicht erreichen, in Hinblick auf die gesamte Veränderung sehr wohl darüber zu liegen kommen können, und dass auch diese Art der Betrachtung nicht nur die bauwirtschaftlich gesehen richtige, sondern auch die dem Äquivalenzprinzip zwischen Leistung und Gegenleistung einzig folgende ist.

Dem Interesse des Bauherren, die vertraglichen Preisumrechnungsformalitäten exakt auch für den vorvertraglichen Bereich anzuwenden⁶¹⁵, muss einerseits entgegengehalten werden, dass nur er selbst es in der Hand hat, die Zuschlagsfrist bei ihrer Angabe in den Ausschreibungsunterlagen kurz zu halten, um in die aus dessen Sicht nun vorliegende Bredouille des Miteinbezugs von zwei Stichtagen innerhalb der Zuschlagsfrist erst gar nicht zu gelangen, und andererseits, dass es das Wesen einer Schwellenwertklausel mit revolvierender Wirkung geradezu ja ist, die Anzahl der durchzuführenden Preisumrechnungen nicht ausufern zu lassen.

Wollte die aktuelle Ausgabe der ÖNORM B 2111 durch die Festsetzung zweier Stichtage pro Jahr einer potentiell gegebenen⁶¹⁶, die Vertragsphase betreffenden, fakultativen Preisumrechnung der ÖNORM B 2111 (Ausgabe 1992), die diese zwei festgesetzten Stichtage pro Jahr nicht kannte, einen weiteren Riegel verschieben um einer automatischen Preisumrechnung Vorschub zu leisten, so mag das – für den vertraglichen Bereich – gelungen sein. Dies gilt es hier allerdings nicht zu würdigen, denn der vorvertragliche Bereich unterliegt – wie dargelegt – nicht denselben Prämissen. Daher ist man in der vorvertraglichen Phase nicht an die zwei Stichtage (Stichtagsregelung) gebunden.

⁶¹² Dem zustimmend – wenn auch unter etwas anderen Prämissen – *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2111, 33.

⁶¹³ Dies wird im Umkehrschluss zu bzw aus Pkt 5.2.3.5 ÖNORM B 2111 gefolgert, der die wertmäßige Veränderung von Preisumrechnungsgrundlagen – und eben nicht die Tatsache der Veränderung selbst – anspricht.

⁶¹⁴ Diese Berechnungsart entspricht im übrigen jener für die Ermittlung des Umrechnungsprozentsatzes gem Pkt 5.6.2 ÖNORM B 2111.

⁶¹⁵ Im obigen Beispiel wäre eine Preisumrechnung mit einem Prozentsatz in der Höhe von nur – für den Ausschreiber gewiss günstigen – 2,1 % möglich, womit eine Mindervergütung einhergehen würde.

⁶¹⁶ *Zehetner*, Automatische oder fakultative Umrechnung, ÖZW 1985, 108 analysiert sogar in bezug auf die ältere Ausgabe der ÖNORM B 2111, dass der Werkunternehmer den Zeitpunkt bestimmt, zu dem er von der Umrechnungsmöglichkeit (der Preiserhöhungen) Gebrauch macht.

Eine idealisierende Darstellung der durch die Betrachtung der gesamten vorvertraglichen wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen abgedeckten Mehrkosten (grauer Bereich) zeigt folgende Abbildung 32:

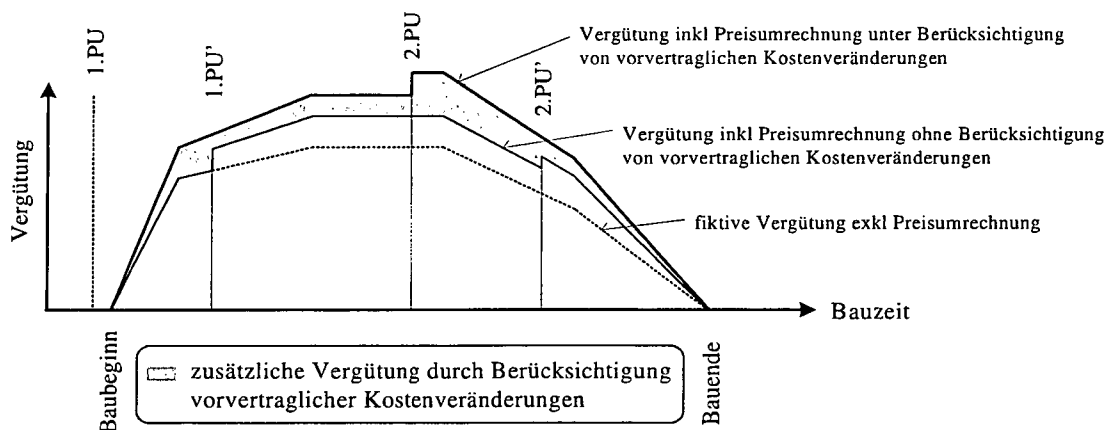


Abbildung 32: Idealisierende Darstellung der gem Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2111 zu vergütenden Mehrkosten bei Berücksichtigung vorvertraglicher wertmäßiger Kostengrundlagenveränderungen

Eine auf den ersten Blick nicht allzu offensichtliche Anspruchsgrundlage zur Forderung von Mehrpreisen aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag liefert also der Vertrag selbst unter besonderem Herausgreifen der Regelung des Pkt 5.2.3.3 iVm Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2111.

Die folgenden zwei Beispiele (Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen und Materialkostenerhöhungen) stellen dynamische Kostengrundlagenveränderungen dar. Die mit ihnen zu prüfenden, einhergehenden Vergütungsveränderungen hängen von verschiedenen Prämissen (Vergütungsrisiken) ab, die für beide gleichermaßen gelten, jedoch das eine mal nur bei den kollektivvertraglichen Lohnerhöhungen, das andere mal nur bei den Materialkostenerhöhungen betrachtet werden, was seinen Grund darin findet, dass es zu den jeweiligen Prämissen Anlaßfälle gegeben hat bzw es diese auch laufend gibt.

1. Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen

An Hand dieses Kostengrundlagenveränderungsbeispiels werden zwei Risiken unter die Lupe genommen, die typisch für Verträge mit veränderlichen Preisen idS sind, dass sie nur bei solchen Vertragsarten überhaupt auftreten können. Das ist einerseits das Risiko, das die Zusammensetzung des Warenkorbes hinsichtlich seiner Kostenartenstruktur nicht exakt jener des spezifischen Projektes entspricht (bzw nicht entsprechen kann), andererseits das – gewiss selten anzutreffende – Risiko, dass Messgrößenänderungen verspätet bekannt werden.

a) Risiko: Warenkorbzusammensetzung

Vereinbaren die Vertragspartner einen projektspezifischen Warenkorb, so werden sinnvollerweise jene Kostenarten als Warenkorbelement in den zu definierenden Warenkorb eingehen, die prozentuell den größten Einfluss auf die Meßgröße und deren Verän-

derung ausüben⁶¹⁷. Damit wird automatisch unterstellt, dass alle projektspezifischen Kostenarten, die nicht im Warenkorb enthalten sind, mit dem Mittel der im Warenkorb Enthaltenen gleiten. Diese Vorgehensweise wird als genau genug anerkannt, stellt jedoch ein – grundsätzlich geringes – Risiko idS dar, dass die tatsächliche (projektspezifische) Kostenentwicklung jener, die durch die Meßgröße ermittelt wird, evtl nicht wirklich entspricht. Der Fall der exakten Übereinstimmung von wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen und Messgrößenveränderungen wäre ein Idealfall und es käme zu einer Istkostenerstattung (keine Kostenüber- oder -unterdeckung)⁶¹⁸.

In diesem Zusammenhang wird dieses Risiko als Warenkorbzusammensetzungsrisiko bezeichnet.

Etwas größer wird dieses Risiko dann sein, wenn der zu Grunde gelegte Warenkorb nicht projektspezifisch ausgestaltet ist, also wenn ein von Dritten eruiertes Index vereinbart wird. In einem derartigen Fall sieht die ÖNORM B 2111 generell vor, dass „geeignete, sachlich und örtlich möglichst zutreffende“ Indizes für die Preisumrechnung heranzuziehen sind⁶¹⁹.

Das Warenkorbzusammensetzungsrisiko kann also für beide Vertragspartner ein **Wagnis** iSd negativen Zielabweichung oder eine **Chance** iSd positiven Zielabweichung darstellen. Es ist davon auszugehen, dass sie sich langfristig aufheben, was eine derartige Preisumrechnung ua auch rechtfertigt.

Das allg Anerkennen und Bekanntsein dieses Risikos ist aller Wahrscheinlichkeit nach mitunter ein Grund, warum aus der Vorgänger-ÖNORM B 2111 (Ausgabe 1992) sich folgender Passus des Pkt 2.5.6 in der neuen Version nicht mehr wieder findet:

„Veränderungen von Gehaltskosten, die in Zuschlägen oder Umlagen enthalten sind, sind mit den Vergütungen auf Grund der Umrechnung des Lohnanteiles abgegolten. Ansonsten sind Veränderungen der Gehaltskosten wie Veränderungen der Lohnkosten zu behandeln.“⁶²⁰

Hier werden auf verständliche Art und Weise die oben angeführten Prämissen vor Augen geführt: Gehaltskosten, die projektspezifisch gewiss anfallen, stellen kein Warenkorbbeleg dar, werden per Fiktion allerdings wie Lohnkosten behandelt. Pkt 2.5.7 regelte Ähnliches für in Zuschlägen oder Umlagen enthaltene Kosten.

Aus all diesen Überlegungen heraus erscheint es nur allzu verständlich, wenn nach hM die Ansicht vertreten wird, dass die Anwendung eines Index oder mE auch Warenkorbbeleg nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass die tatsächliche Entwicklung der Kosten der nach irgendwelchen Indizes gemessenen allg Kostenentwicklung auch tatsächlich entspricht⁶²¹, und mE genauso nicht den nach geeigneten, sachlich und örtlich möglichst zutreffenden Indizes oder Warenkorbbelegen gemessenen **Einzelkostenänderungen**, auf die die Preisgleitklausel abzielt, weil andernfalls jeglicher Sinn einer derartig gestalteten

⁶¹⁷ Vgl. Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM B.2111, 6f, die Warenkorbpositionen, die ca 80 % vom Anteil Sonstiges ausmachen, als ausreichend für die Gleitung des gesamten Anteils Sonstiges ansehen; vgl auch arg „maßgeblich“ des Pkt 4.5 ÖNORM B 2111.

⁶¹⁸ Vgl. Denk, Ökonomische Analyse, 27 in ÖGEBAU (Hrsg), Forschungsbericht.

⁶¹⁹ S Pkt 5.8 ÖNORM B 2111.

⁶²⁰ Auch das BVergG spricht in § 76 Abs 3 Z 3 lediglich von „Lohn“ bzw „Lohnbedingten Preisanteilen“. Die ÖNORM A 2050 schweigt sich diesbzgl ebenfalls aus.

⁶²¹ Vgl. Schubert in Rummel (Hrsg), § 988, Rz 9 mwN; vgl auch Krejci in Rummel (Hrsg), § 1170a, Rz 13.

Preisumrechnung verloren ginge. Beide Vertragsparteien, die schließlich die Preisumrechnungsgrundlage gewählt haben, haben deren Auswirkung beiderseits zu akzeptieren.

Bei korrekter Erhebung der Messgröße setzt jedoch die ÖNORM B 2111 diesem Warenkorbzusammensetzungsrisiko tw Grenzen – und zwar durch deren Pkt 5.9⁶²².

Dieser besagt, dass über Verlangen eines Vertragspartners die Preisumrechnung unter Einbezug einer bisher nicht enthaltenen Kostenart entsprechend zu modifizieren ist, wenn bei der Preisumrechnung für den Preisanteil „Sonstiges“ festgestellt wird, dass aufgrund einer im Index bzw im objektbezogenen Warenkorb nicht enthaltenen leistungsrelevanten Kostenart allein durch diese in einer Preisperiode der Schwellenwert gem Pkt 5.2.2 erreicht würde⁶²³.

Diese Vertragsbestimmung steht daher im Zeichen der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, die auch ihre Wirkung diesbzgl in den vorvertraglichen Bereich entfaltet.

Somit bietet die Sonderregelung des Pkt 5.9 iVm Pkt 5.1.3 der ÖNORM B 2111 eine Anspruchsgrundlage zur Forderung von Mehr- oder Minderpreisen aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag, wenn aufgrund einer im Index bzw im objektbezogenen Warenkorb nicht enthaltenen leistungsrelevanten Kostenart allein durch diese in einer Preisumrechnungsperiode der Schwellenwert erreicht würde.

Derartige Modifikationen können rückwirkend ab der ersten Preisumrechnung vorgenommen werden.

Wie jedoch vorzugehen ist, wenn bei der Preisumrechnung für den Preisanteil „Sonstiges“ festgestellt wird, dass aufgrund einer im Index bzw im objektbezogenen Warenkorb sehr wohl enthaltenen, jedoch leistungsirrelevanten Kostenart nur durch diese in einer Preisumrechnungsperiode der Schwellenwert gem Pkt 5.2.2 erreicht wird⁶²⁴, ist nicht geregelt. Diese Konstellation ist nicht minder unsachlich wie jene, deren Unsachlichkeit Pkt 5.9 ÖNORM B 2111 behebt. Hier ist jedoch kein vertraglicher Korrekturmechanismus in Pkt 5.9 vorgesehen.

ME wäre dieser Fall der Vollständigkeit halber in Pkt 5.9 ÖNORM B 2111 aufzunehmen, um das Warenkorbzusammensetzungsrisiko gänzlich zu begrenzen, zumal eine derartige Begrenzung beiden Parteien dienlich ist.

b) Risiko: Rückwirkende Lohnerhöhungen

Obwohl genaugenommen nicht Gegenstand dieser Arbeit erscheint es dennoch interessant genug, auch Kostengrundlagenveränderungen zu beleuchten, die in der Zeit vor Angebotsfristende liegen, und bei denen es sich nicht um Fehleinschätzungen der Bieter handelt.

⁶²² Vgl nochmals Kapitel 2 IV.B.3.b auf Seite 88ff.

⁶²³ Die Modifikation ist rückwirkend ab der ersten Preisumrechnung vorzunehmen. Die Schwellenwerte für bereits durchgeführte Preisumrechnungen sind nicht neu zu ermitteln.

⁶²⁴ Bei einem zwischen den Parteien vereinbarten objektbezogenen Warenkorb wird diese Konstellation eher nicht zutreffen.

Ein Beispiel liefert OGH 24. Februar 2000, 8 Ob 164/99x⁶²⁵, bei der es um eine **rückwirkende Indexerhöhung** aufgrund von lange dauernden Kollektivvertragsverhandlungen ging:

Aus der Begründung ist ua zu entnehmen, dass „die für die Anbotslegung maßgebliche Preisbasis um den rückwirkend eingeführten Veränderungswert zu erhöhen ist“⁶²⁶, wobei das Argument der Kalkulierbarkeit (arg „Abschätzbarkeit“) bemüht wird, die bei bevorstehenden Lohnerhöhungen – im konkreten Fall waren es 8 % – aufgrund der Einigung der Kollektivvertragspartner nicht gegeben sei⁶²⁷. Daraus folgend wären überdies Schätzungen seitens der Bieter unseriös und einem echten Preisvergleich der verschiedenen Angebote hinderlich, der als Voraussetzung einheitliche Preisumrechnungsgrundlagen benötige⁶²⁷.

ME ist diese Begründung nicht verallgemeinerungsfähig. Liest man genauer in die Begründung hinein, so stellt man fest, dass die Unmöglichkeit der Abschätzbarkeit nicht nur auf die Höhe, also die 8 % Lohnerhöhung, bezogen wurde, sondern auch auf den Zeitpunkt des Eintritts der Erhöhung, der im gegenständlichen Urteil als ungewiss angesehen wurde. Nun ist es aber im Baugewerbe allg bekannt, dass Lohnerhöhungen im Kollektivvertrag per 1. Mai eines jeden Jahres vorgenommen werden bzw per 1. Mai eines jeden Jahres Geltung erlangen, sollten sie später bekannt gegeben werden⁶²⁸. Somit steht der Eintrittszeitpunkt auf jeden Fall fest.

Weiters ist zu beachten, dass es sich dabei um dynamische Kostengrundlagenveränderungen handelt. Sie kehren per definitionem immer und immer wieder. Die Bieter können auf viele Jahre zurückblicken und vergangene Lohnerhöhungen der Höhe nach analysieren. Deshalb ist es mE für Bieter sehr wohl abschätzbar, wie hoch eine Lohnerhöhung für den 1. Mai anzusetzen ist, wenn wenige Tage danach die Preisbasis festgesetzt ist und die kollektivvertragliche Erhöhung noch nicht bekannt ist.

Bei diesem Sonderfall der rückwirkenden Indexerhöhung besteht mE keine Anspruchsgrundlage zur Forderung von Mehrpreisen aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen, weil einerseits der Zeitpunkt der Erhöhung exakt feststeht, andererseits der Betrag der Erhöhung sich durch die Tatsache, dass eine derartige Erhöhung kein Einzelfall ist (arg „dynamische Kostengrundlagenverände-

⁶²⁵ = Thaler, Veränderung der Preise wegen rückwirkender Kollektivvertragsänderung, *ecolex* 2000, 798.

⁶²⁶ Diese Formulierung ist verwirrend, was auf einem mangelnden Verständnis für die hier erforderlichen Fachbegriffe („Preisbasis“) beruhen dürfte. Gemeint war wohl der im Angebot enthaltene monetäre Ansatz für den Preisanteil „Lohn“, also die Preisgrundlage, die in Reaktion auf die rückwirkende Indexerhöhung ebenfalls rückwirkend iSd Synallagma korrigierend nach oben geschraubt werden muss, was einer gerechten Mehrvergütung gleichkommt.

Die sachliche Richtigkeit dieser Art der Korrektur bleibt dennoch zu hinterfragen, denn die Erhöhung des Anteils Lohn führt zu einer Änderung des Angebotspreises, was wiederum mit einer potentiellen Änderung der Wettbewerbsstellung (siehe Kapitel 4 I.A.4 auf Seite 114) einhergehen könnte. Erhöht man den Angebotspreis nicht, und ließe man lediglich eine zusätzliche Preisumrechnung zu – was mE sachlich korrekt wäre, und im Endeffekt zu keinem anderen Ergebnis führen würde –, dann gäbe es diesbzgl keine vergaberechtl. Bedenken.

Einem Auffinden für etwaige Anspruchsgrundlagen tut dies alles allerdings keinen Abbruch.

⁶²⁷ Vgl § 66 Abs 3 BVergG.

⁶²⁸ S Pkt 5.4.6 ÖNORM B 2111: „Eine Preisumrechnungsgrundlage, die zu einem bestimmten Tag eines Monats ermittelt wird, gilt für den ganzen Kalendermonat.“

rung"), genau genug kalkulierbar – in Gesamtbetrachtung also ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken – darstellt.

Es ist noch hinzuzufügen, dass ein umsichtiger Ausschreiber bei einer Festsetzung der Preisbasis kurz nach dem 1. Mai am besten in den Ausschreibungsunterlagen klarstellt, wie die Bieter zu kalkulieren haben; sprich, ob sie die bevorstehende Lohnerhöhung zu berücksichtigen haben oder nicht, denn es ist nicht aussergewöhnlich, dass Kollektivvertragsverhandlungen etwas länger dauern können als urspr geplant. Der Ausschreiber hätte dadurch den Vorteil, dass die Vergleichbarkeit der Angebotspreise in etwas detaillierterer Form vorliegen würde, weil entweder alle Bieter die bevorstehende Lohnerhöhung miteinbeziehen, oder alle gerade dies nicht tun, somit keine Übervorteilung daraus entspringen könnte.

Jedoch gilt es zu bedenken, dass jene konkrete ausschreiberseitige Vorgabe, nämlich die erste Gleitung in der Kalkulation – somit auch im Angebotspreis – nicht einzubeziehen, gegen das vergaberechtliche Prinzip in bezug auf das Wettbewerbsergebnis verstoßen kann. Dieser Fall tritt dann ein, wenn es aufgrund verschiedener Ansätze für die Anteile Lohn bzw Sonstiges in den diversen Angebotskalkulationen zu einem Bietersturz käme, nachdem verspätet die erste Lohnerhöhung bekannt wird.

Daher wäre ein Hinweis des Ausschreibers, bei kurz bevorstehenden Lohnerhöhungen diese in die Angebotspreise mit einzurechnen, die zu bevorzugende Variante.

2. Materialkostenerhöhungen

Auch hier werden wiederum zwei Risiken unter die Lupe genommen, die typisch für Verträge mit veränderlichen Preisen sind, und die bei Festpreisverträgen nicht auftreten, weil sie bei derartigen Verträgen bereits in der Kalkulation – sofern überhaupt bekannt – mit einzubeziehen sind, es sich also um Kalkulationsrisiken handelt, für die der Werkunternehmer grundsätzlich einzustehen hat⁶²⁹.

Das ist einerseits das Risiko, dass der Produktionsmittelverzehr nicht gleichmäßig – Gleichmäßigkeit wird der Messgröße unterstellt – anfällt, andererseits das Risiko, dass die Messgröße die wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen nicht korrekt widerspiegelt, obwohl die Zusammensetzung des zu Grunde liegenden Warenkorbes sehr wohl korrekt ist.

a) Risiko: Ungleichmäßiger Produktionsmittelverzehr

Als Beispiel soll hier ein Straßenbauprojekt dienen, bei dessen Ende üblicherweise überwiegend das Erdölprodukt Bitumen eingebaut wird. Bei einem derartigen Projekt hat Bitumen einen wesentlichen Einfluss auf die Warenkorbzusammensetzung, weswegen es auch als Warenkorbelement sinnvollerweise einzubeziehen ist.

Bei Verträgen mit veränderlichen Preisen wird jedoch durch das gewählte Umrechnungsverfahren ein über die Bauzeit gleichmäßiger Produktionsmittelverzehr unterstellt. Sämtliche Leistungen ab Beginn der Leistungsfrist gleiten auf deren Vergütungsseite bereits mit einem Anteil, der im Warenkorb durch das Warenkorbelement Bitumen bewirkt wird. Somit wäre bei den ersten Preisumrechnungen das Warenkorbelement „Bitumen“ eigentlich leistungsirrelevant. Umgekehrt verhält es sich am Ende der Straßenbauarbeiten,

⁶²⁹ S Kapitel 2 IV.C.1 auf Seite 92f.

wenn überwiegend Bitumen eingebaut wird, die Vergütung dafür aber von vielen anderen Warenkorbelementen abhängt, die zu diesem späten Zeitpunkt wiederum irrelevant sind, weil sie schon eingebaut sind.

Dieses Risiko wird von beiden Parteien in Kauf genommen und kann zB für den Werkunternehmer dann zu einem größeren Wagnis werden, wenn am Ende des Straßenbauprojektes die Bitumenkosten übermäßig ansteigen, die anderen Kostengrundlagen womöglich sogar sinken.

Das Risiko des ungleichmäßigen Produktionsmittelverzehr bei Verträgen mit veränderlichen Preisen trägt die Partei, in deren Sphäre es sich auswirkt. Es gibt beim hier zu untersuchenden klassischen Bauwerkvertrag keine vertragliche Regelung, die dieses Risiko begrenzt.

b) Risiko: „Funktionieren“ der Messgröße

Die bisher im Zusammenhang mit Verträgen mit veränderlichen Preisen angesprochenen Risiken stellen Vergütungsrisiken dar, die bewusst entweder mit Begrenzung (Bsp: Warenkorbzusammensetzungsrisiko) oder ohne Begrenzung (Bsp: rückwirkende Lohnerhöhung, ungleichmäßiger Produktionsmittelverzehr) in Kauf genommen werden bzw in Kauf zu nehmen sind.

Das folgende Beispiel soll ein weiteres Risiko illustrieren, dass auf das „Funktionieren“ der Messgröße abstellt. Darunter ist zu verstehen, dass wertmäßige Kostengrundlagenveränderungen sich trotz richtiger Warenkorbzusammensetzung und trotz Ausschalten des Risikos des ungleichmäßigen Produktionsmittelverzehr udgl nicht korrekt in der Messgröße widerspiegeln, weil zB die Erhebung ders zu Mängel führt oä. Kurzum: Die vertraglich vereinbarte Messgröße nimmt ihre Aufgabe aus Gründen, die ihren Ursprung in der neutralen Sphäre haben, unzulänglich war.

So stiegen in Österreich kurz nach dem Millenium für geraume Zeit die Bewehrungsstahlpreise (iSd Kostengrundlage) am Beschaffungsmarkt. Diese wurden jedoch in Indizes, die genau diese Veränderungen ausdrücken sollen, nicht wiedergespiegelt⁶³⁰, was dazu führte, dass Kostensteigerungen auf der Vergütungsseite nicht „abgefangen“ wurden.

