



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
WIEN

VIENNA  
UNIVERSITY OF  
TECHNOLOGY

# DIPLOMARBEIT

Master's Thesis

## Die Bedeutung der K-Blätter im Vergabeverfahren und bei der Vertragsabwicklung

The relevance of calculation-sheets in the award procedure and in the contractual  
period

*ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades eines Diplom-  
Ingenieurs unter der Leitung von*

*Univ.Prof. DI Dr.techn. Andreas Kropik*

*und als verantwortlich mitwirkenden Assistenten*

*Univ. Ass. DI Christian Maier*

am

**Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement**

eingereicht an der Technischen Universität Wien

Fakultät für Bauingenieurwesen

von

**Udo Weidenhoffer**

**9425119**

Karlsplatz 13, A – 1040 Wien

Wien, im September 2007

.....

Vorwort:

„Inwiefern soll bitte die Baukalkulation an sich noch eine Bedeutung haben, außer für die Berechnung von Preisen?“

Eine solche oder ähnliche Frage könnte ein Nichtfachkundiger berechtigterweise aufwerfen, wenn die Rede von der Bedeutung der „Kalkulationsformblätter“ oder der „Baukalkulation“ ist. Der unbedarfte Leser wird nach kurzer Beschäftigung mit der Vergabe von Bauleistungen und des Bauvertrages zum Schluss kommen, dass die Bedeutung der Baukalkulation und der K-Blätter mehr umfasst als nur die Preisberechnung, beispielsweise wenn er vom Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen oder von den Preisgrundlagen des Vertrages erfährt. Die K-Blätter haben in diesem Zusammenhang eine beachtliche Bedeutung.

Will man diese näher ergründen, so ist es für den Bauingenieur des 21. Jahrhunderts unumgänglich, interdisziplinär zu arbeiten und sich mit Aspekten anderer wissenschaftlicher Disziplinen auseinanderzusetzen, wie z.B. den Rechtswissenschaften. Schließlich sind es Gesetze, Normen und höchstgerichtliche Entscheidungen, die die öffentliche Auftragsvergabe bzw. das Bauvertragsrecht regeln bzw. wesentlich beeinflussen, und damit die Bedeutung der K-Blätter hervorheben oder aber eingrenzen. Ein interdisziplinäres Arbeiten, wie es in der vorliegenden Arbeit erfolgt ist, kann dabei durchaus spannend und interessant sein.

In diesem Sinne gilt mein Dank Herrn Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Andreas Kropik und Herrn O.Univ. Prof. i. R. Dipl.-Ing. Dr. techn. Wolfgang Oberndorfer für die Ausgabe und die Anregung zu diesem Thema.

Ein besonderer Dank gilt auch meiner Familie und meiner Freundin Eva für die Unterstützung während dieser Arbeit.

Wien, 1. September 2007

Udo Weidenhoffer

Kurzfassung:

Im ersten Themenblock dieser Arbeit wird die Frage nach der Bedeutung der K-Blätter in der Phase der öffentlichen Auftragsvergabe behandelt. Dabei wird herausgearbeitet, dass die Nichtabgabe der K-Blätter mit dem Angebot einen behebbaren Mangel darstellt, der nicht zum Ausscheiden des Angebots berechtigt. Sehr ausführlich wird der Frage des angemessenen Preises und des Hintergrundes der Vergabe zu angemessenen Preisen nachgegangen. Ein angemessener Baupreis kann nicht in Form eines absoluten Zahlenwertes dargestellt werden, sondern bewegt sich innerhalb einer Bandbreite. Auf dieser Tatsache aufbauend wird analysiert, welche Kostenteile in den K-Blättern mindestens angesetzt werden müssen, um bei der vertieften Angebotsprüfung von einem vergaberechtlich noch angemessenen Preis sprechen zu können. Die Diktion des BVergG ist dabei betriebswirtschaftlich nicht eindeutig und spricht von „direkt zuordenbaren Kosten“, deren Ansatz in den Einheitspreisen überprüft werden kann. Liegt ein angebotener Baupreis unter den „direkt zuordenbaren Kosten“, so bedeutet das trotzdem noch nicht, dass dieser unangemessen ist. Nach BVergG sind nämlich „außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter verfügt“ bei der Preisprüfung zu berücksichtigen. Gelingt dem Bieter der Nachweis, ist das Angebot ev. sogar zuschlagswürdig.

Im Zusammenhang mit spekulativen Preisverschiebungen können die K-Blätter wesentliche Hinweise zu deren Enttarnung liefern, da die K-7 Kalkulation die kalkulativen Ansätze und Schritte i.d.R. sehr detailliert ausweist. Um herauszufiltern, wonach in den K-Blättern zu suchen ist, um spekulative Verschiebungen zu erkennen, wird ein „rezeptartiges“ Prüfungsschema erstellt.

Im zweiten Themenblock wird die Frage nach der Bedeutung der K-Blätter in der Phase der Vertragsabwicklung erörtert. Es wird zunächst untersucht, welche generelle Relevanz Kalkulationsannahmen in den K-Blättern haben. Dies kann bedeutsam sein, wenn es um Fragen der konkreten Vertragsauslegung geht, spekulative oder vorbeugende Claim-Ansätze im K-7 Blatt getätigt wurden oder der Unternehmer sich beispielsweise in seinen Kalkulationsansätzen geirrt hat (Kalkulationsirrtum). Kalkulationsannahmen in den K-Blättern sind u.a. dann von hoher Relevanz, wenn sie vom AG nachweislich vertieft geprüft wurden und der AG daraufhin dem Angebot den Zuschlag erteilt hat. Ein spekulativer oder vorbeugender Claim-Ansatz ist dann voll wirksam und ein Kalkulationsfehler, der unter „normalen“ Umständen unbeachtlich wäre, kann zu einer irrtumsrechtlichen Vertragsanfechtung berechtigen, sofern auch noch § 871 ABGB erfüllt ist.

Die K-Blätter im Zusammenhang mit Leistungsänderungen sind insofern bedeutsam, da Preise geänderter oder zusätzlicher Leistungen grundsätzlich auf den Preisgrundlagen des

Vertrages aufbauen müssen. Es wird verifiziert, was genau unter den Preisgrundlagen zu verstehen ist und welche Preisteile in den K-Blättern zur Berechnung der neuen Preise heranzuziehen sind. Weiters wird detailliert dargelegt, wie konkret neue Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen mit Hilfe der Preisgrundlagen aus den K-Blättern berechnet werden können. Den Abschluss bildet die Problematik von Leistungsänderungen in Positionen, die an einen Subunternehmer vergeben werden. Hier wird u.a. der Fall des Nichtvorliegens einer Subunternehmerkalkulation (K-Blätter) behandelt.

Es zeigt sich, dass die K-Blätter neben der unternehmensinternen Preisermittlung für Bauleistungen eine beachtliche rechtliche und bauwirtschaftliche Bedeutung in den beiden Projektphasen haben.

Abstract:

The first part of this thesis examines the significance of calculation sheets in the award procedure. It will be worked out that submitting an offer without handing over the calculation sheets at the same time is to be qualified as remediable defect, which does not lead to the possibility to reject the offer. The question of the reasonable price and its relevance in the award procedure will be discussed in detail. A reasonable building price cannot be determined as an absolute numerical value, but lies within a certain scope. Based on this fact it will be analysed which costs have at a minimum to be determined in the calculation sheets to obtain a reasonable price in the detailed evaluation of bids. The wording in the Purchase Contract Awards Act 2006 ("*Bundesvergabegesetz 2006*") is – from an economic point of view – ambiguous and refers to "directly attributable costs", whose basis approach can be reviewed in the unit prices of the calculation sheets. However, an offered building price which is lower than the "directly attributable costs" needs not to be necessarily unreasonable as, according to the Purchase Contract Awards Act 2006, "extraordinary favourable conditions of the bidder" have also to be taken into account. In case the bidder can prove such conditions, the bid might still be accepted.

Calculation sheets can also make a significant contribution to discover speculative price shiftings, as the calculations set forth in the calculation sheet "K-7" are in general very detailed. To be able to find out where to search in the calculation sheets to discover the speculative price shiftings, a "recipe-like" examination scheme will be developed.

In the second part of this thesis the significance of the calculation sheets during the contractual period will be discussed. First, the general relevance of calculation assumptions in the calculation sheets will be examined. This can be relevant in the context of contract interpretations, in case speculative or preventive claim-approaches have been made in the calculation sheet "K-7" or in case an entrepreneur has erred e.g. with his calculation approaches (calculation error). Calculation assumptions in the calculation sheets are of particular high relevance if they have been verifiably and detailed examined by the principal ("AG") and as a result of that the offer has been awarded. A speculative or preventive claim-approach is fully effective in this case and a calculation error, which would be unremarkable under "normal" circumstances, could in such a case (in case also the legal requirements as set forth in para 871 of the Austrian Civil Code ("*ABGB*") are fulfilled) lead to a contractual claim.

Calculation sheets can also be relevant in case of a subsequent amendment of the contractually agreed performances as the prices of such amended or additional performance have to be calculated according to the price calculation basis as set forth in the contract.

Thus, the term “price calculation basis” will be examined, as well as which parts of the prices in the calculation sheets have to be taken into account when the new prices are calculated. In addition, it will be shown how accurate the new prices can be calculated according to the price calculation basis as set forth in the calculation sheets.

Last but not least, the problem of amendments of contractually agreed performances, which have been passed on to a sub-contractor, will be reviewed - in particular the case, that the sub-contractor has not issued calculation sheets himself.

It has been revealed, that calculation sheets (besides in house price fixing) have a considerable legal and constructive-economical significance in the award procedure as well as in the contractual period.

Abkürzungsverzeichnis:

a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AG	Auftraggeber
AGB, AGBs	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AN	Auftragnehmer
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
A.u.V.	Abschreibung und Verzinsung
bbl	Baurechtliche Blätter (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BRD)
BGH	Bundesgerichtshof
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BstGK	Baustellengemeinkosten
BVA	Bundesvergabebeamte
BVergG	Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. 17/2006
B-VKK	Bundes-Vergabekontrollkommission
bzw.	beziehungsweise
diesbzgl.	diesbezüglich
EFB	Einheitliche Formblätter (BRD)
EHP	Einheitspreis
dgl.	dergleichen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FN	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GGK	Geschäftsgemeinkosten, Zentralregie
GU	Generalunternehmer
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne, im eigentlichen Sinn
inkl.	inklusive
i.S.	im Sinne
KV	Kollektivvertrag
KW	Kilowatt
LÄ	Leistungsänderung

LV	Leistungsverzeichnis
Ma	Mann
Mah	Mannstunden
m.E.	meines Erachtens
MLP	Mittellohnpreis
MKF	Mehrkostenforderung
MLK	Mittellohnkosten
NÖT	Neue Österreichische Tunnelbaumethode
o.a.	oben angeführt
o.ä.	oder ähnliches
o.e.	oben erwähnt
od.	oder
OÖ	Oberösterreich
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖBGL	Österreichische Baugeräteliste
Ph	Personenstunden
Pkt.	Punkt
Rep.	Reparaturentgelt
Rdn.	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (Zeitschrift)
Rz	Randziffer
RZ	Richterzeitung (Zeitschrift)
S.	Seite
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
Stmk	Steiermark
s.u.	siehe unten
SUB	Subunternehmer
t.w.	teilweise
u.U.	unter Umständen
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
v.a.	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VHB	Vergabehandbuch des Bundes (BRD)
VKS (Wien)	Vergabekontrollsenat Wien
VKS (Stmk)	Vergabekontrollsenat Steiermark

VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (BRD)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
zus.	zusätzlich
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis
zw.	zwischen

## Inhaltsverzeichnis:

Vorwort:	2
<b>1. Einleitung</b>	<b>13</b>
1.1 Allgemeines und Einführung in die Thematik	13
1.2 Grundsätzliches zur Baukalkulation und zur ÖNORM B 2061	15
1.3 Die ÖNORM B 2061 und die K-Blätter zur Preisermittlung	17
1.3.1 Ziele und Zweck der ÖNORM B 2061	17
1.3.2 Die ÖNORM B 2061 als Kalkulationsgrundlage der Baubranche	19
1.3.3 Die K-Blätter der ÖNORM B 2061	20
<b>2. Die Bedeutung der K-Blätter in der Vergabephase nach BVergG (Öffentlicher AG)</b>	<b>28</b>
2.1 Einleitung	28
2.2 Die Rolle der K-Blätter beim Ausschneiden von Angeboten	37
2.3 Die Preisangemessenheit und die K-Blätter in der Phase der vertieften Angebotsprüfung	41
2.3.1 Einleitung	41
2.3.2 Der angemessene Preis	43
2.3.2.1 Hintergrund der Vergabe zu angemessenen Preisen	43
2.3.2.2 Wann ist ein Preis angemessen? Die Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung	44
2.3.2.3 Der unangemessen niedrige Angebotspreis	58
2.3.2.4 Der unangemessen hohe Preis bei öffentlichen Bauaufträgen	60
2.3.2.5 Exkurs: Der unangemessen hohe Preis im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen und als Betrug	61
2.3.2.6 Der unangemessen hohe Preis bei ungestörtem Wettbewerb	68
2.3.3 Die Rolle der K-Blätter bei Aufklärungen und der vertieften Angebotsprüfung	70
2.3.3.1 Das Wesen der vertieften Angebotsprüfung und der Aufklärungen im Zusammenhang mit den K-Blättern	70
2.3.3.2 Vertiefte Prüfung der K-Blätter – Welche Kosten müssen angesetzt werden?	72
2.3.3.3 Die Wertung von niedrigen Positionspreisen und von Bietererläuterungen zu den K-Blättern	80
2.3.3.4 Die Bedeutung der K-Blätter und der Preisaufklärung bei Subunternehmerleistungen im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung	83
2.3.3.5 Diskussion der BVA Entscheidungen (BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58 und BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8) im Zusammenhang mit den K-Blättern der Kalkulation	89
2.3.3.6 Angebotspreissimulation und Bieterreihenfolgesturz bei Mengenänderungen	96

---

2.3.4	Die K-Blätter im Zusammenhang mit spekulativen Angeboten	98
2.3.4.1	Das Wesen spekulativer Angebote	98
2.3.4.1.1	Einleitung und Abgrenzung des Begriffs der Spekulation aus bauwirtschaftlicher Sicht	98
2.3.4.1.2	Arten von spekulativen Preisverschiebungen in den K-Blättern	107
2.3.4.2	Erkennen von Spekulationen in den K-Blättern	111
2.3.4.2.1	Einleitung	111
2.3.4.2.2	Die K-Blätter bei der Aufdeckung spekulativer Preisverschiebungen	112
2.3.4.2.3	Instrument Preisspiegel	119
2.3.4.2.4	Instrument Kostenschätzung und Preisermittlung des AG	119
2.3.4.2.5	Instrument Preisdatenbank des AG	121
2.3.4.2.6	Die Rolle von Aufklärungen beim Erkennen von Spekulationen	122
2.3.4.2.7	Instrument Angebotspreissimulation	125
2.3.4.2.8	Resümee zum Erkennen spekulativer Angebote	129
2.3.4.2	Spekulationen vor dem Hintergrund der vorvertraglichen Warnpflicht	129
2.3.4.3	Behandlung spekulativer Angebote	137
2.3.4.3.1	Einleitung	137
2.3.4.3.2	Behandlung spekulativer Angebote nach dem BVergG	137
2.3.4.3.3	Zweckmäßige Behandlung spekulativer Angebote aus AG-Sicht	141
<b>2.4</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>148</b>
<b>3.</b>	<b>Die Bedeutung der K-Blätter in der Vertragsphase</b>	<b>151</b>
<b>3.1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>151</b>
<b>3.2</b>	<b>Die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern</b>	<b>153</b>
3.2.1	Einleitung	153
3.2.2	Offenlegung der K-Blätter erfolgt vor Vertragsabschluss	154
3.2.2.1	K-Blätter wurden mit dem Angebot offengelegt	154
3.2.2.2	K-Blätter wurden bei der vertieften Angebotsprüfung vom AG geprüft	157
3.2.2.3	K-Blätter wurden nach Angebotsabgabe offengelegt	161
3.2.3	Offenlegung der K-Blätter nach Vertragsabschluss	162
3.2.4	Die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern für den Vertrag	163
<b>3.3</b>	<b>Die Bedeutung der K-Blätter bei Zusatzangeboten (Nachträgen) aufgrund von Leistungsänderungen</b>	<b>165</b>
3.3.1	Leistungsänderungen nach ABGB und ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2117 und ÖNORM B 2118	165
3.3.2	Kriterium der Notwendigkeit und Zumutbarkeit von LÄ	168
3.3.3	Arten von Leistungsänderungen nach der ÖNORM B 2110	171
3.3.3.1	Änderung der Art der Leistung	172
3.3.3.2	Änderung der Umstände der Leistungserbringung	173

3.3.3.3	Mengenänderungen – 20% Klausel _____	174
3.3.3.4	Zusätzliche Leistungen _____	175
3.3.3.5	Änderung des Umfangs einer Leistung _____	176
3.3.3.6	Sonderfälle _____	177
3.3.4	Die Bedeutung der K-Blätter und der Preisgrundlagen bei LÄ _____	178
3.3.4.1	Grundgedanke des Rückgriffs auf die Preisgrundlagen des Vertrages _____	178
3.3.4.2	Was sind Preisgrundlagen? _____	180
3.3.4.3	Spekulative Einheitspreise als Preisgrundlage? _____	194
3.3.5	Ableitung von neuen Preisen (Nachtragspreisen) aus den K-Blättern _____	198
3.3.5.1	Analoge Kosten(Preis)fortschreibung _____	198
3.3.5.2	Die Bedeutung der K-Blätter bei LÄ von Subunternehmerleistungen _____	208
<b>3.4</b>	<b>Zusammenfassung _____</b>	<b>211</b>

# 1. Einleitung

## 1.1 Allgemeines und Einführung in die Thematik

Unter der Baukalkulation wird die Ermittlung von Kosten und Preisen für Bauleistungen vor der Leistungserbringung verstanden.<sup>1</sup> Beschäftigt man sich näher mit der österreichischen Baukalkulation, so stößt man unweigerlich auf die Kalkulationsformblätter („K-Blätter“) der ÖNORM B 2061 auf deren Grundlage die Kalkulation der Preise (= die Preisermittlung) durchzuführen ist.

Der fachkundige Leser fragt sich möglicherweise, ob die Baukalkulation, neben der betriebsinternen Preisermittlung, nicht noch weitere wichtige Funktionen im Zuge der Bauprojektentwicklung (als Phase der Vergabe und der Vertragsabwicklung), hat. Will man demnach die Frage nach der Bedeutung der Baukalkulation in den oben genannten Projektphasen klären, so muss man sich fragen, wann und wo die K-Blätter in diesen Phasen eine Relevanz haben.

Der Erörterung dieser Frage widmet sich die vorliegende Arbeit, wobei zu Beginn neben einer detaillierten Vorstellung der K-Blätter und der ÖNORM B 2061 darauf eingegangen wird, „wozu“ man überhaupt die Kalkulation anhand der K-Blätter vornehmen muss (schließlich wäre ja auch eine völlig „form- und regelfreie“ Preisermittlung möglich), und ob man bei der ÖNORM-gerechten Kalkulation von einer Branchen-Usance sprechen kann, also von einer Art Handelsbrauch, was durchaus eine gewisse rechtliche Bedeutung haben kann.

In der Phase der (öffentlichen) Auftragsvergabe ist es der zentrale Grundsatz, Bauleistungen zu angemessenen Preisen zu vergeben, was u.a. folgende Fragen aufwerfen kann: Welche wirtschaftlich-rechtlichen Überlegungen stehen hinter diesem Grundsatz? Was ist genau unter einem angemessenen Preis zu verstehen und inwieweit haben die K-Blätter bei der Feststellung eines angemessenen Preises eine Bedeutung? Das Bundesvergabegesetz 2006 gibt zwar einige Hinweise zur Preisangemessenheit und enthält ein Prüfungsschema zur vertieften Angebotsprüfung, aber: Ist es eindeutig und immer klar, nach welchen Kosten(Preis-)bestandteilen in den K-Blättern zu suchen ist, um den Baupreis angemessen und plausibel darstellen zu können, bzw. ab wann ist von einem unangemessenen Preis zu

---

<sup>1</sup> *Oberndorfer/Jodl*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe August 2001

sprechen und welche Konsequenzen hat das auf das Angebot des Bauunternehmers? Wie ist die Kalkulation für eine Leistung, die vom GU an einen Subunternehmer weitergegeben wird, auf Preisangemessenheit zu prüfen und wie sind Aufklärungen zu den K-Blättern zu werten? Kann eine Aufklärung („Preisaskunft“) des Bieters einen „an sich“ unangemessenen Preis in den K-Blättern angemessen und plausibel machen?

In der Bauwirtschaft sind auch spekulative Preisverschiebungen keine Seltenheit. Aufgrund deren Bedeutung (u.a.) für die Auftragsvergabe werden auch diese ausführlich behandelt, wobei beispielsweise dargelegt wird, welche Arten von Spekulationen es gibt – ob alle a priori gefährlich (nachteilig für den AG) sind und zu einem Überpreis führen, und v.a., wie die K-Blätter bei deren Aufdeckung helfen können? Im „Vergabeteil“ der Arbeit (Kapitel 2) wird auch laufend versucht, Entscheidungen des BVA, der B-VKK und der Höchstgerichte zur Beurteilung einzelner Sachverhalte heranzuziehen und an ausgewählten Stellen einen Seitenblick auf die deutsche Vergabepaxis zu werfen.

Im „Vertragsteil“ dieser Arbeit (Kapitel 3) wird einleitend hinterfragt, welche Relevanz die Kalkulationsansätze in den K-Blättern für die Abwicklung des Bauvertrages haben, wobei sich der thematische Kreis zur Phase der Auftragsvergabe zu schließen scheint, da es für die Relevanz der Kalkulationsansätze in den K-Blättern entscheidend sein kann, ob die K-Blätter in der Vergabephase vertieft geprüft wurden. Die begleitenden Fragen in der „Vertragsphase“ werden u.a. sein: Kann man den Bauvertrag aufgrund eines Kalkulationsfehlers im K-7 Blatt anfechten und welche Relevanz hat ein vorbeugender Claim-Ansatz in den K-Blättern für die Vergütung der Bauleistung? Welche Arten von LÄ gibt es und inwieweit haben die K-Blätter eine Bedeutung für die Bildung eines neuen Preises für eine geänderte oder zusätzliche Leistung? Gemäß ÖNORM B 2110 (siehe Punkt 1.3.1.) und B 2117 (siehe Punkt 3.3.1.) sind die neuen Preise auf den Preisgrundlagen des Vertrages zu berechnen: Welche Ansätze aus den K-Blättern kann man demnach für die Neupreisbildung heranziehen und inwieweit sind die Bestimmungen der ÖNORMEN B 2110 und B 2117 einerseits und jene des Entwurfs der ÖNORM B 2118 (siehe Punkt 3.3.1.) und der ÖNORM Regel ONR 22117 (siehe Punkt 3.3.4.2.) andererseits, in sich schlüssig, gehen doch letztere bei der Neupreisbildung von den Preiskomponenten, Leistungs- u. Mengenansätzen vergleichbarer Positionen aus? In diesem Zusammenhang soll in der vorliegenden Arbeit auch die grundsätzliche Frage „Was sind Preisgrundlagen?“ nicht ausgeklammert werden und in einer Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Fachliteratur die begriffliche Abgrenzung der Preisgrundlagen näher beleuchtet werden. In der Phase der Vertragsabwicklung wird auch die bauwirtschaftliche Spekulation behandelt, wobei in erster Linie analysiert wird, ob spekulative EHP bei der Bildung neuer Preise fortgeschrieben werden müssen. Den Abschluss der Arbeit bildet eine Betrachtung der

Subunternehmerkalkulation (K-Blätter des SUB) bei LÄ und die Frage, wie neue Preise für geänderte und zusätzliche Leistungen konkret aus den Preisgrundlagen der K-Blätter zu berechnen sind, wobei die Vorgangsweise anhand von kleinen Beispielen demonstriert wird. Auch im „Vertragsteil“ der Arbeit wird an ausgewählten Stellen ein Seitenblick auf die bauwirtschaftlichen und rechtlichen Usancen in der BRD geworfen.

## 1.2 Grundsätzliches zur Baukalkulation und zur ÖNORM B 2061

Die Spezifika des Baumarktes<sup>2</sup> und die Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Baupreisen vor Augen versucht der Bauunternehmer im Zuge einer Kalkulation alle auftretenden Kosten im Vorhinein zu erfassen um darauf aufbauend zu einem Angebotspreis zu gelangen.

Unter einem Baupreis wird allgemein der i.d.R. monetäre Tauschwert für eine vertraglich vereinbarte und beschriebene Bauleistung ohne Mängel verstanden. Die Detailkalkulation, auch K-7 (Blatt) Kalkulation genannt, beschreibt dabei u.a. wie die einzelnen Positionspreise respektive der Angebotspreis zustande gekommen sind bzw. wie sich diese im Detail zusammensetzen.

Durch die Detailkalkulation, welche anhand der Kalkulationsformblätter (K-Blätter) der ÖNORM B 2061 „Preisermittlung für Bauleistungen - Verfahrensnorm“<sup>3</sup> durchgeführt werden kann, wird auch ein nicht unerheblicher Anteil an firmeninternen Daten und Informationen dargelegt.

Diese Tatsache wird jedenfalls insofern unproblematisch sein, solange diese detaillierte Kalkulation ausschließlich dem unternehmensinternen Zweck der Ermittlung von Baupreisen dient und nicht dazu verwendet wird, um Dritten Einblick in die Kalkulation zu gewähren bzw. Erklärungen über die Kalkulation zu erteilen.

Gerade dies ist aber i.d.R. der Fall – die Detailkalkulation hat neben der Baupreisermittlung nämlich als eine von weiteren wichtigen Funktionen bei der Projektabwicklung die Erläuterung der Preiszusammensetzung gegenüber Dritten.

Die Baukalkulation wird in Abhängigkeit von den zu durchlaufenden Projektphasen bzw. von den Adressaten in mehrere Arten unterteilt:

---

<sup>2</sup> Siehe dazu *Oberndorfer*, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ an der TU-Wien, Auflage März 2000, S.1ff

<sup>3</sup> ÖNORM B 2061 „Preisermittlung von Bauleistungen“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 1999-09-01, („ÖNORM B 2061“)

Die Vorkalkulation, auch Nullkalkulation genannt, stellt die wahrheitsgetreue („ungeschminkte“) und objektive Ermittlung vollkostendeckender Preise dar, wobei der Adressat die Geschäftsführung des Bauunternehmens ist.

Diese führt in der Folge mit Hilfe des Kalkulanten Preisverschiebungen und –anpassungen durch (Umlagerungen aufgrund eines Informations- oder Know-How Vorsprungs oder echten spekulativen Überlegungen, Gewährung von Nachlässen, etc.), um ein günstiges Angebot zu legen, das die Chancen auf Auftragserhalt erhöhen soll (= Angebotskalkulation).

Die Anpassung der Angebotskalkulation an die eventuell nach Zuschlagserteilung einvernehmlich festgelegten Änderungen des Bau-SOLL wird Auftragskalkulation bezeichnet und bezieht sich auf die beauftragte Leistung unter Berücksichtigung von z.B. entfallenen Leistungen, Annahme von Alternativen, Preisumrechnungen, etc..

Erweisen sich derartige Anpassungen als nicht notwendig, so ist die Angebotskalkulation ident mit der Auftragskalkulation und wird direkt Vertragsgrundlage bzw. die ihr entnommenen Preise (Einheits- bzw. Pauschalpreise) Inhalt des Bauvertrages.

Adressat der Angebots- bzw. Auftragskalkulation ist der Auftraggeber.

Bei der Arbeitskalkulation<sup>4</sup> wird ausgehend von der Auftragskalkulation diese in einzelne, getrennt nachvollziehbare Arbeitsabläufe zerlegt, wobei die aktuellen baubetrieblichen Festlegungen (Bauablauf, Geräte, Bauverfahren, etc..) und die aktuellen Kosteninformationen einfließen (Lohn-, Stoff-, Nachunternehmer-, und Professionistenkosten, etc.).

Preisverschiebungen, Umlagen und andere (z.B. spekulative) Preisverzerrungen werden entfernt, um die Bauleistung auf Grundlage realistischer Kostenansätze zu bewerten. Die Arbeitskalkulation stellt die Plankostenrechnung der Bauausführung dar und entspricht auch einer ersten Prognose des Baustellenergebnisses, weist aber noch keine IST-Kosten aus.

Adressaten der Arbeitskalkulation sind die Bauleitung und die Geschäftsführung, da sie auch eine Zielvereinbarung zwischen diesen beiden Teilen darstellt.

Die oben erwähnten IST-Kosten werden durch eine den Baufortschritt begleitende Nachkalkulation erfasst, die den SOLL-Kosten der Arbeitskalkulation gegenübergestellt werden. Unter der traditionellen Nachkalkulation wird die Technische Nachkalkulation<sup>5</sup> verstanden, wobei die Mengenansätze der Kalkulation mit dem Mengenverbrauch der Baustelle verglichen werden (z.B. Lohnstundenaufwand oder Geräteeinsatzstunden).

---

<sup>4</sup> Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe August 2001

<sup>5</sup> Vgl. Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S.15

Eine weitere wichtige Kalkulationsart ist die Nachtragskalkulation, unter der eine Auftragskalkulation für einzelne geänderte und/oder zusätzliche Leistungen außerhalb des ursprünglich vereinbarten Bau-SOLL verstanden werden kann.

Im Rahmen der vorliegenden Diplomarbeit werden die K-Blätter der Angebotskalkulation und deren Bedeutung in der Vergabe- und Vertragsphase sowie die K-Blätter der Auftragskalkulation (i.d.R. ist diese bei einem öffentlichem Auftrag gleich der Angebotskalkulation, da ein Nachverhandeln nach Zuschlagserteilung grundsätzlich nicht möglich ist) behandelt. Beide sind auch Grundlage einer Nachtragskalkulation, welche unter Fortschreibung des Vertragspreisniveaus und auf Preisbasis der Angebotskalkulation erstellt wird.

Arbeits- und Nachkalkulation geben zwar grundsätzlich nicht das preisliche Niveau des Leistungsvertrages wieder, sie können aber im Falle des Fehlens einer Angebots- bzw. Auftragskalkulation u.U. eine (untergeordnete) Bedeutung für die Aufstellung und Bewertung eines allfälligen Nachtragsangebots haben. Eine direkte Verwendung von EHP, etc. aus der Arbeitskalkulation für neue Preise aus geänderten od. zus. Leistungen ist allerdings nicht möglich, da für neue Preise der Grundsatz der Beibehaltung des Vertragspreisniveaus gilt (siehe dazu noch ausführlich Kapitel 3.3).

### *1.3 Die ÖNORM B 2061 und die K-Blätter zur Preisermittlung*

#### **1.3.1 Ziele und Zweck der ÖNORM B 2061**

Die Kalkulationsformblätter K-3 bis K-7, welche noch an anderer Stelle (siehe Punkt 1.3.3.) im Detail vorgestellt werden, sind in der ÖNORM B 2061 enthalten, weshalb es sinnvoll erscheint, das Grundkonzept dieser wichtigen Kalkulationsnorm näher zu beleuchten.

Das Österreichische Normungsinstitut hat mit der ÖNORM B 2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“, eine Verfahrensnorm herausgegeben, die mehrere Ziele verfolgt.

Die in der ÖNORM B 2061 enthaltenen Richtlinien zur Ermittlung von Preisen für Bauleistungen sowie zur Darstellung der Kalkulation sollen helfen, den Berechnungsvorgang bei der Preisermittlung zu vereinheitlichen und leichter nachvollziehbar zu gestalten.

Die unter Punkt 3 der ÖNORM B 2061 angeführten Definitionen vieler für die Baukalkulation relevanter Begriffe sollen einen einheitlichen Sprachgebrauch fördern, um die betriebsinterne sowie externe Kommunikation (z.B. jene zwischen AN und AG) zu erleichtern und semantische Missverständnisse von Beginn an auszuräumen.

Der in der ÖNORM B 2061 beschriebene Aufbau einer normgerechten Baukalkulation stellt auch die Basis für die Erstellung von EDV-Kalkulationsprogrammen dar.

Wie oben erwähnt, handelt es sich bei der ÖNORM B 2061 um eine Verfahrensnorm. Diese ist nicht dazu bestimmt, Vertragsbestandteil zu werden.

Im Vergleich dazu sollen Werkvertragsnormen wie die prominenteste Vertreterin der Normen des österreichischen Bauwesens, die ÖNORM B 2110<sup>6</sup>, in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) in den Vertrag eingehen.

In der Praxis geschieht dies meist mit den AG besser stellenden, leicht modifizierten Bestimmungen, da der AG natürlich aus der Position des Verfassers der Vertragsbestimmungen dazu geleitet ist, dem AN diese besser stellenden Bestimmungen zu überbürden. Dieser Vorgangsweise ist allerdings mit den Rechtsinstrumenten der „Gröblichen Benachteiligung“ und der „Sittenwidrigkeit“ des bürgerlichen Rechts eine Grenze gesetzt.

Die ÖNORM B 2061 geht in ihrem Grundkonzept von der Erfassung der auftretenden Kosten in sogenannten Kostenartengruppen aus, um eine Durchmischung der einzelnen Kostenarten zu verhindern. Eine Bedeutung für diese Vorgangsweise ergibt sich z.B. bei, i.d.R. fast jedem Bauprojekt auftretenden, Leistungsänderungen, und bei der Detailkalkulation, da dann die einzelnen Kostenarten in nachvollziehbarere Weise in diese eingehen können und darstellbar sind. Die einzelnen Kostenarten der ÖNORM sind:

- Personalkosten
- Materialkosten
- Gerätekosten
- Zinskosten
- Fremdleistungskosten
- Andere Kosten

Zur konkreten Preisermittlung der Einzelleistung (Einheitspreis) werden den sog. Einzelkosten (Einzellohnkosten, Einzelmaterialkosten, usw.) je Leistungseinheit der Gesamtzuschlag aufgerechnet, welcher aus Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Sonstigen Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn, zusammengesetzt ist. Die Einzelkosten sind also Zuschlagsträger des Gesamtzuschlags.

---

<sup>6</sup> ÖNORM B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2002-03-01, („ÖNORM B 2110“)

Die Baustellengemeinkosten werden i.d.R. in eigenen Positionen erfasst, können aber auch (für kleinere Bauvorhaben) auf Leistungspositionen, genauer auf die einzelnen Preisanteile Lohn oder Sonstiges, umgelegt werden.<sup>7</sup>

Die K-Blätter K-3, K-4, K-5, K-6 und K-6A dienen zur weiteren Vereinfachung der Kalkulation der Bildung einzelner Kosten- bzw. Preiskomponenten, die im K-7 Blatt, dem Formblatt für die eigentliche Detailkalkulation (Preisermittlung), „zusammenkommen“ und mit den Aufwands- bzw. Verbrauchswerten, etc., den Einheitspreis bilden. Die in den K-Blättern dargestellten Preiskomponenten haben eine große Bedeutung im Zuge der Phase der Vergabe bei der vertieften Angebotsprüfung und bei der Vertragsabwicklung, da sie die Preisgrundlagen für den Aufbau neuer Preise aus geänderten oder zusätzlichen Leistungen darstellen.

### 1.3.2 Die ÖNORM B 2061 als Kalkulationsgrundlage der Baubranche

Die Bestimmungen von ÖNORMEN werden in Österreich auch oft als Sorgfaltsmaßstab und als Indikator für die Spezifika einer Branche herangezogen. So wird ein Sachverständiger vor Gericht nicht selten technische ÖNORMEN heranziehen, falls der aktuelle branchenspezifische Stand der Technik festgestellt werden soll. Mit der ÖNORM B 2061 verhält es sich nicht viel anders, nur umgemünzt auf den branchenüblichen aktuellen Stand der Technik in der Preisermittlung von Bauleistungen. Dieser Tatsache wurde lt. *Pachner*<sup>8</sup> auch im § 97 Abs. 3 BVergG 2006<sup>9</sup> Rechnung getragen, der in der Ziffer 1 auf die branchenübliche Preisermittlung wie folgt Bezug nimmt: „...Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sind, soweit dies branchenüblicher Preisermittlung entspricht, von solchen, die zeitabhängige oder mengenabhängige Kosten bewirken, in getrennten Positionen zu erfassen.“ bzw. unter Ziffer 3 indirekt eine ÖNORM-konforme Preisaufgliederung nahelegt.

Mit der Festlegung der branchenüblichen Preisermittlung in Ziffer 1 soll lt. *Pachner* erreicht werden, „...dass Änderungen bei Positionen mit zeit- oder mengenabhängigen Kosten nicht automatisch auf Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, durchschlagen sollen“.

In Bezug auf die Preisaufgliederung wird von *Pachner*<sup>10</sup> bei umfangreichen Leistungen des Bauhauptgewerbes eine über die in „Lohn“ und „Sonstiges“ hinausgehende Zergliederung im

---

<sup>7</sup> Weiterführend siehe z.B. *Wolkerstorfer/Lang*, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S.28 ff

<sup>8</sup> *Pachner*, Die Erstellung einer Ausschreibung, Skriptum zum Seminar „Bundesvergabegesetz 2006“ in der Verwaltungsakademie des Schlosses Hofen, Lochau, S.107

<sup>9</sup> Bundesvergabegesetz 2006 („BVergG“)

<sup>10</sup> *Pachner*, Die Erstellung einer Ausschreibung, Skriptum zum Seminar „Bundesvergabegesetz 2006“ in der

Sinne einer Detailkalkulation gemäß der ÖNORM B 2061 als sinnvoll erachtet, da es bei der Bauausführung häufig zu Änderungen gegenüber der ausgeschriebenen Leistung kommt. Dem ist zuzustimmen, da beispielsweise im Falle des Nichtvorliegens einer K-7 Detailkalkulation für die entsprechende Leistung (Bezugsposition) die Plausibilitätsprüfung eines Nachtragspreises bei geänderter Leistung durch den AG erleichtert ist und der Bauunternehmer diesen dadurch auch leichter rechtfertigen kann. Ein neuer Einheitspreis für eine geänderte oder zusätzliche Leistung ist auf der Preisbasis und den Preisgrundlagen des Vertrages zu erstellen, wobei es naheliegend ist, auf die K-7 Kalkulation der Bezugsposition zurückzugreifen. Ist ein entsprechendes K-7 Blatt nicht vorhanden, muss eines vom AN nachträglich erstellt (rekonstruiert) werden, wobei ein gewisses Manipulationspotential vorhanden sein kann. Wird aber schon im LV vom Bieter eine detailliertere Aufgliederung in mehrere Kosten(Preis)arten, wie z.B. „Lohn“, „Material“, „Gerät“, etc. gefordert, so ist der AN in seiner nachträglichen Gestaltungsfreiheit eingeschränkt, da der Preis detaillierter ausgewiesen werden muss. Der nachträglich offengelegte Preis wird sich u.U. plausibler darstellen lassen.

Man sieht also, dass die durch die ÖNORM B 2061 wiedergegebenen Usancen der Baubranche in Judikatur und Legislative Einzug genommen haben, wie beispielsweise in diesem Fall in das BVergG.

Nachdem es auch ein Grundsatz einer ordnungsgemäßen Ausschreibung ist, die Vergleichbarkeit der einzelnen Angebote untereinander, und da vor allem deren Kalkulationen, sicherzustellen, kommt der Verwendung der ÖNORM B 2061 (respektive der K-Blätter) eine große Bedeutung zu. Aus diesem Grund wird i.d.R. die Detailkalkulation der Bieter anhand der K-Blätter der ÖNORM B 2061 vorzunehmen sein.

Das Grundkonzept der ÖNORM B 2061 stellt anleitungsmäßig die branchenübliche Methode der Baupreisermittlung dar.

### **1.3.3 Die K-Blätter der ÖNORM B 2061**

Die Preisermittlung kann, wie schon oben erwähnt, anhand der Kalkulationsformblätter („K-Blätter“) durchgeführt werden. Im Anhang A der ÖNORM B 2061 sind die K-Blätter als Muster enthalten und sollen nun wie folgt vorgestellt werden:

- a) Formblatt K3      Mittellohnpreis, Regielohnpreis, Gehaltspreis

- b) Formblatt K4 Materialpreis
- c) Formblatt K5 Preise für Produkte, Leistungen
- d) Formblatt K6 Gerätepreis
- e) Formblatt K6-A Gerätepreis (Ergänzung)
- f) Formblatt K7 Preisermittlung

a) Das Formblatt K-3 aus der ÖNORM B 2061 ist ein multifunktionelles Blatt, welches sowohl für die Darstellung der Ermittlung

- des Mittellohnpreises,
- des Regielohnpreises und
- des Gehaltspreises

herangezogen werden kann.

Im K-3 Blatt ist anzugeben, ob eine Kalkulation für die Montage (Werkerrichtung auf der Baustelle) oder für die Vorfertigung (z.B.: bei Werksfertigungen in der Haustechnik) vorliegt. Durch Ankreuzen in der Kopfzeile des K-3 Blattes werden diese Angaben festgelegt.

Oben im K-3 Blatt sind weiters Angaben über

- den verwendeten Kollektivvertrag (KV)
- die KV-Gruppe, den dazugehörigen KV-Lohn und den Anteil der Beschäftigten dieser KV- Gruppen an der Gesamtsumme aller kalkulierten Beschäftigten
- die Gesamtanzahl der kalkulierten Beschäftigten
- die kalkulierte Wochenarbeitszeit und Angaben über eine etwaige Aufzählung für Mehrarbeit anzugeben.

In Zeile A des K-3 Blattes ergibt sich aus den o.e. Angaben der kollektivvertragliche Mittellohn.

Falls ein nichtproduktives Personal kalkulatorisch umzulegen ist, so kann dies in Zeile B erfolgen (z.B. Hilfspolier, Bote, Bauleiter oder Magazineur).

Im Anschluss sind die Zeilen C bis U auszufüllen. Dabei handelt es sich nicht mehr wie bei der alten Fassung der ÖNORM B 2061, Ausgabe 1987, um eine Kalkulation anhand der K-Blätter K-2, K-3 und K-3A, sondern lediglich um die detaillierte Darstellung des Kalkulationsergebnisses.

Für die praktische Anwendung empfiehlt es sich die K-2 und K-3A Blätter der alten ÖNORM B 2061, Ausgabe 1987 weiter zu verwenden um eine baustellenspezifische Kalkulation vornehmen zu können. Es ist aber auch möglich, die Werte für die [%]-Spalte aus der Kostenrechnung zu erhalten und damit die Kalkulation vorzunehmen.

Normalerweise kann zuerst das Hilfsblatt K-3A der alten ÖNORM B 2061 zur Gänze gerechnet werden.

Wird das Arbeitsmodell L/K (Lang-Kurz) oder L/L/K kalkuliert, werden die angepassten Gutstunden unter Erhöhung mit dem Faktor 1,1 auf den KV-Lohn inkl. regelmäßiger Überzahlungen ausbezahlt. Im K-3A Blatt ist das insoweit zu berücksichtigen, dass nun in der Zeile A als Normalarbeitszeit die jahresdurchschnittliche Wochenarbeitszeit und die über 39 Stunden hinausgehenden Stunden (in der Spalte 2, als Verrechnungsstunde) als Aufzahlung mit dem Aufzahlungsprozentsatz von 50 - 100 % in der Spalte 3 und ein Faktor mit 1,3 in Spalte 4 einzutragen sind<sup>11</sup>.

Im unteren Teil des K-3 Blattes sind die entsprechenden Angaben bei allfälliger Umlage der Baustellengemeinkosten zu treffen.

Die ÖNORM B 2061 empfiehlt eine Umlage der BstGK allerdings nur im Sonderfall für kurzfristige und kleine Bauvorhaben.<sup>12</sup> In der Ausschreibungspraxis wird dieser Empfehlung jedoch nicht immer Rechnung getragen, was insbesondere im Falle von Leistungsänderungen eine friktionslose Abrechnung erschweren kann (z.B. wenn kein K-3 Blatt vorliegt bzw. angefordert wurde).

b) Auf dem Formblatt K-4 werden die Materialpreise ermittelt. Diese ergeben sich aus den Kosten je Einheit der Bau- und Hilfsmaterialien sowie der Betriebsstoffe ab Auslieferungsort zuzüglich der Transportkosten. Dabei sind die tatsächlichen Kosten und keine Listenpreise einzusetzen. Etwaige Rabatte vom Baustoffhändler sind also durch Vergleich mit den Listenpreisen des Baustofflieferanten (dieser muss in Spalte 2 genannt werden) aus dem K-4 Blatt ableitbar und können bei Mengenänderungen aus der Sphäre des AG eine Rolle spielen (Rabatt bei verringertem Mengenbezug geringer od. nicht gewährt). In der Spalte 2 sind die Materialbezeichnung und der Lieferant einzusetzen.

Die Spalte 3 ist für die Einheit, für die der Preis kalkuliert wird, vorgesehen. In Spalte 4 wird der Preis ab Lieferant und in Spalte 5 die Kosten des Antransportes im Währungsbetrag pro Einheit eingesetzt, so dass in Spalte 6 die Materialkosten frei Bau summiert werden können.

In Spalte 7 wird die Anzahl der Stunden/Einheit, die voraussichtlich für die Ladearbeit anfallen werden, eingetragen. In Spalte 8 besteht die Möglichkeit, dies auch alternativ und

---

<sup>11</sup> Kropik, Mittellohnpreiskalkulation - Übungs- und Schulungsheft für das Baugewerbe, Bundesinnung Bau, Ausgabe 2007, S. 2

<sup>12</sup> ÖNORM B 2061, siehe Pkt.6.2

direkt mit einem Währungsbetrag pro Einheit zu bewerten. Es ist also der zeitliche bzw. monetäre Aufwandswert pro manipulierter Einheit für Lade-, Lagerungs- und z.B. Schlichtungsarbeiten anzugeben.

In Spalte 9 wird der Verlust-Prozentsatz von den Kosten frei Bau für Schwund, Bruch, Toleranzen und Verschnitt erfahrungsmäßig geschätzt und in Spalte 10 als Kosten/Einheit berechnet.

In den Spalten 11 und 12 wird getrennt nach Lohn, Sonstiges die Summe aus Materialkosten frei Bau, Manipulationskosten und Verlust als Bruttomaterialkosten pro Einheit eingetragen und in Spalte 13 summiert.

Spalte 14, 15 enthält dann die Bruttomaterialpreise pro Einheit als Ergebnis der Aufrechnung des Gesamtzuschlages für Materialien auf die Bruttomaterialkosten getrennt nach Lohn und Sonstigem, die in Spalte 16 zum Gesamt-Bruttomaterialpreis addiert werden.

Das Formblatt K-4 stellt somit die Preisgrundlagen (Preiskomponenten) des angebotenen Materials dar<sup>13</sup>.

c) Auf dem Formblatt K-5 Preise für Produkte, Leistungen, werden die Bruttostoffpreise für Beton, Mörtel und Asphalt ermittelt, die vom Baubetrieb selbst hergestellt werden und die wie andere Stoffe in mehreren Positionen verwendet werden.

Auf einem Formblatt können zwei Mischungen kalkuliert werden.

Das K-5 Blatt kann auch zur Kosten- bzw. Preisermittlung von Arbeitspartien (Schal- od. Einbaupartien) verwendet werden, welche in mehreren Positionen des LV vorkommen um die darin errechneten Stundenkosten ins K-7 Blatt zu übernehmen<sup>14</sup>.

In der Regel werden Mischungsbestandteile und Zusatzmittel in den im K-4 Blatt kalkulierten Einheiten (kg, m<sup>3</sup>, l), Betriebsstoffe und Mischkosten nach Erfahrungswerten kalkuliert.

Das Ergebnis sind Bruttokosten, der Gesamtzuschlag auf Stoffe wird üblicherweise erst im K-7 Blatt hinzugerechnet, wenn nicht aus dem K-4 Blatt bereits Bruttostoffpreise übernommen wurden.

Es sind für jeden Mischungsbestandteil Spalten für die aufzuwendenden Stunden und für Sonstiges (Stoff und Gerät) pro Einheit des Mischungsbestandteiles und pro Einheit des Endproduktes vorgesehen.

---

<sup>13</sup> *Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S.139*

<sup>14</sup> *Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S.142*

Das Formblatt K-5 stellt somit die zusammengesetzten Preisgrundlagen (Preiskomponenten) der angebotenen Produkte je Mengeneinheit und der angebotenen Leistungsmannschaften je Zeiteinheit dar.<sup>15</sup>

d) und e) Formblätter K-6/K-6A (Kalkulationsformblätter für Geräte):

Das eingerahmte Titelfeld ist angebotsgemäß auszufüllen.

Weiters ist in Zeile F der Gesamtzuschlag auf Geräte aus dem K-3 Blatt Zeile T (K-2 Blatt alt Zeile Q) einzutragen.

Gemäß dem Vordruck sind im Formblatt K-6 die zum Einsatz gelangenden Geräte in der entsprechenden Anzahl und mit der näheren Bezeichnung in den Spalten 2 und 3 einzutragen. In Spalte 4 ist die Nummer des Gerätes aus der Baugeräteliste zu vermerken. Unter „Monatssatz“ ist in der Spalte 6 jeweils in der oberen Hälfte der Zeilen neben A. u. V der monatliche Satz für Abschreibung und Verzinsung und in der unteren Hälfte der Zeile neben I der monatliche Satz für Instandhaltung aus der Baugeräteliste einzusetzen.

In Spalte 7 ergeben sich durch Multiplikation der Werte aus Spalte 6 mit der Anzahl der betreffenden Geräte aus Spalte 2 die Gesamtbeträge pro Monat.

Unter Beibehaltung der getrennten Berechnung für A+V und I werden nun in der Spalte 8 die Verrechnungsmonate für die einzelnen Geräte eingesetzt. Bei der Ermittlung der Verrechnungsmonate sind Schicht-, Mehrarbeits- und Stillliegezeiten entsprechend zu berücksichtigen.

Unter Gerätekosten werden in Spalte 9 die Kosten der Abschreibung und Verzinsung jeweils in der oberen Hälfte der Zeile und in Spalte 10 die Kosten für Instandhaltung jeweils in der unteren Hälfte der Zeile als Produkte aus dem gesamten Monatssatz in Spalte 7 und der Verrechnungsmonate in Spalte 8 eingesetzt.

Für die Angabe der Maschinenleistungen in KW stehen die Spalten 11 und 12 zur Verfügung. Es ist zu beachten, dass hier die Einzelwerte und auch Summen einzelner Geräte mal Leistung einzutragen sind.

Die Summe der Kosten für Abschreibung und Verzinsung in Feld A 9 sind in Zeile C zu übernehmen und ein allfällig verminderter Prozentanteil (z.B. 80%) in Spalte 10 unter Sonstiges einzutragen.

Die Summe der Kosten der Instandhaltung (Reparatur) im Feld A 10 werden in die Zeile B übernommen. Wenn nicht die vollen Werte der Geräteliste der Kalkulation zugrunde gelegt werden, wird der gewählte Prozentsatz eingesetzt und der verminderte Betrag errechnet (Abminderungsfaktoren z.B. 80% auf A. u. V. und 70% auf Rep. sind gemäß der K-6 bzw. K-6A Systematik für alle Geräte einheitlich zu wählen). Individuelle zusätzliche Abminderungen für das einzelne Gerät können m.E. dann in der K-7 Detailkalkulation vorgenommen werden.

---

<sup>15</sup> *Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S. 142*

Von diesem (abgeminderten) Betrag entfällt ein zu wählender Anteil (meist 50% : 50%) auf Lohn und Sonstiges. Die Prozentsätze sind in Zeile B einzusetzen und die resultierenden Beträge in der Spalte 9 und 10 einzutragen. Gegebenenfalls gelangt in Zeile D ein Entgelt für Wertminderung durch Barackenumstellung unter Sonstiges zur Verrechnung. Die Gerätekosten in Zeile E ergeben sich aus den Summen von B bis D. Soll der Gesamtpreis ermittelt werden, ist in der ausgewiesene Gesamtzuschlag für die Anteile Lohn und Sonstiges zu errechnen (K-2 alt Zeile Q).

Die Addition der Zeilen E und F ergibt dann die Preisanteile für Lohn und Sonstiges der Gerätebeistellung in Zeile G. Durch Summierung dieser Preisanteile erhält man den Gerätepreis. Die Mittelpreise je Monat ergeben sich durch Division der Werte aus G, durch die Baudauer in Monaten. Bei Berechnung der Tagespreise beträgt der Teiler 22 Tage je Monat, beim Stundenpreis 170 Stunden je Monat.

Da mit den im Formblatt K-6 vorgesehen Zeilen für Geräte oft nicht das Auslangen gefunden werden kann, können diesem beliebig viele Seiten des Formblattes K-6A vorgeschaltet werden. Die Systematik ist in beiden Formblättern die gleiche, es ist nur zu beachten, dass die Überträge auszurechnen und auszufüllen sind.

#### f) Formblatt K-7 (Ermittlung der Einheitspreise der LV-Positionen)

Mit dem Kalkulationsformblatt K-7 wird aufbauend auf den im K-3, K-4, K-5, K-6 und K-6A-Blatt ermittelten Preiskomponenten und unter Dokumentierung der Aufwands- und Leistungswerte die Detailkalkulation per EDV durchgeführt und die Kostenentwicklung pro Einheit der Position dargestellt.<sup>16</sup>

Von großer Bedeutung sind bei der Detailkalkulation Vertrags- und Abrechnungsbestimmungen sowie baubetriebliche Überlegungen wie z.B. :

- Einrechnung von Nebenleistungen
- Überprofil im Tunnelbau
- Spritzbeton: Rückprallzuschlag
- Auflockerungsfaktoren bei Bodenaushub
- Abrechnung nach Plan anstatt tatsächlicher Naturmaße
- Maler- und Verputzarbeiten: „Hohl für Voll“- Abrechnung
- Vorhaltemenge bei Schalung und Rüstung, etc...