„Kleinere“ Veränderungen, die nicht wiedergespiegelt werden, würden wenig ins Gewicht fallen bzw überhaupt auf eine Untauglichkeit einer Messgröße kaum schließen lassen. Bei den Bewehrungsstahlkostensteigerungen klafften jedoch die tatsächlichen wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen mit jenen, die die Messgröße wiedergab, immerhin um beträchtliche 22 %⁶³¹ in einem Zeitraum von nur 8 Monaten auseinander.

Prinzipiell muss auch an dieser Stelle wiederum festgehalten werden, dass die Anwendung eines Index oder mE auch Warenkorbes nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass die tatsächliche Entwicklung der Kosten der nach irgendwelchen Indizes gemessenen allg Kostenentwicklung auch tatsächlich entspricht⁶³², und mE genauso nicht

⁶³⁰ Die in Preisgleitklauseln vereinbarten Indizes sind im maßgeblichen Zeitraum tw sogar leicht gefallen! Den maßgeblichen Zeitraum ermittelte *Oberndorfer*, Unveröffentlichtes Gutachten vom Jänner 2005, 11 von Mai 2002 bis Dezember 2002.

⁶³¹ *Welser*, Unveröffentlichtes Gutachten, 25.

⁶³² S FN 621 auf Seite 122.

den nach geeigneten, sachlich und örtlich möglichst zutreffenden Indizes oder Warenkörben gemessenen **Einzelkostenänderungen**, auf die die Preisgleitklausel abzielt. Jedoch finden sich dort Grenzen, wo sich die Messgröße unerwartet ganz anders entwickelt, so dass ein Beharren auf Vertragserfüllung sittenwidrig wäre, weil ein Kontrahent durch dieselbe unverhältnismäßig bereichert werden würde⁶³².

In diesem Fall muss auch unterstellt werden, dass einem Index, der seine Aufgabe nur unzulänglich wahrnimmt, die Eignung abzusprechen ist.

Da hier Risiken angesprochen werden, die nicht bewusst übernommen wurden, stellt sich hier die Frage, ob es Anspruchsgrundlagen für einen Nachteilsausgleich bei beträchtlichen Diskrepanzen gibt, denn im klassischen Bauwerkvertrag findet sich nichts über eine derartige Konstellation.

Einen Lösungsansatz gibt *Welser*⁶³³, die einen gegebenen Prozentsatz (des „Auseinanderklaffens“) in der Höhe von 22 % innerhalb eines Zeitraums von nur 8 Monaten nicht so geringfügig erachtet, als dass er es von vornherein ausschliesse, das Argument der Sittenwidrigkeit zu bemühen, die auf ein Beharren der Indexklausel zurückzuführen wäre. Hiedurch wäre ein Vertragsteil unverhältnismäßig bereichert. In solchen Fällen sei **im Wege der Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Willen redlicher und vernünftiger Vertragspartner (§ 914 ABGB)** ein anderer, den Parteien zumutbarer Wertmesser heranzuziehen. *Graf*⁶³⁴ bezeichnet diese Art der Vertragsergänzung als *Mittelsubstitution*, bei der die Rechtsordnung einer Vertragspartei, die zur Erreichung eines von ihr angestrebten Zwecks die Vereinbarung einer bestimmten Vertragsklausel durchgesetzt hat, hilft, wenn sich im Zuge der Durchführung des Vertrages herausstellt, dass dieses Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks untauglich ist⁶³⁵, obschon festzuhalten ist, dass im konkreten Fall der Zweck der Preisumrechnung sogar von **beiden** Parteien angestrebt wurde.

Zu den 22 % an Diskrepanz innerhalb 8 Monaten ist noch klar zu stellen, dass dies das Verhältnis zwischen Werk- und Subunternehmer betrifft. Diese könnte bereits zu erheblichen Existenzverschlechterungen für den Subunternehmer führen, wenn nicht gar zum Ruin⁶³⁶ – mE Umstände, die eine der angedachten Vertragsanpassungsmechanismen rechtfertigen würden.

Das Verhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer ist nicht von diesen

⁶³³ S FN 631 auf Seite 126.

⁶³⁴ Vertrag und Vernunft, 198ff.

⁶³⁵ Weitere Ansätze, die zur Klärung dieses Problems beitragen könnten, lägen mE in der *Unerschwinglichkeit*, die dann vorliegt, wenn aufgrund einer nachträglichen Veränderung die Kosten der Leistung des Schuldners ausser jedem Verhältnis zur Gegenleistung stehen, wenn die Unverhältnismäßigkeit nicht auf ein Risiko zurückzuführen sein darf, das der Schuldner wirksam übernommen hat, und wenn die Verwirklichung des Risikos unvorhersehbar war. Im hier anzusprechenden Fall vor Vertragsschluss sind jedoch nach *Graf*, aaO, 128 FN 13 andere Rechtsbehelfe – wie die Regeln über den *Wucher* oder der *laesio enormis* – zu prüfen.

Weiters könnte ein *Wegfall der Geschäftsgrundlage* angedacht werden, der evtl dann gerechtfertigt erscheint, wenn es sich um einen Umstand handelt, den beide Parteien in der Weise in ihre Erwägungen aufgenommen haben, dass sie bei Kenntnis der wahren Umstände den Vertrag redlicherweise nicht oder doch nur mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten. Dieser Gedanke liegt nahe, könnte doch die hier zur Diskussion stehende Diskrepanz beide Parteien gleichermaßen benachteiligen.

⁶³⁶ Vgl *Graf*, aaO, 128.

weitreichenden Folgen betroffen. So hat *Oberndorfer*⁶³⁷ ermittelt, dass eine 30%-ige Steigerung des Grundpreises im Bewehrungsstahl eine ca 1,5%-ige Kostensteigerung der Brückenpreise bewirkt, wenn vorausgesetzt wird, dass die Bewehrungskosten ca 25 % an den Materialkosten einer Brücke ausmachen.

Ob für letztere Vertragsverhältnisse ein Vertragsanpassungsmechanismus begehrt werden kann ist fraglich. Auf jeden Fall erscheint es nicht möglich, pauschal Urteile darüber abzugeben. Diese unterliegen einer Einzelfallbetrachtung, weswegen von einer weiteren Behandlung hier abgesehen wird.

Was **Festpreisverträge** angeht, so ist festzuhalten, dass die bis hierher angeführten Risiken Vergütungsrisiken darstellen, die nur bei Verträgen mit veränderlichen Preisen schlagend werden können. Wertmäßige Kostengrundlagenveränderungen sind also demgemäß beim Festpreisvertrag vorab in der Kalkulation mit einzubeziehen. Das Risiko der Richtigkeit der dem Festpreiszuschlag⁶³⁸ zu Grunde gelegten Annahmen liegt – mit Ausnahme von Annahmen, die auf Angaben des Ausschreibers beruhen – beim Bieter.

Die Grenze für das Einstehenmüssen des Werkbestellers für das Schlagendwerden von übermäßig hohen Kalkulationswagnissen – wenn eben zB die Bewehrungsstahlpreise am Beschaffungsmarkt völlig unverhofft exorbitant ansteigen, sodass sie durch den Festpreiszuschlag keine Deckung mehr finden – wird mE bei einer unverhältnismäßigen Bereicherung zu ziehen sein. Aber auch hier gilt es wiederum zu bedenken, dass das Verhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer nicht von diesen weitreichenden Folgen betroffen ist wie ein Bewehrungsstahlhändler. Um eine Einzelfallprüfung kommt man auch in diesen Fällen nicht umhin.

B. Statische Kostengrundlagenveränderungen

1. Änderung der Altlastenbeiträge

- **Risiko: Unvorhersehbare Änderung in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag**

In diesem Fall kann kurz und bündig festgehalten werden, dass Unvorhersehbarkeit nicht gegeben ist, weil in § 6 Altlastensanierungsgesetz⁶³⁹ Altlastensanierungsbeiträge zuzügl deren künftige Erhöhungen auch datumsmäßig festgesetzt sind. Diesfalls besteht also kein Kalkulationsrisiko. Die Kosten für erhöhte Altlastenbeiträge können von den Bietern bereits in der Kalkulation berücksichtigt werden.

Die Änderung der Altlastenbeiträge ist bei **Festpreisverträgen** iSe Kalkulationswagnisses vom Kalkulanten im Festpreiszuschlag mit einzubeziehen, weswegen bei Nicht-Einbezug keine Ansprüche daraus geltend gemacht werden können.

⁶³⁷ Unveröffentlichtes Gutachten vom Jänner 2005, 11.

⁶³⁸ S Kapitel 2 II.B.1 auf Seite 20f.

⁶³⁹ IdF BGBI I 155/2002.

2. Änderung von Standards

a) Ausgangssituation

Gemeinsam mit der ÖNORM B 2110, die dieser Arbeit zugrunde gelegt wird, gelten auch gem deren Pkt 5.1.2 alle in Betracht kommenden, im ÖNORMen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts.

Wenn man sich noch einmal jene Gedanken vor Augen führt, die besagen, dass mit Betonnormänderungen eine Änderung der Art der Leistung mit einhergeht⁶⁴⁰, so liegt hier der in dieser Arbeit bisweilen einmalige Fall vor, dass Teile der zu erbringenden Leistung, die Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sind, nach Angebotsfrist obsolet werden, wenn die Änderung von Standards in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag unvorhersehbar eintritt.

Vorab gilt es zu klären, wie es dazu kommen kann, dass die Betonnormänderungen derartig schnell eintreten, dass sie sowohl der Ausschreiber in den Ausschreibungsunterlagen als auch die Bieter in deren Kalkulation nicht mehr miteinbeziehen konnten, sie also nicht vorhersehbar waren. Unter bezug auf *Oberndorfer*⁶⁴¹ kann sich eine derartige Situation dann ergeben, wenn ein Bauherr – wissend um die Gültigkeitsdauer noch bestehender Registrierungen alter Betonnormen – nach eben diesen ua Betonierleistungen ausschreibt, diese allerdings während der Zuschlagsfrist unerwartet so weit verkürzt wird, dass die Registrierungen noch vor Vertragsschluss ihre Gültigkeit verlieren. Damit stünde schon vor Vertragsschluss fest, dass das in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Produkt von jenem der tatsächlichen Leistungserbringung abweicht bzw abweichen wird.

b) Konflikt mit maßgebenden Grundsätzen

So einfach es in der Vertragsphase nun für den Werkbesteller ist, sein durch Pkt 5.24.1 ÖNORM B 2110 weitreichendes Leistungsänderungsrecht zu bemühen⁶⁴², so einfach es auch ist, in der Zeit vor Angebotsfristende gem § 78 Abs 1 BVergG erforderliche⁶⁴³ Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen⁶⁴⁴, so rigoros stellen sich in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag maßgebende Grundsätze⁶⁴⁵ in den Weg, der zu einer in dieser Zeit vorzunehmenden berechtigten Leistungsänderung führt.

Das ist insb der Grundsatz über den **Vertrauensschutz**. Die Angebotsbindung kann nur insoweit gelten, als keine Änderungen in den dem Angebot zugrunde liegenden Unterlagen während der Bindefrist einhergehen. Darauf muss der sich der Bindung Unterwerfende auch vertrauen dürfen, andernfalls willkürliche Knebelungen ermöglicht würden, die einer wahren Einwilligung entgegenstehen.

Weiters ist der Grundsatz über das **Nachverhandlungsverbot** zu beachten. Würden sich die Angebote der Bieter, die preismäßig unverändert blieben, plötzlich auf leistungsmäßig veränderte Ausschreibungsunterlagen beziehen, so würde dieses Verbot durch ein indirektes vom Ausschreiber aufoktroiertes Wegverhandeln von Mehrkosten bzw ein indirektes vom Ausschreiber aufoktroiertes Aushandeln eines Nachlasses konterkariert

⁶⁴⁰ Vgl Kapitel 3 II.B.3.a auf Seite 109.

⁶⁴¹ Übergang, passim.

⁶⁴² S Kapitel 2 IV.B.2.b auf Seite 81ff.

⁶⁴³ Es handelt sich hier um dem Ausschreiber „aufgezwungene“ Änderungen. Vgl insb die „aufgezwungenen“ Leistungsänderungen bei Abbildung 20 auf Seite 100.

⁶⁴⁴ S Kapitel 2 III.C.2.d auf Seite 52ff.

⁶⁴⁵ S Kapitel 4 I auf Seite 113ff.

werden⁶⁴⁶. Es würde somit eine Veränderung des Wertes eintreten. Zwar bliebe das Wettbewerbsergebnis (in bezug auf den Preis) gleich, die **Wettbewerbsstellung** (in bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis) würde sich aber nach Angebotsöffnung ändern – und zwar bei jedem Bieter in unterschiedlicher Weise. In diesem Fall lassen sich Parallelen zur Behebbarkeit bei fehlerhaften sowie bei unvollständigen Angeboten ziehen. *Gölles*⁶⁴⁷ verweist diesfalls ua auf Lit, die eine Unbehebbarkeit dann sieht, wenn die Behebung des Angebotsmangels bzw der Angebotsunvollständigkeit einerseits eine Veränderung der Wettbewerbsstellung des Bieters bewirken würde⁶⁴⁸, andererseits, wenn eine Veränderung des Wertes oder Preises eintreten würde. Diese Prämissen für ein Funktionieren des Wettbewerbes haben jedoch ganz allg Geltung, nicht nur in bezug auf die Behebbarkeit von Angebotsmängeln.

Ausgehend von der Vorstellung, dass von Bauprojektbeginn bis zur Übergabe das „Leistungsbild“ im Gegensatz zur in der Ausschreibung festgelegten Leistung ein „bewegliches“ darstellt, was seinen Grund in der Komplexität der Planung sowie Herstellung eines Bauwerkes findet⁶⁴⁹, lässt sich aus der soeben gewonnen Erkenntnis die Vorstellung ableiten, dass aufgrund der vorhin erarbeiteten maßgebenden Grundsätze dieses grundsätzlich „bewegliche Leistungsbild“ mit Ende der Angebotsfrist in Form der Ausschreibungsunterlagen erstarrt bzw erstarren muss und erst dann wieder einer „Aufweichung“⁶⁵⁰ unterzogen werden kann, wenn der Vertrag perfekt ist.

Somit bewirkt aber eine Änderung der Betonnorm keine Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag.

Der Unterschied zu all den vorhin angeführten Beispielen ist nun darin zu erblicken, dass aufgrund von Leistungsbildänderungen zwischen Angebot und Zuschlag eine Leistungsänderung frühestens bei Vertragsschluss wirksam werden, somit auch erst ab Vertragsschluss eine Veränderung der Kosten⁶⁵¹ in bezug auf die Kalkulation einher gehen kann.

⁶⁴⁶ Dabei sollte ein Bauherr aus Eigeninteresse überdies folgendes bedenken:

Der Wettbewerb am Baumarkt zwingt die Bieter zu äußerst knapper Kalkulation, womöglich senken sie ihre Preise auf die dritte Stufe gem Abbildung 3 auf Seite 16 ab, um zu einem Auftrag zu gelangen. Sollten sodann durch die hier dargestellte Situation Mehrkosten wegverhandelt werden – und das ist in der Praxis zumindest vor Erlassung eines Vergabegesetzes immer wieder der Fall gewesen (S *Hazivar*, Probleme bei der Vergabe von Bauleistungen, 33f in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht) – dann bestünde die Gefahr von unternehmerseitigen Liquiditätsengpässen. An einer sich daraus evtl ergebenden Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners und der Möglichkeit, dass er den Auftrag nicht „durchsteht“, sollte daher ein Bauherr freilich wenig interessiert sein.

⁶⁴⁷ Das Schicksal von Angebotsmängel, ZVB 2005/3, 9.

⁶⁴⁸ S *Aicher*, Schlussbericht, 377 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht, der als allg Richtlinie für die Verbesserungsfähigkeit von Mängeln in Angeboten anerkennt, dass nur solche Mängel verbesserungsfähig sein sollen, die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen, was insb nachträgliche Erklärungen der Bieter, die der vom Ausschreiber verlangten Information dienen, als unbedenklich erscheinen lässt.

⁶⁴⁹ Wer weiß schon bei der ersten Bedarfsermittlung, welches genaue Aussehen ein Bauprojekt am Ende aufweisen wird? Auch beim Bau selbst treten üblicherweise Umstände ans Tageslicht, die eine Änderung des urspr Gewollten zwingend (arg „Baugrund“) herbeiführen (Dies ist der Hauptgrund, warum die ÖNORM B 2110 dem Werkbesteller ein weitgehendes Leistungsänderungsrecht einräumt).

⁶⁵⁰ Die Notwendigkeit der „Aufweichung“ iSd Leistungsänderungsrechts erweist sich – wie in voriger FN hervorgebracht – insb beim Bauwerkvertrag als notwendig.

⁶⁵¹ Hier muss nicht mehr von Kostengrundlagen gesprochen werden, da ab Vertragsschluss ein Wertverzehr durch die betriebliche Leistungserbringung bereits eintritt.

c) Folge Vertragsschluss

Im Falle der Änderung von Standards besteht die Möglichkeit, dass manchen, dem BVergG unterliegenden Ausschreibern diese Art der Leistungsänderung nicht bewusst ist. Im nachstehenden Pkt wird daher untersucht, welche Folgen ein vorvertragliches Verschweigen des Bieters über daraus entstehende Mehrkosten nach sich zieht.

• **Vertragsschluss durch bieterseitiges vorvertragliches Verschweigen über Mehrkosten**

Verschweigt sich der spätere Werkunternehmer, von dem ausgegangen werden kann, dass ihm die Änderung in der Normenlandschaft bekannt ist, über Änderungen von Standards gänzlich, wird ein Vertrag geschlossen, der Teile der zu erbringenden Leistung beinhaltet, die unter *rechtlicher Unmöglichkeit*⁶⁵² leiden. Er leidet genau genommen unter *anfänglicher Teilunmöglichkeit*, deren Folge Teilnichtigkeit ist⁶⁵³.

Der Fall (Fall 1), dass der Werkunternehmer hierauf keine Mehrkosten gem Pkt 5.24.3 ÖNORM B 2110 fordert, also der neue mögliche Vertragsteil anstelle des nichtigen unmöglichen unentgeltlich erbracht werden will, ist nicht undenkbar und könnte va dann eintreten, wenn dieser „gute Geschäftsbeziehungen“ zu evtl mächtigen Auftraggebern unbedingt aufrecht erhalten möchte. Er will schon im Vorfeld durch sein gänzlich Verschweigen den Ausschreiber nicht „verärgern“ und nimmt somit bewusst einen versteckten, von ihm selbst initiierten Nachlass in Kauf, der allerdings keineswegs vom Ausschreiber aufoktroiert ist, weil sich letzterer der Umstände gar nicht bewusst sein muss. Dadurch wird der Bieter bzw spätere Werkunternehmer auch keinen willkürlichen Knebelungen unterworfen – Einwilligung ist gegeben.

Zu behandeln gilt es allerdings nun jenen Fall (Fall 2), in dem sich der spätere Werkunternehmer während der Vergabephase gänzlich verschweigt, aber nach Vertragsschluss sehr wohl Mehrkosten aufgrund von Leistungsänderungen fordert. Es stellt sich hier nämlich die Frage, ob es dafür Anspruchsgrundlagen gibt.

Dies hängt wiederum davon ab, ob das vorvertragliche bieterseitige Verschweigen kausal für den Nachteil beim Ausschreiber, also für den Mehrpreis, den er evtl zu zahlen hat, ist.

Dazu ist vorweg folgendes festzuhalten: *Reischauer*⁶⁵⁴ konstatiert, dass vorvertragliche Aufklärungs- oder Warnpflichten nur insoweit bestehen, als die Umstände für den Abschlusswillen des anderen von entscheidender Bedeutung sind. Dieses Argument ist iVm § 105 Abs 2 Z 3 BVergG zu sehen, der einen fakultativen⁶⁵⁵ Widerruf nur dann rechtfertigt, wenn schwerwiegende Gründe bestehen, wie etwa nachträgliche Einsparungsmöglichkeiten, fehlerhafte Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen, Widersprüche der Ausschreibung zu wesentlichen Grundsätzen des BVergG oder die Unterlas-

⁶⁵² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 154 subsumieren das *rechtlich Unmögliche* unter das dem Wortlaut des § 878 ABGB zu entnehmenden „geradezu Unmöglichen“.

⁶⁵³ S die Ausführungen zur „Möglichkeit und Erlaubtheit“ unter Kapitel 2 IV.A.2.b auf Seite 66ff.

⁶⁵⁴ In *Rummel (Hrsg)*, vor §§ 918-933 Rz 15.

⁶⁵⁵ Der zwingende Widerruf gem § 105 Abs 2 Z 1 ist schon deswegen nicht vorzunehmen, weil er Umstände behandelt, die bereits bei der Ausschreibung vorhanden waren, die der Ausschreiber aber nicht kannte.

sung der Gewichtung von Zuschlagskriterien. Im Hinblick auf die gegenständliche Thematik ist insb das Wegfallen der Finanzierbarkeit oder der Rentabilität als schwerwiegender Grund für einen Widerruf auf Seite des Bauherren anzusehen. Eine weitere „Messlatte“ liefert OGH 17. Dezember 2001, 1 Ob 284/01y⁶⁵⁶, in der als gerechtfertigter Widerrufsgrund die Tatsache anerkannt wird, dass der Auftragswert um rund 13 % – gemessen am Angebot des Bestbieters – erhöht wird, weil notwendige Änderungen im Leistungsverzeichnis⁶⁵⁷ dies mit sich bringen. Somit wird auf nachträglich hervorkommende Umstände, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, abgestellt.⁶⁵⁸

Nur in solchen Fällen läge ein begründetes schutzwürdiges Interesse (iSe schwerwiegendes Grundes) des Ausschreibers vor, diese Information vor Vertragsschluss zu erhalten, um nicht Gefahr zu laufen, durch Kontrahieren an Kautelen geknebelt zu werden, die er in freier Entscheidung weder gewollt noch akzeptiert hätte – in diesem Fall bezieht sich der maßgebende Grundsatz über den Vertrauensschutz auf den Ausschreiber, **dem Gegensteuerungsmöglichkeiten unbenommen bleiben müssen**. Es muss allerdings hier festgehalten werden, dass der Gesetzgeber zweifelsohne die negative Abschlussfreiheit des Ausschreibers, der hier im Gegensatz zu jedem anderen Rechtssubjekt nicht frei in seiner Entscheidungsbefugnis iSd Privatautonomie ist, verdünnt⁶⁵⁹, um ua die Bieter zu schützen⁶⁶⁰. Durch die Tatsache, dass der öffentliche Ausschreiber ein Bauprojekt auch tatsächlich zu Ende bringen will⁶⁶¹, erfährt er grundsätzlich gegenüber jener fiktiven Situation, in der auf Mehrkosten in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag hingewiesen werden würde, keine Schlechterstellung gegenüber der Situation, in der er nicht aufgeklärt wird, weil es ihm nicht freisteht, etwa nicht zu kontrahieren⁶⁶².

Wird nun von diesem Grundsatz abgesehen und davon ausgegangen, dass das Wissen um Mehrkosten den Ausschreiber berechtigen würde zu widerrufen (Fall 2a), weil diese etwa so hoch sind, dass ein schwerwiegender Grund gem § 105 Abs 2 Z 3 BVergG vorliegt (arg „Finanzierbarkeit“ bzw „Rentabilität“), dann bestünde mE durch das bieterseitige Unterlassen einer vorvertraglichen Anmeldung von Mehrkosten kein Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen, weil in einem derartig gelegenen Fall der Bieter iSd vorvertraglichen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die ihren Weg in das BVergG als

⁶⁵⁶ S auch *Gölles*, Die Neuregelung des Widerrufs im BVergG 2002, ZVB 2003/4, 12. Ähnlich VwGH 26. Juni 2001 2001/04/0106.

⁶⁵⁷ Im konkreten Fall bestanden die „Änderungen im Leistungsverzeichnis“ darin, dass eine für die Preisgestaltung wesentliche Leistung, nämlich die Position „Aussenmauerwerk“, in den Ausschreibungsunterlagen überhaupt vergessen wurde. Es ging also um zusätzliche Leistungen.

⁶⁵⁸ Es stellt sich auch die Frage, warum ein Bieter bei Widerruf das Risiko tragen sollte, bei einer neuen Ausschreibung nicht zum Zuge zu kommen; ein Risiko, das sich als nicht allzu gering darstellt, weil nach Bekanntwerden seines urspr Angebotspreises er Gefahr läuft unterboten zu werden, was einem formalisierten Wettbewerb die Zähne ziehen würde (vgl *Hazivar*, Probleme bei der Vergabe von Bauleistungen, 32 in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht; ebenso BayObLG 15. Juli 2002 Verg 15/02). Grundsätzlich darf jeder Bieter also darauf vertrauen, dass der öffentliche Bauherr den Zuschlag auch erteilen wird, weil die Angebotsbearbeitung regelmäßig mit Kosten und Arbeitsaufwand verbunden ist, die nicht Gefahr laufen dürfen, aus Umständen „minderer Wichtigkeit“ nutzlos zu werden.