Die Einzellohnpreise setzen sich zusammen aus:

---

<sup>16</sup> Kropik, Skriptum zur Vorlesung „Kalkulation und Kostenrechnung“ Teil II an der TU - Wien, Ausgabe 2006, S.72

Leistungsstunden pro Positionseinheit gem. Aufwandswert [h/m<sup>3</sup>, h/m<sup>2</sup>, h/Stk,...]  
+ Gerätebedienungsstunden (Lohnstunden pro Einheit)  
+ Ladestunden (Lohnstunden pro Einheit)  
= (Stundenaufwand / Positionseinheit) x Mittellohnpreis  
+ Lohnanteil Reparaturentgelt pro Positionseinheit [€/m<sup>3</sup>, €/m<sup>2</sup>, €/Stk,...]  
+ Lohnanteil Fremdleistung pro Positionseinheit  
= Einzellohnpreis / Positionseinheit

Die Einzelmaterialpreise setzen sich zusammen aus:

Materialbedarf pro Einheit (auch Betriebsstoffe Gerät) x Einheitsmaterialpreis aus dem K-4  
Blatt bzw. K-5 Blatt  
+ Materialanteil Reparaturentgelt  
+ Materialanteil Fremdleistungen  
= Einzelmaterialpreis / Positionseinheit

Die Einzelgerätepreise enthalten die Abschreibung und Verzinsung der Geräte pro  
Positionseinheit, die sich direkt der Teilleistung der Position zuordnen lassen  
(Leistungsgeräte). Die Kosten jener Geräte, die dem allgemeinen Betrieb der Baustelle  
dienen (Vorhaltegeräte), sind unter den Baustellengemeinkosten zu erfassen.

#### Einzelgerätepreise (Leistungsgeräte)

A. u. V (aus K-6/K-6A) pro Std. x Leistungswert [m<sup>3</sup>/h, m<sup>2</sup>/h, ...)  
+ Gesamtzuschlag  
= Einzelgerätepreis / Leistungseinheit (Betriebsstoffe, Bedienung und Rep. in Einzellohn-  
bzw. Einzelmaterialkosten)

Weiterführend zur Kalkulation von Baupreisen sei an dieser Stelle auf *Oberndorfer/Kuckacka*<sup>17</sup>  
verwiesen.

Umlagen<sup>18</sup> sind prozentuelle Beaufschlagungen von Einheitspreisen von Leistungspositionen  
mit Baustellengemeinkosten und sind im Bedarfsfall den Einheitspreisen der Positionen im  
K-7 Blatt zusätzlich zuzurechnen.

---

<sup>17</sup> *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Manz Verlag Wien, Ausgabe Aug. 2002,  
S.47 ff

<sup>18</sup> Siehe dazu *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Manz Verlag Wien, Ausgabe

Dies ist erforderlich, wenn

- keine eigenen Positionen für BstGK im LV vorhanden sind
- Bauhilfseinrichtungen sinnvoller Weise nicht auf Baustellengemeinkostenpositionen, sondern auf Leistungspositionen umzulegen sind (z.B. Betonmischanlage auf Betonpositionen)

Daraus ergeben sich folgende Probleme:

- Die Vergütung der umgelegten Einmalkosten bzw. der BstGK wird mengenabhängig, was für den Bauunternehmer sowohl ein Risiko als auch eine Chance auf Mehrvergütung darstellt.
- Die zeitabhängigen BstGK werden mengenabhängig, was bei Mengenänderungen (in der Bauwirtschaft häufig) zu Vergütungsproblemen führen kann.
- Keine zeitgerechte Vergütung der anfallenden Kosten (Kosten der Baustelleneinrichtung zu Beginn – Umlageposition u.U. erst viel später vergütet; dadurch höhere Bauzinsen).
- Verfälschung der Preisanteile bei Umlage auf Lohn.

Die ersten beiden Punkte spielen im Zusammenhang mit den K-Blättern in der „Vertragsphase“ und der 20%-Klausel der ÖNORM B 2110 eine wichtige Rolle, wobei ein Blick in die K-Blätter Aufschluss über die umgelegten Beträge geben kann. Ein neuer Preis bei Mengenänderungen, welche die 20% Grenze nach oben bzw. unten überschreiten, ist dann unter Beachtung der kalkulationsmäßigen Begründung auf der Preisbasis und den Preisgrundlagen der K-Blätter (des Vertrages) zu ermitteln.<sup>19</sup>

## 2. Die Bedeutung der K-Blätter in der Vergabephase nach BVergG (Öffentlicher AG)

### 2.1 Einleitung

In der Bauwirtschaft werden Bauleistungen sowohl von privaten als auch sogenannten öffentlichen AG nachgefragt. Im Normalfall sind es fast ausschließlich öffentliche oder „halböffentliche“ AG, welche die großen Infrastruktur- und Tiefbauprojekte abwickeln. Auch in den anderen Bausparten, z.B. im Hochbau, besitzen die öffentlichen AG eine enorme Nachfragemacht, weshalb ihnen eine alles überragende Bedeutung für die Bauwirtschaft zukommt. Im Zuge dieser Arbeit wird, bis auf Ausnahmen, ausschließlich davon ausgegangen, dass der Vertragspartner des Bauunternehmers ein öffentlicher AG ist, was v.a. bei der Auftragsvergabe von großer Bedeutung ist, da für den öffentlichen AG zwingend das BVergG anzuwenden ist. Die Sektorenauftraggeber unterliegen ebenfalls den Bestimmungen des BVergG, wobei im Gesetz für diese, spezielle aber grundsätzlich jenen des öffentlichen AG sehr ähnliche, Regelungen existieren. Die K-Blätter, die essentieller Teil der Angebotskalkulation sind, stellen die Einheits- und Pauschalpreise in ihrer Preisherleitung dar und haben bei der vertieften Angebotsprüfung („Preisprüfung“), die bei preislichen Auffälligkeiten vom AG zwingend durchzuführen ist, eine sehr wichtige Rolle. Über diese „Preisangemessenheitsprüfung“ und die „Vertiefte Angebotsprüfung“ sind im BVergG einige sehr relevante Bestimmungen enthalten, die nun im Anschluss auszugsweise und gemeinsam mit jenen Regelungen, welche die K-Blätter im weiteren Sinne tangieren, vorgestellt werden.

Handelt es sich um einen Auftrag, auf dessen Vergabe die Vorschriften des BVergG anzuwenden sind („Öffentlicher Auftrag“), ist ein Bieter für seine Angebotskalkulation grundsätzlich an keine besonderen Formvorschriften gebunden.

Falls für die Angebotskalkulation des Bieters in den Ausschreibungsunterlagen nichts Weiterführendes festgelegt wird, müssen nur die Bestimmungen des BVergG eingehalten werden. Im Regelfall wird allerdings die Kalkulation anhand der K-Blätter der ÖNORM B 2061 durchzuführen sein und die Kalkulationsformblätter, zumindest teilweise, für ausgewählte Leistungspositionen schon in der Vergabephase dem AG abzugeben bzw. vorzulegen sein. Dabei ist u.a. auch zu beachten, dass die ÖNORM B 2061 mit ihren K-Blättern, wie bereits in Kapitel 1.3.2 erwähnt, die branchenübliche Methode der

Preisermittlung darstellt und eine gute Vergleichbarkeit der Kalkulationen der Bieter ermöglicht, was mittels der Duldung einer formfreien Kalkulation nicht gewährleistet wäre.

Für die Preisbildung und die K-Blätter können im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe neben den § 19 („Preise müssen angemessen sein“), § 24 („Feste od. veränderliche Preise“), § 80 („Wesentliche Positionen“, „Rechenfehler“), § 99 („Mehr- oder Minderleistung“), § 123 („Angemessenheit der Preise ist zu prüfen“), § 124 („Rechenfehler“), und § 126 („Unklarheiten z.B. über Preise“), etc., vor allem die folgenden ausgewählten Bestimmungen des BVergG 2006 relevant sein:

- „Preisbildung ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken“, „Keine umfangreiche Vorarbeiten“:

*§ 79 Abs. 3 BVergG: Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt – ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.*

Das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote sowie das Verbot der Überwälzung von nicht kalkulierbaren Risiken gilt für jede Art der Leistungsbeschreibung, also auch für die funktionale Ausschreibung. Bei der funktionalen Ausschreibung können allerdings vom Bieter auch umfangreiche Vorarbeiten für die Preisermittlung verlangt werden. Es gilt der Grundsatz, dass alle für die Preisermittlung und sonstige Ausarbeitung der Angebote maßgebenden Umstände zum Zeitpunkt der Ausschreibung hinreichend bekannt sein müssen.<sup>20</sup>

*Hahn*<sup>21</sup> erkennt im § 79 BVergG die Grundsätze der Ausschreibung der ÖNORM A 2050<sup>22</sup> und dass die Ausschreibung den Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren soll und so präzise abgefasst sein soll, dass eine möglichst direkte Überführung der Ausschreibung in den Leistungsvertrag zu gewährleistet ist (§ 79 Abs. 4).

*Steiner/Röblreiter/Windisch*<sup>23</sup> merken zutreffend an, dass eine Unterlassung von Angaben durch den AG in den Ausschreibungsunterlagen nicht zu Lasten des Bieters gehen darf. Dies

---

<sup>20</sup> Siehe dazu die „Erläuterungen“ zum §79 Abs.3 BVergG im Vorblatt zum Bundesvergabegesetz 2006

<sup>21</sup> *Hahn*, BVergG 2002, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien, Ausgabe 2002, S. 354: *Hahn* dort zu §66 des alten BVergG 2002, der aber den Bestimmungen des neuen §79 BVergG 2006 entspricht.

<sup>22</sup> ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2000-03-01

<sup>23</sup> *Steiner/Röblreiter/Windisch*, BVergG 2006, Verlag Österreich, 2006, S.286

wird noch im Zusammenhang mit der Behandlung spekulativer Preisverschiebungen in den K-Blättern (siehe dazu Kapitel 2.3.4.) von Interesse sein.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass § 79 Abs. 3 BVergG auch im Auge hat, den AG vor einer unausgegorenen Ausschreibung zu warnen, da in dem Fall, dass überbürdete unkalkulierbare Risiken nicht schlagend werden, i.d.R. ein höherer Preis für die erhaltene Bauleistung zu zahlen ist. Ein sorgfältiger Bieter wird nämlich das Risikopotential erkennen und, falls er überhaupt am Wettbewerb teilnimmt, durch einen hohen Wagniszuschlag in seiner Kalkulation berücksichtigen. *Oberndorfer/Schwarz*<sup>24</sup> beschreiben die Folgen eines fehlenden Wettbewerbes für den AG, wenn auch dort in einem anderen Zusammenhang bzw. aus einer anderen Ursache (ruinöser Wettbewerb als Ausfluss einer Vergabe zu Unterpreisen), die sich für diesen jedenfalls in einem erhöhten Preisniveau negativ äußern.

- „Mengenangaben“, „Kostenaufgliederung“:

*§ 97 Abs. 3 BVergG: „Im Übrigen sind bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses nachstehende Festlegungen zu beachten:*

*1. die Gesamtleistung ist so aufzugliedern, dass unter den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufscheinen, die auf Grund von Projektunterlagen oder anderen Angaben so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen sind. Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sind, soweit dies branchenüblicher Preisermittlung entspricht, von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, in getrennten Positionen zu erfassen.“*

Der letzte Satz der Ziffer 1 entspricht den Grundsätzen einer Kostenaufgliederung der ÖNORM B 2061<sup>25</sup> und soll v.a. bei Leistungsänderungen (z.B. Mengenänderungen, LÄ, die Bauzeitveränderungen verursachen, etc.) in Hinblick auf die Kostenstellen eine verursachungsgerechte Vergütung der Positionsleistung erleichtern.

Trotzdem kann auch ein Abgehen von der Bestimmung des § 97 Abs. 3 Z 1 (*letzter Satz*) BVergG als branchenüblich angesehen werden. Die Umlage von Einmalkosten (z.B. An- und Abtransport eines großen Leistungsgerätes) auf die Positionsmenge kann durchaus branchenüblicher Preisermittlung entsprechen.

Auch die ÖNORM B 2061 erlaubt im Ausnahmefall kurzfristiger und kleiner Bauvorhaben ein Umlegen<sup>26</sup> von Baustellengemeinkosten auf Preisanteile bzw. Kostenanteile. Dabei werden

---

<sup>24</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>25</sup> ÖNORM B 2061 Pkt. 5.2

<sup>26</sup> ÖNORM B 2061 Pkt 6.2

einmalige, zeitabhängige und ev. auch mengenabhängige Kosten kalkulatorisch miteinander vermengt und auf andere Kostenträger umgelegt.

Die Praxis zeigt, dass BstGK entgegen der ÖNORM B 2061 sogar bei größeren Bauvorhaben umgelegt werden. Dazu *Kropik/Krammer*<sup>27</sup>: „Obwohl die Umlage der Baustellengemeinkosten nur die Ausnahme sein sollte, werden in der Praxis häufig Bauvorhaben mit Auftragssummen im zweistelligen Millionenbereich [ATS, Anm. d. Verf.] mit Umlage der Baustellengemeinkosten ausgeschrieben.“

- „Nebenleistungen“, „Zweckentsprechende Preisaufgliederung“:

§ 97 Abs. 3 BVergG legt in Z 2 weiters fest: *“die Zusammenfassung von zusammengehörenden Leistungen verschiedener Art und Preisbildung in einer Position, insbesondere von Haupt- und Nebenleistungen, darf nur dann erfolgen, wenn der Wert einer Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde. Die Übersicht sowie die genaue Beschreibung der Leistung darf durch die Zusammenfassung nicht beeinträchtigt werden. In besonderen Fällen sind jedoch Nebenleistungen, z.B. besondere Vorarbeiten oder außergewöhnliche Frachtleistungen, in eigenen Positionen (Nebenleistungen als Hauptleistungen) zu erfassen.“*

Dieser Punkt entspricht auch den Gedanken der ÖNORM B 2110<sup>28</sup>, wonach Nebenleistungen der Usance entsprechend sogar dann auszuführen sind, wenn sie nicht explizit in den Ausschreibungs-(Vertrags-)unterlagen genannt sind und zur fach- und sachgerechten Ausführung der Leistung erforderlich sind.

Weiters wird in § 97 Abs. 3 Z 3 BVergG folgendes festgelegt: *„im Leistungsverzeichnis ist festzulegen, inwieweit die Preise zweckentsprechend aufzugliedern sind (z.B. Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Sind veränderliche Preise zu vereinbaren, so sind die Preise jedenfalls in lohnbedingte und sonstige Preisanteile aufzugliedern.“*

Für die Kalkulation ergibt sich daraus eine Relevanz bei Umrechnung veränderlicher Preise aufgrund der Steigerung einer Kostengrundlage. Sind Festpreise vereinbart, so wird dies in der Detailkalkulation mit einem Festpreiszuschlag zu berücksichtigen sein. Sind veränderliche Preise ausgeschrieben, so wird eine zweckentsprechende Preisaufgliederung der Umrechnung von veränderlichen Preisen dienlich sein.

---

<sup>27</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 331

<sup>28</sup> Siehe dazu ÖNORM B 2110, Pkt. 3.7 und 4.3

- „Rücktritt vom Angebot z.B. wegen später erkannten Kalkulationsfehler“

§ 106 Abs. 8 BVergG: „Während der Angebotsfrist kann der Bieter durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder -ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben. Die Angebotsänderung oder -ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln. Der Rücktritt ist dem Auftraggeber zur Kenntnis zu bringen. In diesem Fall kann der Bieter die sofortige Rückstellung seines ungeöffneten Angebotes verlangen.“

§ 106 Abs. 8 BVergG hat Bedeutung für Fehler und Irrtümer in der Kalkulation (z.B. Kalkulationsirrtum, Rechenfehler, falsche Einschätzung von Verbrauchswerten), die der Bieter noch vor Ablauf der Angebotsfrist erkannt hat. Innerhalb dieser Frist ist ein Ausbessern oder aber das sanktionslose Zurückziehen des Angebots problemlos möglich. Anders verhält es sich nach Ablauf der Angebotsfrist (= Beginn der Zuschlagsfrist), da ab hier der Bieter zu seinem fehlerbehafteten Angebot stehen muss. Eine Ausnahme davon ergibt sich aus einer vertragsrechtlichen Irrtumsanfechtung die u.U. dann zu tragen kommt, wenn das irrumsbehaftete Angebot den Zuschlag erhält (Vgl. dazu Kapitel 3.2).

- „Preisangemessenheitsprüfung“, „Wie ist bei der Prüfung vorzugehen?“, „Vertiefte Angebotsprüfung“ (!!)

§ 125 Abs 1 BVergG: „Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 aufweisen, oder
3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. (...)

Die Preisangemessenheitsprüfung ist eine Bestimmung des BVergG, die für die Bauwirtschaft und insbesondere für die Detailkalkulation und die K-Blätter eine zentrale Bedeutung hat. Entsprechend ausführlich wird noch im Zuge der Arbeit der Frage nach dem angemessenen Preis und der Detailprüfung der K-Blätter (der vertieften Angebotsprüfung) nachgegangen.

Bei § 125 Abs. 1 BVergG ist darauf hinzuweisen, dass die Wortfolge „alternativ angeboten“ sowohl Alternativ- wie auch Abänderungsangebote erfasst.<sup>29</sup>

§ 125 Abs. 2 BVergG regelt die Maßstäbe, die der Prüfung zu Grunde zu legen sind. In § 125 Abs. 3 BVergG werden die drei Fälle genannt, bei denen eine vertiefte Angebotsprüfung zu erfolgen hat.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu §125, S. 84

<sup>30</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu §125 Abs 2 und Abs 3, S. 84

Es gehört zu den Pflichten des Ausschreibenden die einzelnen in einem Angebot ausgewiesenen Preise auf Angemessenheit zu prüfen und zwar gegebenenfalls durch einen Vergleich mit den entsprechenden Preisen anderer Angebote.

Dies ist schon deshalb von Bedeutung, um eine spätere Irrtumsanfechtung auszuschließen.<sup>31</sup>

Der bloße Vergleich der Preise eines Angebotes mit jenen anderer Angebote ist jedoch alles andere als ausreichend um nicht angemessene Preise festzustellen, wie noch im weiteren ausgeführt wird (siehe dazu Pkt. 2.3.2.2).

- „(Preis)aufklärungen“, „Bietererläuterungen“

*§ 127 Abs. 1 BVergG: „Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.*

*(2) Bei Alternativ- und Abänderungsangeboten sind Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise betreffen, unter Wahrung der Grundsätze des § 19 Abs. 1 zulässig.*

*(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.“*

Die eingeschränkte Zulassung von Aufklärungsgesprächen („nur“) gemäß § 127 BVergG ist in Zusammenhang mit dem zwingenden Verhandlungsverbot zu sehen (§ 101 Abs. 4 und § 104 Abs. 2 BVergG). Ausdrücklich genannt sind Auskünfte zur Preisangemessenheitsprüfung, d.h. es sind hier Auskünfte zur Detailkalkulation und zu den offenliegenden K-Blättern möglich.

Dazu muss betont werden, dass die in § 127 BVergG angesprochenen Aufklärungsgespräche nicht nur zulässig sind, sondern der AG zur Führung solcher auch verpflichtet ist.<sup>32</sup>

Zum o.e. zwingenden Verhandlungsverbot sei noch festgestellt, dass eine Verhandlung mit einzelnen Bietern sowie eine damit im Zusammenhang stehende Angebotsabänderung den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verletzen und das Transparenzgebot des Vergabeverfahrens aushöhlen würde.

---

<sup>31</sup> BVA 11.01.2002, N-126/01-25 = ZVB 2002/27, 71, bzw. in: *Hahnl*, BVergG 2002, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien, Ausgabe 2002, S. 469

<sup>32</sup> *Gölles* in *Hahnl*, BVergG 2002, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien, Ausgabe 2002, S. 480

- „Ausscheiden von Angeboten“

§ 129 Abs. 1 BVergG: „Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...) 3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten; (...)

(...) 7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

8. Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;

9. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.“

In den Erläuterungen<sup>33</sup> zum BVergG wird zu § 129 Abs. 1 Z 3 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass durch die Wortfolge „nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises“ auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise erfasst ist, da ja diese ebenfalls zu einem nicht plausiblen Gesamtpreis führen. Ein Blick auf § 125 Abs. 3 Z 2 BVergG, der auch bei zu hohen und niedrigen Einheitspreisen in wesentlichen Positionen zu einer vertieften Prüfung verpflichtet, unterstützt diesen Hinweis in den Erläuterungen.

Gemäß § 129 Abs. 2 BVergG und der darin angesprochenen Unterlassung der Aufklärung bzw. der nicht nachvollziehbaren Begründung der Aufklärung kann der AG entsprechende Angebote ausschneiden. Dies hat eine Bedeutung, wenn der Bieter unterlässt, die geforderte

---

<sup>33</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu §129, S. 85

Aufklärung über seine Preise (z.B. durch Verweigerung der nachträglichen Vorlage seiner K-Blätter) zu geben oder aber es nicht gelingt durch Offenlegung seiner Detailkalkulation bzw. durch Angaben zu dieser eine schlüssige Begründung zu liefern.

Aufgrund der großen Bedeutung der Bestimmungen des BVergG über das Ausscheiden von Angeboten für die Kalkulation, werden diese (wie auch jene über die Vertiefte Angebotsprüfung) bei der „Preisangemessenheitsprüfung“ und bei der „Vertieften Angebotsprüfung“ im Zusammenhang mit den K-Blättern eingehend behandelt (Siehe dazu u.a. die Punkte 2.2, 2.3.2.2, 2.3.2.3, 2.3.3.2, etc.) .

Allgemein empfiehlt es sich, und das scheint auch in der Praxis der Regelfall zu sein, die ÖNORM B 2061 in der Ausschreibung als für die Kalkulation verbindlich zu erklären, da sich durch ihre Anwendung eine Reihe von Vorteilen für alle Projektphasen ergeben (siehe dazu auch Kapitel 1.3.). Als Beispiele für Vorteile in der Vergabephase seien die vereinheitlichte Darstellung des Berechnungsvorgangs der Preisermittlung und die leichtere Nachvollziehbarkeit der Kalkulation genannt. Beide kommen bei einer vertieften Angebotsprüfung<sup>34</sup> positiv zu tragen. So bestätigte das BVA in einem Bescheid<sup>35</sup> das Ausscheiden eines Angebotes u.a. deshalb, weil Preise nicht gemäß der ÖNORM B 2061 (diese war im gegenständlichen Vergabeverfahren durch die Ausschreibungsbestimmungen zwingend anzuwenden) an entsprechender Stelle eingerechnet wurden, sondern in andere Positionen verschoben wurden.

Im behandelten Fall wurden zeitgebundene Personalkosten für Baustellenaufsichts- und -leitungspersonal in vermutlich spekulativer Weise in Leistungspositionen umgelagert.

Die vorgelegte Kalkulation war somit nicht ausschreibungskonform<sup>36</sup> und das Angebot auszuschneiden.

Ob es für den AG aber grundsätzlich sinnvoll ist, ein Angebot mit spekulativen Preisverschiebungen in jedem Fall auszuschneiden, wird auch noch bei der Behandlung spekulativer Angebote hinterfragt (siehe Punkt 2.3.4.3.3.).

Tatsache ist aber, dass nach der derzeitigen Rechtslage der AG keine andere Möglichkeit hat, als ein Spekulationsangebot aus dem Wettbewerb zu nehmen.

---

<sup>34</sup> Vertiefte Angebotsprüfung gemäß §125 BVergG 2006

<sup>35</sup> Bescheid BVA 20.06.2003, 17N-46/03-34

<sup>36</sup> Siehe dazu auch Göllés, Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: Ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

## 2.2 Die Rolle der K-Blätter beim Ausscheiden von Angeboten

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG sind fehlerhafte oder unvollständige Angebote auszuschneiden, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder behebbare sind (siehe oben Punkt 2.1.). Kalkulationsformblätter sind i.d.R. für die wesentlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses bei der Angebotsabgabe mit dem ausschreibungsgemäßen Angebot abzugeben. Es stellt sich nun die Frage, wie im Falle fehlender K-Blätter, die nicht abgegeben wurden, seitens des AG vorzugehen ist und ob ein Ausschneiden solcher unvollständigen Angebote zulässig ist.

Dazu sei ein Bescheid<sup>37</sup> des BVA näher betrachtet, in dem der Fall einer öffentlichen ausschreibenden Stelle behandelt wurde, die zu einigen wesentlichen und in der Ausschreibung aufgezählten Positionen zwingend die Abgabe von K-Blättern verlangte, andernfalls das Angebot sofort ausgeschieden werden würde. Ein Bieter leistete dem nicht Folge, indem er einige der verlangten Kalkulationsformblätter irrtümlich nicht abgab.

In weiterer Folge erhielt dieser Bieter trotzdem vom AG den Zuschlag. Der zweitgereichte Bieter rief daraufhin das BVA an und stellte den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Das BVA erklärte die Zuschlagsentscheidung für rechtswidrig, da der AG in seinen Ausschreibungsbestimmungen Mindestvoraussetzungen aufgestellt hat, aber nachträglich von diesen zu Gunsten eines Bieters abgerückt ist, indem er das unvollständige Angebot des erstgereichten Bieters nicht ausgeschieden hatte. Diese Vorgangsweise verstieß aber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da insbesondere der zweitplatzierte Bieter darauf vertrauen kann, dass der AG seine eigenen Ausschreibungs- (= Ausscheidungsbedingungen) auch einhält.

Das BVA erörterte in seiner Entscheidung auch „nebenbei“ die Frage, ob die Nichtabgabe von Kalkulationsformblättern überhaupt als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren sei, der zum Ausschneiden des Angebots führen kann.

Dazu muss die Frage geklärt werden, was unter einem behebbaren bzw. unbehebbaaren Mangel zu verstehen ist bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Mangel als nicht mehr behebbare gilt.

*Kropik*<sup>38</sup> ist der Meinung, dass eine klare Abgrenzung in vielen Fällen nicht möglich sei und dass Regeln teilweise ineinander laufen. Dazu stellt er zwei Extrempositionen gegenüber:

### 1.) Jeder Angebotsmangel gilt als behebbare

---

<sup>37</sup> BVA 20.03.2003, 12 N 10/03-11

<sup>38</sup> *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2.Auflage (2001), S. 61 ff

## 2.) Jeder Angebotsmangel gilt als nicht behebbar

*Kropik* führt weiter aus, dass die erste Extremposition den Grundsätzen des Wettbewerbes widerspricht, man sich dabei im Bereich des Verhandeln bewegt und sich die Bieter durch Legung mangelhafter Angebote Optionen offen halten können, wie z.B. Änderung des Preises, der Leistung usw..

Die zweite Extremposition widerspricht der sparsamen Beschaffung und es besteht die Gefahr, durch undifferenziertes Ausscheiden mangelhafter Angebote, günstige Angebote zu übergehen (weil ebenfalls ausgeschieden) und daher zu überhöhten Preisen einzukaufen.

Der einzuschlagende Mittelweg der beiden Extrema entspricht als Lösung daher einem Netz, in dem sich ein mangelhaftes Angebot verfängt, welches so engmaschig wie nötig und so weitmaschig wie zulässig zu wählen ist.