⁶⁵⁹ S FN 455 auf Seite 76.

⁶⁶⁰ S etwa § 105 Abs 2 Z 3 2. Satz leg cit: „Ein Widerruf der Ausschreibung zu dem alleinigen Zweck, eine neuerliche Ausschreibung zu ermöglichen, um einen Angebotspreis zu reduzieren, ist sachlich nicht gerechtfertigt“. Dies ist mE der Inbegriff einer Schutznorm (s FN 228 auf Seite 43). Vgl auch FN 455 auf Seite 76.

⁶⁶¹ Ähnlich für die Vertragsphase argumentierend *Iro*, Entgeltshöhe bei Überschreitung der Kostenschätzung, RdW 1999, 57ff.

⁶⁶² Vgl arg „Quasi-Kontrahierungszwang“.

Konkretisierung ders nicht gefunden haben⁶⁶³, den Ausschreiber darauf hätte hinweisen müssen. **Der Bieter nimmt dem Ausschreiber die Gegensteuerungsmöglichkeit des Widerrufs. Somit ist das Unterlassen einer vorvertraglichen Anmeldung von Mehrkosten kausal für den Nachteil beim Bauherren.**

Wird jedoch davon ausgegangen, dass ein Widerruf nicht gerechtfertigt ist (Fall 2b), wie es mE bei Betonnormänderungen der Fall ist⁶⁶⁴, dann besteht mE Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen, weil Mehrkosten **sowieso** entstanden wären, womit ein evtl **Nachteil** auf Werkbestellerseite durch Unterlassen des Nachkommens einer vorvertraglichen Mehrkostenanmeldung seitens des Bieters **nicht verursacht sein kann**⁶⁶⁵ – maW: egal, ob ein Bieter in einem derartig gelegenen Fall Mehrkosten anmeldet oder nicht, der Vertragsschluss ist die einzige Handlungsmöglichkeit des Ausschreibers. **Der Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen wird dabei auf die Tatsache gestützt, dass eine Garantiehaftung seitens des späteren Werkunternehmers grundsätzlich abzulehnen ist.** Diese wird aus § 878 ABGB abgeleitet, der wiederum eine Grundlage für die Lehre über die *cic* darstellt, die bei schuldhafter Verletzung von Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten Schadenersatz zugesteht⁶⁶⁶, und besagt, dass der spätere Werkunternehmer durch das bewusste Verschweigen über die *anfängliche Teilunmöglichkeit* für die Möglichkeit der Leistung garantiert hat⁶⁶⁷. Jedoch ist gerade bei Bauauftragsvergaben nicht gerade grundsätzlich⁶⁶⁸ davon auszugehen, dass ein Auftraggeber ein Mehr an Leistung unentgeltlich bekommt.

Die Anspruchsgrundlagen zur Forderung von Mehrpreisen bei Änderungen von Standards finden sich daher in Pkt 5.24.3 ÖNORM B 2110, wenn der Werkbesteller, der ja prinzipiell sein Werk – wenn auch unwesentlich anders beschaffen – erhalten will, sein Leistungsänderungsrecht gem Pkt 5.24.1 mobilisiert und somit die Nichtigkeit des rechtlich unmöglichen Vertragsteils beseitigt, indem er den Bezug von Beton nach neuem Standard anordnet, was er auch darf, weil dies im konkreten Fall dem Werkunternehmer auch zumutbar ist⁶⁶⁹.

Tut er das nicht, weil er eine Garantiehaftung des Werkunternehmers zu erkennen vermeint, wäre bei (der vom Werkbesteller nicht beseitigten) Teilunmöglichkeit auf die Vertragsauslegung bzw den hypothetischen Parteiwillen abzustellen⁶⁷⁰, womit man in der Folge mE zu jenem Ergebnis gelangen würde, das Mehrpreise iSd Vergütungsanpassungsmechanismus' der ÖNORM B 2110 zugesteht, weil ein Ausschreiber gem BVergG grundsätzlich nicht davon ausgehen kann, eine Mehrleistung oder andere Leistungen zum selben Preis zu bekommen, also von einer Garantiehaftung.

⁶⁶³ Im Gegensatz zu jener Mitteilungspflicht gem § 81 Abs 5 leg cit, die mE die vorvertraglichen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten im BVergG konkretisiert (s Kapitel 2 III.C.2.e auf Seite 55).

⁶⁶⁴ Bei anderen Änderungen von Standards kommt man um eine Einzelfallprüfung nicht umhin.

⁶⁶⁵ Zur Kausalität der Unterlassung s *Koziol*, Haftpflichtrecht Bd I, Rz 3/14.

⁶⁶⁶ S die Ausführungen zu Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76ff.

⁶⁶⁷ MaW: Es geht hier um die Frage, ob der Bieter davon ausgehen kann, dass er für jede vorvertragliche Leistungsänderung dem Grunde nach einen Anspruch auf einen Mehrpreis hat, bzw, ob der Ausschreiber davon ausgehen kann, dass dies gerade nicht der Fall ist.

⁶⁶⁸ Die Ausnahme hierzu findet sich im obigen Fall 1, bei dem ein Bieter den Ausschreiber aufgrund „guter geschäftlicher Kontakte“ nicht vergrämen will.

⁶⁶⁹ Vgl dazu *Karasek*, ÖNORM B 2110, Rz 491.

⁶⁷⁰ S *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 157.

- **Vertragsschluss durch bieterseitiges vorvertragliches Anmelden von Mehrkosten**

Aus den obigen Überlegungen heraus gilt es zu hinterfragen, ob Werkbesteller (spätestens bei der Mehrkostenforderung) immer klar erkennen müssen, dass der Rechtsfolgewille des Bieters bzw Werkunternehmers über die Entgeltlichkeit der geänderten Leistung eindeutig gegeben ist. Immerhin sehen die vertraglichen Regelungen in Pkt 5.24.2 ÖNORM B 2110, die auch Teil der Ausschreibungsunterlagen sind, vor, dass Änderungen vereinbarter Leistungen (Hinzufügen des neuen möglichen Vertragsteils, der unmöglich ist ohnehin nichtig), die ein Vertragspartner für erforderlich hält, dieser dies dem anderen Vertragspartner **ehestens** nachweisbar bekannt zu geben hat⁶⁷¹.

Entgegen der deutschen Rspr⁶⁷², aus der mE implizit ein Rekurs auf den hypothetischen Parteiwillen zu entnehmen ist, der eine Vertragsanpassung unter Berücksichtigung der Teleologie des Vertragswerks vorsieht, werfen diese Fragen mE **Rechtsunsicherheit** über die Rechtsfolgen in Hinblick auf die Entgeltlichkeit des Mehr an Leistung auf. **Zumindest lassen sie eine absolute Unzweifelhaftigkeit nicht zu**, die auch in der Vertragsphase nach ABGB dann nicht mehr gegeben ist, wenn gem § 1170a Abs 2 leg cit die Anzeige einer unvermeidlichen Überschreitung **nicht hinreichend deutlich** erklärt wird⁶⁷³. Für diese Anzeige bedarf es nicht bloß einer Wissensmitteilung⁶⁷⁴, sondern es muss der Rechtsfolgewillen iSe Willensmitteilung übermittelt werden, wie es bei Mehrkostenforderungen⁶⁷⁵ der Fall ist.

Das Hauptanliegen dieses Pkt ist nun darin zu erblicken, einen Lösungsansatz zu finden, bei dem die vorhin erwähnte Rechtsunsicherheit beseitigt werden kann:

Zunächst ist jedoch zu untersuchen, ob den jeweiligen Parteien eine vorvertragliche Pflicht auferlegt oder ein vorvertragliches Recht eingeräumt werden muss bzw kann, Mehrkosten iSe Willensmitteilung anzumelden, wenn Zweifel über die Entgeltlichkeit bestehen:

Aus den Ausführungen des vorigen Pkt ist mE keine vorvertragliche Anmeldepflicht abzuleiten, vielmehr **eine Obliegenheit des Bieters, Mehrkosten im vorvertraglichen Bereich anzumelden – also eine Rechtspflicht minderer Art**⁶⁷⁶. Das lässt sich dadurch begründen, dass es dem Bieter bzw späteren Werkunternehmer freisteht, Rechtsfolgen zu klären oder nicht. Tut er das nicht, muss er sich evtl Nachteile auf Bauherrenseite anrechnen lassen, wie das zB der Fall ist, wenn Mehrkosten entstehen, diese dem Ausschreiber nicht vorvertraglich angemeldet werden, und durch Unterlassen der Anmeldung dem Ausschreiber die Gegensteuerungsmöglichkeit des Widerrufs genommen wird.

Zur Untermauerung dieser Erkenntnis wird nochmals ein Blick auf § 81 Abs 5

⁶⁷¹ Die wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen, die auf keiner Leistungsänderung beruhen, weisen im Unterschied dazu vertragliche Regelungen auf, die ein vorvertragliches Mitteilen darüber nicht notwendig erscheinen lassen. Das Mobilisieren der Rechte aus dem Vertrag braucht dort erst frühestens bei Vertragsschluss vorgenommen werden (s zB unter Kapitel 5 I.A auf Seite 117ff).

⁶⁷² S Kapitel 5 II.C.4.e auf Seite 150ff.

⁶⁷³ S *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), § 1170a, Rz 19.

⁶⁷⁴ S *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 91. Darunter wird bloß eine Nachricht über Tatsachen verstanden (auch „Vorstellungsmitteilung“).

⁶⁷⁵ Man beachte den Unterschied zwischen „Mehrkostenforderung“ und „Anmeldung von Mehrkosten“. Erstere kann nur während der Laufzeit eines Vertrages erhoben werden, nicht jedoch in der Zeit davor, auf die sich zweitere bezieht.

⁶⁷⁶ S Kapitel 2 IV.A.2.c auf Seite 69.

BVergG geworfen. Dieser normiert eine Mitteilungspflicht der Bieter über für erforderlich gehaltene Berichtigungen in der Ausschreibung. Schon im AB über die RV über BVergG zu § 81 Abs 5 wird festgehalten, dass es sich lediglich um eine Obliegenheit der Bieter handelt, die bei einer allfälligen Nachprüfung vor dem BVA von diesem zu bewerten sein wird⁶⁷⁷.

Da nun die Obliegenheit des Bieters, Mehrkosten im vorvertraglichen Bereich anzumelden, als Möglichkeit herausgeschält wurde, Rechtsunsicherheit über die Rechtsfolgen in Hinblick auf die Entgeltlichkeit des Mehr an Leistung zu beseitigen, gilt es im folgenden formelle und inhaltliche Kriterien, die eine derartige Anmeldung erfüllen muss, zu konkretisieren:

Zum **Zeitpunkt der Anmeldung** der Mehrkosten in der vorvertraglichen Phase ist festzuhalten, dass jener Zeitpunkt, der mit der Zuschlagsentscheidung bzw mit dem Abschluss eines evtl Nachprüfungsverfahrens über die Zuschlagsentscheidung zusammenfällt, der passendste wäre, weil einerseits der Bestbieter feststeht und nur dieser eine evtl Mehrkostenanmeldung vornehmen wird, und weil andererseits – sollte der Bestbieter noch nicht feststehen – nur noch jene Bieter im Rennen sind, die nicht ausgeschieden wurden. Ausserdem wird dadurch der Ausschreiber auf seinem Weg der subjektiven Entscheidungsfindung nicht beeinflusst.

Eine Anmeldung der Höhe nach erscheint für eine Willensmitteilung, die Entgeltlichkeit für gewisse Leistungen festlegt, nicht notwendig, ja gar nicht möglich, weil sich die Stillhaltefrist von 2 Wochen als zu kurz für eine profunde Berechnung herausstellen könnte. Jedoch wird der Bieter eine **Abschätzung der Höhe nach** dem Ausschreiber vorlegen müssen, damit dessen Gegensteuerungsmöglichkeiten gewahrt bleiben – sprich: damit letzterer überhaupt erkennen kann, ob dadurch ein schwerwiegender Grund vorliegt, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Weiters darf bei einer bieterseitigen Mehrkostenanmeldung nicht übersehen werden, dass dem Bieter auch das Recht eingeräumt werden muss, von seinem Angebot zurückzutreten, sollte der Bauherr die Mehrkostenanmeldung nicht unverzüglich – auf jeden Fall vor Vertragsabschluss – dem Grunde nach anerkennen. Ohne diesen **Vorbehalt zur Angebotsbindung** wäre die Anmeldungsobliegenheit wirkungslos.

Die Angebotsbindung darf auch nicht vorbehaltlos angenommen werden, denn der Hintergrund der gesetzlichen Bestimmung darüber – vermittelt in § 79 Abs 2 BVergG – ist mE darin zu sehen, die formalisierte Wettbewerbssituation aufrecht zu erhalten. Dies kann jedoch nur insoweit gelten, als die Grundsätze der Privatautonomie nicht verletzt werden. Man darf nicht von einer Zustimmung zu einer aufoktroierten Änderung des Angebots ausgehen⁶⁷⁸. Deswegen muss bei Leistungsänderungen ebenfalls § 101 Satz 2 BVergG⁶⁷⁹ herangezogen werden, der nämlich neben dem Fall des Überschreitens der Zuschlagsfrist jenen berücksichtigt, der bei Abweichen des Auftrags vom Angebot (arg „Leistungsbildänderungen“) das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung

⁶⁷⁷ S auch *Gölles*, Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen, ÖGEBAU-Journal 1/2004, 4f.

⁶⁷⁸ Diese wäre zweifelsohne auch schon dann gegeben, wenn der Wert der Leistung sich verändern würde, der Preis jedoch gleich bliebe. S auch Kapitel 4 I.B.2 auf Seite 115.

⁶⁷⁹ § 101 BVergG: „Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten oder weicht der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen.“

des Bieters, dass er den Auftrag annimmt, entstehen lässt⁶⁸⁰.

Somit wirkt § 101 BVergG der Angebotsbindung gem § 79 Abs 2 leg cit dann entgegen, wenn Leistungsänderungen, und damit ein Abweichen des Auftrags vom Angebot einhergehen.

Es kann somit festgehalten werden, dass der soeben dargelegte Lösungsansatz keiner gesetzlichen Regelung entgegensteht.

d) Folge Widerruf

Dieser Fall tritt nur dann ein, wenn der Bieter seiner vorhin herausgeschälten Anmeldeobligiertheit nachkommt, denn nur so bekommt der Ausschreiber auch die nötige Information, mit der er weiterhin seine Entscheidungsfreiheit behält. Dabei stellt sich heraus, dass gem § 105 Abs 2 Z 3 BVergG ein fakultativer Widerruf gerechtfertigt ist, dessen Folgen jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.

e) Zusammenfassung des neuen Lösungsansatzes

Eine vom Bestbieter in Anspruch genommene vorvertragliche Anmeldung von Mehrkosten iSe Obliegenheit – wie sie hier angedacht ist – hätte folgende bestechende Vorteile:

- Es wird dem Bestbieter freigestellt, ob er durch eine vorvertragliche Mehrkostenanmeldung iSe Willenserklärung klarstellen will, ob das künftige Mehr an Leistung entgeltlich oder unentgeltlich zu erbringen angedacht wird. Stellt er dies klar, so muss nicht mehr auf ergänzende Vertragsauslegung bzw den hypothetischen Parteiwillen bei *Teilunmöglichkeit* rekuriert werden⁶⁸¹, was andernfalls grundsätzlich mit Rechtsunsicherheit – auch wenn sie sich minimal darstellen sollte – verbunden wäre. Die Bieter hätten es also selbst in der Hand, Rechtssicherheit in bezug auf die Entgeltlichkeit herbei zu führen.
- Maßgebende Grundsätze des Vergaberechts bzw Vertragsrechts werden nicht verletzt. Das sind insb jene über den Vertrauensschutz, die Wettbewerbsstransparenz, die Vergleichbarkeit der Angebote, das Nachverhandlungsverbot, das Wettbewerbsergebnis, den Wettbewerbswiderruf, das Gleichbehandlungsgebot und über die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung.
- Das BVergG müsste inhaltlich keiner Änderung unterzogen werden, weil dessen Bestimmungen einer Mehrkostenanmeldeobligiertheit mit Vorbehalt zur Angebotsbindung nicht im Weg stehen, was insb auf § 101 leg cit zurückzuführen ist. Eine Klarstellung wäre auf jeden Fall von Vorteil, weil sich wahrscheinlich nicht alle Bieter dieser Möglichkeit, Mehrkosten in der vorvertraglichen Phase anmelden zu dürfen, bewusst sind.

Will sich der Bieter in bezug auf die Entgeltlichkeit nicht auf den Rekurs auf

⁶⁸⁰ Womöglich war diese Bestimmung im BVergG nur für Verhandlungsverfahren vorgesehen, jedoch hat er unter den gegebenen Umständen auch bei allen anderen Verfahren aufgrund des maßgebenden Prinzips des Vertrauensschutzes zu gelten.

⁶⁸¹ S Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Bd I, 157.

Vertragsauslegung bzw auf den hypothetischen Parteiwillen (§ 914 ABGB) verlassen, so besteht mE die Obliegenheit für Bieter, Mehrkosten bei Zuschlagsentscheidung anzumelden, die der Ausschreiber anzuerkennen hat, sofern sie dem Grunde nach gerechtfertigt sind. Andernfalls ist den Bietern ein Rücktrittsrecht in bezug auf ihr Angebot zuzugestehen. Eine Abschätzung der Höhe nach ist seitens des Bieters gefordert, um dem Ausschreiber die Entscheidungsfreiheit iSe Gegensteuerungsmöglichkeit nicht zu nehmen.

Verschweigt sich der Bieter in der vorvertraglichen Phase über seinen Rechtsfolgwillen, ein Mehr an Entgelt für ein Mehr an Leistung zu erhalten, so verliert er den Anspruch jedenfalls dann, wenn die Entgeltserhöhung ein schwerwiegender Grund gem § 105 Abs 2 Z 3 BVergG wäre, der einen Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen würde, der Bieter somit dem Ausschreiber die Entscheidungsfreiheit nimmt.

Durch die hier in Rede stehende Mehrkostenanmeldung wird im Grunde genommen der Vertragsanpassungsmechanismus unter Berücksichtigung der Teleologie des Vertragswerkes unter Zugrundelegung objektiver, zur Zeit der Vornahme der Vertragsergänzung maßgebender Gerechtigkeitserwägungen nach Recht und Billigkeit im Vorfeld des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien einvernehmlich eingeleitet. Das bedeutet aus praktischer Sicht nichts anderes, als dass die erste Mehrkostenanmeldung von üblicherweise zahlreich folgenden, die bei der Abwicklung von Bauwerkverträgen mit einhergehen, lediglich schon vor Vertragsabschluss dem Grunde nach inklusive einer Abschätzung der Höhe nach vorgenommen wird.

3. Einführen der LKW-Maut

Bevor auf diese (und auch auf die folgende) Kostengrundlagenveränderungsart eingegangen wird, verdient es sich Pkt 5.10 ÖNORM B 2111 näher betrachtet zu werden:

„5.10 Veränderung von Steuern und Abgaben

Werden während der Laufzeit eines Vertrages bis zur Übernahme der Leistung Abgaben oder Steuern durch gesetzliche Bestimmungen geändert, die in den Preisumrechnungsgrundlagen nicht berücksichtigt sind, sind diese in der sich hieraus ergebenden Höhe gesondert zu ersetzen. Der Nachweis, dass die Veränderung von Steuern und Abgaben in den Preisumrechnungsgrundlagen nicht enthalten ist, obliegt dem AN.

Die Bestimmungen gemäß 5.2.2 über den Schwellenwert finden keine Anwendung.“

Diese Bestimmung steht im Widerspruch zur allg Systematik der Norm, deren Prinzip es ist, Umstände auf Kalkulationsseite, die die Bieter nur unterschiedlich vorhersehen können (also Kostenveränderungen), auf Vergütungsseite **ab Datum des Angebotsfristendes** zu regeln. Dadurch sollen den Bietern Kalkulationsrisiken abgenommen werden. Der gegenständliche Pkt 5.10 bezieht sich jedoch nur auf die Laufzeit des Vertrages, missachtet also die Zeit zwischen Angebot und Zuschlag, die aus Bietersicht jedoch genauso mit einzubeziehen ist. Ein Grund für diese Regelung ist aller Wahrscheinlichkeit nach darin zu finden, dass Änderungen von Steuern und Abgaben eher doch geraume Zeit vorher bekannt, somit für die Bieter nicht unvorhersehbar sind.

Weiters werden lediglich „Änderungen“ von Steuern und Abgaben angeführt, nicht

jedoch eine „Einführung“ oder ein „Aufheben“ ders. Dazu ist allerdings anzumerken, dass eine Interpretation dieser Bestimmung mE dahingehend zu erfolgen hat, dass „Einführung“ unter „Änderungen“ zu subsumieren sind; nicht jedoch „Aufheben“, weil Pkt 5.10 für die Werkunternehmer ausschließlich ein Wagnis darstellt – es geht hier nur um Kostenerhöhungen, was darauf zurückzuführen ist, dass der Nachweis, dass die Veränderung von Steuern und Abgaben in den Preisumrechnungsgrundlagen nicht enthalten ist, von Werkunternehmer allein zu erbringen ist, und nicht etwa von beiden Vertragspartnern.

- **Risiko: Unvorhersehbare Einführung in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag**

*Kropik/Stempkowski*⁶⁸² halten fest, dass sich die Wirtschaft auf die zusätzliche Kostenbelastung durch die Einführung der LKW-Maut nicht einstellen konnte, insb wegen des unsicheren Zeitpunktes der Einführung; weiters sei es den Unternehmen nicht möglich gewesen, die durch die streckenabhängige Maut verursachten Mehrkosten in ihren Preisermittlungen zu berücksichtigen.

Damit wird Unvorhersehbarkeit bis kurz vor Einführung⁶⁸³ der LKW-Maut unterstellt.

Dies ist solange kein Störfaktor für die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, solange die Preisumrechnungsgrundlagen die „Änderungen“ von Steuern und Abgaben berücksichtigen. Ein Beispiel dafür stellt der vom Fachverband der Stein- und keramischen Industrie hrsg Transportbeton-Index dar. Ihm gilt die Aufmerksamkeit in Bezug auf die LKW-Maut naheliegenderweise dem Warenkorbelement „Transporte“, weil es kein eigenes Warenkorbelement „LKW-Maut“, „Abgaben“, „Steuern“ oä gibt. Aus diesem selbst geht nicht hervor, ob die LKW-Maut etwa berücksichtigt ist. Es gilt daher weiter nachzuforschen, indem der Pegelstoff, mit dem das Warenkorbelement „Transporte“ anteilmäßig gleitet, unter die Lupe genommen wird. So ist dem diesem Index zu Grunde liegenden Forschungsbericht⁶⁸⁴ zu entnehmen, dass es sich bei diesem um den von der STATISTIK AUSTRIA hrsg *Verbraucherpreissubindex Nr 933 - Überlandautobusse* handelt. Diesem liegt wiederum eine periodische Preiserhebung zu Grunde, die auf Parametern wie etwa „10 Stunden Fahrt“, „30 Fahrgäste“ und „400 km Strecke **unter Einbezug von Autobahnen**“ beruht. Erst aus letzterem kann der Schluss gezogen werden, dass in der gegenständlichen Preisumrechnungsgrundlage Transportbeton-Index auch Mautkosten Berücksichtigung finden, weil davon auszugehen ist, dass Reiseveranstalter bei der Ermittlung bzw Bekanntgabe ihrer Preise für statistische Zwecke in Pendellisten jene Kosten, die ihnen durch die Maut entstehen, ihren Kunden mittel- bis langfristig auch „durchstellen“.

Diesem Beispiel folgend ergibt es sich, dass bei Bauwerkverträgen, wenn ein objektspezifischer Warenkorb zwischen Bauunternehmen und Bauherren bestimmt ist, die Bauunternehmen um eine Vergütung für Mautkosten durch Anlieferungen von Transportbeton, die sie eventuell – je nachdem, welche Verträge sie mit ihrem Transportbetonlieferanten geschlossen haben – jenen zu vergüten haben, selbst nicht umfallen, bzw, dass bei Verträgen zwischen Bauunternehmen und Transportbetonherstellern unter Einbezug des

⁶⁸² Studie für die Berücksichtigung von Mehrkosten in Baubetrieben durch die Einführung der LKW-Maut ab 1.Jänner 2004, 6.

⁶⁸³ Erst am 23.Dezember 2003 wurde durch BGBl II 568/203 bekanntgegeben, welche Gebühren ab 1.Jänner 2004 eingehoben werden.

⁶⁸⁴ *Oberndorfer*, Transportbeton-Index 2004, 1.Überarbeitung (Dezember 2003), 14.

Transportbeton-Index letzteren eine Vergütung für Mautkosten unbenommen ist.

Im Ergebnis bedeutet das:

Bei sorgfältiger Warenkorbelement- bzw. Pegelstoffauswahl durch Index-Erschaffer werden Änderungen von Steuern oder Abgaben, sogar wenn sie in einer Preisermittlung nicht berücksichtigt sind, einer dem Äquivalenzprinzip folgenden Vergütung gerecht.

Werden Indizes oder Warenkörbe zu Grunde gelegt, bei denen sich kein Hinweis auf eine Berücksichtigung der LKW-Maut erkennen lässt, gibt es keine vertragliche Regelung für den Fall, dass Änderungen von Steuern oder Abgaben in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag einem Ausgleich auf Vergütungsseite zuzuführen sind.

Pkt 5.10 ÖNORM B 2111 stellt somit keine Anspruchsgrundlage zur Forderung von Mehrkosten⁶⁸⁵ aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag dar, weil Abgaben oder Steuern, die in den Preisumrechnungsgrundlagen nicht berücksichtigt sind, nur dann in der sich ergebenden Höhe – fernab von jedweder Umrechnung – zu ersetzen sind, wenn sie durch gesetzliche Bestimmungen während der Laufzeit eines Vertrages bis zur Übernahme der Leistung geändert werden.

ME würde nichts dagegen sprechen, die zeitliche Lücke in Pkt 5.10 der ÖNORM B 2111 zwischen Angebot und Zuschlag zu füllen, indem auch Änderungen von Steuern und Abgaben ab Datum der Preisbasis einer bereits im Vertrag vorgesehenen Vergütung zugeführt würden, weil es – wie im gegenständlichen Fall – sehr wohl möglich ist, dass Unvorhersehbarkeit vorliegt.

Diese Unvorhersehbarkeit begründet sich insb darauf, dass der Zeitpunkt des Einführung bis kurze Zeit davor nicht bekannt war – ganz im Unterschied zur rückwirkenden Lohnerhöhung (s Kapitel 5 I.A.1.b auf Seite 123f), bei der der Zeitpunkt des Eintritts der Erhöhung auf den Tag genau bekannt ist. Mögen zwar die Höhe der einzelnen LKW-Maut-Tarife auch schon vor Angebotsfristende bekannt sein; wenn der Einführungszeitpunkt vor Angebotsfristende unbekannt ist, degeneriert die Kalkulierbarkeit dieser Kosten zu einem Lotteriespiel, was vielmehr dem Wesen von Glücksverträgen entspricht, nicht jedoch der Philosophie von Bauwerkverträgen – maW: es läge eine Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken seitens der Bieter vor.

Vom Prinzip her lassen sich für dieses Kostengrundlagenveränderungsbeispiel weitgehend die gleichen Aussagen treffen wie im vorigen Beispiel über die Änderung von Standards. Der wesentliche Unterschied liegt jedoch darin, dass bei der Einführung der LKW-Maut **keine Leistungsänderung** mit einhergeht⁶⁸⁶.

Dennoch wird mE der maßgebende Grundsatz über den **Vertrauensschutz** verletzt, weil die Kalkulierbarkeit einem Lotteriespiel gleicht, was dem klassischen Bauwerkver-

⁶⁸⁵ Diesfalls handelt es sich explizit um Mehrkosten, weil der gegenständliche Punkt der Norm lediglich einen **Kostenersatz** vorsieht.

⁶⁸⁶ Der Leistungsinhalt „Wegschaffen von Aushubmaterial“ bleibt beispielsweise mit oder ohne LKW-Maut-Einhebung derselbe.

trag vom Wesen her fremd ist.

Überdies ändert sich – unabhängig von der Tatsache, ob es sich um eine Leistungsänderung handelt oder nicht – die Wettbewerbsstellung (in bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis), weil ab Einheben der LKW-Maut eine Veränderung des Wertes eintritt.

Der Grundsatz über das **Nachverhandlungsverbot** wäre darüber hinaus ebenfalls verletzt, weil Mehrkosten vom Ausschreiber wegverhandelt würden.

Weiters gilt es zu beachten, dass bei Bejahung der Ausführungen zur Anmeldeobliegenheit von Mehrkosten ein Vorbehalt zur Angebotsbindung aus dem BVergG nicht mehr herauslesbar ist. § 101 leg cit⁶⁸⁷ ermöglicht einen Vorbehalt nämlich nur in Fällen des Überschreitens der Zuschlagsfrist bzw, wenn der Auftrag vom Angebot abweicht, was nur bei Leistungsänderungen, die hier nun nicht mehr vorliegen, zutreffend ist.

Womöglich lässt sich dieses Recht auf einen Vorbehalt seitens des Bieters jedoch ua aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes herauslesen, sodass ein Rekurs auf Vertragsauslegung bzw den hypothetischen Parteiwillen vorzunehmen ist, der schlussendlich den Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen rechtfertigen würde.

Die Einführung der LKW-Maut ist bei **Festpreisverträgen** iSe Kalkulationswagnisses vom Kalkulanten im Festpreiszuschlag mit einzubeziehen, weswegen bei Nicht-Einbezug keine Ansprüche daraus geltend gemacht werden können.

II. Kostengrundlagenveränderungen bei Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist

Diese terminliche Konstellation aus „Ende Abgebotsfrist“ und „verschobenes Ende der Zuschlagsfrist“ entspricht nun nicht mehr dem Regelfall.

Dabei sind zwei Ursachen, die sich für ein Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist verantwortlich zeichnen, auseinander zu halten.

A. Ursachen für Verzögerungen

Eine Ursache für ein Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist liegt im bieterseitigen Ergreifen von Rechtsmitteln. So bestimmt schon § 79 Abs 4 BVergG, dass der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt wird, wobei die Bieter währenddessen gem § 79 Abs 2 leg cit an ihr Angebot gebunden bleiben.

Eine weitere Ursache für ein Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist ist in Umständen zu erblicken, die es dem Ausschreiber nicht ermöglichen, den Bestbieter innerhalb der von ihm selbst vorgegebenen Frist ausfindig machen zu können, somit letztere einfach abläuft.

1. Rechtsmittel

Die Besonderheit ist hier nun darin zu erblicken, dass die Verlängerung der zeitli-

⁶⁸⁷ S FN 679 auf Seite 135.

chen Bindung an das Angebot per Gesetz ganz automatisch den Bietern aufoktroiert wird. Für den Ausschreiber ist das – vorerst vermeintlich – mit Vorteilen verbunden, weil Preise für Leistungen durch bloßen Zeitablauf prinzipiell eher teurer als billiger werden.

Eine schematische Darstellung liefert folgende Abbildung 33, aus der auch hervorgeht, welcher Zeitraum als Grundlage für die Preisermittlung nicht Eingang gefunden haben kann.

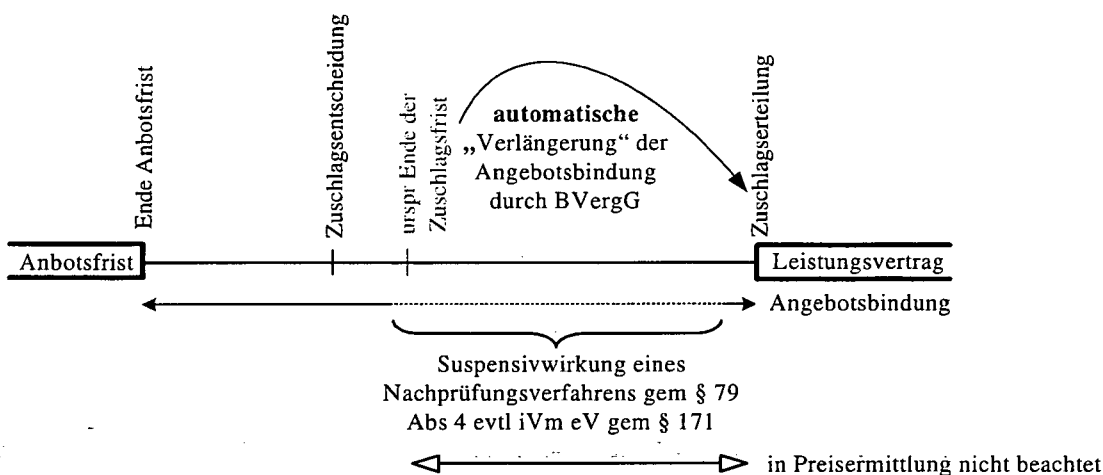


Abbildung 33: Schematische Darstellung des Verschiebens des Endes der Zuschlagsfrist durch in Anspruch genommene Rechtsmittel

Mit der Entscheidung des BVA, über den Antrag auf Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Ausschreibers ein Nachprüfungsverfahren gem § 170 Abs 2 BVerfG einzuleiten, beginnt die Hemmung der Zuschlagsfrist⁶⁸⁸.

Der Hintergrund für diese **automatische** Verlängerung der Bindung an die Angebote⁶⁸⁹ ist darin zu finden, dass der Gesetzgeber die für den öffentlichen Werkbesteller günstige formalisierte Wettbewerbssituation **zwingend** aufrecht erhalten will.

2. Überschreiten der Zuschlagsfrist

Es sind vielfältige Gründe, die dazu führen, dass trotz Überschreiten der Zuschlagsfrist keine Zuschlagsentscheidung bzw -erteilung vorgenommen werden kann, was in folgender Abbildung 34 schematisch dargestellt wird.

Einerseits können sie von „außen“ herrühren, wie zB bei Verzögerungen bei öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren⁶⁹⁰, nicht rechtzeitiges Freiwerden des Baufeldes,

⁶⁸⁸ Die Zuschlagsfrist, die einen Zeitraum darstellt, verändert sich daher nicht, lediglich ihr Fortlauf wird gehemmt. Es kann sich somit das Ende der Zuschlagsfrist verschieben, obwohl die (Dauer der) Zuschlagsfrist selbst sich nicht verlängert.

⁶⁸⁹ Genau genommen verlängert sich auch nicht der Zeitraum der Angebotsbindung, denn dieser entspricht jenem der Zuschlagsfrist, die sich ja auch nicht verlängert. Deshalb geht es dem Ausschreiber nur darum, die Angebotsbindung der Bieter nicht zu verlieren. Die Auswirkung ist jedoch die gleiche wie bei einer Angebotsbindungsverlängerung.

⁶⁹⁰ Sofern nicht ausdrücklich als Leistungsinhalt definiert, obliegt es dem Ausschreiber beispielsweise den Baubewilligungsbescheid zu erlangen. S Hirmsberger, Mit Recht bauen, 80; OGH 19.März 1985

bei der Sicherung von für die Baudurchführung erforderlicher Servitutsrechte gegenüber Dritten⁶⁹¹, bei Enteignungsverfahren udgl.

Andererseits können sie darin liegen, dass die Verfahrensschritte selbst (zu) viel Zeit in Anspruch nehmen. Es kann unvorhergesehen großer Aufwand bei der technischen Prüfung von Angeboten eintreten, va, wenn unverhältnismäßig viele Angebote⁶⁹² und auch Alternativangebote eingegangen sind. Damit verbunden kann es zu zahlreichen Aufklärungsgesprächen kommen – ganz abgesehen von einer umständlichen Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote inkl Alternativangebote⁶⁹³.

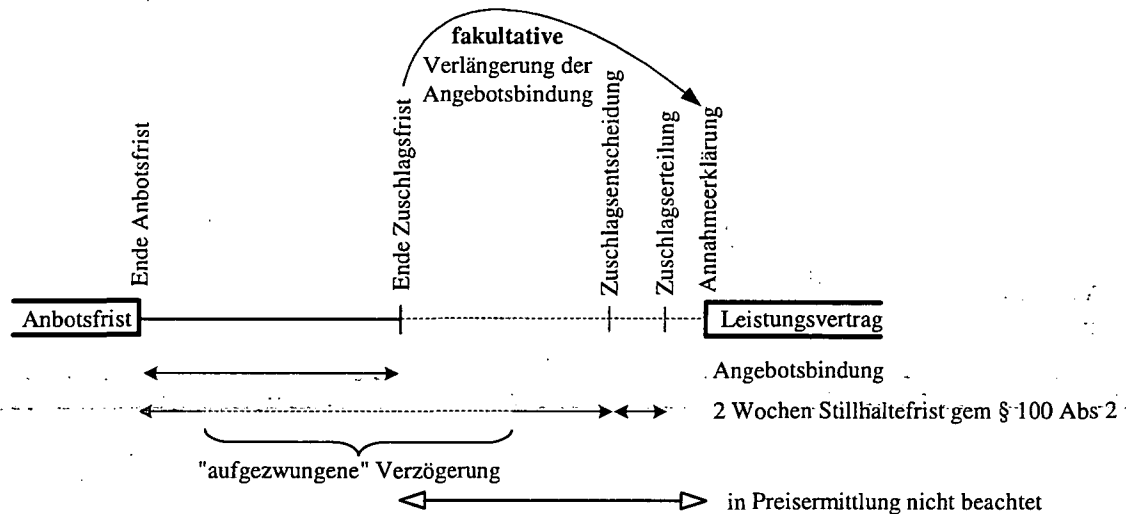


Abbildung 34: Schematische Darstellung der „aufgezwungenen“ Zuschlagsfristverlängerung

Hier ist ersichtlich, dass im Gegensatz zu den vorigen Ausführungen die Zuschlagsfrist einfach abläuft.

§ 103 Abs 1 BVergG kennt – wie bereits erwähnt – nur zwei Arten der Beendigung eines Vergabeverfahrens: den Widerruf oder den Vertragsabschluss. Sollte ein Widerruf gerechtfertigt sein, wovon in dieser Arbeit nicht ausgegangen wird, entziehen sich die Folgen daraus einer weiteren Behandlung, weswegen diese Option in obiger Abbildung 34 erst gar nicht dargestellt ist.

Anders als im oa untersuchten Fall in Kapitel 5 II.A.1 ist diesfalls kein Bieter mehr an sein Angebot gebunden. Der Ausschreiber kann dennoch nach Ablauf der Zuschlagsfrist den Zuschlag erteilen, jedoch kommt das Vertragsverhältnis dann erst mit der Annahmeerklärung des Bieters zustande (§ 101 BVergG⁶⁹⁴), wie aus obiger Abbildung 34 ersichtlich ist. Gibt es keine Annahmeerklärung, so kann er dem nächsten in Frage kommenden Bieter zuschlagen etc. Diese Vorgehensweise erweist sich als wenig sinnvoll, weswegen dem Ausschreiber mehr oder weniger nur übrig bleibt, bei allen für den Zu-

50b519/85.

⁶⁹¹ Vgl Krejci, Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag, ecolex 1993, 80ff.

⁶⁹² Dies wird nur beim offenen Verfahren der Fall sein.

⁶⁹³ Vgl Gölles, Die Regelung der Zuschlagsfrist und ihre Verlängerung, ZVB 2004/24, 78.

⁶⁹⁴ S FN 679 auf Seite 135.

schlag in Frage kommenden Bietern nachzufragen, ob sie zu ihrem Angebot auch weiterhin stehen⁶⁹⁵.

Es ist *Gölles*⁶⁹⁶ zu folgen, wenn er festhält, dass die Einladung zur Zuschlagsfristverlängerung § 90 Abs 2 leg cit folgend nur an Bieter ergehen soll, die auch für den Zuschlag in Frage kommen, und dass gem § 105 Abs 3 leg cit die Ausschreibung als widerrufen gilt, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten bzw an dieser Stelle ergänzend auch mangels Bindefristverlängerungswillen aller Bieter kein Angebot mehr im Verfahren bleibt, und dass dem Transparenz- und Dokumentationsgebot für Ausschreiber folgend es geboten ist, die Einladung zur Zuschlagsfristverlängerung in Schriftform oder in Form einer elektronischen Übermittlung vorzunehmen. Auch für Bieter wird in ihrer Erklärung zur Zuschlagsfristverlängerung Unterschriftlichkeit geboten sein.

Weiters wird bei einem Bindefristverlängerungswillen nur eines Bieters in Analogie zu § 105 Abs 2 Z 2 BVergG ein fakultativer Widerruf gerechtfertigt sein.

Ein zu beachtender Unterschied zu den Ausführungen zur automatischen Verlängerung der Bindefrist ist in den Längen der Verzögerungen zu sehen. Während bei Ergreifen von Rechtsmitteln evtl iVm einer eV ein Ende idR⁶⁹⁷ absehbar ist, können Verzögerungen bei Bewilligungen vergleichsweise sehr lange dauern⁶⁹⁸. Wie weit eine derartige Verlängerung der Zuschlagsfrist überhaupt zulässig ist, hängt wohl von mehreren Umständen ab, wie zB von (Un)Zumutbarkeiten in der Kapazitätenbindung der Bieter udgl⁶⁹⁹, was es hier allerdings nicht zu untersuchen gilt.

Der wesentliche Unterschied zur automatischen Angebotsbindungsverlängerung besteht nun darin, dass jeder Bieter für sich privatautonom entscheiden kann, der Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen oder auch nicht. Tut er das, handelt sich um eine **fakultative** Verlängerung der Bindung an das Angebot⁷⁰⁰, obschon festgehalten werden muss, dass die Selbstbestimmung des Bieters wesentlich beschränkt ist (arg „verdünnte Willensfreiheit“⁷⁰¹). Dies drückt sich einerseits durch die Unmöglichkeit der Durchsetzung seiner eigentlichen Präferenzen⁷⁰² aus, weil er nur mit „ja“ oder „nein“ antworten kann, bzw durch gewissen Erfolgsdruck⁷⁰³, der auf den Unternehmen lastet.

Es gilt zu klären, ob Verzögerungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag Einfluss auf die aus dem vorigen Kapitel gewonnenen Erkenntnisse aus Kostengrundla-

⁶⁹⁵ So auch *Gölles*, Die Regelung der Zuschlagsfrist, ZVB 2004/24, 78.

⁶⁹⁶ Ebenda.

⁶⁹⁷ Dass sich durch Rechtsmittel aber auch die Zuschlagsfrist theoretisch übermäßig lange erstrecken kann, zeigt erfrischend deutlich *Bodner*, Zur möglichen Dauer der Zuschlagsfrist bei öffentlichen Aufträgen, Österreichische Bauzeitung 22/03, 21ff.

⁶⁹⁸ *Hazivar*, Probleme bei der Vergabe von Bauleistungen, 33f in *ÖGEBAU (Hrsg)*, Forschungsbericht berichtet von einer Naturschutzbewilligung, die noch während der Angebotsfrist erteilt werden sollte, unerwartet erst nach einem Jahr (!) erteilt wurde.

⁶⁹⁹ *S Gölles*, Die Regelung der Zuschlagsfrist, ZVB 2004/24, 78.

⁷⁰⁰ Im Gegensatz zur automatischen „Bindefristverlängerung“ (s FN 689 auf Seite 141) handelt es sich in diesem Fall tatsächlich um eine Verlängerung der Angebotsbindung, weil hier keine Hemmungen auftreten.

⁷⁰¹ Vgl *Bydlinski*, Privatautonomie, 106ff.

⁷⁰² Vgl *Graf*, Vertrag und Vernunft, 96.

⁷⁰³ *Schopf*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, 63 folgend gelangen nur 10 % der abgegebenen Angebote zu einem Auftrag, *Oberndorfer*, Betriebswirtschaftslehre, StBl I-3 folgend gar nur 5 %.

genveränderungen haben; sprich: Gibt es bei normalem Ablauf der Zuschlagsfrist Anspruchsgrundlagen für Mehrpreise, die es hier bei den Verzögerungen nicht mehr gibt, bzw vice versa?

B. Dynamische Kostengrundlagenveränderungen

Die „grundsätzliche“ Anspruchsgrundlage für die Umrechnung von veränderlichen Preisen bleibt auch im Fall von Verzögerungen mE aufrecht, weil die Prämissen der Preisumrechnung ab dem Datum der Preisbasis gelten (Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2111), und weiters nicht davon auszugehen ist, dass ab urspr Ende der Bauleistung keine veränderlichen Preise mehr gelten sollen⁷⁰⁴. Wenn gem den Vorbemerkungen der ÖNORM B 2111 bzw gem Pkt 5.28.3.2 ÖNORM B 2110 für Festpreisverträge vorgesehen ist, dass bei Überschreiten der vertraglich festgelegten Fertigstellungsfrist aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht haftet, jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der urspr Leistungsfrist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen sind, dann gilt dies erst recht für Verträge mit veränderlichen Preisen. Wäre dem nicht so oder sollte gar anderes gelten, müsste dies wohl explizit für Verträge mit veränderlichen Preisen in der ÖNORM geregelt sein.

1. Kollektivvertragliche Lohnerhöhungen

a) Risiko: Warenkorbzusammensetzung

Das durch Pkt 5.9 ÖNORM B 2111 tw begrenzte Warenkorbzusammensetzungsrisiko trifft beide Parteien gleichermaßen und wird vor Abgabe des Angebotes bewusst für sämtliche Leistungskomponenten – unabhängig davon, wann sie anfallen – in Kauf genommen. Entspricht die projektspezifische Kostenartenstruktur nicht jener des Warenkorbes, so betrifft das die urspr Leistungsfrist genauso wie die durch Verzögerungen bedingte geänderte Leistungsfrist; entsprechen die Kostenartenstrukturen einander, gilt das gleiche. **Es ist von Verzögerungen daher unabhängig, weswegen es zu keiner Änderung bei Mehr- oder Mindervergütungsansprüchen führen kann.**

b) Risiko: Rückwirkende Lohnerhöhungen

Dieses Risiko hängt nur vom Datum der Preisbasis ab. Allein aus diesem Grund sind keine anderen Konsequenzen durch einhergehende Verzögerungen im Vergleich zu den vorigen Ausführungen in Kapitel 5 I.A.1.b auf Seite 123ff möglich.

2. Materialkostenerhöhungen

a) Risiko: Ungleichmäßiger Produktionsmittelverzehr

Das Risiko des ungleichmäßigen Produktionsmittelverzehrs ist bauprojektspezifisch und ebenfalls **grundsätzlich getrennt von Verzögerungen anzusehen, weswegen es zu keiner Änderung bei Mehr- oder Mindervergütungsansprüchen führen kann.** Denn auch durch eine Änderung der Leistungsfristen wird beispielsweise bei einer Straßenbaustelle der Einbau von Bitumen üblicherweise am Ende vorzunehmen sein.

Ergeben sich dennoch durch die Verzögerungen Änderungen im Bauablauf, so fällt

⁷⁰⁴ AA *Welser*, Unveröffentlichtes Gutachten, 21, die die Vereinbarung einer Indexklausel nur im Hinblick auf die urspr Vertragsdauer sieht.

das in die Kategorie der Änderung der Umstände der Leistungserbringung, und es kann an dieser Stelle mit einem Verweis auf Kapitel 5 II.C.4 auf Seite 148ff bewendet bleiben.

b) Risiko: „Funktionieren“ der Messgröße

Das „Funktionieren“ der Messgröße stellt bei Verzögerungen eine Besonderheit dar. Vorweg wird wiederholt, dass dieses Risiko nicht bewusst übernommen worden ist, weder vom Ausschreiber noch vom Bieter bzw Werkunternehmer. Wer kann schon nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwarten, dass eine von einer Bundesanstalt öffentlichen Rechts erhobene Messgröße aus Gründen, deren Ursache in der neutralen Sphäre liegen, untauglich ist? Die Behandlung dieser Frage wurde bereits in Kapitel 5 I.A.2.b auf Seite 126ff vorgenommen. Auch dieses Risiko ist nicht allein abhängig von Verzögerungen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die dort gewonnenen Erkenntnisse (Hinzuziehen eines anderen, den Parteien zumutbaren Wertmessers im Wege der Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Willen redlicher und vernünftiger Vertragspartner) auch bei Verzögerungen Geltung haben, weil – wie vorhin festgestellt – die Prämissen für die Preisumrechnung ab Preisbasis, also ohne zeitliche Begrenzung, gelten. Ist also eine Vertragsanpassung in Fällen ohne Verzögerung geboten, so ist dies auch bei Verzögerungen so.

Sollte aus irgendeinem Grund keine Vertragsanpassung bereits im Fall ohne Verzögerung geboten sein, so soll hier – bei den Verzögerungen – untersucht werden, ob der Werkunternehmer an der untauglichen Messgröße auch für Leistungen, die nach dem urspr Ende der Leistungsfrist anfallen, festzuhalten ist:

Wohl gelten die Preisumrechnungsmodalitäten bei Verzögerungen mit den dadurch bewusst übernommenen Vergütungsrisiken über die urspr Vertragszeit hinaus; von beiden Parteien unbewusst übernommene Risiken sind mE jedoch auf die urspr Vertragszeit beschränkt⁷⁰⁵, andernfalls diese zur Knebelung eines Vertragspartners führen können, weil ihm eine Erstreckung des Risikos aufoktroiert würde. Diese Risiken wären mE den „zufälligen“ Umständen gleich zu halten, die *Rebhahn*⁷⁰⁶ (auf den konkreten Fall angewendet) dem Werkbesteller zurechenbar hält.