Die Enge der Maschen geben die Vergabegrundsätze vor, die Weite das Recht des AG so günstig wie möglich einzukaufen.

Nach *Kropik*<sup>39</sup> gilt ein Mangel u.a. dann als behebbar, wenn durch dessen Behebung weder der Wert der angebotenen Leistung noch deren Preis geändert werden, da dies sonst einer nachträglichen Beeinflussung des Angebotes unter Kenntnis der Angebotspreise der Mitbewerber gleichkommt, was dem Bieter einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte.

Diesem Ansatz folgt das BVA in seiner Entscheidung: *„Nach der Rechtsprechung liegt nur dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise nachträglich verbessern.“*

Durch die Nachreichung von Kalkulationsformblättern kommt es nach Ansicht des BVA jedenfalls nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin (= der Erstbieter des Vergabeverfahrens), da die K-Blätter lediglich zur Präzisierung des – von allen Bietern bei der Angebotsabgabe ausgefüllten Leistungsverzeichnisses – dienen. Die Nichtabgabe von Kalkulationsformblättern ist daher in jedem Fall als behebbarer Mangel anzusehen, auch wenn der AG dies rechtswidrig in den Ausschreibungsunterlagen als unbehebbarer Mangel umgedeutet hat.

Da jedoch die Frist zur Anfechtung dieser rechtswidrigen Ausschreibung ohne Einwände am Vergabeverfahren beteiligter Bieter verstrichen war, hatte die Erörterung der Frage über die Art des Mangels für die Entscheidung des BVA keine weitere Bedeutung.

---

<sup>39</sup> *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2.Auflage (2001), S. 66 ff

Das BVA wies aber darauf hin, dass es grundsätzlich nicht in der Dispositionsfreiheit des AG steht einen an sich behebbaren Mangel als unbehebbar festzulegen.

Innerhalb der Angebotsfrist stellt eine solche Bestimmung jedenfalls eine bekämpfbare Festlegung des AG dar. Verläuft jedoch die Frist zur Bekämpfung, so wird die Festlegung unanfechtbar (und der AG hat seine eigene rechtswidrige Bestimmung einzuhalten).

Aus der Entscheidung des BVA folgernd, sieht auch *Mecenovic*<sup>40</sup> einen Mangel dann als unbehebbar, wenn dessen Behebung eine Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter nach Angebotseröffnung mit sich bringen würde. Er sieht jeden AG, der die Behebung wettbewerbsneutraler und damit behebbarer Mängel nicht zulässt, Gefahr laufen, dass seine Ausschreibung bekämpft und aufgehoben wird, was im gegenständlichen Fall nur aufgrund des Fristablaufs nicht möglich war.

Im Gegensatz zur Entscheidung des BVA und Kropik<sup>41</sup> sieht *Mecenovic*<sup>42</sup> trotz Fristablaufs eine Möglichkeit gegen solche rechtswidrigen Bestimmungen vorzugehen, da der EuGH in der ergangenen Entscheidung „Santex“<sup>43</sup> die zuständigen nationalen Gerichte und damit auch das BVA dazu verpflichtet hat, Rügen unter Berufung auf Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zuzulassen, auch wenn die Fristen im nationalen Recht (hier nach dem BVergG) bereits abgelaufen sind.

Allerdings scheint auch die jüngere Judikatur des BVA<sup>44</sup> (entgegen der Ansicht *Mecenovics* und in Übereinstimmung mit jener *Kropiks*) davon auszugehen, dass Vorwürfe betreffend die Gestaltung der Ausschreibung, und dazu gehören auch Festlegungen über etwaige Angebotsmängel, dann ins Leere gehen, wenn die Inhalte der Ausschreibung nicht fristgerecht angefochten werden: *„Mangels fristgerechter Anfechtung erhalten Entscheidungen von Auftraggebern, wie etwa die Ausschreibung und die Festlegung der Zuschlagskriterien, Bestandskraft.“*<sup>45</sup> Das bedeutet also, wie schon zuvor erwähnt, dass mit Ablauf der Anfechtungsfrist die rechtswidrige Festlegung, hier die Umdeutung eines behebbaren Mangels in einen unbehebbareren, bestandsfest wird.

Das BVergG selbst lässt die Frage, was ein unbehebbarer Mangel ist, offen und nennt nur zwei Fälle unbehebbarer Mängel, nämlich das Fehlen des Vadiumnachweises<sup>46</sup> und das

---

<sup>40</sup> *Mecenovic* (am Verfahren beteiligt) zu BVA 20.03.2003, 12 N 10/03-11, RPA 2003/53

<sup>41</sup> *Kropik* geht davon aus, dass nach Verstreichen der Frist zur Anfechtung der Ausschreibung Bieter wie AG an die unzulässige Bestimmung „endgültig“ gebunden sind.; Hinweis: Praxistipp zu BVA 20.03.2003, 12 N 10/03-11 in ZVB 2003/81

<sup>42</sup> *Mecenovic* (am Verfahren beteiligt) zu BVA 20.03.2003, 12 N 10/03-11, RPA 2003/53

<sup>43</sup> Entscheidung „Santex“ C-327/00 abgedruckt in RPA 2003/60

<sup>44</sup> Vgl. dazu BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32; BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19, BVA 20.03.2003, 12N-10/03-11

<sup>45</sup> BVA 18.08.2003, 10N-60/03-26

<sup>46</sup> § 86 BVergG

Legen von unzulässigen Teilangeboten<sup>47</sup>, wenn die Ausschreibung die Möglichkeit von Teilangeboten nicht vorsieht. In den Erläuterungen<sup>48</sup> zum BVergG lässt sich aber einhellig zu den o.e. Meinungen entnehmen, dass es für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel maßgeblich ist, ob die nachträgliche Änderung des Ursprungsangebots den Bieter gegenüber seiner Konkurrenz begünstigt. Dies würde nämlich den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot verletzen.

Das BVA<sup>49</sup> sieht ebenfalls einen Mangel, dessen Behebung die Wettbewerbsstellung nach Angebotseröffnung verändert, als unbehebbar an. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in den Angeboten sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuschneiden.

Die Nichtabgabe von Kalkulationsformblätter stellt keinen solchen Mangel dar und damit kann zusammenfassend festgehalten werden, dass es sich jedenfalls um einen behebbaren Mangel handelt, der vom AG auch nicht in einen unbehebbar umgedeutet werden kann.

Dem Bieter ist unter Setzung einer angemessenen Frist die Möglichkeit zu geben, die K-Blätter nachzuliefern. Ein sofortiges Ausscheiden des Angebots ist unzulässig und käme nur dann zu tragen, wenn der Bieter die gewährte Frist zur Nachlieferung der K-Blätter verstreichen ließe.

Jeder AG ist angehalten, gegenüber dem BVergG unzulässig verschärfte Bedingungen zu vermeiden, da er sonst Gefahr läuft, dass seine Ausschreibung aufgehoben wird. Sogar nach Verstreichung der Bekämpfungsfrist könnte diese Gefahr gegeben sein, sofern Gemeinschaftsrecht verletzt wird<sup>50</sup>.

Der Ausscheidungstatbestand nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 („Ausscheiden von Angeboten mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung)“) ist im Zusammenhang mit der Preisangemessenheitsprüfung und der vertieften Angebotsprüfung zu sehen und wird deshalb im Folgenden in Kapitel 2.3 behandelt (siehe Punkt 2.3.).

---

<sup>47</sup> § 106 Abs. 3 BVergG

<sup>48</sup> Erläuterungen zum BVergG zu § 129, S. 85

<sup>49</sup> Siehe dazu *Hahn*, BVergG 2002, S. 494: Das BVA nach ständiger Spruchpraxis unter Bezugnahme auf *Aicher*: „Wettbewerbsrechtlich und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes“ in: *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechtes, S.411f

<sup>50</sup> Vgl. dazu *Mecenovic* (am Verfahren beteiligt) zu BVA 20.03.2003, 12 N 10/03-11, RPA 2003/53

## 2.3 Die Preisangemessenheit und die K-Blätter in der Phase der vertieften Angebotsprüfung

### 2.3.1 Einleitung

Wie schon aus der Vorstellung der für die Detailkalkulation und die K-Blätter relevanten Paragraphen des BVergG erkennbar (siehe Punkt 2.1.) sind nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, auszuschneiden.

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens, geregelt in § 19 BVergG, geben vor, dass die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Diesem Grundsatz folgend, finden sich im § 125 BVergG Hinweise, wie die Prüfung der Preise auf Angemessenheit zu erfolgen hat und welche weitere Vorgangsweise einzuschlagen ist, falls sich nach erster Voruntersuchung der Angebote Zweifel an der Preisangemessenheit ergeben.

*Holoubek/Klinke*<sup>51</sup> halten ausdrücklich fest, dass diese Vergleichswerte und allfällige Gedankenexperimente (auf Grundlage des § 125 BVergG) den Ausgangspunkt der Prüfung der Preisangemessenheit darstellen, nicht aber das Ergebnis. Jede Preisangemessenheitsprüfung verlangt die spezifische Auseinandersetzung mit dem konkreten Angebot und ein Aufklärungsverfahren, in dem der Bieter die Möglichkeit erhält, seine Preisgestaltung zu erklären.

Das Verlangen von Aufklärung durch die Bieter und die vertiefte Angebotsprüfung sind also die weiteren Schritte, wobei deren Ergebnisse in die Einschätzung der Angebotspreise einzugehen haben und möglicherweise weiteren Aufschluss über die Preise und deren Zusammensetzung geben werden.

Diese verbindlichen Aufklärungsgespräche sind nach § 127 BVergG nicht nur zulässig, sondern verpflichtend zu führen<sup>52</sup>, haben sich aber am absoluten Verhandlungsverbot nach § 101 Abs. 4 bzw. § 104 Abs. 2 BVergG zu orientieren.

In dieser Phase der Aufklärung und vertieften Angebotsprüfung werden vom AG häufig ausgewählte K-Blätter als Grundlage zur detaillierten Untersuchung der Preise herangezogen. Es ist daher zunächst die Frage zu klären, wann ein Preis angemessen ist und wann nicht (siehe Punkt 2.3.2) und in einem zweiten Schritt, bei Verdacht auf einen

---

<sup>51</sup> *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau-Teilmarkt (Teil II), ZVB 2004/57

<sup>52</sup> Gem. § 125 Abs. 3 BVergG (Prüfung der Angemessenheit der Preise - Vertiefte Angebotsprüfung)

unangemessenen Preis, diesen in der vertieften Angebotsprüfung unter Heranziehung der K-Blätter näher zu durchleuchten (Punkt 2.3.3).

Die K-Blätter werden i.d.R. entweder dem AG in einem verschlossenen Kuvert bereits vorliegen, da sie mit dem Angebot gemeinsam abzugeben waren, oder aber der AG wird sie für die ihn interessierenden Positionen vom Bieter zur nachträglichen Vorlage anfordern (vgl. dazu auch Pkt.3.3.).

Mit den historischen Ausgaben der ÖNORM A 2050 hatte das österreichische Normungsinstitut Normen geschaffen, die in der Vergangenheit große Bedeutung für die Auftragsvergabe hatten und die Gestaltung der Bundesvergabegesetze maßgeblich beeinflussten. Querverweise in den früheren Gesetzesausgaben des Bundesvergabegesetzes (vor 2002) auf bzw. Übernahme ganzer Textpassagen aus diesen alten ÖNORMEN A 2050 zeugen noch von der früheren Bedeutung der „A 2050“ für das Vergaberecht. Aus diesem Grund kann es durchaus von Interesse sein, diese Normen für eine Vergleichsbetrachtung mit den Bestimmungen des BVergG heranzuziehen.

Die neue und aktuelle ÖNORM A 2050<sup>53</sup>, deren Anwendung sich nur mehr auf Aufträge beschränkt, die nicht dem BVergG 2006 unterliegen, geht ebenfalls vom Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen aus.<sup>54</sup> Unter den Ausscheidungstatbeständen<sup>55</sup> lässt sich im Vergleich zum BVergG jedoch kein explizit angeführter Ausscheidungsgrund der nicht plausiblen Preiszusammensetzung finden. Die ÖNORM A 2050 enthält aber ebenfalls, wenn auch weniger detailliert, Bestimmungen zur Angebots- und Preisprüfung<sup>56</sup> sowie die Verpflichtung, bei Auftreten von Unklarheiten vom Bieter verbindliche Aufklärung zu verlangen<sup>57</sup>. Diese vom AG zwingend zu verlangende Aufklärung darf dabei zu keiner weiteren Veranlassung seitens des AG führen, welche die Grundsätze gemäß Punkt 4.1 („Vergabe zu angemessenen Preisen“) und 4.2 („Verhandlungsverbot“) der ÖNORM A 2050 verletzt, wozu u.a. auch der Grundsatz zur Vergabe zu angemessenen Preisen gehört. Kann die erfolgte Aufklärung die begründeten Zweifel des AG an der Unangemessenheit der Preise nicht ausräumen, darf diesem Angebot jedenfalls nicht der Zuschlag erteilt werden. Es lässt sich also aus der ÖNORM A 2050 ableiten, dass ein Angebot mit nicht angemessenen Preisen aus dem Wettbewerb um den Zuschlag zu nehmen ist, obwohl es keinen expliziten Ausscheidungsgrund „Angebote mit nicht angemessenen Preisen“ gibt.

<sup>53</sup> ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot, Zuschlag“; Ausgabe 2006-11-01, („ÖNORM A 2050“)

<sup>54</sup> ÖNORM A 2050, Pkt.4.1.1, S.8

<sup>55</sup> ÖNORM A 2050, Pkt.7.4.1 Abs 1, S.23

<sup>56</sup> ÖNORM A 2050 Pkt. 7.3.7 Prüfung der Angebote, S. 22

<sup>57</sup> ÖNORM A 2050 Pkt. 7.3.8.1 „Aufklärung“, S 23

Über die genauen Kriterien bei der Prüfung auf Angemessenheit von Preisen und über den Begriff der Preisangemessenheit verschweigt sich die ÖNORM.

Es bleibt also offen wann genau ein Preis als angemessen und wann als nicht (mehr) angemessen gilt.

## **2.3.2 Der angemessene Preis**

### *2.3.2.1 Hintergrund der Vergabe zu angemessenen Preisen*

Will ein Unternehmen der Privatwirtschaft langfristig wirtschaftlichen Erfolg haben bzw. im freien Wettbewerb überleben, so wird es angehalten sein, Waren und Leistungen bei vordefinierten und fixen Qualitätsmerkmalen möglichst günstig einzukaufen.

Im Gegensatz dazu muss ein öffentlicher AG aus seiner Natur heraus nicht a priori wie ein „Privater“ beschaffen, da etwaige unwirtschaftliche Einkäufe seine wirtschaftliche Existenz nicht direkt gefährden, da er ja durch Einnahmen der öffentlichen Hand finanziert wird.

Die Vergabegesetzgebung hat u.a. vor Augen, den öffentlichen Einkäufer dazu zu bewegen, ebenso wie eine privatwirtschaftliche Unternehmung die „Ware Bauleistung“ am Bauplatz nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten möglichst günstig und damit sparsam einzukaufen (Wirtschaftlichkeitsprinzip).

*Aicher*<sup>58</sup> sieht das Wirtschaftlichkeitsprinzip, an dem sich die staatliche Gebarung als Verfüger über Budgetmittel zu orientieren hat, schon als aus der Bundesverfassung gegeben. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip, welches damit für die staatlichen Organe als Verhaltensmaxime zu gelten hat, wird nach Meinung *Aichers* durch einen freien Wettbewerb direkt umgesetzt. Leistungen nach rein wirtschaftlichen Überlegungen in einem freien Markt einzukaufen, entspricht also nicht nur dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, sondern ist eine Folgerung aus ihm.

Für die Baubranche hat eine Vergabe zu angemessenen Preisen eine besonders große Bedeutung, da die überwiegende Anzahl der Kunden öffentliche Auftraggeber sind und keine andere Branche in derartiger Weise dem öffentlichen Vergaberegime und damit den einschlägigen Bestimmungen des BVergG zur Prüfung der Preisangemessenheit unterliegt.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> *Aicher*, Schlussbericht des Forschungsprojektes „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“, Österreichische Gesellschaft für Baurecht in: *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts, 1985, S. 206

<sup>59</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

*Oberndorfer/Schwarz<sup>60</sup> beschreiben die Folgen einer Vergabe zu unangemessenen Preisen wie folgt: „Erfolgen Vergaben zu unangemessenen Preisen, sind die möglichen Folgen dieser Rechtswidrigkeit entweder unmittelbare Mehrkosten für den Auftraggeber (Überpreis und damit eine Verletzung des Prinzips der Wirtschaftlichkeit) oder – bei Unterpreisen – ein ruinöser Wettbewerb auf Seiten der Unternehmer. Ein ruinöser Wettbewerb führt in der Folge zu einer drastischen Reduktion der Anzahl der möglichen Bieter bei zukünftigen Ausschreibungen (Insolvenzen).*

*Reduziert sich die Anzahl dadurch aber so stark, dass sich ein zweiseitiges Oligopol oder Monopol bildet, steigt das Preisniveau stark an, und der Nachfrager (Auftraggeber) sieht sich – aufgrund des fehlenden Wettbewerbes – einem hohen Preisniveau ausgesetzt.“*

Wenn hier in erster Linie die Folgen für den AG beschrieben sind, ergibt sich aus dem Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen auch eine Schutzfunktion für die Unternehmer, welche die Vergabegesetzgebung als Zielsetzung verfolgt: Die Adressaten dieses Vergabegrundsatzes sind grundsätzlich die öffentlichen Auftraggeber.

Eine Vergabe zu angemessenen Preisen schützt aber auch die Unternehmer<sup>61</sup> vor einer potentiellen Insolvenzgefahr, die dadurch entsteht, dass der Unternehmer zwar als Billigstbieter aus dem Wettbewerb hervorgeht, aber später bei der Vertragsabwicklung seinen Kampfpreis finanziell nicht durchsteht und mittelfristig Gefahr läuft, vom Markt zu verschwinden.

### *2.3.2.2 Wann ist ein Preis angemessen? Die Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung*

Wie schon mehrfach erwähnt, verlangt ein zentraler Grundsatz des Vergaberechts, „öffentliche Bauleistungen“ zu angemessenen Preisen zu vergeben. Der Begriff des angemessenen Preises wird allerdings im BVerG nicht näher definiert und lässt somit einen gewissen Interpretationsspielraum offen. Die Bestimmungen über die Prüfung der Preisangemessenheit im Zusammenhang mit dem Ausscheiden von Angeboten (nicht plausible Preiszusammensetzung) und die einschlägigen Judikatur lassen jedoch einige Anhaltspunkte erkennen, wann ein Preis für eine Bauleistung als angemessen zu werten ist und wann nicht. In diesem Kapitel werden daher verschiedene Meinungen der juristischen und bauwirtschaftlichen Lehre/Praxis, einige einschlägige Urteile und die konkreten

---

<sup>60</sup> Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>61</sup> Hier ist natürlich eine (rechtswidrige) Vergabe zu unangemessenen niedrigen Angebotspreisen vorausgesetzt

Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung dargelegt werden, wobei auch vereinzelt auf Ansichten in der BRD eingegangen wird.

Des Weiteren soll hier die Frage erörtert werden, welche Bedeutung die K-Blätter bei der Preisangemessenheitsprüfung haben. Dazu kann schon vorweg festgehalten werden, dass es hier um ein frühes Angebots-Prüfungsstadium geht, in dem primär festgelegt wird, ob weitere, tiefergehende Prüfungsschritte notwendig sind. Ob in diesem ersten Schritt auch schon die Detailkalkulation geprüft werden muss, wird im Folgenden ebenfalls kurz hinterfragt.

Das BVergG gibt mit § 125 ein genaues Ablaufschema für die preisliche Angemessenheitsprüfung und mit § 129 ein Reglement für das Ausscheiden von Angeboten vor, nach dem der öffentliche AG grundsätzlich vorzugehen hat.

Demzufolge ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.<sup>62</sup>

a) Vergleich von Angeboten untereinander (Verwendung von Preisspiegel):

Unumstritten ist, dass die Prüfung der Preisangemessenheit nicht auf dem bloßen Vergleich mit den Preisen der Konkurrenten beruhen darf. Ein gewichtiges Argument dafür ist, wie das BVA bestätigt, dass eine solche Vorgangsweise im Ergebnis den ökonomischen Fortschritt hemmen und den innovativen Bieter vom Erhalt öffentlicher Aufträge ausschließen würde.<sup>63</sup> In der Vergabepaxis wird dies jedoch oft eine erste Augenfälligkeit darstellen, die zu Recht zu einer näheren Betrachtung der Preise animiert.

Bei großen Preisunterschieden der Angebote kann allerdings eine Pflicht des AG zur näheren Prüfung (vertiefte Angebotsprüfung) ausgelöst werden:

So hat das BVA in einer neueren Entscheidung eine Zuschlagsentscheidung aufgehoben, weil der öffentliche AG trotz erheblicher preislicher Abweichung des Bestbieters von den anderen Angeboten keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hatte.<sup>64</sup>

Der AG normierte in den Ausschreibungsunterlagen einen Durchschnittspreis, der auf Grundlage der Preise der übrigen Bieterangebote und der Kostenschätzung des AG gebildet werden soll. Ein Preis wurde vom AG unter Weiterführung des § 125 BVergG jedenfalls dann

---

<sup>62</sup> § 125 Abs. 1 und Abs 2 BVergG

<sup>63</sup> So auch das BVA N 1/1998 vom 19.01.1998 in *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S.4

<sup>64</sup> BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66 = ZVB 2006/71

als ungewöhnlich niedrig festgelegt (und berechtigt gegebenenfalls zum Ausscheiden), wenn er 50 Prozent dieses Mittelwerts beträgt.

Der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin betrug 62,52 Prozent des Mittelwerts und hätte nach Ansicht des BVA bei dem AG objektiv Zweifel an der Angemessenheit der Preise entstehen lassen müssen. Ein solch geringer Abstand zum absoluten Ausscheidungsgrund i.S. der Ausschreibungsunterlagen schließt nämlich eine vertiefte Angebotsprüfung nicht aus, sondern indiziert gerade eine solche.

Der VfGH sieht in diesem Zusammenhang umgekehrt dann eine vertiefte Angebotsprüfung für nicht zwingend geboten, wenn das Angebot des Bestbieters preislich lediglich um 6,7 Prozent vom Angebot des zweitgereihten Bieter abweicht.<sup>65</sup>

Damit weist also der VfGH auf den ersten Blick dem preislichen Vergleich der Angebote untereinander (Preisspiegel) zur Preisangemessenheitsprüfung eine vermeintlich größere Bedeutung zu.

*Katary*<sup>66</sup> interpretiert den VfGH nämlich zutreffend dahingehend, dass nur dann (noch) keine Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung ausgelöst wird, wenn ein Abweichen des Gesamtpreises um 6,7% in Relation zum nächstgereihten Angebote den einzigen Ansatzpunkt für eine etwaige Unangemessenheit darstellt, und z.B. wesentliche Positionen des Angebotes keine preisliche Auffälligkeiten aufweisen. Würde man nach Ansicht des Autors den VfGH anders verstehen, „*nämlich in einer abschließenden Aussage, dass eine vertiefte Angebotsprüfung immer dann nicht notwendig ist, wenn der Gesamtangebotspreis des Bestbieters um (zumindest) nicht mehr als 6,7 Prozent vom Gesamtangebotspreis des zweitgereihten Bieters abweicht, wäre dies mA einerseits im Widerspruch zu den Ausführungen des VfGH an anderen Stellen in diesem Erkenntnis (...)*

*Auf der anderen Seite wäre eine derartige abschließende Sichtweise meines Erachtens auch entgegen den Geist der Richtlinien und der dazu ergangenen Judikatur des EuGH, wonach (die Baukoordinierungs-)Richtlinie dem öffentlichen Auftraggeber vorschreibt, die EINZELPOSITIONEN der ungewöhnlich niedrigen Angebote zu überprüfen“.*

Diese Interpretation scheint mE auch insofern plausibel zu sein, dass im Falle, dass z.B. beide Angebote (erst- und zweitgereihtes) preislich ungewöhnlich niedrig (eventuell auch tatsächlich unangemessen niedrig) sind, der AG aber mit dem Argument des lediglich 6,7 prozentigen Abstands jedenfalls auf eine vertiefte Angebotsprüfung verzichten könnte. Dies könne aber in weiterer Folge nicht im Sinne einer Vergabe zu angemessenen Preisen sein.

---

<sup>65</sup> VfGH 22.9.2003, B 1211/01 = RPA 2003, 342

<sup>66</sup> *Katary*, (Kontroverzielle) Klarstellungen des VfGH zu kontroversiellen Fragen der Preisprüfung, RPA 2003/336

Der VwGH sah bei einem Auftrag über die Lieferung von Backwaren den AG nicht zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet, da der Stückpreis für Semmeln im Angebot, das für den Zuschlag ausgewählt wurde, mit Euro 0,114 nicht so auffallend unter jenem der übrigen Angebote lag (der Beschwerdeführer bot etwa zum Stückpreis von 0,14 Euro an). Es könne daher nicht von einem ungewöhnlich niedrigen Preis gesprochen werden, wie auch die nachträgliche Kontrolle der vorgelegten Preiskalkulation ergab.<sup>67</sup> Dies würde mE die Interpretation *Katarys* zum bereits angesprochenen Urteil des VfGH<sup>68</sup> unterstützen, da auch in der gegenständlichen Entscheidung des VwGH außer dem Abstand des billigsten Angebotspreises zu den anderen kein weiterer Anhaltspunkt für eine preisliche Unangemessenheit gegeben war (es gab z.B. auch keinen Grund zur Annahme, dass ein generell überhöhtes Preisniveau und ein damit einhergehender Wettbewerbsmangel vorliegt). Der Preis des besten Angebots wurde aufgrund des geringen Preisabstands zu den übrigen Anboten als nicht ungewöhnlich niedrig befunden und konnte daher keine vertiefte Angebotsprüfung auslösen.

b) Ist die Feststellung eines angemessenen Preises alleine durch Preisvergleiche mit Werten von früheren Projekten (Preisdatenbanken) zulässig? (Siehe auch Punkt 2.3.4.2)

Ein öffentlicher AG darf sich bei der Angemessenheitsprüfung nicht ausschließlich auf Vergleiche mit Preisen von Angeboten aus der Vergangenheit mit ähnlichen bzw. gleichen Leistungen stützen.<sup>69</sup> Solche Preisspeicher bzw. Preisdatenbanken können wohl nur Indizien für das Vorliegen unangemessener Preise liefern und nur als eine Teilfacette der Prüfung auf Preisangemessenheit angesehen werden.<sup>70</sup>

Der Vergleich von vorliegenden Preisen mit jenen der Preisspeicher bzw. Preisdatenbanken kann nämlich lediglich Indizien für einen im Verhältnis zur Gesamtleistung niedrigen Gesamtpreis und/oder für zu hohe oder niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen liefern.

Die Problematik bei der Verwendung von Preisdatenbanken als Vergleichsmarke besteht allerdings darin, dass Bauleistungen fertigungstechnische Unikate sind, die untereinander aufgrund unterschiedlicher Produktionsbedingungen, Bauzeit, überbürdeter Risiken, Konjunkturlage, Jahreszeit, etc. nur bedingt vergleichbar sind.