Es kommt also nicht darauf an, ob das „Auseinanderklaffen“ der tatsächlichen Kostenveränderungen mit jenen, die die Messgröße wiedergibt, vom Ausschreiber verursacht wird, sondern lediglich darauf, ob die Verzögerung der Bauarbeiten in dessen Sphäre liegt, und daraufhin – auch durch Zufall, der nicht der Sphäre des Werkunternehmers zuzurechnen ist – Mehrkosten entstehen, die bei zeitgerechter Beendigung des Projektes nicht entstehen würden⁷⁰⁷.

Als Anspruchsgrundlage dient in einem derartig gelegenen Fall Pkt 5.34.5.1 ÖNORM B 2110, der dem Werkunternehmer Anspruch auf Vergütung von Mehr-

⁷⁰⁵ So meint auch *Krejci* in *Rummel (Hrsg)*, § 1170a Rz 4c, dass Risikoübernahmen Grenzen der Zumutbarkeit haben, die nach billigem Ermessen zu bestimmen sind.

⁷⁰⁶ In *Schwimann (Hrsg)*, § 1168 Rz 22. Mit „zufälligen“ Umständen werden keiner Partei zurechenbare verstanden. Umstände, die in der Sphäre des Werkunternehmers ihren Ursprung haben, oder die der Werkunternehmer sich zurechnen lassen muss, können also keinem Ausgleich zugeführt werden (Bsp Motivirrtümer).

⁷⁰⁷ Sinngem *Welser*, Unveröffentlichtes Gutachten, 21 mwN und einem nicht die Vergleichbarkeit hindernden Sachverhalt aus dem Schadenersatzrecht, bei dem der schuldhaft Verzögernde nach dem ABGB (abgeleitet aus den §§ 965 und 1311 ABGB) auch für den Zufall (sogen „casus-mixtus-Haftung“) haftet.

preisen aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen zugesteht, die durch eine Behinderung entstehen, deren Ursache in Umständen liegen, die für den Werkunternehmer vor Ablauf der Angebotsfrist nicht vorhersehbar waren oder im Bereich des Werkbestellers liegen⁷⁰⁸.

Bei Festpreisverträgen stellen sich die bisher erwähnten im Zuge der Preisumrechnung entstehenden Vergütungsrisiken dann nicht, wenn sich keine Verzögerungen ergeben. Treten durch den Bauherren zu vertretende Verzögerungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag ein, und verändert sich dadurch die Leistungsfrist, so sind die Bieter nicht mehr an die angebotenen Festpreise gebunden, denn diese gelten ausschließlich für den Leistungszeitraum, der sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt.

In diesem Fall werden die bisher erwähnten Vergütungsrisiken, die nur bei Verträgen mit veränderlichen Preisen hervortreten, sozusagen „aktiviert“, weil nämlich sowohl die Vorbemerkungen der ÖNORM B 2111 bzw Pkt 5.28.3.2 ÖNORM B 2110 für Festpreisverträge vorsehen, dass bei Überschreiten der vertraglich festgelegten Fertigstellungsfrist aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht haftet, jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen sind. Dies kann als Konkretisierung des Pkt 5.34.5.1 ÖNORM B 2110 angesehen werden.

Die Überlegungen zu diesen einzelnen Vergütungsrisiken können dem bisherigen Text bereits entnommen werden.

C. Statische Kostengrundlagenveränderungen

1. Änderung der Altlastenbeiträge

Sofern Änderungen der Altlastenbeiträge unvorhersehbar sind, kann auf die Ausführungen des vorigen Pkt II.C.3 des Kapitels 5 verwiesen werden.

2. Änderung von Standards

Verzögerungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag haben auf eine Änderung von Standards keine Auswirkungen. Es tut nichts zur Sache, ob sie während der ausschreibungsgem Zuschlagsfrist „eintreten“ oder – verzögerungsbedingt – nach urspr Ende der Zuschlagsfrist (jedoch vor dem neuen Ende der Zuschlagsfrist). Sie stellen Änderungen des „Leistungsbildes“ während der Zuschlagsfrist dar. Aus diesem Grund kann es auch hier wieder mit einem Verweis auf Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff bewendet bleiben.

⁷⁰⁸ Damit wird unterstellt, dass Verzögerungen, die sich in der Zuschlagsfrist ergeben, der Sphäre des Ausschreibers zuzuschreiben sind.

3. Einführen der LKW-Maut

- **Risiko: Unvorhersehbare Einführung in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag**

Pkt 5.10 der ÖNORM B 2111 sagt nichts aus über das Risiko, dass in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag Änderungen von Steuern oder Abgaben – sofern sie in den Preisumrechnungsgrundlagen nicht Berücksichtigung finden – einhergehen, denen aus dem Vertrag heraus kein Kostenersatz gegenübersteht.

In Kapitel 5 I.B.3 auf Seite 137ff wird jedoch ein Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen auf Basis des Rekurses auf Vertragsauslegung bzw den hypothetischen Parteiwillen angedacht, der – so er in Fällen ohne Verzögerung geboten ist – auch in Fällen mit Verzögerung vorzunehmen ist.

Sollte aus irgendeinem Grund keine Vertragsanpassung bereits im Fall ohne Verzögerung geboten sein, so soll hier – bei vom Ausschreiber zu vertretenden Verzögerungen – untersucht werden, ob der Werkunternehmer um einen Kostenersatz ab dem Zeitpunkt, in dem Änderungen von Steuern oder Abgaben eintreten, umfällt, wenn dieser in jenem verzögerungsbedingten Zeitraum fällt, der nach dem ausschreibungsgem Zuschlagsfristende und dem verzögerten Zuschlagsfristende liegt:

Diesfalls hätten die Bieter das Wagnis dafür, dass Steuern oder Abgaben während der ausschreibungsgem. Zuschlagsfrist eintreten, übernommen. Eine Erstreckung bzw Ausweitung dieser Risikoübernahme durch Umstände, die aus der Sphäre des Ausschreibers kommen, wären jedoch nicht zu rechtfertigen⁷⁰⁹.

Als Anspruchsgrundlage zur Forderung von Mehrpreisen aus wertmäßigen Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen ausschreibungsgem Ende der Zuschlagsfrist und tatsächlichem Zuschlag fungiert daher auch hier Pkt 5.34.5.1 ÖNORM B 2110, der auch Zufälle, die nicht der Sphäre des Werkunternehmers zuzurechnen sind, umfasst⁷¹⁰.

Schon allein aus dem Grund, dass es eben zu Verzögerungen in der Vergabephase kommen kann, wäre eine Erstreckung des Pkt 5.10 der ÖNORM B 2111 in die Zeit zwischen Angebot und Zuschlag umso erstrebenswerter.

Bei **Festpreisverträgen** würde in diesem Fall Pkt 5.28.3.2 ÖNORM B 2110, der vorsieht, dass bei Überschreiten der vertraglich festgelegten Fertigstellungsfrist aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht haftet, jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen sind, nicht greifen, weil bei dieser Art der Vertragskorrektur die Einführung der LKW-Maut aufgrund ihres Auftretens vor Vertragsschluss unberücksichtigt bliebe. Deshalb ist auch bei Festpreisverträgen in diesem Fall **Pkt 5.34.5.1 ÖNORM B 2110** als Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung heranzuziehen.

⁷⁰⁹ S auch FN 705 auf Seite 145.

⁷¹⁰ Vgl Kapitel 5 II.B.2.b auf Seite 145.

4. Verzögerungen (Änderung der Umstände der Leistungserbringung)

a) Ausgangssituation

Wenn man sich noch einmal jene Gedanken vor Augen führt, die besagen, dass mit Verzögerungen eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung einhergeht⁷¹¹, so liegt auch hier wiederum der Fall vor, dass Teile der zu erbringenden Leistung, die Inhalt der Ausschreibungsunterlagen⁷¹² sind, nach Angebotsfrist obsolet werden, wenn die Verzögerungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag auftreten. Die Einhaltung der urspr Leistungsfristen – was insb den Baubeginn als Teil der Leistungsfrist betrifft – ist nämlich nicht mehr möglich.

b) Konflikt mit maßgebenden Grundsätzen

Auch in diesem Fall gilt analog zu den Erkenntnissen bei der Änderung von Standards (Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff), dass maßgebende vergaberechtliche Grundsätze Leistungsänderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag verhindern. Die Ausschreibungsunterlagen haben unverändert zu bleiben, somit „erstarrt“ das ansonsten „bewegliche Leistungsbild“ für genau diesen Zeitraum.

c) Folge Vertragsschluss

Es wird grundsätzlich auf die Ausführungen in Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff verwiesen, wobei an dieser Stelle manche Details dennoch näher beleuchtet werden.

Bei bieterseitigem Verschweigen über Änderungen der Umstände der Leistungserbringung⁷¹³ in der vorvertraglichen Phase wird ein Vertrag geschlossen, der Teile der zu erbringenden Leistung beinhaltet, die unter *rechtlicher Unmöglichkeit* leiden. Diese Teile sind genaugenommen *faktisch absurd*⁷¹⁴ – ein Umstand, dessen Folge Teilnichtigkeit ist. Die Teilunmöglichkeit liegt in der Tatsache begründet, dass Teile der zu erbringenden Leistung nicht in der Vergangenheit erbracht werden können, der Leistungserstellung per se jedoch keine Hindernisse im Wege stehen⁷¹⁵.

Der Werkunternehmer hat diesfalls gem Pkt 5.34.2.1 (2) ÖNORM B 2110 Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist, wenn die Behinderungen im Bereich des Auftraggebers liegen und wenn er dens verständigt hat. Letzteres ist allerdings

⁷¹¹ Vgl Kapitel 3 II.B.3.b auf Seite 109f.

⁷¹² In diesem Fall beziehen sich die Teile des Inhalts der Ausschreibungsunterlagen auf § 74 Abs 6 BVergG, der normiert, dass in der Beschreibung der Leistung alle Umstände (zB örtliche und zeitliche Umstände bzw besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung) anzuführen sind, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind.

⁷¹³ Auch diese müssen einem Ausschreiber nicht unbedingt bekannt sein.

⁷¹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I, 154 subsumieren das *faktisch Absurde* unter das dem Wortlaut des § 878 ABGB zu entnehmenden „geradezu Unmöglichen“. Vgl *Reischauer in Rummel (Hrsg)*, § 920 Rz 18: „Der OGH nahm Ungültigkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für die Einhaltung einer Frist an, die zur Zeit der Vereinbarung der Konventionalstrafe schon abgelaufen war (wbl 1989, 268). Schon zum Zeitpunkt der Vereinbarung mußte es als absurd erscheinen, die Leistung in der Frist zu erbringen, für deren Einhaltung die Strafe geleistet werden sollte.“

⁷¹⁵ Dafür spricht auch *Reischauer in Rummel (Hrsg)*, § 920 Rz 18, der als Ziel des § 878 ABGB nicht die Ungültigkeit von Verträgen mit anfänglich objektiv unmöglichen Leistungen sieht, sondern vielmehr die Gültigkeit solcher Verträge und die Einschränkung der Ungültigkeit auf absurde Vertragsinhalte.

gem Pkt 5.34.1.2 ÖNORM B 2110 – wie im vorliegenden Fall – dann nicht notwendig, wenn die Behinderung dem anderen Vertragspartner bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.

In weiterer Folge hat er gem 5.34.5.1 ÖNORM B 2110 Anspruch zur Forderung von Mehrpreisen, die durch die Behinderung entstanden sind, die durch Umstände verursacht worden ist, die für den Auftragnehmer vor dem Ablauf der Angebotsfrist nicht vorhersehbar waren oder im Bereich des Auftraggebers liegen.

Auch in diesem Fall würde ein Rekurs auf die Vertragsauslegung bzw den hypothetischen Vertrag mE zum gleichen Endergebnis führen, sollte aus irgendeinem Grund die Nichtigkeit des faktisch absurden Vertragsteils nicht beseitigt werden, weil der Ausschreiber eine *Garantiehafung* (fristgerechte Erstellung der Gesamtleistung ohne Mehrpreis) des Werkunternehmers zu erkennen vermeint. Denn auch hier kann ein Ausschreiber gem BVergG nicht davon ausgehen, eine Mehrleistung oder andere Leistungen zum selben Preis zu bekommen.

Es sind auch bei Verzögerungen den Ausführungen in bezug auf die Obliegenheit der Anmeldung von Mehrkosten zuzügl einer Abschätzung der Höhe nach ganz besonders Aufmerksamkeit zu schenken. Sieht die vertragliche Regelung eine Mitteilungspflicht über Behinderungen – im Gegensatz zu den Änderungen von Standards – nicht vor, so ist dennoch zu beachten, dass dem Ausschreiber seine Entscheidungsfreiheit iSd der vorvertraglichen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht genommen werden darf, sollte letztere überhaupt bestehen; sprich: wenn schwerwiegende Gründe, die den fakultativen Widerruf rechtfertigen würden, vorliegen. Dies könnte uU der Fall sein, wenn man sich insb jenes OGH-Urteil⁷¹⁶ vor Augen hält, das als gerechtfertigten Widerrufsgrund die Tatsache anerkennt, dass der Auftragswert um rund 13 % – gemessen am Angebot des Bestbieters – erhöht wird, wenn Änderungen im Leistungsverzeichnis dies mit sich führen.

Dadurch soll lediglich ausgedrückt werden, dass es also nicht völlig klar ist, dass aufgrund des Mangels einer vertraglichen Mitteilungspflicht erst recht keine derartige Pflicht in der Phase vor Vertragsschluss besteht.

Erkennt der Ausschreiber eine Anmeldung von Mehrkosten zuzügl einer Abschätzung der Höhe nach in der vorvertraglichen Phase (ab Zuschlagsentscheidung bzw ab Ende eines Nachprüfungsverfahrens) nicht an, so ist das Recht des Bieters, von seinem Angebot zurückzutreten, insb bei Verzögerungen, die durch bloßes Ablaufen der Zuschlagsfrist bewirkt werden, aus § 101 BVergG⁷¹⁷ ableitbar, weil ein Vertrag ohnehin nur durch dessen schriftlicher Erklärung zustande kommt. Bei Verzögerungen durch Provisorialverfahren wird auch – wie schon im Fall der Änderung von Standards – der Bindung an das Angebot gem § 79 Abs 2 iVm Abs 4 leg cit durch § 101 leg cit derogiert, wenn Leistungsänderungen, und damit ein Abweichen des Auftrags vom Angebot einhergehen.

d) Folge Widerruf

Es wird auf die Ausführungen in Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff verwiesen.

⁷¹⁶ S Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff.

⁷¹⁷ S FN 679 auf Seite 135.

e) *Exkurs: BayObLG 15. Juli 2002 Verg 15/02*

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang die E des BayObLG zu folgendem Sachverhalt eines ähnlich gelagerten Falles⁷¹⁸. Sie soll trotz Abweichens von der nationalen Rspr nicht vorenthalten werden.

Sachverhalt:

Die Vergabestelle forderte im Rahmen der Ausschreibung für einen sechsstreifigen Ausbau einer Autobahn die Bieter auf, einer Bindefristverlängerung von fast drei Monaten zuzustimmen, ohne jedoch die veränderten Ausführungsfristen bekannt zu geben, obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits deutlich war, dass die urspr vorgesehene Bauzeit sich verschieben und – infolge des bevorstehenden Winters – auch verlängern werde. Einige Bieter stimmten dem Verlangen vorbehaltlos zu, die Antragstellerin dagegen nur, wenn ein 2%-iger Abschlag auf die Angebotssumme berücksichtigt werde, da sie auf Grund der Verschiebung Schüttgüter günstiger erstehen könne.

Entscheidungen:

- Die Verknüpfung einer Bindefristverlängerung mit dem Angebot eines 2%-igen Abschlags verstoße gegen das Nachverhandlungsverbot und sei damit gem § 24 Nr 3 VOB/A unstatthaft. Durch ein derartiges Vorgehen werde nach Abgebotsöffnung der Preis eines Bieters zu Lasten der anderen Bieter unzulässig gedrückt.

Der erste Teil dieser E bezieht sich auf das Nachverhandlungsverbot, das als in dieser Arbeit relevanter maßgebender Vergabegrundsatz bereits herausgearbeitet wurde. Wird es durchbrochen, so kommt es zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung⁷¹⁹. In diesem Fall ist allerdings zu beachten, dass es sich um keinen versteckten Nachlass handelte, sondern dass ein Bieter bewusst einen offenkundigen Nachlass geben wollte.

- Bei einer Bindefristverlängerung würden im Falle des Zuschlags die alten, inzwischen überholten Ausführungsfristen Vertragsinhalt.

Nicht nur das Nachverhandlungsverbot allein, sondern mehrere bereits erwähnte Vergabegrundsätze (zB Wettbewerbsstellung, Wettbewerbsergebnis, Vergleichbarkeit der Angebote⁷²⁰) bewirken, dass sich das grundsätzlich „bewegliche Leistungsbild“ während der Zuschlagsfrist nicht verändern darf.

- Binde- und Zuschlagsfristverlängerungen, die sich noch im Zuge der Ausschreibung selbst, etwa im Rahmen der Angebotswertung, als notwendig erweisen, seien in ihren Auswirkungen auf die Ausführungsfristen nicht anders zu beurteilen als solche, die sich erst auf Grund eines eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens ergäben. Denn für den betroffenen Bieter mache es keinen Unterschied, ob die zeitliche Verzögerung durch den Entscheidungsprozess des Auftraggebers oder durch das Verhalten eines Mitbieters ausgelöst sei. Im einen wie im anderen Fall liege im Verhältnis zum potenziellen Auftragnehmer die Verzögerung im Risikobereich des Auftraggebers.

⁷¹⁸ Herrmann/Thoma, Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist; Aufhebung der Ausschreibung; Nachverhandlungsverbot, 534ff in Kraus (Hrsg), VergabeR 5/2002 (=Werner, Auswirkung auf Bieter durch Verlängerung der Bindefrist, Baumarkt+Bauwirtschaft 11/2002, 20).

⁷¹⁹ S dazu die Ausführungen zu FN 647 auf Seite 130.

⁷²⁰ S Kapitel 4 I.A auf Seite 113f iVm den Ausführungen zur Änderung von Standards in Kapitel 5 I.B.2 auf Seite 129ff.

Nur der Ausschreiber hat es in der Hand, die nachteiligen Folgen von Verzögerungen in der Zuschlagsfrist durch vorbeugendes Festsetzen ders hintan zu halten. Tut er das nicht, was idR der Fall sein wird⁷²¹, so muss er sich das Risiko, das er dadurch eingeht, anrechnen lassen. Vergabeverfahrensverzögerungen wirken sich also nicht nur beim Ausschreiber aus (Leistungsänderungen udgl), sie werden auch, sofern er sie nicht ohnehin selbst verursacht, diesem faktisch zugeordnet.

- Die bisher in der Rspr vertretene Ansicht, dass der durch die Verzögerung bewirkte zeitliche Aufschub der Arbeitsausführung den dem Angebot zu Grunde liegenden Ausführungsfristen iSe Kompletterschiebung hinzuzurechnen sei und auf den offerierten Preis grundsätzlich keinen Einfluss habe, sei zu widersprechen. Vielmehr sei von einer Angebotsmodifizierung nicht unerheblichen Umfangs auszugehen, die sich typischerweise auf die Disposition der Betriebsmittel und auf die kalkulierten Preise auswirke. Bei einem nachträglich verschobenen Zeitraum führe ein preislich unverändertes Angebot zu einem Nachlass, ohne dass alle Bieter Gelegenheit hätten, ihre Angebote entsprechend anzupassen. Zudem werde dem Bieter ohne genaues Wissen um die neue Leistungszeit und ohne Möglichkeit, darauf Einfluss zu nehmen, zugemutet, der Änderung seines Angebots unter Beibehaltung des urspr Preises zuzustimmen.

In konsequenter Fortsetzung der bisher gewonnenen Erkenntnisse ist davon auszugehen, dass die urspr Ausführungsfristen als künftiger Vertragsteil Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sind. Diese darf der Ausschreiber nicht abändern, weswegen die Bieter auch bei Verzögerungen einer Bindefristverlängerung zustimmen können, ohne mit Nachteilen rechnen zu müssen. Dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass niemand einer aufoktroyierten Änderung seines Angebots zustimmen will, ohne die Möglichkeit zu besitzen, darauf Einfluss zu nehmen, scheint unbestritten⁷²². Ob dies jedoch zwingend immer zu gelten habe bzw so verstanden werden darf, zeigt die Tatsache, dass ein Abschluss einer *Garantiehaftung* des Bieters für die Möglichkeit der Leistungserbringung nicht eindeutig auf der Hand liegt.

- Eine Bindefristverlängerung begründe keinen Grund zur Aufhebung der Ausschreibung, da der Autobahnbau früher oder später und unabhängig von der urspr ausgeschriebenen Leistungszeit durchgeführt werden solle. Vielmehr handelt es sich um eine Störung im Rahmen vorvertraglicher Beziehungen, die auf der Grundlage des ins Auge gefassten Vertrages durch Kooperation der Vertragsparteien aufgefangen werden könne.

Aus den angeführten Gründen lässt sich ein Widerruf in diesem Fall nicht rechtfertigen. Auch hier wird wiederum ein maßgebender vergaberechtlich relevanter Grundsatz angesprochen, nämlich jener über den Widerruf, der nicht allzu leicht vorzunehmen sein darf; maW: es müssen schwerwiegende Gründe für die Rechtfertigung eines Widerrufs vorliegen. Diese Erkenntnis ist jedoch mE nicht verallgemeinerungsfähig.

- Der in Aussicht genommene VOB-Vertrag biete ein geeignetes und ausreichendes Regelwerk, um die tatsächlichen und wirtschaftlichen Folgen für das Angebot, die mit der Änderung der Ausführungsfristen verbunden seien, wettbewerbsneutral auszugleichen. So lasse sich die Anpassung der Leis-

⁷²¹ S dazu Kapitel 7 II. auf Seite 160f.

⁷²² Die Ausführungen zur wahren Einwilligung (s Kapitel 2 IV.A.2.b auf Seite 66ff) berichten ua, dass die Erklärung **bestimmt** zu sein hat, also die wesentlichen Rechtsfolgen (dazu zählt auch die Vergütung von Leistungen), die der Erklärende anstrebt, entnehmbar sind.

tungszeit über § 6 Nr 2, 4, § 5 VOB/B regeln. Die Vergütung könne auf der Grundlage der urspr Preisermittlung angepasst werden. Die Grundlage der Ausschreibung werde bei diesem Vorgehen nicht berührt und insb § 24 Nr 3 VOB/A nicht verletzt, weil der Auftraggeber bei jedem der anderen Bieter, hätten sie den Auftrag bekommen, entsprechend vorgehen müsse.

Dies kann als wesentlichste Erkenntnis angesehen werden. Es wird noch einmal darauf abgestellt, dass das Vergabeverfahren wettbewerbsneutral zu Ende geführt werden kann, und schlussendlich wird auf einen wesentlichen Grundsatz rekurriert – auf jenen der Gleichbehandlung aller Bieter, der sich in vielen vergaberechtlichen Grundsätzen widerspiegelt wie etwa in jenem des Nachverhandlungsverbotes!

f) Regressmöglichkeiten des Ausschreibers?

Die Verfahrensverzögerungen durch Rechtsmittel werden den bisher gewonnen Erkenntnissen folgend der Sphäre des Bauherren zugeordnet, egal, wer diese ergreift bzw unter welchen Umständen. Die Untersuchung, ob dem Bauherren etwa zivilrechtlich ein Schadenersatzanspruch gegen mutwillig⁷²³ Rechtsmittel in Anspruch nehmende Bieter zusteht, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Es kann jedoch mit einem Verweis auf § 176 Abs 3 BVergG festgehalten werden, dass diesfalls Mutwillensstrafen – hier höher ausfallend als in sonstigen Verwaltungsverfahren gem § 35 AVG, weil Verzögerungen im Vergabeverfahren mit hohen wirtschaftlichen Kosten verbunden sind – in der Höhe von höchstens ein Prozent des Auftragswertes, maximal jedoch 60.000 EUR zu verhängen sind⁷²⁴.

In den Raum soll an dieser Stelle jedoch auch noch eine Frage über eine – wohl selten anzutreffende – Situation gestellt werden, in der der Bestbieter selbst mutwillig Rechtsmittel in Anspruch nimmt, somit er selbst schlussendlich ihn treffende Mehrkosten aus Vergabeverfahrensverzögerungen schuldhaft verursacht:

Wäre in einer derartigen Konstellation unter der Voraussetzung, dass dem nicht übergangenen, also korrekt ermittelten Bestbieter Mehrpreise auch zustehen, die Haftung des den Nachteil des Ausschreibers schuldhaft verursachenden Bestbieters auf etwa 60.000 EUR gem § 176 Abs 3 leg cit beschränkt, auch wenn der Nachteil des Ausschreibers höher zu beziffern ist, oder käme es dann zu einer Aufrechnung⁷²⁵ des gesamten Nachteils?

5. Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen

Abbildung 28 auf Seite 111 folgend zeichnet sich der Ausschreiber durch eine Verzögerung während der Zuschlagsfrist, die er sich zuschreiben lassen muss, als primär verantwortlich. Er stellt somit das oberste Glied in der Kausalkette dar.

Zur Kausalität der ausschreiberseitigen Verzögerung, die zum Entfall günstiger Beschaffungskonditionen des Werkunternehmers führen, muss jedoch folgendes festgehalten werden:

⁷²³ *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht, Rz 256 folgend ist eine Inanspruchnahme einer Behörde dann mutwillig, wenn die Aussichtslosigkeit bzw die Erfolglosigkeit eines Anbringens für jedermann erkennbar sein muss.

⁷²⁴ Das erstmalig erlassene BVergG sah in dessen § 99 noch derartige Schadenersatzansprüche vor. S auch *Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, wbl 1993, 373ff.

⁷²⁵ Aufrechnung ist die Aufhebung einer Forderung durch eine Gegenforderung. S *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II, 100.

Zwar stellt die Verzögerung gewiss eine *condition sine qua non* für den Entfall günstiger Beschaffungskonditionen dar; sie verhält sich also äquivalent kausal. Jedoch ist mE unter dem Aspekt der Sphärentheorie, auf Basis deren Ereignisse durch normative Überlegungen korrigiert faktisch dem Werkbesteller oder Werkunternehmer zugeordnet werden, zu beachten, dass nur solche Ereignisse als ursächlich zugerechnet werden sollen, die angesichts des gesetzten Verhaltens üblicherweise, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintreten. Dies ist gerade beim Entfall günstiger Beschaffungskonditionen nicht der Fall.

Es mangelt daher an Adäquanz.⁷²⁶

Um es wiederum an einem Extrembeispiel zu verdeutlichen: Unternehmen werden nicht üblicherweise, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge deswegen insolvent, weil sich Auftragschancen Dritter nicht in einer Zeit wie urspr vorgesehen verwirklichen – viel eher schon deshalb, weil schlecht gewirtschaftet wird uvm⁷²⁷. Sinngem kann der Mangel an Adäquanz auch bei den anderen Beispielen herausgearbeitet werden.

III. Mezzaninstellung: Zuschlagsfristende nach Baubeginn

Die vorliegende Konstellation (siehe folgende Abbildung 34) verdient sich deswegen die Bezeichnung „Mezzaninstellung“, weil Verzögerungen im Vergabeverfahren, die nicht auf die Erhebung von Rechtsmittel beschränkt sind, eintreten können, und gleichwohl die Bieter an ihr Angebot gebunden bleiben, weil trotz Verzögerungen die Zuschlagsfrist nicht ausläuft.

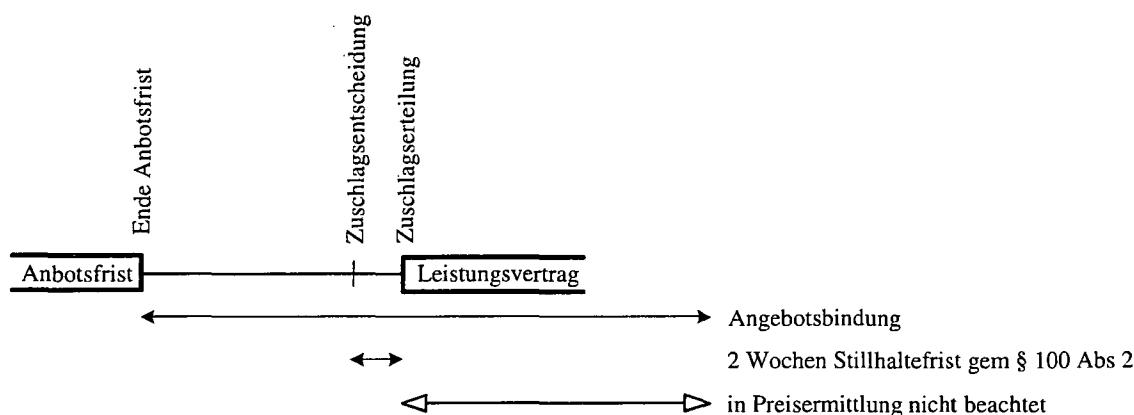


Abbildung 35: Schematische Darstellung der Zuschlagsfristregelung der Mezzaninstellung

Gründe, die den Ausschreiber dazu bewegen, die Zuschlagsfrist derartig zu bemessen, dass deren Ende mehr oder weniger weit – jedoch für die Bieter unzumutbar⁷²⁸ weit – hinter dem geplanten Baubeginn zu liegen kommt⁷²⁹, können darin zu finden sein, dass

⁷²⁶ Dieser Sachverhalt aus dem Schadenersatzrecht hindert mE keineswegs die Vergleichbarkeit.

⁷²⁷ Dies folgt auch der dem Schadenersatzrecht folgenden Theorie der gesetzmäßigen Bedingung (s FN 437 auf Seite 74).

⁷²⁸ S FN 606 auf Seite 116.

⁷²⁹ Als „nicht einleuchtend“, „wenig sinnvoll“ und „in sich widersprüchlich“ bezeichnet *Gölles*, Die Regelung der Zuschlagsfrist, ZVB 2004/24, 78 diese Fristenregelung.

der Bauherr zB mit Verzögerungen bei öffentlich-rechtlichen Genehmigungen im Vorfeld bereits rechnet, er aber bei Schlagendwerden des Risikos die Bieter weiterhin an ihr Angebot bindet, weil er vermeiden will, dass Bieter vom Zug des Vergabeverfahrens abspringen und ihm so die günstigen Fälle, die sich durch den formalisierten Wettbewerb ergeben würden, abhanden kommen. Der Bauherr will schlussendlich also das, was ihm die Vergabebestimmungen im Fall des Ergreifens von Rechtsmitteln während der Zuschlagsfrist vermeintlich gewähren – nämlich ein Aufrechterhalten der Anbotsbindung⁷³⁰ – sich bei allen anderen Arten der Verzögerungen, die sich ergeben können, ebenfalls sichern.

Sollte eine derartige Fristen- bzw Zeitrahmenbemessung in den Ausschreibungsunterlagen etwa bedeuten, dass die Bieter die oa der Sphäre des Ausschreibers zuzurechnende Wagnisse iSe Risikoübernahme bereits in ihren Angeboten etwa im Anteil „Wagnis“⁷³¹ einzukalkulieren haben – was allerdings üblicherweise beim klassischen Bauwerkvertrag nicht hervorgeht –, so stößt das mE an die Grenzen der Billigkeit bei dieser Vertragsart bzw bei dessen Zustandekommen.

Dies deshalb, weil einerseits die Bieter diese Intention der Risikoübertragung nicht erkennen müssen, weil sie nicht klar ausformuliert ist. Warum sollte ein Bieter ohne ersichtlichen Grund nicht die Bauzeit gem Ausschreibungsunterlagen seiner Kalkulation zu Grunde legen^{732?}

Sie können dieses Risiko aber auch nicht einbeziehen, weil die baubetrieblichen Auswirkungen, die eine Bauzeitverschiebung und eine oft damit einhergehende -verlängerung idR mit sich bringen, deren Umfänge zum Zeitpunkt der Kalkulation nicht vorhersehbar sind, auf seriöse Art und Weise nicht abzuschätzen sind, ergo nicht kalkulierbar⁷³³ iSd § 66 Abs 3 BVergG⁷³⁴, was eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleisten würde.

Weiters ist davon auszugehen, dass sie dieses Risiko auch nicht einbeziehen wollen, weil sie sich im Wettbewerb gegenüber anderen, die diese Intention eben nicht erkennen müssen⁷³⁵, durch Preisanhebung schlechter stellen müssten, was ihre Chancen auf Vertragsabschluss schwinden lässt.

Aufgrund dieser Überlegungen dürfen die Bieter darauf vertrauen, dass eine derartige Fristen- bzw Zeitenbemessung in den Ausschreibungsunterlagen nicht bedeuten soll, dass sie die oa Risiken iSe Risikoübernahme bereits in ihren Angeboten einzukalkulieren haben.

Daher kann auch für die Mezzaninstellung festgehalten werden, dass eine Angebotsbindung ebenfalls nicht vorbehaltlos anzunehmen ist, was sich aus den bereits er-

⁷³⁰ § 79 Abs 4 iVm § 79 Abs 2 BVergG.

⁷³¹ S Kapitel 2 II.A.2 auf Seite 16ff.

⁷³² Vgl § 74 Abs 6 BVergG.

⁷³³ Der eine würde mit einer Bauzeit bei kalten Witterungsverhältnissen kalkulieren, wozu zB Betonierarbeiten unter ganz anderen Umständen auszuführen sind, weil andere Beton- und Bindemittelzusätze (Winterzuschlag) verwendet werden müssen, weil der Beton geheizt werden muss etc, oder Aushubarbeiten schwer fallen, weil der Boden durchgefroren ist, der andere mit einer Bauzeit, wo all diese Umstände nicht einbezogen sind.

Ähnliche Begründungen finden sich bei BVA 23.April 2004 17F-13/03-11 oder etwa bei BVA 29.Juni 1998 N-14/98-13.

⁷³⁴ S Kapitel 4 I.A.2 auf Seite 113.

⁷³⁵ Davon darf der diese Intention der anderen erkennende Bieter auch ausgehen.

währten vertragsrechtlichen Grundsatz über den Vertrauensschutz⁷³⁶ ergibt. Da Verzögerungen zwischen Angebot und Zuschlag in Fällen der Mezzaninstellung ebenfalls mit Leistungsänderungen einhergehen, handelt es sich um einen Unterfall von Kapitel 5 II.C.4 auf Seite 148ff. Die Folgen können den sich dort befindenden Ausführungen entnommen werden.

⁷³⁶ S Kapitel 4 I.B.2 auf Seite 115.

6. KAPITEL: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR EINEN NACHTEILSAUSGLEICH DURCH IRRTUMSANFECHTUNG?

Die folgende Untersuchung, ob ein Nachteilsausgleich durch Irrtumsanfechtung aus Sicht des Bieters in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag beansprucht werden kann, bezieht sich ausschließlich auf die Kostengrundlagenveränderungsarten gem Kapitel 3 II.B.1 auf Seite 107, da nur diesen eine Fehlvorstellung von der Wirklichkeit zu Grunde liegt, also ein Irrtum.

Zunächst ist davon auszugehen, dass anfechtungsfähige Irrtümer im vorvertraglichen Bereich nur dann zur Diskussion stehen können, wenn auch eine Irrtumsanfechtung im vertraglichen Bereich gem § 871 ABGB zulässig wäre, also wenn der Irrtum des Erklärenden durch den potentiellen Vertragspartner veranlasst worden ist, wenn er letzterem aus den Umständen offenbar auffallen musste, wenn der Irrtum noch rechtzeitig aufgeklärt werden konnte, oder wenn beide potentielle Vertragspartner dem Irrtum unterlegen sind⁷³⁷.

Jedoch sind reine Kalkulationsirrtümer idR unbeachtliche Motivirrtümer⁷³⁸. Da bei Bauwerkverträgen – egal, ob es sich um Verträge mit veränderlichen Preisen oder um Festpreisverträge handelt – die Kalkulation regelmäßig nicht ausdrücklich zum Inhalt des Geschäfts gemacht wird, sind sie, sobald die Angebotsfrist abgelaufen ist, daher nicht mehr anfechtungsfähig⁷³⁹.

⁷³⁷ S die Ausführungen zum Irrtum in Kapitel 2 IV.A.2.b auf Seite 66ff.

⁷³⁸ Vgl *Krejci*, Angebotsirrtum, ÖZW 1979/4, 103.

⁷³⁹ Im Stadium vor dem Ende der Angebotsfrist stellt eine Korrektur des Angebots insofern kein Problem dar, da dies gem § 81 Abs 7 BVergG in dieser Zeit ermöglicht wird.

Mögliche Anspruchsgrundlagen für eine Nachteilsausgleich durch Irrtumsanfechtung?

7. KAPITEL: MÖGLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN FÜR SCHADENERSATZ

Wie ganz zu Beginn der Arbeit schon angedeutet, gibt es in Rspr und Lit diverse Ansätze, um Schadenersatz geltend zu machen, die jedoch alle jene Ansprüche hervorkehren, die von **übergangenen Bestbiestern** erhoben werden können⁷⁴⁰. Soweit überschaubar wurde bisweilen wenig den Ansprüchen von **nicht übergangenen, also korrekt ermittelten Bestbiestern** gewidmet⁷⁴¹. Auch das BVergG widmet sich dem nur kurz in § 183 leg cit.

An dieser Stelle ist nochmals die von *Welser*⁷⁴² zwischen den Endpunkten „Delikt“ und „Verletzung von Schuldverhältnissen“ „gespannte Kette“ in Erinnerung zu rufen, auf deren Zwischenstufen sich irgendwo – je nachdem, wie intensiv sich die Nahebeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger darstellt – die *cic* befindet. Dass nämlich der Schadenersatz als Teil des Schuldverhältnisses auf Grund von Gesetzen und jener auf Grund rechtsgeschäftlichen Kontakts eng miteinander verwandt sein können, zeigt sich insb beim BVergG, das in vielen seiner Bestimmungen als Konkretisierung des vorvertraglichen Pflichtenkataloges angesehen werden kann⁷⁴³.

Es gilt herauszufinden, ob diese Verwandtschaft zwischen den Rechten und Pflichten auf Grund des BVergG und dem Schuldverhältnis auf Grund rechtsgeschäftlichen Kontakts bereits so nah ist, dass das eine wie das andere als Anspruchsgrundlage für Schadenersatz – wenn überhaupt – tauglich ist.

I. Zur Kausalität

Eine Voraussetzung, die für einen gerechtfertigten Anspruch auf Schadenersatz gegeben sein muss, ist jene der Kausalität. In Kapitel 3 II auf Seite 105ff wurde bei den jeweiligen Kostengrundlagenveränderungsbeispielen bereits auf die jeweilige primäre Verursachung hingewiesen. Hält man sich Abbildung 28 auf Seite 111 vor Augen, so ist unter Hinzuziehung der Ausführungen in Kapitel 5 II.C.5 auf Seite 152ff zu folgern, dass adäquate Verursachung des Ausschreibers nur bei Verzögerungen auftritt. Somit kann auch nur Schadenersatz vom Bauherren gefordert werden, wenn er die Verzögerungen adäquat verursacht hat bzw sich zurechnen lassen muss wie im Falle der Rechtsmittelergreifung.

⁷⁴⁰ Vgl. noch einmal die Ausführungen zu Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76f.

⁷⁴¹ *König*, Fehler bei der Ausschreibung und ihre Folgen für das Vertragsverhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer, RdW 1996, 51ff widmet sich zB Fehlern im Inhalt des Leistungsvertrages, nicht jedoch verfahrenstechnischen Fragen. *Lange*, Zur Bedeutung des Anspruchs aus culpa in contrahendo bei unvollständigen, unklaren oder fehlerhaften Leistungsbeschreibungen, zB bei unzureichend beschriebenen Baugrund, 271ff in *Vygen/Böggering* (Hrsg), Dem Baurecht ein Forum - Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, widmet sich – hier angeführt als Vertreter der deutschen Lit – etwa Ansprüchen aus *cic* bei Mängel im Inhalt der Leistungsbeschreibungen; ähnlich *Karasek*, Fehlerhafte Ausschreibungen, 49 in *Oberndorfer/Wolkerstorfer* (Hrsg), Der Bauvertrag aus ganzheitlicher Sicht.

⁷⁴² Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209ff. S FN 457 auf Seite 77.

⁷⁴³ S Kapitel 2 IV.A.4 auf Seite 76f.

II. Zur Sorgfaltswidrigkeit

A. Automatische Verlängerung der Angebotsbindung

In Anlehnung an Kapitel 5 II.A.1 auf Seite 140ff werden hier jene Fälle untersucht, bei denen sich der Bauherr durch einen Sorgfaltsverstoß dahingehend für Verzögerungen verantwortlich zeichnet, als dass zu Recht Rechtsmittel von Bieterseite in Anspruch genommen werden. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn gem § 51 BVergG der künftige Bauherr es verabsäumt, einen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, weil letzterer nicht die nötige Eignung aufweist⁷⁴⁴.

Wenn der Bauherr es unterlässt, seinen Pflichten als Ausschreiber im Vergabeverfahren nachzukommen (hier: sorgfältige Prüfung der Eignung aller Bieter), dann trifft dies mE den Kern der Grundsätze von der Lehre über die *cic*, die von Sorgfaltspflichten dem künftigen Partner gegenüber im vorvertraglichen Bereich berichten. Der Schutzzweck liegt diesfalls darin, möglichst rücksichtsvoll bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Rechtsgeschäftes vorzugehen – ein Verhalten, das va den künftigen Vertragspartner dahingehend schützt, dass er auf Erklärungen des Ausschreibers basierend disponieren und Angebote legen kann. Letztere werden im Vertrauen darauf erstellt, dass die Ausführungsfristen so wie in den Ausschreibungsunterlagen angegeben auch eintreten werden, und nicht durch Sorglosigkeit Gefahr laufen irritiert zu werden. Somit ist eine Rechtsmittelegreifung dem Ausschreiber nicht mehr nur lediglich zuzurechnen, er hat sie in diesem Fall auch sorglos adäquat verursacht.

Das BVA hat in bezug auf die Sorgfaltswidrigkeit auf Seiten des Ausschreibers sogar die Ansicht⁷⁴⁵, dass ein Werkbesteller bei Anwendung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabes die Einleitung von zwangsläufig Verzögerungen nach sich ziehenden Nachprüfungsverfahren geradezu zu gewärtigen und dies in die Zeitkalkulation des Ausschreibungsablaufes einzubeziehen hat. Das würde bedeuten, dass – um hier nur bei der Thematik des gegenständlichen Themas zu bleiben – ein Ausschreiber in der durch das BVergG maximal vorgegebenen Zuschlagsfrist von 5 Monaten⁷⁴⁶ die Zuschlagsentscheidung zeitlich so weit vor Zuschlagserteilung anzusetzen hat, dass ein Nachprüfungsverfahren, evtl einhergehend mit einer eV, „unterzubringen“ ist. Wählt er etwa 2 Monate, um der Dauer der gesetzlich maximal vorgegebenen Frist für eine eV gerecht zu werden, dann bleiben ihm keine 3 Monate mehr, um die Angebote – oft iVm zahlreichen Alternativangeboten – entgegenzunehmen, zu verwahren, zu öffnen, zu prüfen, Aufklärungsgespräche zu führen udgl.

Das erscheint mE zum einen eher praxisfremd, weil bei Unterlassen des Ergreifens von Rechtsmitteln der Ausschreiber nach Zuschlagserteilung diesfalls 2 Monate bis zum Baubeginn untätig verstreichen lassen müsste, zum anderen ist das Interesse, die Bindung der Bieter an ihr Angebot möglichst kurz zu halten – **und das ist gerade in der Bauwirt-**

⁷⁴⁴ Als Extrembeispiel könnte hier dienen, dass ein öffentlicher Bauherr bei einem zu vergebenden Großauftrag es schlichtweg übersieht zu überprüfen, ob ein Bieter seinen Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben nachgekommen ist.

⁷⁴⁵ BVA 15.September 2003 14N-91/03; ähnlich BVA 19.Mai 2003 07N-48/03-15; BVA 10.Juli 2003 04N-65/03-7; BVA 11.August 2003 16N-74/03-7.

⁷⁴⁶ Zwingende Gründe, die eine Verlängerung auf 7 Monate zulassen, liegen nicht vor, wenn es nur darum geht, dass man evtl Nachprüfungsverfahren in die Zuschlagsfrist miteinbeziehen will.

schaft enorm groß – viel höher zu bewerten als der Einbezug von lediglich⁷⁴⁷ Eventualitäten in Vergabeverfahrensfristen. Darüber hinaus werden oft auch Rechtsmittel ergriffen, deren Zielverwirklichung vielfach im vorhinein bereits beinahe aussichtslos erscheint. Deshalb wird dieser Ansicht des BVA, dass ein Ausschreiber schon dann sorgfaltswidrig handelt, wenn er jede Art von Rechtsmittelverfahren nicht in die Zeitkalkulation des Vergabeverfahrens mit einbezieht, nicht gefolgt. ME hat ein Bauherr, der zeitliche Sicherheitspuffer mit einbeziehen will, diese am bzw nach Bauende anzusetzen.

B. Fakultative Verlängerung der Angebotsbindung

In Anlehnung an Kapitel 5 II.A.2 auf Seite 141ff kann es auch hier zu Sorgfaltswidrigkeiten im vorvertraglichen Bereich iSd Grundsätze von der Lehre über die *cic* kommen. Ein Bauherr könnte zB objektiv zu spät mit Enteignungsverfahren beginnen, bei denen es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu kommt, dass sich das Vergabeverfahren verzögern wird, er aber dennoch ausschreibt, ohne an irgendwelche Konsequenzen (Enttäuschen bieterseitigen Vertrauens auf die Richtigkeit der Ausschreibungsunterlagen in bezug auf die zeitlichen Vorgaben) zu denken.

C. Mezzaninstellung

Im Fall der Mezzaninstellung kommt es zwar nicht zu einer Verlängerung der Angebotsbindung, aber sehr wohl zu einer Änderung der Ausführungsfristen. Das Risiko, dass Verzögerungen während der Zuschlagsfrist eintreten, ist den Ausführungen in Kapitel 5 III auf Seite 153ff folgend nicht einzubeziehen gewesen, weswegen auch kein Provisorialverfahren von Bieterseite eingeleitet werden musste. Die Bieter würden allesamt in ihrem Vertrauen darauf, dass sie den in den Ausschreibungsunterlagen genannten Baubeginn ihren Kalkulationen zu Grunde legen müssen, verletzt werden, weswegen auch in diesem Fall wieder eine Sorgfaltspflichtverletzung des Ausschreibers im Zuge der Geschäftsanbahnung vorläge, was die Grundsätze von der Lehre über die *cic* als Anspruchsgrundlage rechtfertigen würde. Die konkreten Verstöße lägen, wie bereits angeführt, in den §§ 74 Abs 1 bzw 66 Abs 3 BVergG.

Es ist von großer Bedeutung hier anzumerken, dass eine Untersuchung des ausschreiberseitigen Verhaltens auf Sorgfaltswidrigkeit einzelfallbezogen ist. Der Vorwurf der Sorglosigkeit ist kein geringer und erfordert selbst eine penibel gestaltete Untermauerung.

III. Zur Rechtswidrigkeit

Bei Verabsäumen des Ausschlusses eines ungeeigneten Bieters handelt der Ausschreiber rechtswidrig iSd § 98 BVergG. Genauso verstößt er gegen Bestimmungen des BVergG (§§ 71 Abs 1 und 66 Abs 3 leg cit), wenn er die Leistung nicht eindeutig beschreibt oder Unkalkulierbarkeit vorliegt.

Geht er schlampig iSv sorglos bei Enteignungsverfahren vor, sodass es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu Vergabeverfahrensverzögerungen kommt, widerspricht das in diesem Fall nicht einer konkreten Bestimmung im BVergG. Jedoch liegt die Rechtswidrigkeit iSd objektiven Verhaltenskriterien darin, rücksichtslos bei der Vor-

⁷⁴⁷ Es kommt ja nicht immer zwingend zum Ergreifen von Rechtsmitteln.

bereitung und beim Abschluss des Rechtsgeschäftes vorgegangen zu sein.

Nun ist aber zu hinterfragen, ob die Verstöße gegen explizite Bestimmungen des BVergG für Schadenersatzansprüche nicht übergangener, also korrekt ermittelter Bestbieter überhaupt herangezogen werden können. Dies ist zu verneinen, weil derart kein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Der Schutzzweck der erwähnten Gesetzesbestimmungen liegt nämlich darin, keine Bieter ungerechtfertigt zu übergehen. Jedoch liegt Rechtswidrigkeit iS vor, dass bei sorglosem Verstoß gegen die konkreten Gesetzesbestimmungen keine Rücksicht auf die potentiellen Vertragspartner genommen wird, was den Grundsätzen der Lehre über die *cic* widerspricht.

Das BVergG dient zwar als Konkretisierung des vorvertraglichen Pflichtenkatalogs, aber nur in einem Teilbereich, wie spätestens jetzt klar hervorgeht. Der Schutz der Bieter, der in diesem Teilbereich, also im BVergG beinhaltet ist, betrifft vorwiegend diejenigen, die gefährdet sind übergangen zu werden.

Will man einen Nachteilsausgleichsanspruch für nicht übergangene, also korrekt ermittelte Bestbieter anerkennen, so muss das große Feld der Grundsätze von der Lehre über die *cic* in diesem Kapitel herangezogen werden, weil das BVergG andere Schutzmechanismen anspricht, weswegen auch § 183 leg cit andere Ersatzansprüche unberührt lässt.

Die Prämissen, hier das BVergG als vorvertraglichen Pflichtenkatalog anzusehen, der den korrekt ermittelten Bestbieter Haftungsansprüche gegenüber den sorglos vorgehenden Ausschreiber gewährt, treffen nicht zu.