Selbst ein und dieselbe Stahlbetonstützmauer wird bei sonst identen Umständen, aber z.B. größerer Risikoüberwälzung des AGs durch die Ausschreibungsunterlagen, einen

---

<sup>67</sup> VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090

<sup>68</sup> VfGH 22.9.2003, B 1211/01 = RPA 2003, 342

<sup>69</sup> OGH 2.3.2000, 2Ob20/00f

<sup>70</sup> *Fink/Schiefer* in *Heid & Partner/Preslmayr* Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, LexisNexis Orac ARD, 2.Auflage, S.397

unterschiedlichen Angebotspreis aufweisen. Solche Einflussfaktoren müssen bei einem preislichen Vergleich mit Baupreisdatenbanken in die aktuelle Beurteilung möglichst umfassend einfließen, was sich als nicht sehr einfach gestaltet.

Nach *Oberndorfer/Schwarz*<sup>71</sup> lässt sich die Preisangemessenheit nur aus den jeweiligen individuellen Umständen des AG beurteilen – allerdings muss dies auf sachlichen Gesichtspunkten wie z.B. auf Basis von aktuellen und inhaltlich zutreffenden Preisdatenbanken fußen.

Für *Kropik*<sup>72</sup> sind Erfahrungswerte aus Baupreisdatenbanken nur bedingt für eine Angebotsprüfung geeignet, da, wie schon oben erwähnt, eine Vergleichbarkeit nur eingeschränkt gegeben ist. Folgende Umstände werden dabei ins Treffen geführt (nur auszugsweise und ergänzend zu den bereits oben aufgezählten Einflussfaktoren):

- Einflüsse des Marktes wie Preisniveau, Zielsetzung der Bieter
- Plausibilität der ausgeschriebenen Mengen
- Mengengrundlage für den in der Datenbank gespeicherten Wert
- Vorfinanzierung, Zahlungsziele usw.
- Unterschiedliche Umlageverfahren bei der Preisbildung der Angebote

c) Preisangemessenheitsprüfung mit einer Kostenschätzung (Siehe auch Punkt 2.3.4.2):

Zu einem preisliche Vergleich des Angebots mit der Kostenschätzung des AG ist *Kropik*<sup>73</sup> der Meinung, dass dieser einen Hinweis auf die Angemessenheit des Gesamtpreises geben kann, dass aber eine solche Vergleichsbetrachtung in ihrem Ergebnis nicht unkritisch erfolgen darf.

Insbesondere können geringere Abweichungen (hier preisliche Überhöhungen) von der Kostenschätzung nicht ohne weiteres und ohne Führung von Aufklärungsgesprächen und vertiefter Prüfung als Begründung für einen etwaigen Widerruf der Ausschreibung dienen.<sup>74</sup>

Das BVA, die B-VKK und auch die deutsche Rechtsprechung stellen im Falle, dass der AG eine eigene Kostenschätzung zur Beurteilung der Preisangemessenheit verwendet, darauf ab, dass diese auch realistisch, „aktuell zutreffend“ bzw. plausibel ist und anhand aktueller

---

<sup>71</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60, S. 7

<sup>72</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 4

<sup>73</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 4

<sup>74</sup> Vgl. dazu B-VKK 27.11.2003, S-18/03 = bbl 2004/27 (unter Pkt.2.2.3.5) sowie VKS-Stmk. vom 9.8.1996 und VKS-W1- 1996/21, beide in *Kropik*, „Zur Preisangemessenheit und...“, Referat

Marktpreise erstellt wurde.<sup>75</sup> Andernfalls wird die Kostenermittlung des AG kein passendes und rechtlich anerkanntes Mittel zur Beurteilung der Preisangemessenheit darstellen.

Ansonsten stellt aber die realistische und zutreffende Kostenschätzung des AG ein sehr taugliches Instrument der Preisangemessenheitsprüfung dar, die den Anstoß zu einer vertieften Angebotsprüfung gibt, um dann im Detail (durch Prüfung der K-Blätter) Klarheit über die Angemessenheit der Preise zu erlangen.

d) K-Blätter als Instrument zur Feststellung eines Verdachts auf preisliche Unangemessenheit? (Siehe auch Punkt 2.3.4.2):

Es stellt sich die generelle Frage, wie detailliert in diesem ersten Ablaufschritt bei der Prüfung der Preisangemessenheit eines Angebotes überhaupt vorzugehen ist und welcher Prüfungsmaßstab in Bezug auf die Tiefe der Prüfung anzulegen ist. In dieser Prüfungsphase geht es schließlich (noch) nicht um ein etwaiges Ausscheiden eines Angebots wegen unangemessenen Preisen, sondern lediglich um Indizien für eine potentielle preisliche Unangemessenheit, die ohnehin weitere, tiefergehende Prüfungsmaßnahmen verpflichtend auslöst (vertiefte Angebotsprüfung, Verlangen von Aufklärung).

Sind also schon jetzt in diesem frühen Prüfungsstadium die K-Blätter für eine genaue Preisanalyse heranzuziehen?

Ein Blick in die Fachliteratur, Judikatur und auf die Tatbestände des BVergG, die eine vertiefte Angebotsprüfung auslösen<sup>76</sup>, lässt erkennen, dass die gestellte Frage zu verneinen ist. Eine detaillierte Untersuchung der Kalkulation (vertiefte Angebotsprüfung anhand der Kalkulationsformblätter) ist im Zuge der Preisangemessenheitsprüfung nicht erforderlich. Eine Untersuchung hat global unter Verwendung von Preisdatenbanken, Preisspiegel und einer Kostenschätzung zu erfolgen. „*In diesem Sinn hat der BGH [für die vergleichbare Vergabepaxis in der BRD, Anm. d. Verf.] festgestellt, dass das Missverhältnis zwischen Leistung und Preis offensichtlich sein muss, also es keiner genauen Prüfung im Einzelnen bedarf. Das Missverhältnis muss sofort "ins Auge fallen."*<sup>77</sup>

Auch in Österreich muss dem Fachkundigen eine Abweichung vom Normalpreis sofort auffallen. Der AG muss über ein Preismissverhältnis Kenntnis in der Art gewinnen, dass es einer genauen Überprüfung der einzelnen Preisangaben im Angebot nicht bedarf.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Siehe dazu BVA 7.4.2005, 06N-4/05-31 bzw. B-VKK 27.11.2006, S-18/03 und OLG Düsseldorf 18.2.1999, 5 U 93/98 = BauR 1999, 741

<sup>76</sup> § 125 Abs. 3 BVergG 2006

<sup>77</sup> Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60, S. 7

<sup>78</sup> Kropik, Die Wertung von kalkulatorischen Kosten im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, ZVB 2001/35, S.2

In Deutschland muss nach § 25 Nr. 3 der VOB/A eine nähere Prüfung des Angebotspreises dann erfolgen, wenn der betreffende Bieter mit seinem Angebot etwa 10-15 % unter oder über dem Angebotsendpreis des nächsten Bieters liegt. Eine detaillierte Prüfung der Detailkalkulation des Bieters zur Feststellung eines Verdachts auf einen unangemessenen Preis ist also nicht erforderlich, sondern es wird auf den Preisabstand der Angebote untereinander und den Abstand zur (aktuell zutreffenden) Preisschätzung des AG abgestellt: Das Vergabehandbuch des Bundes<sup>79</sup> der BRD besagt, dass sich insbesondere dann Zweifel an der Angemessenheit ergeben, wenn die Angebotssummen

- eines oder einiger weniger Bieter erheblich geringer sind als die der übrigen oder
- erheblich von der aktuell zutreffenden Preisermittlung des Auftraggeber abweichen.
- Solche Zweifel sind grundsätzlich bei einer Abweichung von 10 v.H. oder mehr anzunehmen.

e) Unangemessene Positionspreise:

Anders als in Österreich<sup>80</sup> muss nach einem Urteil des Bayerischen Oberlandesgerichts<sup>81</sup> bei der Beurteilung der Angemessenheit immer auf das Gesamtangebot und nicht auch auf Einzelpreise (wesentliche Positionspreise) abgestellt werden. Eine Missverhältnis zwischen Gesamtleistung zu Gesamtpreis ist selbst dann noch nicht gegeben, wenn einzelne Leistungsteile (mehrere, sogar gewichtige Positionen) unterkalkuliert sind, dafür andere Positionen aber hohe Preise enthalten.

Dem Bieter wird also in der BRD die Möglichkeit eines preismäßigen Ausgleichs auf Positionsebene zuerkannt, der einzelne auffallende Preisunangemessenheiten im LV kompensieren und das Angebot vor einem etwaigen voreiligen Ausscheiden bewahren kann.

In Österreich hingegen wird ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung in einzelnen (wesentlichen) Positionen nicht nur eine nähere Überprüfung<sup>82</sup> unumgänglich machen, sondern kann sogar ausreichen, das gesamte Angebot aufgrund unplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuscheiden<sup>83</sup>, falls der Bieter durch Offenlegung

---

<sup>79</sup> Vergabehandbuch des Bundes, Ausgabe 2002, [der Bundesrepublik Deutschland, Anm. d Verf.]

<sup>80</sup> Nach § 125 Abs. 3 BVergG muss ja bekanntlich auch dann vertieft geprüft werden bzw. Aufklärung verlangt werden, wenn Angebote zu hohe oder niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen

<sup>81</sup> BayObLG ZVgR 2001, 45

<sup>82</sup> Aufklärung und vertiefte Angebotsprüfung müssen dann zwingend durchgeführt werden.

<sup>83</sup> Der Angebotspreis setzt sich aus den einzelnen Positionspreisen zusammen und falls wesentliche Einheitspreise unplausibel zusammengesetzt sind, kann ein nicht plausibler Gesamtpreis abgeleitet werden

seiner K-Blätter und/oder entsprechende Aufklärung die Unklarheiten und Zweifel an der Preisangemessenheit nicht nachvollziehbar beseitigen kann. Nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG führt nämlich auch ein nicht plausibler Teilpreis zu einem unplausibel zusammengesetzten Gesamtpreis.

Nachdem § 80 Abs. 4 BVergG nur eine „Kann-Bestimmung“<sup>84</sup> ist, die den AG nicht verpflichtet, die als wesentlich geltenden Positionen zu kennzeichnen, erhebt sich zu Recht die Frage, ob auch nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen zur Preisangemessenheitsprüfung (und in weiterer Folge zur vertieften Angebotsprüfung) herangezogen werden dürfen. Nach dem Text des § 125 Abs. 3 Z 2 BVergG zu schließen, steht jedenfalls einer positiven Interpretation nichts im Wege.

Aus einer Entscheidung des VwGH<sup>85</sup> geht allerdings hervor, dass eine vertiefte Angebotsprüfung mangels Angabe der wesentlichen Positionen nicht in Betracht kommt.

Das Verlangen von Aufklärung (außerhalb des Rahmens einer vertieften Angebotsprüfung) wegen Zweifel an der Angemessenheit der Preise wurde hingegen vom VwGH bejaht.

*Gölles*<sup>86</sup> ist der anderen Ansicht, dass minimale Einheitspreise nach "*den Gesichtspunkten der vertieften Angebotsprüfung zu hinterfragen sind*" und *Keschmann*<sup>87</sup>, dass eine vertiefte Angebotsprüfung in Einklang mit der Rechtsprechung des VwGH vom 29.03.2006<sup>88</sup>, auch in anderen als den gesetzlich genannten Fällen (also auch für nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen) zulässig ist.

Wenn man bedenkt, dass in der Praxis oft wenige wichtige Positionen den preislichen Hauptanteil am Angebotspreis ausmachen und diese dann keiner vertieften Einheitspreisprüfung unterzogen werden dürfen<sup>89</sup>, nur weil sie nicht gekennzeichnet wurden, so widerspricht dies mE einer wirtschaftlichen Beschaffung zu angemessenen Preisen.

Aus diesem Grund erscheint die Prüfungsmöglichkeit auch nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen nach sachlichen Geboten zielführend.<sup>90</sup>

#### f) Angemessener Preis nach § 1152 ABGB:

---

<sup>84</sup> Der AG KANN in den Ausschreibungsunterlagen die als wesentlich geltenden Pos. angeben.

<sup>85</sup> VwGH 9. 10. 2002, 2000/04/0039

<sup>86</sup> *Gölles*, Bundesvergabegesetz - Spekulative Angebote im Baubereich, wbl 1999, S.61

<sup>87</sup> *Keschmann*, zu UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294, bbl 2007/33

<sup>88</sup> VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181 G

<sup>89</sup> Unter der Voraussetzung, dass diese wenigen wichtigen Positionen nicht als wesentlich gekennzeichnet waren.

<sup>90</sup> Eine sachliche Begründung für die Prüfung erscheint als wichtiger Grundsatz, da sonst seitens des AG ein willkürliches und schikanöses Herauspicken von unwesentlichen, preislich unbedeutenden Positionen die Folge sein könnte.

Ein Seitenblick auf die Kommentierung des Werkvertragsrechts des ABGB lässt eine gewisse Kongruenz mit den Anhaltspunkten des BVergG in Bezug auf den angemessenen Preis erkennen. So gibt § 1152 ABGB vor, dass für den Fall, dass in einem Vertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist, ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt.

Als angemessenes Entgelt ist jenes Entgelt definiert, welches sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.<sup>91</sup>

Unter „Berücksichtigung aller Umstände“ könnten also alle in § 125 Abs. 2 BVergG angeführten Anhaltspunkte wie z.B. die jeweils relevanten Marktverhältnisse eingeordnet werden. Die „vergleichbaren Erfahrungswerte“ und die „sonst vorliegenden Unterlagen“<sup>92</sup> des BVergG als Prüfungsmaßstab bei der Angemessenheitsbeurteilung erscheinen demnach in jenem Lichte, dass diese Werte und Unterlagen wohl i.d.R. nicht eins zu eins übernommen werden dürfen, sondern auf alle Umstände der Erbringung der Leistung Bedacht nehmen müssen (z.B. muss bei deren Anwendung auf vertragsrechtliche Umstände genauso Bedacht genommen werden wie auf baubetriebliche).

*Oberndorfer/Schwarz*<sup>93</sup> sehen in der o.a. Definition des angemessenen Entgelts des Werkvertragsrechts den angemessenen Preis für eine Bauleistung demnach auf Basis eines für ähnliche Umstände vorherrschenden Marktpreises beurteilt. Eine Vorgangsweise, die sich an der klassischen Betriebswirtschaftslehre orientiert. Als Kernaussage sehen die Autoren, dass bei der Prüfung der Preisangemessenheit sämtliche individuellen Umstände (insbesondere die vorliegende Marktsituation) mitberücksichtigt werden müssen.

#### g) Angemessener Preis nach deutschem BGB:

Das deutsche Werkvertragsrecht des BGB kennt den Begriff des angemessenen Preises nicht – eine „taxative Vergütung“ nach BGB<sup>94</sup> scheidet allerdings aus, da Bauleistungen nicht nach fix vorgegebenen Tarifen vergütbar sind. Anwendbar für Bauleistungen ist die in § 632 Abs. 2 BGB genannte „übliche Vergütung“, auf die in Ermangelung einer Taxe abzustellen ist und auch weitgehend mit dem der VOB/A bekannten Begriff des angemessenen Preises übereinstimmt. Auch hier handelt es sich letztlich um den Preis, der marktüblich ist, was für eine ordnungsgemäße Vergabe von Bauleistungen ausschlaggebend

---

<sup>91</sup> *Dittrich/Tades*, ABGB Kommentar, Manz Verlag, 22.Aufl., S.527

<sup>92</sup> Siehe dazu § 125 Abs. 2 BVergG 2006

<sup>93</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>94</sup> § 632 BGB

sein muss.<sup>95</sup> Entscheidend für die Angemessenheit eines Preises ist ausschließlich das Verhältnis zwischen Gesamtpreis und angebotener Leistung unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls. *Schranner*<sup>96</sup> weist darauf hin, dass bei Verdacht auf Preisunangemessenheit, z.B. aufgrund eines großen Abstands zu den anderen Angeboten, eine genaue inhaltliche Überprüfung der Angebote nach den festen Beurteilungskriterien unerlässlich ist. Der betreffende Bieter ist aufzufordern, die Preisgestaltung zu erläutern und zu begründen, wenn Anhaltspunkte für unangemessene Preise vorliegen. Das entspricht einem ähnlichen Zugang zur vertieften Angebotsprüfung wie in Österreich.

*Kapellmann/Schiffers*<sup>97</sup> stellen auf die übliche Vergütung nach § 632 des deutschen BGB und damit auch auf eine angemessenen Vergütung i.S. der VOB/A ab, wenn für eine Leistungen kein Beschrieb (keine Position) vorhanden ist und diese Leistung aber zweifelsfrei nach dem Vertrag auszuführen ist.

Umgelegt auf die Vergabe eines Auftrags könnte interpretiert werden, dass ein (markt)üblicher Angebotspreis dann jedenfalls auch ein angemessener ist.

Eine Definition einer abgegrenzten Bandbreite innerhalb welcher ein Preis jedenfalls angemessen ist, beispielsweise über die Kostendeckung<sup>98</sup>, lässt sich in der VOB nicht finden. Es lässt sich auch ein gewisser Ermessenspielraum für den AG hinsichtlich der Beurteilung der Preisangemessenheit erkennen.

#### h) Definition des angemessenen Preises über eine Bandbreite der Kostendeckung:

*Karasek*<sup>99</sup> meint zum angemessenen Preis<sup>100</sup>, dass in der Bauwirtschaft Preisschwankungen von bis zu 100% für die gleiche Leistung keine Seltenheit sind und der angemessene Preis in einer Bandbreite liegt, die durch das billigste und teuerste Angebot begrenzt ist, wobei die Untergrenze des angemessenen Preises in einem gerade noch kostendeckenden Preis liegt. Die Abgrenzung der Bandbreite, innerhalb der ein angemessener Preis eines Angebots liegt, kann aber mE nicht pauschal durch Festlegung des billigsten und teuersten Angebotspreises

---

<sup>95</sup> *Schranner* in *Ingenstau/Korbion* VOB Kommentar, Teile A und B, 16.Auflage, S.152

<sup>96</sup> *Schranner* in *Ingenstau/Korbion* VOB Kommentar, Teile A und B, 16.Auflage, S.152

<sup>97</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5. Auflage, Rdn. 285

<sup>98</sup> In der Art, dass bestimmte Kosten (z.B. alle variablen und direkt ausgabenwirksamen) zur Definition einer unteren Grenze mindestens enthalten sein müssen.

<sup>99</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, S. 260

<sup>100</sup> *Karasek* bezieht sich dabei auf den angemessenen Preis für Bauleistungen, die sich aus Leistungsänderungen ergeben, die also nach Ende des Submissionswettbewerbs beauftragt werden und für die auch keine Fortschreibung des Vertragspreisniveaus möglich ist. Solche Leistungen sind mangels Einigung mit einem angemessenen Entgelt zu vergüten, welches er wie oben darstellt.

als untere und obere Grenze erfolgen, ohne dass feststeht, dass sich die beiden Grenzen selbst gerade noch im Bereich der Preisangemessenheit befinden. Wie im Folgenden noch gezeigt wird, kann die Untergrenze eines angemessenen Preises sehr wohl auch unter der (Voll-)Kostendeckung liegen. Die nicht ausgabenwirksamen Kosten, auf die verzichtet werden kann (z.B. A.u.V. der Gerätekosten), müssen dann vom Bauunternehmer durch andere Aufträge erwirtschaftet werden. Schwerwiegende Liquiditätsprobleme mit der Folge des „nicht Durchstehens“ des Auftrags sind dabei i.d.R. noch nicht zu befürchten.

Wie schon unter Punkt 2.3.2.2 angeführt, ist der Begriff des angemessenen Preises nach BVerG trotz einiger Anhaltspunkte, nicht näher bestimmt und den angemessenen Preis als absolute Größe gibt es nicht. Es gibt aber nach *Kropik*<sup>101</sup> „eine Bandbreite innerhalb derer sich ein für die den Auftraggeber im Sinne der Vergabevorschriften anzunehmender Preis bewegt“.

Eine solche Definition eines Preises, der sich innerhalb einer Bandbreite der Kostendeckung bewegt und jedenfalls angemessen ist, wurde von *Oberndorfer*<sup>102</sup> ausgehend von der wesentlichen Grundannahme der ÖNORM B 2061, der auftragsbezogenen Vollkostendeckung, entwickelt.

Aus der Überlegung heraus, dass bei Bauleistungen i.d.R. mind. 80 Prozent der Produktionskosten variable Kosten und damit direkt liquiditätsbelastend sind, kommt der Deckung dieser Kosten eine alles überragende Bedeutung zu. Es erscheint also für *Oberndorfer* sinnvoll, zu fordern, dass ein Preis, welcher sich innerhalb einer Bandbreite der Kostendeckung bewegt, jedenfalls ein angemessener Preis ist.

#### h1) Untere Grenze des „jedenfalls“ angemessenen Preisbandes:

Die untere Grenze wird dabei nach *Oberndorfer* durch die Deckung der variablen Kosten und der ausgabenwirksamen fixen Herstellkosten, also der ausgabenwirksamen primären Kosten,<sup>103</sup> mit Bauzinsen und dem auftragsbezogenem Wagnis gebildet.

Diese untere Grenze ergibt sich aus der Hintergrundüberlegung, dass die für die Erbringung von Bauleistungen notwendige „Projektliquidität“ (Teilliquidität des Bauunternehmens) nicht verschlechtert werden soll. Diese Konzeption der Untergrenze einer Bandbreite bejaht einen teilkostendeckenden Baupreis, geht also bewusst davon aus, dass eine Unterdeckung von

---

<sup>101</sup> *Kropik*, Die Wertung von kalkulatorischen Kosten im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, ZVB 2001/35

<sup>102</sup> *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Manz Verlag, Auflage 2002, S 89

<sup>103</sup> Ausgabenwirksame Kosten sind solche, die innerhalb von 3 Monaten nach ihrer Entstehung monetär in ihrer Höhe abfließen (Z.B. Baustellengehälter und -löhne, Baustoffe, Fremdleistungskosten,...) Bei nicht-ausgabenwirksamen Kosten tritt so ein kurzfristiger Geldabfluss nicht auf (A+V von Geräten, EDV, Fuhrpark und Schalung; Wagniszuschlag,...).

nicht-ausgabewirksamen Kosten akzeptiert wird und diese woanders erwirtschaftet werden müssen (durch Deckungsbeiträge anderer Baustellen).

Diese preisliche Untergrenze soll nun ausgehend vom vollkostendeckenden Baupreis<sup>104</sup> kurz schrittweise analysiert werden:

Wenn ein Bauunternehmer seinen Preis nun durch Verzicht auf Gewinn, Allgemeines Unternehmerwagnis und nicht-ausgabenwirksame Kosten herabsetzt (z.B. zwecks besserer Auftragschance unter ausgeprägten Wettbewerbsverhältnissen), so muss der Gewinnzuschlag, schlagend gewordene Risiken und die Abschreibung und Verzinsung der Geräte durch andere Aufträge verdient werden.

Aus Sicht der Liquiditätserhaltung ist diese Absenkung mittelfristig unbedenklich und bedeutet einen Nachlass von ca. 8 Prozent.<sup>105</sup>

Der zusätzliche Verzicht auf die Zentralregie (diese besteht fast komplett aus ausgabenwirksamen Kosten<sup>106</sup>) bedeutet einen weiteren Nachlass von ca. 8 Prozent (insgesamt also ca. 16 %) und eine nach *Oberndorfer* allerdings bereits betriebswirtschaftlich bedenkliche Maßnahme, da bei Nichtdeckung der Zentralregie eine dramatische Verschlechterung der Liquidität eintritt.

Weitere Preisabsenkungen wie z.B. der Verzicht auf das auftragsbezogene Wagnis und Teile der ausgabenwirksamen Kosten sind betriebswirtschaftlich nicht mehr zu rechtfertigen - solche Angebote werden i.d.R. ausgeschieden.<sup>107</sup>

An dieser Stelle sei aber noch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Untergrenze des Preisbandes eine Schranke nach unten für einen jedenfalls angemessenen Preis darstellt. Liegt aber ein Baupreis aus subjektiven Preisüberlegungen des Bieters heraus unterhalb dieser Schranke und kann er dem AG die Gründe für seinen niedrigen Preis nach sachlichen Gesichtspunkten nachvollziehbar darlegen, so ist dies in die Preisangemessenheitsbeurteilung mit einzubeziehen.

Diese Erläuterungen des Bieters, die noch u.a. bei der vertieften Angebotsprüfung unter Punkt 2.3.3 genauer diskutiert werden, können demnach dazu führen, dass ein unter der oben dargestellten Schranke liegendes Angebot trotzdem im Preiswettbewerb verbleibt und u.U. sogar den Zuschlag erhält. Ein derartige Begründung für einen auffallend niedrigen Baupreis, der trotzdem angemessen ist und vom AG auch akzeptiert werden muss, ist

---

<sup>104</sup> Zum genauen Aufbau siehe z.B. *Kropik*, Skriptum zur Vorlesung „Kalkulation und Kostenrechnung“ Teil II, Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, TU - Wien, WS 2006

<sup>105</sup> *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Manz Verlag, Auflage 2002, S 84

<sup>106</sup> Die Zentralregie zählt aber nicht zu den ausgabenwirksamen Herstellkosten.

<sup>107</sup> Siehe *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Manz Verlag, Auflage 2002, S 84

beispielsweise eine besonders günstige Bezugsquelle des Bieters, die sich als niedriger Ansatz bei den ausgabewirksamen Kosten (z.B. Stoffe) in den K-Blättern zeigen kann.

Das bedeutet also, dass ein aus vergaberechtlicher Sicht angemessener Preis auch außerhalb der Bandbreite des „jedenfalls angemessenen Preisbandes“ liegen kann.

Für die obere Grenze, die nun im folgenden erläutert wird, kann dies mit hoher Wahrscheinlichkeit insbesondere bei fehlender Wettbewerbsintensität und dem daraus folgendem hohen Preisniveau der Fall sein.<sup>108</sup>

## h2) Obere Grenze des „jedenfalls“ angemessenen Preisbandes:

Die obere Grenze eines Preisbandes der Angemessenheit ist durch die Vollkostenrechnung mit Ansatz für Zentralregie, Wagnis und bürgerlichen Gewinn gegeben. Oberndorfer geht von der Ableitung aus branchenspezifischen Kennwerten von ca. 3 Prozent für einen durchschnittlichen bürgerlichen Gewinn in der Baubranche aus und hält dazu ausdrücklich fest, dass der bürgerliche Gewinn keine Obergrenze für die Angemessenheit eines Preises darstellt. So kann unter bestimmten Rahmenbedingungen, wie z.B. sehr große Nachfrage von Bauleistungen, hohe Inflation oder höheres Zinsniveau, der Ansatz für den bürgerlichen Gewinn weit höher als der mittlere Wert von 3% betragen.<sup>109</sup>

Der jedenfalls angemessene Preis berücksichtigt natürlich die individuelle Situation und Preisüberlegung des einzelnen Bieters nicht und so kann in Sonderfällen ein angemessener Preis auch jenseits einer Bandbreite der Kostendeckung (sowohl nach unten als auch nach oben) liegen.

Die nun definierten Grenzen sind so wie der angemessene Preis selbst, aus seiner Definition heraus (der angemessene Preis bewegt sich ja in einem Preisband), keine konkreten Werte sondern mit der selben Ungenauigkeit wie die kalkulative Preisermittlung im vorhinein behaftet<sup>110</sup>.

Wichtig erscheint auch zu erwähnen, dass die Definition des Preisbandes nur unter den beiden Voraussetzungen gilt, dass es sich erstens um einen Einheitspreisvertrag mit

---

<sup>108</sup> Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>109</sup> Oberndorfer, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ S. 48, Auflage März 2000

<sup>110</sup> Die Ungenauigkeit ergibt sich daraus, dass eine Kosten- (und damit Preisermittlung) die voraussichtlichen Kosten der Leistung im vorhinein erfassen (besser: einschätzen) soll. Aus dem Wort „einschätzen“ ist aber schon eine gewisse Ungenauigkeit abzulesen, die auch bei großer Erfahrung des Kalkulanten vorhanden sein wird. Eine noch so gute Preisermittlung ist und bleibt eine Preisschätzung.

konstruktiver Leistungsbeschreibung handelt und der Planer, der das Bauwerk detailliert geplant hat, auch die Verantwortung für die Wirtschaftlichkeit der Herstellung und des Betriebes trägt. Es dürfen keine Risiken, die sich z.B. aus einer Funktionsgarantie ergeben, dem AN überbürdet werden um so monetär in den Baupreis einzugehen.

Zweitens wird ein EU-weiter Baupreis mit einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip vorausgesetzt. Nachdem durch die konstruktive Leistungsbeschreibung die zu erbringende Leistung genau determiniert ist, wird der Bestbieter i.d.R. der Billigstbieter sein.

Dieses Kriterium des jedenfalls angemessenen Preises wird gemeinsam mit der Prüfung der K-Blätter bei der vertieften Angebotsprüfung und anderen Hilfsmittel wie Preisdatenbanken und quantitativen Marktbeobachtungen dem AG weiteren Aufschluss darüber geben, ob sich der betreffende Angebotspreis im Rahmen der Angemessenheit bewegt.

Ein sachkundiger AG kann nämlich die Bandbreite des jedenfalls angemessenen Preises errechnen und z.B. durch Vergleiche mit den vom Bieter kalkulierten Ansätzen in den K-Blättern weitere Indizien für oder gegen einen Verdacht auf Unangemessenheit finden, die den AG in seiner Entscheidung über weitere vergaberechtliche Vorgangsweise erleichtern können.

Ein weiterer Vorteil des „Angemessenheits-Preisbandes“ aus bauwirtschaftlicher Sichtweise besteht darin, dass sowohl der Billigstbieter mit ruinösen Preisen als auch jener mit überhöhten Preisen feststellbar ist.

h3) Ebenfalls von einer Bandbreite, von einem Bereich der „ungewöhnlichen Unverhältnismäßigkeit von Preis und Leistung“, geht *Gölles*<sup>111</sup> aus, die der Autor mit plus minus 20 Prozent bis plus minus 25 Prozent von den marktüblichen Preisen definiert. Die individuelle sachliche Angemessenheit bewegt sich demnach in einer Bandbreite, die entsprechend der Größe der Abweichung vom homogenen und vollkommenen Markt ab- bzw. zunimmt.

Die variablen Kosten haben einen hohen Anteil an den Bauproduktionskosten von ca. 80 Prozent: Unter Beachtung dieser Dominanz der variablen Kosten erscheint aus Sicht der bauausführenden Wirtschaft die von *Gölles* aus der deutschen und österreichischen Rechtssprechung abgeleitete Bandbreite (+/- 20 bis +/- 25 % der marktüblichen Preise) nicht akzeptabel zu sein.

Ein Preis, der bis zu 25 Prozent unterhalb des „marktüblichen Preises“ liegt, ist derartig niedrig, dass er selbst bei Annahme eines vollkostendeckenden Preises ohne

---

<sup>111</sup> *Gölles*, in: Der Sachverständige, 01/2001, 19

Gewinnzuschlag einen Wert von ca. 5 Prozent unter den variablen Kosten ausmachen würde.<sup>112</sup>

Zusammenfassend kann zu Punkt 2.3.2.2 „Wann ist ein Preis angemessen? – Die Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung“ festgehalten werden, dass der angemessene Preis an sich ein unbestimmter Begriff ist und sich wertmäßig nicht in einer absoluten Größe darstellen lässt. Zu viele, zahlenmäßig nicht einschätzbare Einflussfaktoren zeichnen dafür verantwortlich. Selbst von den handelnden und involvierten Personen ist die Berechnung des angemessenen Preises abhängig. Allerdings lässt sich eine Bandbreite festlegen, innerhalb derer ein Baupreis als jedenfalls angemessener Preis anzusehen ist. Diese Bandbreite des „jedenfalls angemessenen Preises“ ist ein brauchbares Hilfsmittel für die Beurteilung der Preisangemessenheit und kann auch den Ausgangspunkt für eine weitere vertiefte Angebotsprüfung darstellen. Erst diese, bei einem aufkommenden Verdacht zwingend durchzuführende vertiefte „Preisprüfung“, wird i.d.R. Aufschluss darüber geben, ob ein Preis, der vorerst nicht im o.e. Preisband liegt, auch tatsächlich als nicht angemessen einzustufen ist, da in diesem zweiten Prüfungsschritt auch die subjektiven Preisüberlegungen des Bieters Berücksichtigung finden können (aber nicht müssen, da nur schlüssige Preisauflösungen akzeptierbar sind!).

Preisspiegel, -datenbank und realistische Preisschätzung (Kostenschätzung) des AG können als taugliche Instrumente im ersten Prüfungsschritt der Preisangemessenheitsprüfung ebenfalls brauchbare Hinweise auf den Verdacht einer Preisunangemessenheit liefern und einen zweiten Prüfungsschritt, die vertiefte Angebotsprüfung, auslösen. Das Ausscheiden des Angebots nur aufgrund eines durch die genannten Instrumente festgestellten Verdachts auf Preisunangemessenheit ist unzulässig. Eine vertiefte Angebotsprüfung ist durchzuführen und dem Bieter muss die Möglichkeit der Rechtfertigung eingeräumt werden, was noch ausführlich im Kapitel 2.3.3 behandelt wird.

### 2.3.2.3 *Der unangemessen niedrige Angebotspreis*

Als Hintergrund der Vergabe zu angemessenen Preisen wurde u.a. eine Schutzfunktion für die Unternehmer vor einer potentiellen Insolvenzgefahr als Folge eines ruinösen Wettbewerbes genannt (Punkt 2.3.2.1). Um diese Gefahr auszuschalten, wird vereinzelt Folgendes vorgeschlagen:

---

<sup>112</sup> Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

Ein mögliches Beurteilungskriterium könnte die Betrachtung des Preises unter dem zusätzlichen Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit (gemeinsam mit der Angemessenheitsprüfung) sein. Folglich wäre ein unangemessen niedriger Angebotspreis dann akzeptabel, wenn der Unternehmer die entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit mitbringt.

Völlig zutreffend bezeichnen *Oberndorfer/Schwarz* diese Ansicht als nicht haltbar, da eine Beurteilung der Preisangemessenheit unter Einbeziehung der finanziellen Leistungsfähigkeit als Kriterium, Großunternehmen mit „prall gefüllter Kriegskassa“ bevorzugt, da diese eine wesentlich größere Preisspanne argumentieren können als die Mitbewerber.<sup>113</sup>

Damit wäre zwangsläufig eine Wettbewerbsverzerrung verbunden und es bestünde als logische Konsequenz die Gefahr, dass Unternehmen mit einem solchen höheren Durchhaltevermögen legal als Auslöser eines ruinösen Verdrängungswettbewerbes fungieren könnten.

Einzig sinnvolle und letztlich mögliche Rechtsfolge eines Angebots mit Unterpreis ist nach Ansicht der genannten Autoren das Ausscheiden, und zwar unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

Das Ausscheiden solcher unterpreisigen Angebote wird dabei auf das BVergG 1997 und dessen § 49 Abs. 1<sup>114</sup> sowie die ÖNORM A 2050<sup>115</sup>, Ausgabe 2000-03-01 gestützt.

Es wird in einer Hinzuziehung der entsprechenden Bestimmungen der ÖNORM zu jenen des BVergG 1997 argumentiert, dass der Zuschlag auf Angebote mit unangemessenen Preisen den Grundsatz den ÖNORM A 2050 Pkt. 4.1.1<sup>116</sup> verletzt und daher unzulässig sei.

Solche Angebote seien mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet und daher nach Pkt. 7.5.1 der ÖNORM A 2050 (Ausgabe 2000) zwingend auszuschneiden. Dies gilt insbesondere für den Fall eines unangemessen niedrigen Angebotspreises. Eine sinnngemäße Handhabung wäre nach Meinung der genannten Autoren auch für die Anwendung des BVergG sinnvoll.

Nach dem BVergG 2006, das nun ausschließlich und ohne ergänzende Bestimmungen der ÖNORM A 2050 auf Aufträge öffentlicher und sektoraler Auftraggeber anzuwenden ist, muss dabei allerdings ein anderer Weg eingeschlagen werden, um unterpreisige Angebote auszuschneiden.

Die Berufung auf einen nicht behebbaren Mangel bei Vorliegen eines unangemessen niedrigen Angebotspreises stellt m.E. nach der aktuellen Rechtslage nicht mehr den richtigen

---

<sup>113</sup> Vgl. dazu *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>114</sup> Bezug auch auf § 52 Abs. 1 Ziffer 8 und § 16 Abs. 1 des alten BVergG 1997

<sup>115</sup> ÖNORM A 2050, Ausgabe 2000-03-01, Pkt. 7.5.1 und Pkt. 4.1.1

<sup>116</sup> Anm.: Der Grundsatz zu angemessenen Preisen zu vergeben

Zugang zum Ausscheiden eines derartigen Angebots dar, da erstens ein unangemessen niedriger Preis nicht in die Fehler- bzw. Mangelkategorie<sup>117</sup> des BVergG 2006 passt und zweitens das Gesetz ein exaktes Ablaufschema, angefangen von der Vermutung einer preislichen Unangemessenheit, über die vertiefte Angebotsprüfung mit der Pflicht zur Führung von Aufklärungsgesprächen, bis hin zum Ausscheiden aufgrund „nicht plausibler Preiszusammensetzung“ vorgibt, anhand dessen vorzugehen ist.

Das schließt den Zugang zum Ausscheiden eines Angebots über einen nicht behebbaren Mangel aus.

#### 2.3.2.4 *Der unangemessen hohe Preis bei öffentlichen Bauaufträgen*

Ein unangemessen hoher Angebotspreis (Überpreis) zählt im Vergaberecht ebenfalls in die Kategorie eines nicht angemessenen Preises. Die ÖNORM A 2050, Ausgabe 01.03.2000, enthält noch unter Punkt 7.3.6 die Bestimmung, dass die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommenden Angebote einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen sind (soweit dies nach Art des Auftrags möglich ist), wenn diese (nach Unterpunkt a) einen zu hohen oder zu niedrigen Gesamtpreis aufweisen.

Die aktuelle Ausgabe der ÖNORM A 2050 kennt lediglich den allgemeineren Prüfungsschritt auf Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird.<sup>118</sup> Es findet sich kein entsprechender Hinweis darauf, dass ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot näher zu prüfen ist, wenn dieses einen ungewöhnlich hohen Gesamtpreis aufweist.

Auch im BVergG 2006 ist ein entsprechender Bezug auf den ungewöhnlich hohen Gesamtpreis (Angebotspreis), der eine vertiefte Angebotsprüfung auslöst, nicht zu finden.

Lediglich unter § 125 BVergG wird u.a. auf einen ungewöhnlich hohen Einheitspreis hingewiesen, was aber in einem anderen Zusammenhang zu sehen ist und nicht die Zielsetzung hat, eine vertiefte Angebotsprüfung aufgrund eines hohen Gesamtpreises auszulösen. Die Verpflichtung des AG nach § 125 Abs. 1 Z 2, Aufklärung zu verlangen und vertieft zu prüfen, wenn in wesentlichen Positionen ungewöhnlich hohe bzw. niedrige Einheitspreise ausgewiesen sind, stellt nämlich auf die Enttarnung spekulativer Preisverschiebungen ab. Die einfachste Spekulation ist die Mengenspekulation, bei der die Einheitspreise von Positionen mit vorrausichtlichen Mengenmehrungen zu Lasten anderer

---

<sup>117</sup> Im Ausscheidungsparagrafen (§ 129 BVergG 2006) ist unter Abs. 1 Ziffer 7 zuerst im Text von fehlerhaften Angeboten die Rede und dann von „deren Mängel“. *Fink/Schiefer* zählen ein gutes Dutzend nicht behebbarer Mängel auf, siehe *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr & Partner*, Handbuch Vergaberecht, Lexis Nexis ARD Orac, 2.Auflage, S. 405 f

<sup>118</sup> ÖNORM A 2050, Ausgabe 2006-11-01, Pkt. 7.3.7 Abs. 3

Positionen teurer ausgewiesen werden. Daraus soll sich für den AG ein vermeintlich günstiges Angebot ergeben (um den Zuschlag zu erhalten), welches sich aber im prototypischen Fall der für den AG nachteiligen Spekulation, am Ende der Abrechnung als überteuert herausstellt (Anm.: Eine Spekulation muss aber nicht zwangsläufig zu einem überteuerten Abrechnungspreis führen, ganz im Gegenteil, spekulative Angebote sind in manchen Fällen tatsächlich die für den AG am günstigsten. Vgl. dazu Kapitel 2.3.4)

Eine Vergabe zu unangemessen hohen Preisen (überhöhten Preisen) widerspricht jedoch genauso dem Wirtschaftlichkeitsgebotes wie jene zu unangemessen niedrigen Preisen.

Der Hintergrund, warum die Vergabevorschriften in erster Linie den ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis im Auge haben, liegt nach *Kropik*<sup>119</sup> in dem Gedanken, dass der zu hohe Preis vom Wettbewerb eliminiert werden soll. Auch der Fall, dass durch Submissionsabsprachen das „günstigste“ Angebot preislich ungewöhnlich hoch ist, wird an der Wurzel des Übels – der für den AG nachteiligen, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abrede<sup>120</sup> – bekämpft.

### 2.3.2.5 *Exkurs: Der unangemessen hohe Preis im Zusammenhang mit Submissionsabsprachen und als Betrug*

Bei Auftragsvergaben kann es zu sogenannten (unerlaubten) Submissionsabsprachen kommen, die sich in unangemessen hohen Preisen monetär niederschlagen. Diese Sonderform des unangemessen hohen Preises wird nun im Folgenden und im Rahmen eines Exkurses näher beleuchtet.

Von Submissionsabsprachen spricht man, wenn sich Unternehmen, die im „normalen“ und freien Wettbewerb Konkurrenten sind, vor Abgabe ihrer Angebote absprechen und Preisvereinbarungen treffen, um dadurch den vom AG erwünschten Parallelwettbewerb zu vereiteln. Bei solchen Vereinbarungen wird unter den Kartellanten ein Unternehmen zur Legung eines überhöhten Angebotes auserkoren, während die anderen lediglich Schutzangebote abgeben, die vorausschauend als nicht zuschlagswürdig getrimmt sind.

Die kann z.B. durch vorher unter den Kartellteilnehmern vereinbarte Überbietungsquoten bewerkstelligt werden, die dann die jeweiligen Angebote dadurch nicht zuschlagswürdig erscheinen lassen.

---

<sup>119</sup> *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2.Auflage (2001), S. 43

<sup>120</sup> § 129 Abs. 1 Ziffer 8 BVergG

Es wird auch nach Köck<sup>121</sup> zwischen Dauerkartellen, bei denen häufig Punktelisten geführt werden, aus denen ersichtlich ist, wer als nächster an der Reihe ist, und Kartellen ohne Dauer unterschieden. Bei letzteren kommt nicht jeder zum Zug, dafür finden Ausgleichszahlungen an diese Unternehmen statt. Die Autorin geht davon aus, dass die Kartellmitglieder für das Bauvorhaben Berechnungen anhand von Vorkalkulationen erstellen und diese dann um etwa 10% erhöhen. Die Absprache wird gegenüber dem AG natürlich geheim gehalten, sodass dieser den Eindruck bekommt, die Angebote seien im freien Wettbewerb entstanden.

Der OGH<sup>122</sup> subsumiert die Submissionsabsprachen unter die Betrugstatbestände des Strafgesetzbuchs und bejaht die Anerkennung eines Vermögensschadens des AG, was unter den Juristen nicht unumstritten ist. Zur Feststellung des Vermögensschadens stellt der OGH dabei auf den hypothetischen Wettbewerbspreis als Repräsentant des Marktpreises und damit als Vergleichsmarke ab.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass der Nachweis eines Schaden am Vermögen des Geschädigten (hier der AG) sehr schwierig sein kann, wie weitere Ausführungen noch zeigen werden. Ob die Hinzuziehung des angemessenen Preises, festgestellt durch eine vertiefte Prüfung anhand der K-Blätter, als Beurteilungskriterium für einen Vermögensschaden nicht besser geeignet wäre als der hypothetische Wettbewerbspreis, soll nun ebenfalls diskutiert werden.

Wird dies bejaht, so treten die K-Blätter in den Vordergrund, da anhand dieser eine detaillierte Preisprüfung vorgenommen und ein Überpreis erkannt werden kann.

Die Klärung der Frage, ob ein Submissionskartell (und der daraus entstehende unangemessen hohe Preis) nach dem Betrugstatbestand behandelt werden soll oder nicht, ist von großer Bedeutung und wird dementsprechend kontroversiell diskutiert.

Ein Blick auf den Strafraum des § 148 StGB (Gewerbsmäßiger Betrug, Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren) lässt auch die Bedeutung für die Täterschaft erkennen.<sup>123</sup>

Die Klärung der o.e. Frage läuft also zwangsläufig auf die Lösung der Unterfrage hinaus, ob ein (potentieller) Vermögensschaden auf Seite des öffentlichen AG vorliegt bzw. nachweisbar ist oder nicht, da ohne Schaden und trotz Vorhandenseins eines Submissionskartells der Betrugstatbestand jedenfalls nicht erfüllt ist.

---

<sup>121</sup> Köck, Submissionsabsprachen: Betrug oder Strafbarkeit nach dem Kartellgesetz?, wbl 1999, 529

<sup>122</sup> OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99; 26.09.2001, 13 Os 34/01

<sup>123</sup> Der § 129 KartG idaf, der 2002 durch den § 168 StGB abgelöst wurde und für die Behandlung von Submissionskartellen in Frage kam, kennt genauso wie der neue § 168 lediglich 3 Jahre Strafdrohung

Nach § 146 StGB (Betrug) ist jemand, der mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Nicht übereinstimmend zur Anwendung des Tatbestandes des Betruges auf den Fall von Submissionsabsprachen äußerte sich *Brandstetter* in einem Artikel in „*Die Presse*“<sup>124</sup> dahingehend, dass sich Bauunternehmer, wenn sie sich als Bieter absprechen, nur nach dem Kartellgesetz strafbar machen, nicht hingegen (auch) wegen Betruges. Der Autor nahm dabei auf die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland Bezug, nach der eine Entscheidung des deutschen BGH aus dem Jahre 1994, Submissionskartelle als Betrug zu qualifizieren, auf fast einhellige Ablehnung in der Lehre gestoßen sei.

*Müller*<sup>125</sup>, ebenfalls unter Bezug auf die deutsche Rechtslage, aber entgegen *Brandstetters* Meinung, kommt zu dem Schluss, dass, wenn Bieter sich untereinander öffentliche Aufträge „ausschnapsen“, sei darin ein Betrug und nicht nur ein Verstoß gegen das Kartellrecht zu sehen. Die Kritik der deutschen Lehre würde an der Sichtweise, Kartellabsprachen als Betrug zu werten, nichts ändern. Die Rücknahme der Beweisfront (ein Schadensnachweis sei entbehrlich) verfolge lediglich das Ziel, die wirksame Bekämpfung von Preisabsprachen zu erleichtern.<sup>126</sup>

Interessant ist die auf den Betrugsparagrafen § 146 StGB bezogene Argumentation von *Lurger*<sup>127</sup>, nach der entgegen der Meinung des OGH im o.e. Urteil, die Feststellung des Vermögensschadens mit Hilfe des hypothetischen Wettbewerbspreises als Vergleichsmarke ungeeignet erscheint.

Der hypothetische Wettbewerbspreis ist jener Preis, der sich im konkreten Vergabeverfahren bei intaktem Wettbewerb gebildet hätte, wenn keine Absprachen getroffen worden wären. Er ist nach Ansicht des OGH für die Feststellung eines Vermögensschadens heranzuziehen, da er den Marktpreis (der sich mangels korrekten Wettbewerbs nicht herausbilden konnte) repräsentiert. Ähnlich versteht *Köck*<sup>128</sup> unter dem hypothetischen Wettbewerbspreis jenen Preis, der sich bei echter Konkurrenz der Anbieter unter einem unbeeinflussten Wettbewerb

---

<sup>124</sup> *Brandstetter*, Preisabsprachen: Kartellstrafrecht geht der strengeren Betrugsbestimmung vor, Österreichische Tageszeitung „Die Presse“ vom 22.6.1998

<sup>125</sup> *Müller*, Betrug durch Preisabsprachen, Österreichische Tageszeitung „Die Presse“ vom 29.6.1998

<sup>126</sup> *Manquet*, Neuer § 168b StGB: Vom Kartellmissbrauch zu den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Vergabeverfahren, ZVB 2002/84, S. 2

<sup>127</sup> *Lurger*, Die Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109

<sup>128</sup> *Köck*, Submissionsabsprachen: Betrug oder Strafbarkeit nach dem Kartellgesetz?, *wbl* 1999, 529

gebildet hätte: *„Dieser Preis – dessen Ermittlung nahezu unmöglich ist – entspricht dem günstigsten Angebot, das ohne Absprache abgegeben worden wäre.“*

Auch *Steininger*<sup>129</sup> ist der Ansicht, dass eine Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises schwierig bis unmöglich ist.

*Lurger*<sup>130</sup> sieht die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises in der individuellen Auftragslage der Bieter, die sich je nach Drang der Unternehmen den Auftrag zu bekommen in einer höchst divergierenden Preisgestaltung, von hoher Gewinnspanne bis fast zum Verzicht auf Kostendeckung, äußert. Starke Konjunkturabhängigkeit dieses Preises und andere Zuschlagskriterien, wie z.B. die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis oder die Umweltgerechtigkeit, die ebenfalls Einfluss auf den hypothetischen Wettbewerbspreis haben, werden im weiteren angeführt und die Frage unbeantwortet gelassen, wie diese unbestimmten Faktoren mit einzubeziehen sind.

In eine ähnliche Kerbe schlagen zutreffend *Oberndorfer/Schwarz*<sup>131</sup> und lassen die große Bandbreite und Unexaktheit der Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises erkennen:

*„Natürlich wird dessen [des unabhängigen Sachverständigen, der den hypothetischen Wettbewerbspreis feststellt, Anm. des Verfassers] möglichst objektive Einschätzung von Wagnis und Gewinn eine andere sein als jene des Auftragnehmers zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens. Insbesondere subjektive wirtschaftliche Zielsetzungen des Auftragnehmers werden hier nicht einfließen, sondern die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises muss geprägt sein vom Versuch, einen Preis zu ermitteln, der im individuellen wirtschaftlichen Umfeld dieses Zeitraumes unter der Voraussetzung eines ungestörten Wettbewerbes wahrscheinlich angeboten und zugeschlagen worden wäre. Die Wahrnehmungen des Sachverständigen sind auf Grund des zeitlichen Informationszuwachses beeinflusst und entsprechen daher nur teilweise jenen des Auftragnehmers zum Zeitpunkt der Angebotslegung.“*

Die Autoren beschreiben die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises als undankbare Aufgabe und gehen davon aus, dass der mit der Feststellung betraute Sachverständige unter Berücksichtigung des damaligen wirtschaftlichen Umfelds (es handelt sich ja um eine ex-post Betrachtung) lediglich den wahrscheinlichsten Angebotspreis als den hypothetischen Wettbewerbspreis ermitteln kann. Dies und die vorhergehenden Erläuterungen lassen mE nach den hypothetischen Wettbewerbspreis als ein sehr

---

<sup>129</sup> *Steininger*, Österreichische Richterzeitung (RZ) 2000, 123

<sup>130</sup> *Lurger*, Die Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109

<sup>131</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

theoretisches und vages Gebilde erscheinen, welches sich zur Beurteilung eines Vermögensschadens nicht eignet. Hinzu kommt noch der Aspekt, dass die übrigen Mitglieder eines Kartells, anstatt Scheinangebote zu legen, sich auch der Angebotsabgabe enthalten können, was sich auf die Anzahl der Wettbewerbsteilnehmer und damit die Wettbewerbsintensität auswirkt.<sup>132</sup> Hätten die sich enthaltenden Kartellanten aber am Wettbewerb von Anfang an teilgenommen, wäre der nachträglich festgestellte hypothetische Wettbewerbspreis voraussichtlich ein anderer (i.d.R. ein niedrigerer, weil der Konkurrenzdruck durch die größere Anzahl der Bieter höher gewesen wäre).

§ 19 Abs. 1 BVergG, der die Pflicht zur Vergabe zu angemessenen Preisen normiert, lässt einen weiteren Anhaltspunkt erkennen, der gegen eine Schadensberechnung anhand des hypothetischen Wettbewerbspreises spricht.

Wenn man nämlich die Anwendbarkeit des hypothetischen Wettbewerbspreises auf das Vergaberecht umlegt (das BVergG kennt keinen Wettbewerbspreis), so hätte dies zur Folge, dass Angebote, deren Preise über dem hypothetischen Marktpreis liegen, auszuschneiden sind. Aus diesem Ansatz würde sich dann aber eine sehr einseitige Verlagerung des Vergabeverfahrens zu Gunsten des AGs ergeben.<sup>133</sup>

Dies erscheint auch vor dem Hintergrund plausibel, dass sich der hypothetische Wettbewerbspreis immer in der Bandbreite<sup>134</sup> der Preisangemessenheit und –plausibilität bewegen müssen wird.<sup>135</sup>

Liegt nämlich ein Angebotspreis über dem hypothetischen Wettbewerbspreis, aber noch innerhalb der Bandbreite der Angemessenheit, so müsste das betreffende Angebot ausgeschieden werden, was nicht im Sinne einer wirtschaftlichen Beschaffung unter fairem Wettbewerb sein kann (vgl. dazu Punkt 2.2.3.2.).

Es ist daher nicht einzusehen, warum im Fall von Submissionsabsprachen ein anderer Maßstab zur Enttarnung eines Überpreises angewandt werden soll, als zur Feststellung eines nicht angemessenen Überpreises (anhand der Detailkalkulation) bei intaktem Wettbewerb. Der angemessene Angebotspreis erscheint also als einziges Kriterium passend zu sein und wird für die Feststellung eines Vermögensschadens ein hinreichendes Hilfsmittel darstellen, falls der Kartellpreis über der Preisangemessenheit liegt.