IV. Formalerfordernisse auf Werkunternehmerseite

Die Formalerfordernisse für die Geltendmachung von Schadenersatz stellen sich gänzlich anders dar als bei Ansprüchen auf Mehrpreise. Ist der Schaden iSe Nachteils im Vermögen bekannt, was erst nach Leistungserbringung der Fall sein wird, so steht gem § 1489 ABGB dem Werkunternehmer zu, innerhalb von 3 Jahren⁷⁴⁸ seinen Anspruch gerichtlich geltend zu machen, und zwar gem § 92a JN⁷⁴⁹ bei dem Gericht, in dessen Sprengel das den Schaden verursachende Verhalten gesetzt worden ist.

V. Anspruchsgrundlagen

Die aus hL und Rspr entwickelten Grundsätze von der Lehre über die *cic* stellen die Anspruchsgrundlage – diesfalls für Schadenersatz – dar.

Aus ihr wird der **Schaden** des Werkunternehmers (iSd Nachteils im Vermögen), der sorgfaltswidrig, also **schuldhaft** (iSd subjektiven Verhaltenskriterien), vom Ausschreiber **in Verletzung seiner vorvertraglichen Pflichten** (iSd objektiven Verhaltenskriterien), die im übrigen nicht vom Pflichtenkatalog des BVergG umfasst sind, **kausal** (iSv adä-

⁷⁴⁸ S die kurze Verjährungsfrist in Kapitel 2 IV.A.3.c auf Seite 75.

⁷⁴⁹ *Rechberger/Simotta*, Grundriss, Rz 130 folgend gilt dieser Paragraph mithin auch zur Geltendmachung deliktischer oder vertraglicher Schadenersatzansprüche.

quat) herbeigeführt wurde, abgeleitet.

VI. Umfang

Der Bauherr hat den nicht übergangenen, also korrekt ermittelten Bestbieter dafür zu entschädigen, dass letzterer darauf vertraut hat, dass keine ausschreiberseitigen Sorgfaltsmängel in bezug auf die Durchführung des Vergabeverfahrens auftreten, und dementsprechend seinen Angebotspreis ermittelt hat. Er muss den Werkunternehmer so stellen, wie er ohne das Vertrauen stünde, und haftet daher für das **negative Interesse**. **Entgangener Gewinn** ist diesfalls vom Umfang ebenfalls umfaßt, da eine rechtlich gesicherte Position durch den gültig zustande gekommenen Vertrag vorliegt, und der entgangene Gewinn daher Teil der erlittenen Beschädigung iSd **positiven Schadens** ist, welcher wiederum darauf zurückzuführen ist, dass dem Ausschreiber idR nicht mehr als „leichte Fahrlässigkeit“, also kein qualifiziertes Verschulden, vorgeworfen werden kann.

Die Kostengrundlagenveränderungen resultierend aus der Sphäre des Bieters⁷⁵⁰, also zB das Hinnehmenmüssen höherer Subunternehmer- oder Materialpreise am Beschaffungsmarkt, weil er bei der Einheitspreisfestsetzung iSd Preisermittlung vor Leistungserbringung sich geirrt hat, generell solche, die seiner Sphäre zuzurechnen sind, sind auch im Zuge des Schadenersatzes nicht zu vergüten. Es wäre ungerechtfertigt, dem Werkunternehmer das Risiko iSe Wagnisses, das seiner Sphäre zuzuordnen ist, abzunehmen. Die Haftung des Bauherren ist nicht dazu da, den Werkunternehmer für seine Fehlspekulationen oder seine Ungeschicklichkeit zu entschädigen⁷⁵¹. Der Zuspruch eines derartigen Nachteils würde den Werkunternehmer besser stellen, als er es verdient.

Die anderen Kostengrundlagenveränderungen bzw solche Kostenveränderungen, die auf Leistungsänderungen beruhen, sind mE genauso zu beziffern wie jene, die aus Kapitel 5 hervorgehen.

Daraus folgt, dass beim Schadenersatz die gleichen Ansprüche der Höhe nach bestehen wie bei Ansprüchen zur Forderung von Mehrpreisen, die nicht auf sorglosem Verhalten beruhen.

Und genau dort ist das hypothetische Erfüllungsinteresse zu finden, über dessen Grenze hinaus der Vertrauensschaden nach hA nicht zu ersetzen ist. Somit kann im Schadenersatz bei einem vertraglich vorgesehenen Kostenersatz, wie es bei der LKW-Maut beispielsweise der Fall wäre, ebenfalls kein zusätzlicher Gewinn beinhaltet sein.

⁷⁵⁰ S Abbildung 28 auf Seite 111.

⁷⁵¹ Ähnlich unter anderen Prämissen argumentierend *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht, 141.

8. KAPITEL: ERGEBNIS DER ARBEIT

I. Zusammenfassung und Erkenntnisse

Kostengrundlagenveränderungen in Zeit zwischen Angebot und Zuschlag weisen vielseitige Erscheinungsformen auf. Sie betreffen die Gestehungskosten der Unternehmen und können einerseits dynamischen Charakter aufzeigen, wenn sie immer und immer wieder kehren, was durch Inflation oder Einzelpreisänderungen aufgrund des Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage von Gütern am Weltmarkt ausgelöst wird, andererseits auch statischen, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Va beim klassischen Bauwerkvertrag, unter dem ein durch ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zustande gekommener Einheitspreisvertrag mit veränderlichen Preisen auf Basis einer konstruktiven Leistungsbeschreibung verstanden wird, werden durch die Vereinbarung einer Preisgleitklausel – umgesetzt durch die ÖNORM B 2111 – einige Kostengrundlagenveränderungen bereits durch eine ohnehin vorgesehene Vergütungsregelung aufgefangen. Manche werkunternehmerseitigen Ansprüche auf Mehrvergütung sind nicht so klar ersichtlich, deren Auffinden zum Kern dieser Arbeit erkoren wurde.

Von den Kostengrundlagenveränderungen, auf deren Leistungsseite keine Veränderungen einhergehen wie zB solche, die durch bloßen Zeitablauf entstehen, sind jene zu unterscheiden, die auf Änderungen im Leistungsbild beruhen. Es hat sich herausgestellt, dass es sehr wohl zu derartigen Änderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag kommen kann, jedoch dürfen diese in genau dieser Zeitspanne im wesentlichen aus Gründen der Erhaltung des Wettbewerbs bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden. Erst nach Vertragsschluss, dessen Ergebnis in einem derartigen Fall idR an anfänglicher Teilunmöglichkeit leidet, sind Korrekturen iSv Anpassungen, sowohl auf Leistungs-, damit einhergehend auch auf Vergütungsseite notwendig und möglich.

Was die Vergütungsseite betrifft, kann festgehalten werden, dass Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag, die auf Leistungsänderungen iSd ÖNORM B 2110 beruhen – ganz egal, ob diese auf Änderungen der Ausführungsfristen zurückzuführen sind oder nicht –, den Werkunternehmer grundsätzlich nicht verkürzen. Diese ÖNORM iVm der ÖNORM B 2111 bietet – mit nicht allzu ins Gewicht fallenden Ausnahmen wie zB die Pkt 5.9 und 5.10 der ÖNORM B 2111 – ein gewachsenes Vertragswerk, das die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu verwirklichen sucht, die auch bei einem evtl sich als notwendig erweisenden Rekurs auf den hypothetischen Parteiwillen zu Grunde zu legen ist.

Gerade ein Rekurs auf den hypothetischen Parteiwillen ist allerdings mit – wenn sie auch noch so klein sein mögen – Unsicherheiten behaftet, andernfalls dieser nicht notwendig wäre. Diese sind darin zu sehen, dass nicht immer absolut klar sein muss, dass bei Kostenveränderungen dem (künftigen) Vertragspartner Entgeltlichkeit als Rechtsfolge vorschwebt.

Aus diesem Grund sollte den Bietern prinzipiell die Möglichkeit eingeräumt werden, genau diesen Rechtsfolgewillen auszudrücken, was am besten bei Zuschlagsent-

scheidung stattfinden sollte, da zu diesem Zeitpunkt der Bestbieter auch schon feststeht, der Vertrag aber noch nicht geschlossen ist. Dadurch besäße der Bestbieter die Obliegenheit, Mehrkosten anzumelden, bei deren Nicht-Anerkennen seitens des Bauherren dem Bieter die Möglichkeit gegeben sein muss, von seinem Angebot zurückzutreten.

Bei bloßem Überschreiten der Zuschlagsfrist ist diese Möglichkeit des Vorbehalts in der Angebotsbindung offenkundig. Bei Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist infolge des Ergreifens von Rechtsmitteln ist diese Möglichkeit prima facie nicht zu erkennen, weil während Nachprüfungsverfahren die Bieter an ihr Angebot gebunden bleiben. Jedoch darf diese Angebotsbindung nicht vorbehaltlos angenommen werden. Weicht nämlich der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht der Vertrag – genauso wie bei Überschreiten der Zuschlagsfrist – erst mit der Annahmeerklärung des Bieters.

Durch diese Obliegenheit kann der Bestbieter die Rechtsunsicherheit in bezug auf die Entgeltlichkeit selbst im vorhinein ausmerzen, weil im Prinzip der Vertragsanpassungsmechanismus einvernehmlich – diesfalls bereits vor Vertragsschluss – eingeleitet wird.

Aus der Anmeldeobligiegenheit des Bieters auch eine Anmeldepflicht abzuleiten, ist nicht anzudenken, weil einerseits die Möglichkeit besteht, dass er freiwillig auf eine Vergütung von Mehrkosten verzichtet, er diese also erst gar nicht anmeldet, andererseits, weil die (negative) Abschlussfreiheit des Ausschreibers durch den Gesetzgeber selbst verdünnt wird, um ua die Bieter vor evtl ungerechtfertigten Nachteilen zu schützen. Es steht ihm grundsätzlich nicht frei, etwa keinen Vertrag zu schließen, weil diese Möglichkeit in Form des Widerrufs ex lege nur äußerst restriktiv besteht. Bestünde jedoch dennoch das Recht des Ausschreibers zu widerrufen und hat der Bieter Mehrkosten, die er im nachhinein fordert, nicht bereits in der Geschäftsanbahnungsphase angemeldet, dann wird das Unterlassen der Anmeldung vor den Gerichten gegebenenfalls zu verantworten sein, weil der Bieter die Handlungsfreiheit bzw die Gegensteuerungsmöglichkeiten des Ausschreibers einengt, was sich mit den Grundsätzen der Lehre über die *cic* nicht vereinbaren lässt. Aus diesem Grund wird der Mehrkostenanmeldung dem Grunde nach auch eine grobe Abschätzung der Mehrkosten der Höhe nach beizulegen sein, weil gerade diese Information wesentlich für die weitere Vorgehensweise des Bauherren ist, der sich um die Finanzierung des Projektes iSe sparsamen Mittelverwendung kümmern muss.

Eine weitere wesentliche Erkenntnis dieser Arbeit liegt darin, dass die Änderungen der Ausführungsfristen, die ihren zeitlichen Ursprung vor Vertragsschluss haben, sich der Bauherr immer anrechnen lassen muss.

Festzuhalten ist noch, dass Kostenveränderungen, die ihren Ursprung in der Sphäre des Bieters haben bzw die er sich anrechnen lassen muss, nie einer Mehrvergütung zugeführt werden können. Dies würde Folgen mit sich bringen, die den Zügen von Selbstkostenerstattungsverträgen ähneln würden, was sich mit dem klassischen Bauwerkvertrag nicht vereinbaren lässt.

Jene Anspruchsgrundlagen für eine Mehrvergütung, die sich aus dem Schuldverhältnis auf Basis eines Rechtsgeschäfts ergeben, müssen nicht die einzigen bleiben. Bestehen ausschreiberseitige Sorgfaltsmängel bei der Durchführung des Vergabeverfahrens, und somit den Bieter und dem künftigen Vertragspartner gegenüber im vorvertraglichen

Bereich, so kommt es zu einem Schuldverhältnis auf Basis des rechtsgeschäftlichen Kontaktes, das jenem auf Basis eines Rechtsgeschäftes angenähert ist. Das BVergG selbst, das als Konkretisierung des vorvertraglichen Pflichtenkatalogs angesehen werden kann, schützt in dessen Schadenersatzrechtlichen Regelungen im konkreten Fall übergangene Bestbieter, nicht jedoch die nicht übergangenen, also korrekt ermittelten Bestbieter, weswegen in Hinblick auf die Thematik der gegenständlichen Arbeit die Grundsätze von der Lehre über die *cic* selbst die Anspruchsgrundlage – diesfalls für Schadenersatz – darstellen.

Die schadenersatzrechtlichen Regelungen der ÖNORM B 2110 selbst und deren Beschränkungen greifen nicht, und zu ersetzen gilt es den Vertrauensschaden, der iSe erlittenen Beschädigung auch den entgangenen Gewinn grundsätzlich beinhaltet. Es ergibt sich also keine Schlechterstellung im Ersatz gegenüber dem Schuldverhältnis auf Basis eines Rechtsgeschäftes. Der Ersatz bleibt sogar der Höhe nach der gleiche, weil ua der Vertrauensschaden mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse nach oben hin zu begrenzen ist.

Sofern der Bauherr die nötige Sorgfalt vermissen lässt, stellen daher die schadenersatzrechtlichen Ansprüche eine eher günstigere Vorgehensweise – wenn auch nicht der Höhe nach – zur Geltendmachung einer Mehrvergütung für den Werkunternehmer dar, weil sie bis zu 3 Jahren nach Eintritt des Nachteils vorgenommen werden kann.

II. Fragebeantwortung

Wie sind nun die eingangs gestellten Fragen zu beantworten?

- Welche **Arten von Kostengrundlagen** können sich in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag verändern?
Vorweg ein paar Stichworte: Bewehrungsstahlpreiserhöhungen, Änderung der Betonqualität aufgrund einer Aktualisierung von gesetzlichen Regelwerken, Deponiekostensteigerungen (Altlastenbeitrag), neue hinzutretende Abgaben (zB LKW-Maut, Landschaftsschutzabgabe), Lohnerhöhungen, Entfall günstiger Beschaffungskonditionen usw

Betroffen sind alle Gestehungskosten, die den Unternehmer angehen, die er also iSe auf der Selbstkostenrechnung vor Leistungserbringung aufbauenden Preisermittlung in seinem Angebot würdigt bzw würdigen hätte sollen, aber aus Gründen, die ihm nicht zuzurechnen sind, nicht konnte. Die ÖNORM B 2061 'Preisermittlung von Bauleistungen' schlägt als Verfahrensnorm den Aufbau dieser Gestehungskosten vor und gibt dementsprechend umfangreich Informationen über die Kostenarten.

- Verändern sich diese Kostenarten allein durch Zeitablauf oder auch aus sonstigen (evtl baubetrieblichen) Gründen?

Beide Möglichkeiten sind gegeben. Die Veränderungen durch bloßen Zeitablauf – dynamische Veränderungen – liegen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag auf der Hand. Sie ergeben sich aus der Inflation oder aus Einzelpreisänderungen aufgrund des

Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage am Weltmarkt (zB Stahl, Bitumen, Kupfer). Nicht immer wieder kehrende Kostengrundlagenveränderungen in dieser Zeitspanne wurden in der gegenständlichen Arbeit als statische Veränderungen herausgearbeitet, deren Ursache ua jene ist, dass es zu ausschreiberseitigen Verzögerungen beim Vertragschluss kommt.

Diese Kostenveränderungen, die sich nicht mehr lediglich wertmäßig verändern, beruhen schlussendlich auf baubetrieblichen Veränderungen (Se Änderung der Art der Leistung, Änderung der Umstände der Leistungserbringung, Änderung des Umfanges der Leistung udgl, weil sich der Baubeginn beispielsweise in andere Jahreszeiten verschiebt (Bsp Wintererschwerisse).

- Wie wirkt sich eine **Verschiebung des Endes der ausgeschriebenen Zuschlagsfrist** auf Kostengrundlagen aus?

Die Auswirkungen bei Eintreten einer derartigen Konstellation sind va in baubetrieblichen Änderungen zu finden. Als Paradebeispiel sind in diesem Fall wiederum Wintererschwerisse zu nennen, die ohne Verschieben nicht eintreten. Ein Verschieben des Endes der Zuschlagsfrist bewirkt daher insb Leistungsänderungen. Wohl können aber natürlich auch alle anderen Kostengrundlagenveränderungsarten parallel einhergehen.

- **Kommen Zuschlagsfristüberschreitungen und Hemmungen während der Zuschlagsfrist** dabei unterschiedliche Bedeutungen zu?

Prinzipiell kommt eine Hemmung während der Zuschlagsfrist einer Verlängerung ders gleich, weil es in dieser Arbeit nicht um die Länge der Frist (Zeitdauer) geht, sondern um ein Verschieben des Endes der Frist (Zeitpunkt).

Eine unterschiedliche Bedeutung kommt diesen Begriffen dann zu, wenn man als Folge einer Zuschlagsfristüberschreitung das Anfragen des Bauherren um eine Verlängerung der Angebotsbindung bei den Bietern versteht, was va dann der Fall ist, wenn aus welchen Gründen auch immer die Zuschlagsfrist abläuft. In diesem Fall kann es vorkommen, dass sich kein Bieter bereit erklärt, sich länger an sein Angebot binden zu wollen, was einen Widerruf der Ausschreibung zur Folge hätte.

Eine Hemmung der Zuschlagsfrist, die ausnahmslos nur durch Inanspruchnahme von Rechtsmittel hervorgerufen werden kann, bewirkt nichts anderes als eine Verlängerung derselben; allein, sie kommt ex lege zustande, also automatisch. Ihr kann sich diesfalls kein Bieter grundsätzlich entziehen. Jedoch gilt es in diesem Fall mit einzubeziehen, dass Leistungsänderungen mit einhergehen können, was zur Folge hätte, dass nicht mehr von einer automatischen Angebotsbindung ausgegangen werden kann, wenn der Auftrag vom Angebot abweicht.

Treten Leistungsbildänderungen durch die Verzögerung während der Vergabephase ein, dann ist diese Frage also zu verneinen.

- Spielen die **Entstehungszeitpunkte des Eintritts jener Ursachen**, die eine **Zuschlagsfristüberschreitung** bzw eine **Hemmung während der Zuschlagsfrist** bewirken, eine Rolle?

Nein, weil in der gegenständlichen Arbeit davon ausgegangen wird, dass die Öffnung der Angebote und somit das Bekanntwerden aller Angebotspreise unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist von statten geht. Wesentlich ist, um welchen Zeitraum sich der Leistungsbeginn verschiebt, und ob sich die Leistungsfrist selbst ebenfalls verändert (Änderung der Ausführungsfristen).

- Vergütungsfähigkeit auf Basis von Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag bzw. Nachteilsausgleichsanprüche vorausgesetzt – was sind die **Grundlagen** für diese?

Zu unterscheiden gilt es zunächst die Anspruchsgrundlagen, die sich aus dem Vertrag selbst ergeben, von jenen, die auf einem Rekurs auf den hypothetischen Parteiwillen beruhen:

Die im Vertrag vorzufindenden wesentlichen Punkte sind in der **ÖNORM B 2111**:

Pkt 5.1.3, der den Geltungsbereich jener Norm auf den Zeitraum zwischen Angebot und Zuschlag ausdehnt,

iVm Pkt 5.2.3.3, der die Möglichkeit des Werkunternehmers vorsieht, auch verspätet zu einer Vergütung zu gelangen,

iVm Pkt 5.9, der in Sonderfällen bei in Preisumrechnungsgrundlagen nicht enthaltenen leistungsrelevanten Kostenarten dennoch einen Miteinbezug – somit eine äquivalente Vergütung – vorsieht,

Pkt 5.10, der in Ausnahmefällen, wenn während der Laufzeit eines Vertrages bis zur Übernahme der Leistung Abgaben oder Steuern, die nicht in den Preisumrechnungsgrundlagen berücksichtigt sind, durch gesetzliche Bestimmungen sich ändern, einen von Umrechnungsmodalitäten unabhängigen Kostenersatz vorsieht, jedoch nur, wenn es in der Vergabephase zu Verzögerungen kommt.

Liegt auch Rechtssicherheit dahingehend vor, dass in bezug auf Kostenveränderungen, die auf Leistungsänderungen beruhen, Entgeltlichkeit der von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Leistung vereinbart ist, dann gelten die folgenden Vertragsbestimmungen der **ÖNORM B 2110** „unmittelbar“:

Pkt 5.24.3, der den Anspruch auf Preisänderungen vorsieht, sofern sich eine Leistungsänderung einstellt, die der Bauherr zu vertreten hat,

iVm Pkt 5.24.11, der eine gegebenenfalls mit einhergehende Verlängerung der Leistungsfrist vorsieht,

Pkt 5.34.5.1, der einen Anspruch auf Vergütung von Mehrpreisen vorsieht, der durch Behinderungen entstanden ist, deren Umstände nicht vorhersehbar waren oder im Bereich des Werkbestellers liegen,

iVm 5.34.2.1 (2), der dem Werkunternehmer einen Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist gewährt, wenn dem öffentlichen Bauherren gem **Pkt 5.34.1.2** die Behinderung bekannt war oder hätte bekannt sein müssen,

Pkt 5.28.3.2, der in Konkretisierung zu Pkt 5.34.5.1 für Festpreisverträge normiert, dass bei Überschreiten der vertraglich festgelegten Fertigstellungsfrist aus Gründen, für

die der Auftragnehmer nicht haftet, jene Teile der Leistung, die deshalb erst nach Ablauf der Frist erbracht werden, nach veränderlichen Preisen abzurechnen sind.

Sich evtl aus dem **hypotetischen Parteiwillen** ergebende Ansprüche können dann erwachsen, wenn ein Vertragsteil durch ein Festhalten an diesen Vertragsbestimmungen unverhältnismäßig bereichert wäre, oder wenn das Festhalten daran zu einer Knebelung eines Vertragspartners führen würde, wie dies etwa der Fall bei Leistungsbildänderungen während der Vergabephase ist. Im Endergebnis würden dabei unter Berücksichtigung der Teleologie des Vertragswerkes unter Zugrundelegung objektiver, zur Zeit der Vornahme der Vertragsergänzung maßgebender Gerechtigkeitserwägungen nach Recht und Billigkeit die vorhin erwähnten Vertragsbestimmungen zur Lösung des Problems herangezogen werden.

Sofern dem öffentlichen Bauherren mangelnde Sorgfalt bei der Durchführung der Vergabe vorgeworfen werden kann, bestehen **Schadenersatzansprüche** beruhend auf den Grundsätzen von der Lehre über die *cic*. Dies deshalb, weil Schadenersatzansprüche, die das BVergG selbst regelt, den übergangenen Bestbieter schützen, und nicht – wie zum Gegenstand dieser Arbeit erhoben – den nicht übergangenen, also korrekt ermittelten Bestbieter, den die Grundsätze von der Lehre über die *cic* in ihrem weiten Feld schützen, was das BVergG durch § 183 auch nicht ausschließt.

- Welchen Einfluss hat die **Sphärentheorie** auf diese Problematik?

Die Sphärentheorie übt gewaltigen Einfluss auf diese Problematik, weil – wie bereits im Vertragsverhältnis geregelt – auch im vorvertraglichen Bereich es entscheidend ist, in welcher Sphäre beispielsweise Umstände zu suchen sind, die Verzögerungen iSv Behinderungen oder Leistungsänderungen bewirken, oder welche Risiken – seien es Vergütungs- oder Kalkulationsrisiken – welcher Partei zuzuschreiben sind.

Es spielt also der Ursprung dieser Umstände eine prominente Rolle, der entweder auf Seiten der jeweiligen Parteien, aber auch auf neutraler Seite zu finden ist.

Eine wesentliche Bedeutung kommt auch einer evtl gegebenen, durch normative Überlegungen korrigierten faktischen Zuordnung der Sphäre zu einer bestimmten Partei zu, was insb dann den Bauherren nachteilig trifft, wenn es um Umstände geht, die in der Vergabeverfahrensphase aus der neutralen Sphäre herrühren, aber er sich zB selbst anrechnen lassen muss, weil ihm Verzögerungen zuzuschreiben sind.

III. Weiterer Forschungsbedarf

Da in der gegenständlichen Arbeit die Systematik der Anspruchsgrundlagen für Mehrkostenforderungen aus Kostengrundlagenveränderungen in der Zeit zwischen Angebot und Zuschlag im Vordergrund steht, ergibt es sich, dass diejenigen Beispiele, die dazu dienen, die wesentlichen Standpunkte herauszuschälen, keinen abschließenden Charakter aufweisen. Es obliegt jedem selbst, Beispiele für Kostenveränderungen – aber auch für Risiken, die damit einhergehen – zu finden, die in die der Arbeit zugrundeliegenden Systematik eingeordnet werden können.

Es wäre jedoch sicherlich von allg Interesse aufzuzeigen, welche Verhaltensweisen

auf Bauherrenseite beispielsweise als sorgfaltswidrig iSd subjektiven Verhaltenskriterien einzustufen wären, bzw, welche weiteren konkreten Situationen dazu führen könnten, dass die Zuschlagsfrist überschritten wird.