---

<sup>132</sup> Köck beschreibt a.a.O das Wesen eines Kartells u.a. dadurch, dass sich Teile der „übrigen Kartellanten“ auch einer Angebotsabgabe enthalten, anstatt ein eigenes Scheinangebot abzugeben.

<sup>133</sup> Lurger, Die Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, ecolex 2003, 109

<sup>134</sup> Wie unter Pkt. 2.2.3.5 noch näher ausgeführt werden wird, bewegt sich der angemessene Preis innerhalb einer Bandbreite und ist kein eruierbarer, fester Zahlenwert

<sup>135</sup> Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

Bei weiterer Verfolgung dieses Gedankens ergibt sich allerdings das Problem, dass der durch Submissionsabsprachen gebildete „günstigste“ Kartellpreis sich in aller Regel ebenfalls in der Bandbreite der Preisangemessenheit bewegt (und auch ein plausibler Preis ist), um beim AG keinen Verdacht zu erwecken.<sup>136</sup> Daraus lässt sich aber unschwer erkennen, dass dann kein Vermögensschaden vorliegt und der Tatbestand des Betruges nicht anwendbar ist. Tatsache ist aber, dass der AG trotzdem der „günstigste“ Kartellpreis innerhalb der Angemessenheit liegt, durch einem ungestörten Wettbewerb ohne Absprachen wohl zu einem (noch) günstigeren Preis gekommen wäre.

Wo lässt sich nun zur Lösung dieses Problems ansetzen bzw. wie kann verhindert werden, dass der AG einen zu hohen Angebotspreis zahlt, obwohl der abgesprochene Kartellpreis ein angemessener ist?

Eine ausreichend starke Strafandrohung müsste an der Wurzel des Übels – der rechtswidrigen Submissionsabsprache – an sich ansetzen, was im Jahr 2002 im Zuge der Kartellgesetznovelle<sup>137</sup> mit Aufnahme des § 168 b ins StGB auch geschehen ist:

Nach § 168 b Abs. 1 StGB ist strafbar, wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Die Strafandrohung ist Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

Die Aufnahme einer Strafbestimmung, die unabhängig von einem Vermögensschaden am freien Parallelwettbewerb als zu schützendes Rechtsgut angreift, ist zwar grundsätzlich aus Sicht der Schwierigkeiten beim Nachweis eines Schadens zu begrüßen, es erhebt sich aber die Frage, ob das Strafgesetzbuch hierfür die richtige Stelle ist.

*Lurger*<sup>138</sup> erachtet die Einführung des § 168 b StGB als sinnvoll, findet aber die Einordnung dieses Tatbestandes unter die Vermögensdelikte als sonderbar und würde zutreffender Weise eine Aufnahme direkt ins BVergG als besser ansehen. Die mittelbare Gefährdung der Vermögensinteressen des AGs und der übrigen Konkurrenten alleine vermag seines Erachtens nach die getroffene Einordnung nicht zu rechtfertigen.

ME nach würde eine Aufnahme ins BVergG die Wichtigkeit und Schutzwürdigkeit eines ungestörten und möglichst vollkommenen Wettbewerb als einzige Möglichkeit für den AG, zu einem „guten“ und fairen Preis zu kommen, untermauern und allen Bietern deutlich

---

<sup>136</sup> Siehe dazu *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>137</sup> KartGNov 2002, BGBl

<sup>138</sup> *Lurger*, Die Strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109

klarmachen, worauf sie sich bei Bildung eines Preiskartells einlassen. Dies wäre auch eine schlüssige Folge der Bestimmungen des BVergG über den Vergabewettbewerb, dem sich dieses Gesetz hauptsächlich widmet.

Das ledigliche Ausscheiden abgesprochener Angebote nach der derzeitigen Bestimmung § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG alleine erscheint als eher zahnlose Maßnahme und könnte die Kartellanten dazu verleiten, „es dann halt bei der nächsten Ausschreibung erneut zu versuchen“. Daher erscheint das BVergG die richtige und naheliegendste Stelle für die Festsetzung der angesprochene Bestimmung sein.

Es ergibt sich jedoch noch eine Frage: Lässt sich die Bedeutung des angemessenen Preises für die Beurteilung eines Vermögensschadens durch Submissionskartelle bei unangemessen hohem Preis weiter verfestigen und wie ist dieser vom hypothetischen Wettbewerbspreis abzugrenzen?

Dazu sei eine in der Literatur öfters angesprochene Entscheidung des OGH näher betrachtet, in der ein Gebrauchtwagenhändler freigesprochen wurde, der den Kilometerzähler eines Krafffahrzeuges manipulierte, indem der diesen um einige 10.000 km zurückdrehte, um ein besonders günstiges Angebot vorzutäuschen.<sup>139</sup> Das Auto wurde aber der Täuschung ungeachtet zu einem angemessenen Preis (Listenpreis) verkauft.

Diese Täuschungshandlung sei dann nicht als Betrug zu werten, wenn der Preis dem tatsächlichen Wert entspricht. Der Gebrauchtwagenhändler habe zwar den Kunden durch seine Täuschung zum Kauf verleitet, diesen aber nicht geschädigt.<sup>140</sup> Dasselbe gilt für sog. Lockangebote, bei denen Artikel als besonders günstig angepriesen werden, diese dann aber zum marktüblichen (angemessenen) Preis verkauft werden.<sup>141</sup>

Damit würde sich auch der angemessene Preis als Vergleichsmarke für die Beurteilung eines Vermögensschaden durch Preiskartelle anbieten. Wäre nämlich der angebotene „Kartellpreis“ noch angemessen, müsste das Vorliegen eines Schadens am Vermögen des öffentlichen AGs verneint werden, was auch die Anwendung des Betrugstatbestandes nach § 146 StGB ausschließen würde. *Köck*<sup>142</sup> kommt u.a. zum Ergebnis, dass von Betrug dann nicht auszugehen ist, wenn trotz Vorliegens eines Submissionskartells ein preislich objektiv angemessenes Angebot abgegeben wird. Umgekehrt wird der Tatbestand des Betruges jedenfalls erfüllt, wenn ein preislich unangemessen hohes Angebot vorliegt, d.h. wenn der Wert der Leistung des AGs objektiv höher ist als der Gegenwert der Leistung des Anbieters.

---

<sup>139</sup> OGH 21.04.1963, 9 Os 9/63 (siehe auch in Mayerhofer/Rieder, StGB, 4.Auflage, § 146 E 41)

<sup>140</sup> Mayerhofer/Rieder, StGB, 4.Auflage, § 146 E 41

<sup>141</sup> Vgl. Kienapfel, BT II, 3.Auflage, § 146 Rz 178

<sup>142</sup> Köck, Submissionsabsprachen: Betrug oder Strafbarkeit nach dem Kartellgesetz?, wbl 1999, 529

Die Autorin verwendet zur Beurteilung eines Vermögensschadens nicht den hypothetischen Wettbewerbspreis, sondern den angemessenen Preis, gibt aber zu bedenken, dass wegen der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des angemessenen Preises ein Vermögensschaden oft nicht nachweisbar sein wird.

Dem kann entgegengehalten werden, dass die Bandbreite eines angemessenen Baupreises sehr wohl festgestellt werden kann. Zum Nachweis eines Überpreises ist dann mit einer gewissen Ungenauigkeit auf die obere Schranke der Angemessenheit abzustellen.

### 2.3.2.6 *Der unangemessen hohe Preis bei ungestörtem Wettbewerb*

Ein Optimum an Wettbewerbsintensität wird dort erreicht, wo sich ein möglichst ungestörter Parallelwettbewerb ausbilden kann.<sup>143</sup>

Die Bieter kennen die Angebote der Konkurrenten nicht und sind daher gezwungen sehr scharf zu kalkulieren, um im Wettbewerb mit den zahlreichen Mitbewerbern bestehen zu können. Der AG hat es selbst in der Hand durch Schaffung einer „organisierten Konkurrenz“, deren Funktionsbedingungen *Aicher*<sup>144</sup> beschreibt, die Wettbewerbsintensität positiv zu beeinflussen. Im wesentlichen sind das:

- Der Vorrang des offenen Verfahrens
- Die Verhinderung wettbewerbsverzerrender Informationsvorsprünge
- Das Verhandlungsverbot
- Die detaillierte Leistungsbeschreibung (Vergleichbarkeit der Angebote)
- Die Vermeidung künstlicher Marktzugangsbeschränkungen

Grundsätzlich liegt im Falle eines Angebotes mit hohem Preis kein mangelhaftes Angebot im engeren Sinn vor, sondern ein mangelhafter Wettbewerb.<sup>145</sup>

Dennoch ist für *Oberndorfer/Schwarz*<sup>146</sup> der Fall denkbar, dass, obwohl ein ungestörter Parallelwettbewerb zwischen der Bieterschaft stattgefunden hat, das Angebot des

---

<sup>143</sup> *Aicher*, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, Österreichische Gesellschaft für Baurecht, 1981, S. 12

<sup>144</sup> *Aicher*, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, Österreichische Gesellschaft für Baurecht, 1981

<sup>145</sup> *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2.Auflage (2001), S. 142

<sup>146</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60, S. 14

Bestbieters einen unangemessen hohen Preis aufweist. Ist dann diesem Angebot jedenfalls und trotzdem der Zuschlag zu erteilen?

Dies ist zu verneinen. Mussten nach dem BVergG 2002 noch schwerwiegende Gründe für den Widerruf der Ausschreibung<sup>147</sup> vorliegen und war ein solcher mit dem Zweck den Angebotspreis zu senken sachlich nicht gerechtfertigt<sup>148</sup>, so ist die Rechtslage nach dem BVergG relativ eindeutig und ein Widerruf auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der AG etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.<sup>149</sup> Den Erläuterungen zum BVergG zufolge, muss an diese Bestimmung kein strenger Maßstab angelegt werden, denn ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nicht vom Vorhandensein schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig.

Damit hat der öffentliche AG ein taugliches Instrument in der Hand und muss jedenfalls bei einem generell überhöhtem Preisniveau (aus welcher Ursache auch immer) nicht zuschlagen. Eine Vergabeordnung, welche den AG verpflichten würde, jedes preisliche Wettbewerbsergebnis zu akzeptieren, wäre nach Ansicht der VKK verfassungsrechtlich bedenklich, „weil sie gegen den Verfassungsgrundsatz der sparsamen Gebarung verstoßen würde“.<sup>150</sup>

Zur Vorgangsweise bei der Feststellung überhöhter Preise bzw. zur wichtigen Frage, ab welcher Überschreitung des Marktüblichen von überhöhten Preisen auszugehen ist, äußerte sich der OGH:

*„Dabei ist aber nicht auf Vergleichsanbote bei bestimmten anderen Projekten abzustellen, weil diese - aus welchen Gründen auch immer - besonders günstig gewesen sein können und der Anbieter nicht verlangen und erwarten kann, dass besonders günstige Preise fortgeschrieben werden. Vielmehr ist auf ein Überschreiten der marktüblichen Preise abzustellen. Ein Überschreiten dieser Preise um 2,5 % könnte einen Widerruf der Ausschreibung nicht rechtfertigen, wohl aber ein Überschreiten um 20 %.“<sup>151</sup>*

Der OGH gibt damit also eine 20%ige Überschreitung marktüblicher Preise als Grenze an, ab der jedenfalls von einem überhöhten Preisniveau (überhöhten Preisen) auszugehen ist, welches den Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigt. Aufgrund der Abweichungen bei

---

<sup>147</sup> BVergG 2002, § 105 Abs 2 Z 3

<sup>148</sup> Diese Bestimmung sollte vermeiden, dass der AG während der Einreichungsfrist der Angebote erkennt, dass eine inhaltlich andere Ausschreibung zu preislich günstigeren Angeboten führt und er dann diese aus dem genannten Grund missbräuchlich widerruft.

<sup>149</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu den §§ 138 und 139, S. 89

<sup>150</sup> VKK 5.2.1992, 16522/1.X/A/4/92

<sup>151</sup> Der OGH 2.3.2000, 2Ob20/00f, in Anlehnung an *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM A 2050, S.81

der Feststellung des marktüblichen Preises für eine spezielle Bauleistung aus z.B. Baupreisdatabanken ist diese Grenze natürlich nicht als exakter Wert, sondern lediglich als Anhaltspunkt zur Einschätzung von Überpreisen anzusehen.<sup>152</sup>

An dieser Stelle sei auch noch eine Entscheidung der B-VKK erwähnt, nach der ein AG berechtigter Weise das günstigste Angebot, welches die realistische Kostenschätzung des AG um 30% überschritten hatte, ausgeschieden und das Vergabeverfahren widerrufen hat.<sup>153</sup>

Der AG kam nach eingehender Prüfung der Aufwandswerte und Kostenansätze anhand der K-Blätter (vertiefte Angebotsprüfung) zum Schluss, dass das angenommene preislich unplausible Gesamtbild bestätigt wurde. Insbesondere waren die kostenmäßigen Ansätze für die Abschreibung der Geräte sowie die kalkulierten Lohnstunden pro Leistungseinheit sehr hoch, was auch mittels verlangter Aufklärung durch die Bieterin nicht nachvollziehbar ausgeräumt wurde. Das betreffende Anbot und alle weiteren Angebote wurden aufgrund nicht plausibler Preiszusammensetzung ausgeschieden und das Vergabeverfahren aus Sicht der B-VKK zu Recht widerrufen.<sup>154</sup>

### **2.3.3 Die Rolle der K-Blätter bei Aufklärungen und der vertieften Angebotsprüfung**

#### *2.3.3.1 Das Wesen der vertieften Angebotsprüfung und der Aufklärungen im Zusammenhang mit den K-Blättern*

Entsprechend dem Regelungsregime des BVergG muss der AG Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und vertieft prüfen, wenn augenfällige preisliche Ungewöhnlichkeiten aufgetreten sind.<sup>155</sup> Das Verlangen von Aufklärung und eine vertiefte Angebotsprüfung sind also die weiteren Schritte des AG, nachdem die vorangegangene Prüfung der Preisangemessenheit begründete und sachliche Zweifel bzw. Verdachtsmomente aufgeworfen hat.

---

<sup>152</sup> Eine Bauleistung und die Umstände der Erbringung sind i.d.R. immer einzigartig und die Einflussfaktoren bei der Bestimmung des marktüblichen Preises monetär sehr schwierig abzuschätzen.

<sup>153</sup> B-VKK 27.11.2003, S-18/03 = bbl 2004/27

<sup>154</sup> In dieser Entscheidung kam noch das BVergG 2002 zur Anwendung, nach dem noch schwerwiegende Gründe für den Widerruf vorliegen mussten: Dies ist nach aktueller Rechtslage (BVergG 2006) gelockert.

<sup>155</sup> Siehe detailliert § 125 BVergG 2006: „ungewönl. niedriger Gesamtpreis“, „hohe/niedrige EHP“, „Zweifel aufgrund der Angemessenheitsprüfung allgemein“

Dem Wortlaut des § 125 BVergG folgend, stellen diese weiteren Prüfungsschritte „MUSS - Bestimmungen“ dar und die Durchführung unterliegt keinesfalls dem Ermessensspielraum des AG.

Bei den Aufklärungsgesprächen ist von entscheidender Bedeutung, dass jeder Bieter, dessen Angebot als ungewöhnlich niedrig beanstandet wird, die Möglichkeit hat, seinen Standpunkt dazu zweckgerichtet darzulegen. Den betroffenen Unternehmen ist durch die Aufklärungen zu ermöglichen, ihre Seriosität darzutun.<sup>156</sup> Die eingereichten Erläuterungen sind auf Stichhaltigkeit zu beurteilen und haben in die weitere Prüfung und die Angebotswertung miteinbezogen zu werden. Dem Bieter ist also die Gelegenheit einzuräumen, zu beanstandeten Mängeln (nicht nur in der Preisgestaltung) Stellung zu nehmen. Die Aufklärungen<sup>157</sup> haben schriftlich zu erfolgen, bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündlich oder telefonisch und dürfen das absolute Verhandlungsverbot nach § 101 bzw. § 104 BVergG nicht verletzen.

Es darf auch keinesfalls ein nachträglich geändertes Angebot als Ergebnis herauskommen, da dies den Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter missachten würde.

Dem Bieter ist für die Aufklärung eine angemessene Frist einzuräumen, was sich schon aus den Grundsätzen für die Bemessung und Verlängerung von Fristen des BVergG ergibt.<sup>158</sup>

Innerhalb dieser Frist muss der Bieter beispielsweise seine K7-Blätter zu den betreffenden bemängelten Positionen offen legen. Will sich der AG allgemein erkundigen, so wird diese Form der Aufklärung wohl ausreichen. Verlangt der AG allerdings eine detailliertere, nähere Begründung, z.B. zu einem vom Bieter angenommenen Aufwands- oder Verbrauchswert in der K-7 Detailkalkulation, so ist der Bieter verpflichtet, dem nachzukommen.<sup>159</sup>

Weigert sich der Bieter, dem AG diese Detailinformation zu geben oder gar seine K-Blätter offen zu legen, so kann dies den Ausschluss des Angebots bedeuten.

Gleiches gilt für Darlegungen in den - bzw. Erläuterungen zu den - K-Blättern, wenn diese nicht nachvollziehbar sind.<sup>160</sup> Natürlich ist zwar bei der Beurteilung der Nachvollziehbarkeit auf objektive Maßstäbe abzustellen, doch wird auch hier ein gewisser (kleiner) subjektiver Ermessensspielraum beim individuellen AG vorhanden sein.

---

<sup>156</sup> Vgl. dazu *Hahnl*, BVergG 2002, S.469

<sup>157</sup> § 127 BVergG 2006 bestimmt das „Wann“ (aus welchen Gründen) und das „Wie“ der Aufklärungen und Erörterungen

<sup>158</sup> § 57 Abs. 1 BVergG

<sup>159</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am 2. Juni 2005, S. 8

<sup>160</sup> Nach § 129 Abs. 2 BVergG sind Angebote von Bietern auszuschließen, „die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist Aufklärung zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt“

Jedenfalls lässt sich daraus ein Anhaltspunkt erkennen wie detailliert die K-Blätter auszufüllen sind, um dem AG keinen Grund zu liefern, das Angebot wegen „nicht nachvollziehbarer Aufklärung“ ausscheiden zu müssen. Von der Tendenz her wird ein Bieter, sofern er nicht auf aktives vorbeugendes Claimmanagement setzt und darauf hofft, dass die zu seinem Vorteil gestaltete Kalkulationsannahme angenommen wird<sup>161</sup> („der AG die Grot schluckt“), eher bestrebt sein, möglichst wenig von seinen kalkulativen Annahmen in den K-Blättern preiszugeben.

Diese Vorgangsweise des Bieters ist aus seiner Sicht auch verständlich, da er voraussichtlich im Auge haben wird, dass sein Angebot genau so, wie aus seinen strategischen Preisüberlegungen heraus erstellt, vom AG akzeptiert und angenommen wird, ohne sich dabei „in die Karten“ blicken zu lassen. Ein anderer Grund für diese Vorgangsweise könnte in der Tatsache gesucht werden, dass der Bieter durch die Offenlegung seiner K-Blätter auch einen erheblichen Anteil firmeninterner Daten bekannt gibt. Aus Sicht des Schutzes betriebs- bzw. geschäftsgeheimer Daten ist es daher nur verständlich, wenn sich der Bieter in Bezug auf die Angaben in den K-Blättern bedeckt hält.

Der aufmerksame AG hingegen wird voraussichtlich die genau umgekehrte Position einnehmen und bestrebt sein, möglichst viel an Information vom Bieter zu fordern und aus den K-Blättern herauszulesen, um einen möglichst tiefen Einblick in die kalkulativen Überlegungen des Bieters zu erlangen, was ihm eine umfassende Beurteilung des Angebot erleichtert. Der AG ist dann auch gegen potentielle unliebsame Überraschungen, die in der Phase der Vertragsdurchführung schlagend werden können, besser gewappnet, indem er diese schon im Vorhinein erkennen und bei Bedarf darauf reagieren kann.

Einer genauen Prüfung der kalkulierten Ansätze in den K-Blättern kommt auch deshalb große Bedeutung zu, da die Bieter Preisnachlässe und Preisverschiebungen auf Positionsebene (spekulative Preisverschiebungen) oft in hohen oder niedrigen Aufwands- und Verbrauchswerten verstecken, um beim AG auf den ersten Blick keinen Verdacht zu erwecken.

### *2.3.3.2 Vertiefte Prüfung der K-Blätter – Welche Kosten müssen angesetzt werden?*

---

<sup>161</sup> Wird vom AG in den K-Blättern eine Kalkulationsannahme bewusst gesichtet, die im Sinne des vorbeugenden Claimmanagements aufgebaut ist, so kann im Fall, dass dieses Angebot den Zuschlag erhält, angenommen werden, dass der AG unter dieser Annahme das Geschäft abgeschlossen hat und damit einverstanden war.

Die vertiefte Angebotsprüfung i.S. einer detaillierten Untersuchung der K-Blätter (Detailkalkulation) bezieht sich grundsätzlich auf Positions- und Einheitspreise, wobei zur Gesamtbeurteilung des Angebots der Angebotspreis nicht außer Acht gelassen werden darf. Nach § 125 Abs. 4 BVergG ist zu prüfen, „*ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.*“

Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. *im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind*;
2. *der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen*;
3. *die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.*“

Einerseits stellt sich zu § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG die Frage, was genau unter den „direkt zuordenbaren Kosten“ (für Material, Personal, Gerät, Fremdleistung und Kapital) zu verstehen ist. Andererseits stellt § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG für das Ausscheiden von Angeboten auf eine „nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises“ ab.

Offensichtlich hat der kalkulative Ansatz der „Direkt zuordenbaren Kosten“ in den K-Blättern (gemeinsam mit den Aufklärungen des Bieters) eine bestimmte Bedeutung für die Weiterbehandlung des Angebotes im Vergabeverfahren und für die Preisangemessenheit bzw. -plausibilität.

Ohne hier zu detailliert auf die Unterschiede zwischen den Begriffen der Preisangemessenheit und der Preisplausibilität einzugehen, ist zu sagen, dass die Diktion des BVergG nicht eindeutig ist:

Gölles/Leißer<sup>162</sup> präzisieren dies insoweit, dass der Wortfolge „nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis (z.B. spekulative Preisgestaltung)“ als Ausscheidungstatbestand von § 129 BVergG<sup>163</sup> nicht mit dem Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen korrespondiere, und zudem lediglich auf die fehlende Plausibilität des Gesamtpreises abstelle.

Zu ersterem ist den Autoren beizupflichten, da gerade auch ein spekulativer Preis (siehe Klammerausdruck im Text von § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG) durchaus plausibel sein kann.

Letzteres ist gemäss den Erläuterungen zum BVergG mittlerweile als geklärt anzusehen, da

---

<sup>162</sup> Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002, (2003), S. 154, 170

<sup>163</sup> Die Autoren beziehen sich noch auf den „alten“ § 98 Abs. 3 des BVergG 2002, der aber im BVergG 2006 inhaltlich ident ist.

ausdrücklich auch unplausible Teilpreise, also auch unplausible Positionspreise, zu einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis führen.<sup>164</sup>

Im Gegensatz dazu wollen *Fink/Schiefer*<sup>165</sup> aus der jüngeren Rechtsprechung in § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG<sup>166</sup> einen Sammelatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung erkennen, und dass bei auffälligen Preisen wohl stets die Plausibilität zu hinterfragen ist.

„*Fällt diese negativ aus, dann ist entsprechend § 98 Z 3 BVergG 2002 [entspricht § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006, Anm. d. Verf.] eine Ausscheidensentscheidung zu treffen.*“<sup>167</sup>

Trotz der zuvor aufgeworfenen Unterschiede in der Diktion des BVergG soll nun im weiteren dieser Arbeit die Preisangemessenheit unter die Preisplausibilität subsumiert werden. Bei einer solchen Interpretation, nach der versucht wird, die Preisplausibilität als fassbares Kriterium der Angemessenheit festzumachen, ist *Oberndorfer/Schwarz*<sup>168</sup> zu folgen, die erkennen, dass unangemessene Preise wohl eine detaillierte Untersuchung nach sich ziehen werden, in deren Zuge auch fehlende Plausibilität festgestellt wird (und das Angebot ausgeschieden werden kann). Kann demnach die betriebswirtschaftliche Plausibilität eines Preises nicht nachgewiesen werden, so wird aus vergaberechtlicher Sicht von einem (scheinbar<sup>169</sup>) nicht angemessenen Preis auszugehen sein.

Mit dieser Interpretation ausgestattet, kann sich nun der Prüfer bei der vertieften Angebotsprüfung mit dem Plausibilitäts-Unterkriterium der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit „auf die Suche“ machen. Dies wiederum führt zur eingangs gestellten Frage nach dem Wesen der direkt zuordenbaren Kosten bzw. welche Kosten darunter zu verstehen sind:

Dem BVergG ist eine Definition oder ein erläuternder Hinweis zum Begriff der „Direkt zuordenbaren Kosten“ jedenfalls nicht zu entnehmen.

Die ÖNORMEN B 2061, A 2050 und die Darstellung der Grundformel der Baukalkulation erscheinen dabei zur Ergründung dieses vorerst noch unbestimmten Kostenbegriffes hilfreich zu sein.

---

<sup>164</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu § 129 (Ausscheiden von Angeboten), S.85

<sup>165</sup> *Fink/Schiefer* in *Heid&Partner, Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, 2.Auflage, LexisNexis ARD Orac*, S. 400

<sup>166</sup> Die Autoren beziehen sich noch auf den „alten“ § 98 Abs.. 3 des BVergG 2002, der aber im BVergG 2006 inhaltlich ident ist

<sup>167</sup> *Fink/Schiefer* in *Heid&Partner, Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, 2.Auflage, LexisNexis ARD Orac*, S. 400

<sup>168</sup> *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

<sup>169</sup> „Scheinbar“ deshalb, weil der Bieter zu diesem Zeitpunkt noch keine Möglichkeit der Erläuterung seines Preises im Rahmen einer Aufklärung bekommen hat. Bei Unklarheiten ist der AG verpflichtet, in weiterer Folge vom Bieter Aufklärung zu verlangen.

Nach Pkt. 13.1.2 „Durchführung der Preisermittlung – Kostenkalkulation – Preiskalkulation“ der ÖNORM B 2061<sup>170</sup> werden bei der Kostenkalkulation zunächst aus den Kosten und Kostenkomponenten die Einheits- und Pauschalkosten der Einzelleistung ermittelt und anschließend unter Hinzurechnung des Gesamtzuschlages die Einheits- und Pauschalpreise gebildet. Unter weiterer Aufsplittung des Gesamtzuschlages in seine Komponenten

- Geschäftsgemeinkosten,
- Sonstige Gemeinkosten,
- Bauzinsen,
- Wagnis und Gewinn,

gemäß Punkt 6.1 der ÖNORM B 2061, ergibt sich die Grundformel der Baukalkulation<sup>171</sup> folgendermaßen:

(Abkürzungen: h...Stunden [Aufwandsstunden]

Eh...Positionseinheit [m<sup>3</sup> Beton [m<sup>2</sup> Mauerwerk],...