Ein Katalog an – sowohl vorwerfbaren, als auch nicht vorwerfbaren – „Fehlern“ auf Ausschreiberseite wäre ebenso allen am Vergabeverfahren Beteiligten dienlich, weil dadurch auch für künftige Vergabeverfahren präventiv Maßnahmen iSe Konfliktprophylaxe vorgenommen werden könnten.

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Aicher Josef*: Vergaberecht im Bauwesen, Österreichische Bauzeitung, 2003
- Aicher Josef/Gölles Hans/Link Doris/Wolkerstorfer Herbert*: Die neue Bauvertrags-ÖNORM B 2110 vom 1.3.2002 – Wien: VIBÖ, 2002
- Aicher Josef/Koppensteiner Hans-Georg (Hrsg)*: Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht - Festschrift für Rolf Ostheim zum 65.Geburtstag – Wien: Wirtschaftsverlag, 1990
- Aicher Josef/Korinek Karl (Hrsg)*: BVerG Bundesvergabegesetz – Wien: Springerverlag, 1993
- Aicher Josef/Oberndorfer Wolfgang*: Unzulässige Vertragsbestimmungen – Wien: Torso einer unveröffentlichten Studie, 1997
- Bernat Erwin/Böhler Elisabeth/Weilinger Arthur (Hrsg)*: Zum Recht der Wirtschaft – Festschrift zum 60.Geburtstag von Heinz Krejci – Wien: Verlag Österreich, 2001
- Bodner Egon M.*: Zur möglichen Dauer der Zuschlagsfristverlängerung bei öffentlichen Aufträgen, Österreichische Bauzeitung, 2003
- Boesen Arnold (Hrsg)*: EG-Vergaberecht - Konsolidierte Fassung der EG-Richtlinien – Köln: Bundesanzeiger Verlag, 1998
- Böker Lothar*: Vertragsrecht und Claimmanagement – Renningen-Malmsheim: expert-Verlag, 1998
- Bundesvergabeamt (Hrsg)*: Standpunkte zum Vergaberecht – Wien: Manz, 2003
- Bydlinski Franz*: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts – Wien: Springer, 1967
- , Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht – Wien: Manz, 1961
- Casati Claus*: Grundsätze im Vergaberecht, ZVB, 2002/108
- Denk Stephan*: Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖZW, 2002
- Diregger Christoph*: Gibt es nach Bundesvergaberecht eine ‚echte Chance‘ auf Schadenersatz?, wbl, 2000
- Drees Gerhard/Bahner Anton*: Kalkulation von Baupreisen, 2.Aufl – Wiesbaden: Bauverlag, 1987
- Duden*: Das Fremdwörterbuch - Band 5, 7.Aufl – Mannheim: Dudenverlag, 2001
- Ebisch Hellmuth/Gottschalk Joachim*: Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen einschließlich Bauaufträge, 6.Aufl – München: Vahlen, 1994

- Elsner* Bernt: Die neue ÖNORM A 2050 – Wien: Linde, 2000
- , Vergaberecht – Wien: Linde, 1999
- Ertl* Gunter: Inflation, Privatrecht und Wertsicherung – Wien: Manz, 1980
- Fruhmann* Michael: Das BVergG 2002 - ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, ZVB, 2002/82
- , Neues aus Brüssel, ZVB, 2001/13
- , Das Agreement on Government Procurement (GPA), ecolex, 1996
- Fruhmann* Michael/*Gölles* Hans/*Grussmann* Wolf-Dietrich et al: BVergG Bundesvergabe-gesetz, 2.Aufl – Wien: Verlag Österreich, 1999
- Gabler*: Gabler Wirtschaftslexikon; 15.Aufl – Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, 2000
- Gassner* Wolfgang: Wertsicherungsklauseln in der Wirtschaftspraxis, SWK, 1987
- Gast* Günther F.: Das österreichische Vergaberecht – Wien: Universitätsverlag, 2002
- Gölles* Hans: Das Schicksal von Angebotsmängel, ZVB, 2005/3
- , Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen, ÖGEBAU-Journal, 2004
- , Die Regelung der Zuschlagsfrist und ihre Verlängerung, ZVB, 2004
- , Önormenvertrag: Leistungsänderung und Behinderung, ecolex, 1996
- Gölles* Hans/*Leisser* Günther: Praxisleitfaden zum Bundesvergabe-gesetz 2002 – Wien: Österreichisches Normungsinstitut, 2003
- Gölles* Hans/*Link* Doris: Kommentar zu den ÖNORMen B 2110 und B 2117 für Praktiker – Wien: Österreichisches Normungsinstitut, 2002
- Gölles* Hans/*Holoubek* Michael: Bundesvergabe-gesetz 2002 – Wien: VIBÖ, 2002
- Graf* Georg: Vertrag und Vernunft - eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages – Wien: Springer, 1997
- Grussmann* Wolf-Dietrich: Veränderungen des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren, ecolex, 1996
- Griller* Stefan/*Holoubek* Michael (Hrsg): Grundfragen des Bundesvergabe-gesetzes 2002 – Wien: Springer, 2004
- Gutknecht* Brigitte: Das Bundesvergabe-gesetz 2002, ÖZW, 2002

Hackl Johann: Seminarunterlagen zum Seminar ‚Vergabespezifischer Rechtsschutz für Bewerber und Bieter nach Bundesvergabegesetz 2002‘ – Österreichisches Normungsinstitut, 15.Mai 2003

Hager Hubert: Die Systematik von Ausschreibungen, Angeboten und Bauverträgen (Dissertation) – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 1996

Hahnl Katharina: BVergG Bundesvergabegesetz 2002 – Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

Haring Roland: Bevorstehende neue Vergabeverfahren im Gemeinschaftsrecht durch die neue ‚klassische‘ EU-Vergaberichtlinie, Österreichische Bauzeitung, 2004

-, Transportbetonindex 2004 - überarbeitet und objektiviert, Sand&Kies, 2003

Hartl Franz/*Schlosser* Horst: Vertragsgespräche, ÖGEBAU-Journal, 2003

Hartmann Gerhard: Der Nutzen der Normung, ÖGEBAU-Journal, 2003

Heid Stephan: Vergabeverstoß und Schadenersatz, ecolex, 1996

-, Schadenersatz bei mangelhafter Vergabe (Dissertation) – Wien: Institut für Zivilrecht, 1996

-, Vergabeverstoß: Ersatz des Erfüllungsinteresses, ecolex, 1995

Heid Stephan/*Hauck* Dieter/*Preslmayr* Karl: Handbuch des Vergaberechts – Wien: Orac, 2002

Hering Ekbert/*Draeger* Walter: Handbuch Betriebswirtschaft für Ingenieure, 3.Aufl – Berlin: Springer, 1999

Hirnsberger Franz: Mit Recht bauen – Rechtsfälle aus der Praxis – Wien: Wirtschaftsverlag, 1999

Holoubek Michael: Die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse auf das Vergaberecht in Österreich, ZUV, 2002

-, Zuschlagsbekämpfung im Vergaberecht?, ecolex, 2000

-, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV, 1998

-, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, ecolex, 1997

Iro Gert M.: Entgeltshöhe bei Überschreitung der Kostenschätzung, RdW, 1999

-, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ, 1983

Jurecka Walter/*Stieber* Godfried: Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1981

Kapellmann Klaus D./Schiffers Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd I: Einheitspreisvertrag, 4.Aufl – Düsseldorf: Werner-Verlag, 2000

-, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Bd II: Pauschalpreisvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, 3.Aufl – Düsseldorf: Werner-Verlag, 2000

Karasek Georg: ÖNORM B 2110 - Kommentar – Wien: Manz, 2003

-, Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis, *ecolex*, 1991

König Wolfgang: Vergaberecht in der Praxis – Wien: Orac, 2000

-, Fehler in der Ausschreibung und ihre Folgen für das Vertragsverhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer, *RdW*, 1996

Korinek Karl: Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex*, 1999

-, Der Stand des österreichischen Vergaberechts, *ecolex*, 1996

Korinek Karl/Aicher Josef: Vergabekontrollkommission - ein Instrument zur Kontrolle von Bauaufträgen des Bundes im Lichte der Europäischen Vergaberechtsentwicklung – Wien: Orac, 1991

Korinek Karl/Gutknecht Brigitte/Holoubek Michael: Materialienskriptum zu ‚Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge‘, 9.Aufl – Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG, 2002

Korinek Karl/Rill Heinz Peter (Hrsg): Zur Reform des Vergaberechts – Wien: Orac, 1985

Koziol Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht Bd I, 3.Aufl – Wien: Manz, 1997

-, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, *JBl*, 1994

-, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd II, 2.Aufl – Wien: Manz, 1984

-, Ersatz der getätigten Aufwendungen statt des Nichterfüllungsschadens?, *RdW*, 1993

Koziol Helmut/Rummel Peter: Im Dienste der Gerechtigkeit - Festschrift für Franz Bydliniski – Wien: Springer, 2002

Koziol Helmut/Welser Rudolf: Bürgerliches Recht Bd I, 12.Aufl – Wien: Manz, 2002

-, Bürgerliches Recht Bd II, 12.Aufl – Wien: Manz, 2001

Krejci Heinz: Handelsrecht, 2.Aufl – Wien: Manz, 2001

-, „Dauerbrenner“ des Bauvertragsrechts insbesondere bei Großbauvorhaben, *ÖGEBAU-Journal*, 2001

- , Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW, 1999
- , Zulässigkeitsgrenzen bauvertraglicher Risikoverschiebungen zu Lasten des Werkunternehmers, wbl, 1999
- , Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag, ecolex, 1993
- , Zum vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, wbl, 1991
- , Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW, 1982
- , Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz – Wien: Orac, 1981
- , Über „gröblich benachteiligende“ Nebenbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (§ 879 Abs 3 ABGB), JBl, 1981
- , Der Angebotsirrtum bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ÖZW, 1979
- Kropik Andreas: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 – Wien: Österreichisches Normungsinstitut, 2002*
- , Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, 2.Aufl – Wien: Wirtschaftsverlag, 2001
- , Die Behinderung von Bauleistungen - Eine rechtlich betriebswirtschaftliche Betrachtung, ÖGEBAU-Journal, 2001
- , Die Wertung von kalkulatorischen Kosten im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, ZVB, 2001/35
- , Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit (Dissertation) – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 1997
- Kropik Andreas/Mille Annemarie/Sachs Michael: Das Vergaberecht in Österreich, 2.Aufl – Wien: Wirtschaftskammer Österreich, 2003*
- Kropik Andreas/Stempkowski Rainer: Studie für die Berücksichtigung von Mehrkosten in Baubetrieben durch die Einführung der LKW-Maut ab 1.Jänner 2004 – Perchtoldsdorf: Studie, 2004*
- Kurbos Rainer: Baurecht in der Praxis: Wie Sie mit Recht Gewinne erzielen, 4.Aufl – Frankfurt/Wien: Redline Wirtschaft bei Ueberreuter, 2003*
- Langer Elisabeth: Österreichisches und internationales Vergaberecht - Vergaberechtliche Regelungen in Österreich unter Berücksichtigung internationaler Verpflichtungen – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1990*
- Langer Hans: Die Bauvertragsnorm B 2110, 3.Aufl – Wien: Verlag Österreich, 2003*
- Längle Philipp: Das Entgelt beim Bauvertrag – Wien: Orac, 1999*

Larcher Gert: Die neuen ÖNORMen des Verdingungswesens A 2060 und B 2110, RdW, 1984

Latzenhofer Alexander: Angebotsbewertung im Verhandlungsverfahren, ZVB, 2002/69

-, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, ZVB, 2002/83

Link Doris, Risikobewertung von Bauprozessen Modell ROAD - Risk and Opportunity Analysis Device (Dissertation) – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 1999

Löffelmann Peter/Korbion Hermann (Hrsg): Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag – Düsseldorf: Werner-Verlag, 1990

Lukas Meinhard: Zur Haftung beim anfänglichen unbeheblichen Mangel – Zugleich ein Beitrag zur Unmöglichkeitstheorie, JBl 1992

Mazal Wolfgang: Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag?, ecolex, 1997

Oberndorfer Wolfgang: Transportbeton-Index 2004, 1.Überarbeitung (Dezember 2003) – Wien: Forschungsbericht, 2003

-, Übergang von der alten Betonnorm B 3307 auf die neue Betonnorm B 4710-1 und ihre Auswirkung auf Bauverträge, Österreichische Bauzeitung, 2003

-, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag - Bd 1 – Wien: Manz, 2003

-, Skriptum zum Seminar ‚Unternehmensplanung‘ – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU-Wien, 2003

-, Skriptum zur Vorlesung ‚Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure‘ – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU-Wien, 2002

-, Die Produktionsfunktion im Baubetrieb und ihre Bedeutung für das Verständnis von Mehrkostenforderungen oder die bauwirtschaftliche Sicht (III), ÖGEBAU-Journal, 2002

-, Die Vergütung bei Mengenänderungen, ÖGEBAU-Journal, 2001

-, Die 20%-Klausel in der ÖNORM B 2110, Der Sachverständige, 1995

-, Gratwanderung, Vertiefte Angebotsprüfung – Ausscheiden von Angeboten, Österreichische Bauzeitung, 1992

Oberndorfer Wolfgang/Jodl Hans Georg: Handwörterbuch der Bauwirtschaft – Wien: Österreichisches Normungsinstitut, 2001

Oberndorfer Wolfgang/Kropik Andreas: Preisumrechnung von Bauleistungen – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1992

Oberndorfer Wolfgang/Kuckacka Martin: Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen – Wien: Manz, 2002

Oberndorfer Wolfgang/Stieber Godfried: Die Kalkulation von Baupreisen – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1986

Oberndorfer Wolfgang/Straube Manfred P. et al: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 3.Aufl – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2003

Oberndorfer Wolfgang/Straube Manfred P.: Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1997

Oberndorfer Wolfgang/Straube Manfred P.: Mehrvergütung bei Bauverträgen, ÖIAZ, 1988

Oberndorfer Wolfgang/Rasinger Wilhelm G.: Baustellen- und Baubetriebsanalyse – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1982

Oberndorfer Wolfgang/Schwarz Herwig: Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB, 2001/60

Oberndorfer Wolfgang/Wolkerstofer Herbert: Der Bauvertrag aus ganzheitlicher Sicht – Wien: Manz, 2004

ÖGEBAU (Hrsg): Forschungsprojekt „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ – Wien: Eigenverlag, 1981

Opitz Marc: Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002, RPA, 2003

Österreichisches Normungsinstitut: ÖNORM B 2117 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Straßen sowie den damit im Zusammenhang stehenden Landschaftsbau‘ - Werkvertragsnorm, Ausgabe April 2002 – Wien: Eigenverlag, 2002

-, ÖNORM A 2050 ‚Vergabe von Aufträgen über Leistungen, Ausschreibung, Angebot, Zuschlag‘ - Verfahrensnorm, Ausgabe März 2002 – Wien: Eigenverlag, 2002

-, ÖNORM B 2110 ‚Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen‘ - Werkvertragsnorm, Ausgabe März 2002 – Wien: Eigenverlag, 2002

-, ÖNORM B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘ - Werkvertragsnorm, Ausgabe Mai 2000 – Wien: Eigenverlag, 2000

-, ÖNORM B 2111 ‚Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen‘ - Werkvertragsnorm, Ausgabe Jänner 1992 – Wien: Eigenverlag, 1992

-, ÖNORM B 2061 ‚Preisermittlung von Bauleistungen‘ - Verfahrensnorm, Ausgabe September 1999 – Wien: Eigenverlag, 1999

-, ÖNORM B 1801-1 ‚Kosten im Hoch- und Tiefbau Kostengliederung‘ - Ausgabe Mai 1995 – Wien: Eigenverlag, 1995

-, ÖNORM B 2114 ‚Vertragsbestimmungen bei automatisationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen‘ - Werkvertragsnorm, Ausgabe April 1993 – Wien: Eigenverlag, 1993

Österreichische Notariatskammer (Hrsg): Festschrift für Kurt Wagner - zum 65. Geburtstag – Wien: Manz, 1987

Ostheim Rolf: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl, 1980

Pfeiler Peter: Nicht kostendeckender Preis, ZVB, 2001/7

Platzer Martin/Öhlinger Rudolf: EU-konforme Ausschreibungen, 2.Aufl – Wien: Verlag Österreich, 1998

Raschauer Bernhard (Hrsg): Österreichisches Wirtschaftsrecht, 2.Aufl – Wien: Manz, 2003

Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts - Erkenntnisverfahren, 6.Aufl – Wien: Manz, 2003

Reckerzügl Walter: Spekulation in der Bauwirtschaft, Gratwanderung zwischen Liberalisierung und Regulierung der Baupreisbildung (Dissertation) – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 2000

Reckerzügl Walter/Schwarz Herwig: 20%-Klausel - eine bauwirtschaftliche Analyse des ersten OGH-Urteils, Österreichische Bauzeitung, 2000

Reinbacher Petra: Schadenersatz im Vergaberecht – Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

Rummel Peter (Hrsg): Kommentar zum ABGB Bd I und II, 3.Aufl – Wien: Manz, 2000

-, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW, 1999

Schachinger Roland: Die Bauverzögerung – Wien: Orac, 1999

Schierenbeck Henner: Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 15.Aufl – Wien: Oldenburg, 2000

Schopf Adolf: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft – Wien: Wirtschaftsverlag, 2000

-, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers – Wien: Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1992

Schubert Eberhard: Die Erfassbarkeit des Risikos der Bauunternehmung bei Angebot und Abwicklung einer Baumaßnahme – Düsseldorf: Wernerverlag, 1971

Schwartz Walter: Bundesvergabegesetz – Wien: Manz, 2003

Schwarz Herwig: Die allgemeine Systematik der Vergabekriterien angewandt auf die Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Dissertation) – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 2001

Schwarz Herwig/Reckerzügl Walter: Skriptum zur Vorlesung ‚Verdingungswesen für Bauleistungen‘ – Wien: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, 2003

Schwarz Ulrike: Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht – Wien: Orac, 1994

Schwimann Michael (Hrsg): ABGB Praxiskommentar Bd I bis VIII, 2.Aufl – Wien: Orac-Verlag, 1997

Stowasser: Lateinisch – deutsches Schulwörterbuch – Wien: öbv&hpt Verlagsgesellschaft, 1994

Straube Manfred P.: Unterlagen zur Vorlesung ‚Vertrags- und Haftungsrecht‘ – Wien: Institut für Rechtswissenschaften, 2001

Straube Manfred P./Aicher Josef (Hrsg): Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd II Rechtssicher bauen – Wien: Manz, 2001

-, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Bd I Rechtssicher planen und Verträge schließen – Wien: Manz, 2000

Sturm Oliver: Ausschreibungswiderruf und Schadenersatz nach dem Bundesvergabegesetz, RPA, 2004

Thaler Christian A.: Veränderung der Preise wegen rückwirkender Kollektivvertragsänderung, ecolex, 2000

Thienel Rudolf: Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB, 2003/28

-, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ, 1993

-, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, wbl, 1993

Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs (Hrsg): ÖBGL Österreichische Baugeräteliste – Wien: Eigenverlag, 1996

Vygen Klaus/Böggering Peter (Hrsg): Dem Baurecht ein Forum - Festschrift für Götz von Craushaar zum 65.Geburtstag – Düsseldorf: Werner, 1997

Walter Robert/Mayer Heinz: Bundesverfassungsrecht, 9.Aufl – Wien: Manz, 2002

-, Verwaltungsverfahrenrecht, 7.Aufl – Wien: Manz, 1999

Welser Rudolf: Vertretung ohne Vollmacht - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo – Wien: Manz, 1970

Schrifttumsverzeichnis

-, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ, 1973

Wenger Karl: Das Recht der öffentlichen Aufträge – Wien: Jupiter-Verlag, 1977

Wenusch Hermann: Der Bauwerkvertrag als Einheitspreisvertrag – Auswirkungen quantitativer Veränderungen, ecolex, 1998

Wilhelm Georg: Rechtsfortbildung im BVergG: Anspruch auf Erfüllungsinteresse, ecolex, 2000

-, Beschädigung des Bauwerks vor Übernahme, ecolex, 2000

-, Bestbieters Sieg im Vergabestreit – Wien: Manz, 1999

-, Verdienstentgang wegen Körperverletzung, ecolex, 1996

Winkler Martina: Vergaberecht „Quo vadis“, ÖGEBAU-Journal, 2001

Wittig Oliver: Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts – Düsseldorf: Werner Verlag, 1999

Wolkerstorfer Herbert/Lang Christian: Praktische Baukalkulation, 2.Aufl – Wien: Lindeverlag, 2002

Zehemer Franz: Automatische oder fakultative Umrechnung veränderlicher Preise in Bauverträgen nach ÖNORM B 2111?, ÖZW, 1985

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

<i>Abbildung 1: Morphologie des Marktes</i>	10
<i>Abbildung 2: Fixe und variable Kosten und ihr Zusammenhang mit Selbstkosten und Preis.....</i>	15
<i>Abbildung 3: Absenkstufen bei der Deckungsbeitragsrechnung</i>	16
<i>Abbildung 4: Aufbau der Kostenermittlung.....</i>	18
<i>Abbildung 5: Übersicht über die Vergaberichtlinien der EG.....</i>	32
<i>Abbildung 6: Schwellenwertregelung gem BVergG 2002</i>	40
<i>Abbildung 7: Ablaufschema für das offene Verfahren.....</i>	47
<i>Abbildung 8: Ablaufschema für ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung</i>	47
<i>Abbildung 9: Ablaufschema für ein nicht offenes Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung</i>	48
<i>Abbildung 10: Ablaufschema für ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung</i>	49
<i>Abbildung 11: Ablaufschema für ein Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung</i>	51
<i>Abbildung 12: Fristen zur Stellung von Teilnahmeanträgen bzw zur Legung von Angeboten</i>	52
<i>Abbildung 13: Präklusionsfristen für Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.....</i>	61
<i>Abbildung 14: Gliederung des ABGB.....</i>	64
<i>Abbildung 15: Schematische Übersicht über die Vermögensschäden.....</i>	73
<i>Abbildung 16: Übersicht über die Vertragsbestimmungen der ÖNORM B 2110</i>	82
<i>Abbildung 17: Zusammenhang zwischen Preisumrechnungsgrundlagenveränderung, Preisumrechnung und Leistungsabgrenzung</i>	90
<i>Abbildung 18: Bauvertragstypen</i>	94
<i>Abbildung 19: Überblick über die Anspruchsgrundlagen beim klassischen Bauwerkvertrag</i>	98
<i>Abbildung 20: Systematik zur Geltendmachung von Mehrkosten aus Sicht des Werkunternehmers</i>	100
<i>Abbildung 21: Ursache-Wirkungs-Kette bei kollektivvertraglichen Lohnerhöhungen ..</i>	106
<i>Abbildung 22: Ursache-Wirkungs-Kette bei Materialkostenerhöhungen</i>	107
<i>Abbildung 23: Ursache-Wirkungs-Kette bei Motivirrtümern.....</i>	107
<i>Abbildung 24: Ursache-Wirkungs-Kette bei Einführung bzw Änderung von Steuern oder Abgaben</i>	108
<i>Abbildung 25: Ursache-Wirkungs-Kette bei bei Änderung von Standards.....</i>	109
<i>Abbildung 26: Ursache-Wirkungs-Kette bei Verzögerungen</i>	110

<i>Abbildung 27: Ursache-Wirkungs-Kette bei Entfall günstiger Beschaffungskonditionen durch Verzögerungen.....</i>	<i>111</i>
<i>Abbildung 28: Kategorisierung der Kostengrundlagenveränderungsarten</i>	<i>111</i>
<i>Abbildung 29: Schematische Darstellung der Zuschlagsfrist bei ungestörtem Ablauf bei offenen und nicht offenen Verfahren – Regelfall</i>	<i>117</i>
<i>Abbildung 30: Zusammenhang zwischen Preisumrechnungsgrundlagenveränderung, Preisumrechnung und Leistungsabgrenzung unter Berücksichtigung vorvertraglicher wertmäßiger Kostengrundlagenveränderungen – im Normalfall.....</i>	<i>118</i>
<i>Abbildung 31: Konstellation zweier Preisumrechnungstichtage während der Zuschlagsfrist.....</i>	<i>119</i>
<i>Abbildung 32: Idealisierende Darstellung der gem Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2111 zu vergütenden Mehrkosten bei Berücksichtigung vorvertraglicher wertmäßiger Kostengrundlagenveränderungen</i>	<i>121</i>
<i>Abbildung 33: Schematische Darstellung des Verschiebens des Endes der Zuschlagsfrist durch in Anspruch genommene Rechtsmittel</i>	<i>141</i>
<i>Abbildung 34: Schematische Darstellung der „aufgezwungenen“ Zuschlagsfristverlängerung.....</i>	<i>142</i>
<i>Abbildung 35: Schematische Darstellung der Zuschlagsfristregelung der Mezzaninstellung.....</i>	<i>153</i>