MEh...Materialeinheit [kg Zement/m<sup>3</sup> Beton], [l Mörtel/m<sup>2</sup> Mauerwerk],...)

<u>Produktionsmittel</u>	<u>Menge</u>	<u>Einheitskosten</u>
Personalkosten	Stundenaufwandswert [h/Eh] x Mittellohnkosten [€/h]	
Materialkosten	Materialbedarf [MEh/Eh] x Materialkosten [€/MEh]	
Gerätekosten	Zeitaufwand [h/Eh] x Gerätekosten [€/h]	
Fremdleistungskosten	Fremdleistungskosten [€/Eh]	
<b>Einzelkosten der Teilleistung ( x Pos. Menge) + Baustellengemeinkosten</b>		
[ + wenn Umlage: Zuschlag für Baustellengemeinkosten]		
<b>Herstellkosten</b>		
+ Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten, Sonstige Gemeinkosten, Bauzinsen		
<b>Selbstkosten</b>		
+ Zuschlag für Wagnis und Gewinn		
Positionspreis (Preis der Teilleistung)		

<sup>170</sup> ÖNORM B 2061, S. 14

<sup>171</sup> In Anlehnung an: *Hager/Krammer*, Skriptum zur Vorlesung „Bauwirtschaft und Baubetrieb 1(Grundlagen) – Sachgebiet Kostenrechnung und Kalkulation“ an der Universität für Bodenkultur, WS 2001/2002, S. 15

Die ÖNORM B 2061 kennt zwar den Begriff der „direkt zuordenbaren Kosten“ ebenfalls nicht, aus dem Konzept der in ihr dargestellten Form der Baukalkulation ergibt sich aber, dass die Einzelkosten den einzelnen Kostenträgern – das sind die Leistungen in den Positionen des LV – direkt zugerechnet werden sollen. Im Gegensatz dazu spricht die ÖNORM von Gemeinkosten, also „indirekten Kosten“, wenn diese den Kostenträgern nicht direkt zugerechnet werden können (Geschäftsgemeinkosten, Sonstige Gemeinkosten; bei Umlage wenn keine Positionen im LV vorhanden auch Baustellengemeinkosten<sup>172</sup>).

Die Einzelkosten in den Positionen wiederum sind dann für diese „nicht direkt zuordenbaren“ Gemeinkosten selbst Zuschlagsträger (siehe Grundformel der Baukalkulation) und werden mittels Zuschlagssätzen - i.d.R. unterschiedlich hoch und indirekt - beaufschlagt.

Aus dem Konzept der Zuschlagskalkulation der ÖNORM B 2061 ergibt sich demnach, dass unter den „direkt zuordenbaren Kosten“ die Herstellkosten zu verstehen sind (vgl. dazu die Grundformel der Baukalkulation).

*Kropik*<sup>173</sup> kommt zum Schluss, dass bei Verfolgung der (obigen) Kosteninterpretation nach der ÖNORM B 2061 der Preisspielraum lediglich bei den Geschäftsgemeinkosten<sup>174</sup> läge.

Unter Berufung auf Pkt. 7.3.6.1 der ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.3.2000, wird argumentiert, dass auch noch die kalkulatorischen Kosten minimiert angeboten werden können:  
„...*Kalkulatorische Kosten (Abschreibung, Zinsen, Unternehmerlohn) können gegebenenfalls minimiert angeboten werden.*“<sup>175</sup>

Der Autor betrachtet die Aufzählung der ÖNORM A 2050 Ausgabe 2000 aus Sicht der Kostenrechnung als nicht abschließend, sondern nur als demonstrativ und bejaht insbesondere eine Ergänzung um das Wagnis oder den besitzbedingten Anteil des Reparaturentgelts.

Hat nun das BVerG bewusst den Preisspielraum im Sinne einer Teilkostenrechnung verkürzt oder nicht? – dazu *Kropik*: „*Unterstellt man dem BVerG 2002 die selbe Intention wie der ÖNORM A 2050, ergibt das Folgendes: Die kalkulatorischen Kosten (...) sind bei der vertieften Angebotsprüfung besonders zu beachten. Diese Kosten können, da sie, obwohl*

---

<sup>172</sup> Im Regelfall, dass für die Baustellengemeinkosten eigene Positionen im LV vorhanden sind, also Zuschlagsträger existieren und diesen direkt zugerechnet werden können, sind die Baustellengemeinkosten ebenfalls „direkt zuordenbare Kosten“.

<sup>173</sup> *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVerG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.155

<sup>174</sup> Offensichtlich fasst *Kropik* die „Sonstigen Gemeinkosten“ und die „Bauzinsen“ in den Geschäftsgemeinkosten zusammen – Vgl. dazu die Grundformel der Baukalkulation.

<sup>175</sup> ÖNORM A 2050 Vergabe von Aufträgen über Leistungen, Ausgabe 2000-03-01, Österreichisches Normungsinstitut, Pkt. 7.3.6.1, S. 23 In der aktuellen Ausgabe der ÖNORM A 2050 vom 1.11.2006 ist dieser Punkt zwar nicht mehr enthalten, er hat aber trotzdem für die Interpretation der „direkten Kosten“ im Sinne des BVerG 2006 eine Bedeutung, da Text und Inhalt des alten § 93 Abs.4 Z1 BVerG 2002 ins neue BVerG 2006 völlig ident übernommen wurden!

als Direkte Kosten anzusehen aber nicht direkt bei der Leistungserbringung entstehen, als „nicht direkt zuordenbar“ im Sinne des BVerG angesehen werden.“<sup>176</sup>

Unter den „direkt zuordenbaren Kosten“ könnten im weiteren auch noch entweder die „variablen Kosten“ bei der Leistungserstellung verstanden werden, oder aber die bei der Leistungserbringung „ausgabewirksamen Kosten“.

Andererseits kommt *Kropik*<sup>177</sup> bei der Einschätzung eines Angemessenheits-Preisbandes zum Ergebnis, „dass die untere Grenze der Bandbreite, in der sich ein angemessener Preis nach dem BVerG bewegt, aus den ausgabewirksamen Teilen der Herstellkosten gebildet wird.“

Das Abstellen auf die ausgabenwirksamen Teile der Herstellkosten erscheint insofern sinnvoll zu sein, da es auf den Erhalt der zur Erbringung einer Bauleistung erforderlichen Projektliquidität Bedacht nimmt.

Auf dem Postulat, dass die zur Erbringung einer Bauleistung notwendige Teilliquidität des Bauunternehmens nicht verschlechtert werden soll, „baut auch die Untergrenze des „Oberndorfer-Preisbandes“ auf, innerhalb dessen ein Baupreis jedenfalls angemessen ist.“<sup>178</sup>

In dieser Untergrenze nach *Oberndorfer*, ist allerdings zusätzlich zu den ausgabewirksamen Herstellkosten noch der Anteil des auftragsbezogene Wagnisses und die Bauzinsen enthalten.

Bei Prüfung der K-Blätter wird primär auf die Kostenansätze in den Einheits- bzw. Positionspreisen Bedacht genommen und dabei kann eine viel größere preisliche Schwankungsbreite noch plausibel gemacht werden als bei Betrachtung des Gesamtpreises. Aus diesem Grund wird der Unterschied in der Höhe der zwei zuvor verglichenen Untergrenzen der Preisangemessenheit keine große Rolle spielen.

Der Abweichungsspielraum durch andere Einflussfaktoren ist nämlich ein weitaus größerer: *„Für Bauleistungen (Baumeisterarbeiten) liegt die Grenze der Bandbreite...max. +/- 15 Prozent unter bzw. über einem vollkostendeckenden Gesamtpreis. Es ist selbstverständlich, dass diese Bandbreite nicht für Einheitspreise gilt, da spezifische Produktionsbedingungen eine wesentlich größere Schwankungsbreite plausibel machen können.“*<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVerG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S. 155

<sup>177</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 8

<sup>178</sup> Vgl. dazu *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, S. 90 und Kapitel 2.3.2.2. Pkt. h

<sup>179</sup> *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, S. 92

*Kropik*<sup>180</sup> weist zu seinem oben bereits vorgestellten Ergebnis, die Untergrenze der Angemessenheit nach BVergG seien die ausgabenwirksamen Herstellkosten, auch mit aller Deutlichkeit darauf hin, dass sich dieser errechenbare Wert nur als Fiktion darstellt. Die zulässige, aber unterschiedliche Auffassung über den Kosteneinsatz kann Abweichungen von +80 Prozent bis –40 Prozent vom Mittelwert der ersten drei bis fünf preislich gereihten Bieter bewirken und der Preis kann trotzdem noch plausibel darstellbar sein.

Als Resümee dazu, welche Kosten in den K-Blättern mindestens angesetzt werden müssen, damit sich schon aus der Prüfung der K-Blätter ein plausibler, angemessener Preis ergibt, kann Folgendes festgehalten werden: Gemäß BVergG kann als Prüfungsgegenstand insbesondere auf den Ansatz der direkt zuordenbaren Kosten in den K-Blättern geachtet werden. Einerseits lässt das Gesetz eine hinreichende Erklärung der „direkt zuordenbaren Kosten“ vermissen und dadurch einen nicht unbeachtlichen Interpretationsspielraum zu. Andererseits ist offenbar bei der Positionspreisermittlung ein so großer Spielraum aus der unterschiedlichen Einschätzung des Kostenverzehr gegeben, dass dadurch eine unexakte Definition der „direkt zuordenbaren Kosten“ „geschluckt“ wird und in der Praxis nicht ins Gewicht fällt.

Trotzdem sollte für die Zukunft durch klare Prüfungsvorschriften Rechtssicherheit geschaffen werden, damit dem öffentlichen AG bewusst ist, auf welche Kosten bei der vertieften Angebotsprüfung in den K-Blättern genau abzustellen ist.

Auch der Transparenz und dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergabeverfahrens wäre dies dienlich, da der Bieter im Vorhinein abschätzen kann, welche Kosten genau angesetzt werden müssen, um mit seinem Anbot die Chance auf den Zuschlag zu wahren.

Der Ermessensspielraum des öffentlichen AG wäre durch eine klare Abgrenzung der „direkten Kosten“ bei der Preisprüfung der K-Blätter weiter eingeschränkt. Dadurch könnte dem willkürlichen Ausscheiden unliebsamer Bieter – zumindest aus dem Grund „unplausibler Preis in den K-Blättern“ – Einhalt geboten werden, da objektiv feststellbar ist, welche Kosten vom Bieter tatsächlich in Ansatz gebracht wurden und ob die Argumente des AG (für das Ausscheiden) auch zutreffend sind.

Abschließend zum Resümee kann in Übereinstimmung mit *Kropik*<sup>181</sup> empfohlen werden:

---

<sup>180</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 8

<sup>181</sup> *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S. 156

*„Dringend wäre dem BVergG 2006 anzuraten, wenn man sich schon auf gewisse Regelungen bei der Angebotsprüfung einlässt, diese auch betriebswirtschaftlich exakt zu formulieren.“*

Es wurde in diesem Kapitel darzulegen versucht, was unter den „Direkt zuordenbaren“ Kosten“ i.S. des BVergG verstanden werden kann, und auf den Ansatz welcher Kosten in den K-Blättern zu achten ist, um festzustellen, ob ein Baupreis auch angemessen ist. Der Begriff der „Direkt zuordenbaren Kosten“ und die Untergrenze des „jedenfalls angemessenen Preises“ scheinen eine gewisse Übereinstimmung aufzuweisen, wobei es als Ergebnis dieses Vergleiches sinnvoll ist, auf die ausgabenwirksamen Herstellkosten abzustellen.

Sind aber nun, selbst bei nicht strenger, also bieterfreundlicher Auslegung der „direkt zuordenbaren Kosten“ des BVergG, vom Bieter in den K-Blättern (in der K-7 Kalkulation) Kosten angesetzt, die unter den „Direkt zuordenbaren Kosten“ liegen, so muss dies mE trotzdem nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen:

a) Nach § 125 Abs. 5 BVergG muss der AG im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vom Bieter Aufklärung verlangen. Die dabei gegebenen Erläuterungen des Bieters müssen in die weitere vertiefte Angebotsprüfung eingehen und bei der Bewertung des Angebotes berücksichtigt werden. Das BVergG hebt speziell die Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter hervor. Die Wirtschaftlichkeit eines (neuen) Bauverfahrens wird sich in den K-Blättern durch einen geringen Ansatz bei den Aufwandswerten und/oder durch einen geringen Kostenansatz bei den Geräte- bzw. Stoffkosten bemerkbar machen.

Verfügt der Bauunternehmer über ein solches besonders wirtschaftliches Herstellungsverfahren, so muss dies vom AG als Erklärung eines auffallend niedrigen Preises, der auch unter den „direkt zuordenbaren Kosten“ des herkömmlichen Bauverfahrens liegt, akzeptiert werden. Dasselbe gilt für „die gewählten technischen Lösungen“, falls Alternativ- oder Abänderungsangebote zugelassen sind (denn andernfalls könnte es sich bei einem modifiziert angebotenen technischen Leistungsinhalt um ein nicht ausschreibungskonformes Angebot handeln).

Jedenfalls ist diese Bestimmung des BVergG zu begrüßen, da es Unternehmen mit innovativen, wirtschaftlicheren Bauverfahren eine Chance gibt und den technisch-ökonomischen Fortschritt fördert.

Daraus lässt sich auch, quasi als Nebenprodukt, erkennen, dass auch aus Sicht des ökonomischen Fortschritts eine Beurteilung der Preisangemessenheit alleine durch preislichen Vergleich eines Angebots mit jenen der Mitbewerber<sup>182</sup> abzulehnen ist.

Das BVA meinte dazu, dass solch eine Vorgangsweise im Ergebnis den wirtschaftlichen Fortschritt hemmt und innovative Bieter benachteiligt. Gerade die innovativsten Bieter würden dann von der Erlangung öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden.<sup>183</sup>

b) Nach § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG kann auf Positionsebene überprüft werden, ob alle „direkt zuordenbaren Kosten“ im Preis [in den K-Blättern, Anm. d. Verf. ] enthalten sind. Dies soll näheren Aufschluss über die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise, respektive des Angebotspreises geben. Aus dem Text des Vergabegesetzes zu schließen, handelt es sich dabei um eine „Kann-Bestimmung“. Diese kann im Zusammenhang mit der Definition des angemessenen Preises von *Oberndorfer*, der sich innerhalb einer Bandbreite der Kostendeckung bewegt, gesehen werden.

Wenn man nun die Untergrenze der Preisangemessenheit näher betrachtet, so erkennt man, dass diese anerkannte Definition des angemessenen Preises einen Verzicht auf einen Teil der direkt zuordenbaren Kosten zulässt (z.B. A.u.V. bei den Gerätekosten; vgl. dazu Punkt 2.3.2.2. „Grundformel der Baukalkulation“ und Unterpunkt h)). Die Bestimmung des § 125 BVergG stellt demnach nur einen Anhaltspunkt für die detaillierte Prüfung der K-Blätter dar und es kann also offensichtlich auch ein Preis, der die Kriterien nach § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG nicht erfüllt, also z.B. unter den „direkt zuordenbaren Kosten“ liegt, akzeptabel sein und zum Zuschlag des Angebotes führen.

### *2.3.3.3 Die Wertung von niedrigen Positionspreisen und von Bietererläuterungen zu den K-Blättern*

Nach den Ausführungen in Kapitel 2.3.3.2 kann also offensichtlich auch ein Positionspreis vom AG hingenommen werden, welcher der „Kann-Bestimmung“ des § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG nicht entspricht. Auch die dem Bieter verbindlich einzuräumende Möglichkeit der Rechtfertigung und Erklärung seines augenfällig niedrigen Preises scheint dies zu

---

<sup>182</sup> Dies wurde auch schon an vorangegangener Stelle diskutiert

<sup>183</sup> BVA 19.1.1998, N-1/98 in bbl 1998/180; Das Anbot wurde dann allerdings aus anderen Gründen ausgeschieden

untermauern, da die Erläuterungen des Bieters, wie schon weiter oben dargelegt, unbedingt in die weitere Prüfung und Behandlung des Angebotes einzugehen haben.

Bedeutet dies nun, dass ein Bieter seinen auffallend niedrigen Angebots- bzw. Positionspreis einer wesentlichen Position, der nach einer Prüfung der K-Blätter nicht nachvollziehbar ist, in jedem Fall durch Aufklärung erklären kann? Bzw. muss der AG den „kränkelnden“ Preis aufgrund der Erläuterungen des Bieters als „geheilt“ ansehen und diesen dann jedenfalls akzeptieren?

Die beiden aufgeworfenen Fragen werden wohl zu verneinen sein, wobei in drei Fälle zu differenzieren ist und immer der Gesamtpreis des Angebots im Auge behalten werden sollte:

Ist der Angebotspreis im ersten Fall an sich noch im Bereich der Bandbreite der Preisangemessenheit, aber nur einige wesentliche Positionen außerhalb und ist aufgrund einer Angebotspreissimulation (siehe dazu Kapitel 2.3.3.6 und 2.3.4.2.7) nicht zu erwarten, dass ein Bieterreihenfolgeesturz eintritt, so sollte der AG seinen Ermessensspielraum bei der Akzeptanz von Bietererklärungen nach oben ausschöpfen und das Angebot im Wettbewerb belassen oder dem Angebot den Zuschlag erteilen. Protokollierte Aufklärung über die Positionen muss der AG jedenfalls verlangen, will er sich nicht dem latenten Vorwurf der unterlassenen oder mangelhaften vertieften Angebotsprüfung und Aufklärung in einem Vergabekontrollverfahren aussetzen.

Befindet sich aber im zweiten Fall bereits der Angebotspreis (und zusätzlich dazu wesentliche Positionen) außerhalb der Bandbreite der Preisangemessenheit und ist ein Bietersturz zu erwarten, so sollte der AG in diesem Fall einen strengen Maßstab an die Bietererläuterung anlegen und das Angebot aufgrund einer unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises ausscheiden, wenn dies nicht schon durch Anlegen eines „normalen“ Beurteilungsmaßstabes geschehen kann.

Auch im ersten Fall der lediglich unangemessenen Positionspreise könnte der AG das Anbot formaljuristisch wohl unschwer wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausscheiden, da nach dem BVergG ausdrücklich auch unplausible Teilpreise (also beispielsweise unplausible Positionspreise in wesentlichen Positionen) zu einem nicht plausiblen Gesamtpreis führen.<sup>184</sup> Doch wäre das im Sinne des Auftraggebers, der nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip handelnd, möglichst günstig beschaffen will? – Wohl kaum.

---

<sup>184</sup> „Zu § 129 Abs. 1 Z 1 ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass durch die Wortfolge „nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises“ auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (siehe § 125 Abs. 3 Z 2) erfasst ist, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen“, Erläuterungen zum BVergG 2006

Zu der Frage, ab welcher monetären Höhe ein unangemessen niedriger Positionspreis einen Anteil am Angebotspreis hat, so dass dieser in seiner Gesamtzusammensetzung als unplausibel bezeichnet werden kann (und in weiterer Folge das Anbot ausgeschieden werden kann), sei vielleicht die gutachterliche Stellungnahme in einem Bescheid des BVA erwähnt.<sup>185</sup> Dieser zur Folge ist aus bauwirtschaftlicher Sicht ein zu niedriger Positionspreis an einem unplausiblen Gesamtpreis dann festzumachen, wenn die Differenz zwischen dem zu niedrigen Positionspreis und dem angemessenen Positionspreis größer als der im Gesamtpreis steckende Gesamtzuschlag ist. Womit die Bestimmung des BVergG<sup>186</sup> einen quantitativen Rahmen erhält und festgehalten werden kann, dass nicht jeder zu niedrige (unplausible) Positionspreis einer wesentlichen Position vergaberechtlich zwingend zu einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis führen muss.

Im dritten Fall, dass sich bereits der Angebotspreis (und wesentliche Positionen) außerhalb der Bandbreite der Preisangemessenheit bewegt, ein Bietersturz aber nicht zu erwarten ist, sollte der AG zwar ebenfalls angehalten sein, einen strengen Ermessensmaßstab anzulegen, aber stichhaltige und objektiv nachvollziehbare Erklärungen des Bieters in Bezug auf seinen niedrigen Angebots- bzw. Positionspreis gelten lassen. Wie könnten solche noch akzeptablen Bietererläuterungen aussehen, welcher Art müssen diese sein und wo ist eine Grenze in Bezug auf die Weite des Betrachtungshorizontes einzuziehen<sup>187</sup>?

Von ihrer Art her müssen Bietererklärungen so beschaffen sein, dass sie durch ihre Akzeptanz beim AG dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter (aller Bieter) und dem Verhandlungsverbot entsprechen und das Angebot im Nachhinein keinesfalls abändern oder verbessern (vgl. dazu auch Punkt 2.2.3.7.1.)

Aus Sicht des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Bieter äußerst hinterfragenswert sind dabei Erläuterungen von Bieter, die niedrige Preise mit Markteinführungsrabatten oder mit der „Erhöhung eines Marktanteiles“ bzw. der „Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages“ rechtfertigen wollen.<sup>188</sup>

Die von *Fink/Schiefer*<sup>189</sup> in diesem Zusammenhang angegebene Entscheidung des BVA (BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8), worin das BVA der Meinung war, es hätte bei einem

---

<sup>185</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

<sup>186</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006 zu § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG, S.85

<sup>187</sup> Ein solcher Betrachtungshorizont könnte sonst bis tief in die individuelle Situation des Bieters (und jenes des Subunternehmers) sowie sein „Erklärungsgebiet“ hinein reichen. Wo ist diesbezüglich eine Grenze zu ziehen?

<sup>188</sup> Siehe dazu *Fink/Schiefer* in *Heid&Partner, Preslmayr Rechtsanwälte*, Handbuch Vergaberecht, 2.Auflage, LexisNexis ARD Orac, S. 400

<sup>189</sup> BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8 in *Heid&Partner, Preslmayr Rechtsanwälte*, Handbuch Vergaberecht, 2.Auflage, LexisNexis ARD Orac, S. 400

Lieferauftrag eine vertiefte Angebotsprüfung und Aufklärung generell unterbleiben können, wird unter Punkt 2.3.3.5 noch näher betrachtet werden.

#### 2.3.3.4 *Die Bedeutung der K-Blätter und der Preisauflärung bei Subunternehmerleistungen im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung*

Nach derzeitiger Rechtslage ist offensichtlich die Erklärung eines auffallend niedrigen Positionspreises seitens des Bieters durch außergewöhnlich günstige Bezugsquellen zulässig, wie das BVA in einem Bescheid bestätigte.<sup>190</sup> Unter Vergaberechterspezern und Bauwirtschaftlern ist dies allerdings nicht unumstritten. Im betreffenden Bescheid des BVA geht hervor, dass der angebotene Preisanteil „Sonstiges“ in einer wesentlichen Position für die Lieferung und Montage einer Stahlleitwand nur ca. 10% des marktüblichen Preises ausmachte, der Bieter diesen „Superpreis“ aber durch einen speziellen Vertrag mit seinem Lieferanten ausreichend plausibel und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar erklären konnte. Aufgrund großer Abnahmemengen von Stahlleitwänden aus vorangegangenen Projekten des Bieters und jener beim gegenständlichen Auftrag wurden nun für den Bieter Bonifikationen positiv schlagend.

Der Bieter konnte durch eine Preisbestätigung seitens seines Lieferanten schlüssig belegen, dass sich der auffallend geringe Positionspreis durch den vom Lieferanten gewährten „Superpreis“ ergibt, der an den AG direkt weitergegeben wurde. Der Preisanteil „Lohn“ für die Montage war darüber hinaus unter Verzicht auf den Gesamtzuschlag gerade noch kostendeckend kalkuliert, wodurch sich am Ende der auffallend geringe Positionspreis (Einheitspreis) plausibel und betriebswirtschaftlich erklär- bzw. nachvollziehbar darstellt.

Wenn ein Lieferant als besonders günstige Bezugsquelle des Bieters unter „*die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt*“ des § 125 Abs. 5 BVergG fällt, so muss wohl das Gleiche für Subunternehmer des Bieters gelten. Bauleistungen bestehen nämlich erstens zu einem nennenswerten Teil ebenfalls aus Lieferleistungen und zweitens fällt dann gemäss der BVA-Entscheidung ein Subunternehmer offensichtlich auch unter den Begriff der besonders günstigen Bezugsquelle des Bieters. Ist nun in einer wesentlichen Position, deren Leistungsinhalt als Sub-Vergabe geplant ist, ein auffallend geringer Positionspreis ausgewiesen, ergibt sich das Problem, wie dieser vom Bieter erklärt werden kann.

Die ledigliche Berufung auf einen zugesagten und bestätigbaren, günstigen Nachunternehmerpreis alleine wird wohl als Rechtfertigungsgrund im Zuge eines

---

<sup>190</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

Aufklärungsgesprächs nicht akzeptabel sein. Dem steht schon § 125 BVergG und der Grundsatz, Leistungen zu angemessenen Preisen zu vergeben, entgegen.

Daraus ist schon erkennbar, dass die zuerst genannte Entscheidung des BVA<sup>191</sup> in die falsche Richtung geht, da sie im Grunde die Bestimmungen des BVergG über die detaillierte Preisprüfung bei der vertieften Angebotsprüfung aushebelt und dazu einlädt, unangemessene Preise (spekulative Preise) hinter Subunternehmerleistungen zu verstecken.

Die Vorlage eines K-7 Blattes mit Ausweisung des niedrigen Kostenansatzes und die Deklaration des Positionspreises als „Fremdleistung“ im K-7 Blatt kann nicht als nachvollziehbare Begründung eines Preises im Zuge der Aufklärung ausreichen, da dies die gesamte vertiefte Angebotsprüfung ad absurdum führen würde.

Ganz abgesehen davon, sind zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung die Verhandlungen des Bieters mit den Subunternehmern oft noch gar nicht abgeschlossen und der angebotene Positionspreis ein noch nicht abgesichertes Konstrukt, welches vorerst auf Erfahrungswerten des Unternehmers aus vorangegangenen Subaufträgen und Subunternehmerpreisdatenbanken beruht. Den Usancen in der Bauwirtschaft entsprechend liegt zu diesem Zeitpunkt in aller Regel noch kein bindendes Angebot des Subunternehmers vor. Man bedenke in diesem Zusammenhang auch die für den Bieter sehr kurz bemessene Zeit zur Angebotsbearbeitung und die Vielzahl der zu kalkulierenden Angebote, um eine möglichst konstante Auslastung der Unternehmenskapazitäten zu gewährleisten sowie am Baumarkt präsent zu sein.

*„Es ist ein Unding zu glauben, dass ein Bieter für alle Subleistungen Angebote einholt. Es spricht der (in vielen Fällen) frustrierte Arbeitsaufwand dagegen und auch die Tatsache, nur in Ausnahmefällen mit dem Angebot eines Subunternehmers echte Wettbewerbspreise zu erhalten. In der Praxis wird auf Erfahrungswerte, Preislisten oder auf Geschäftsbeziehungen aus anderen Aufträgen zurückgegriffen, um Subunternehmerpreise nennen zu können.“<sup>192</sup>*

Das Problem des Nichtvorliegens eines konkreten und bindenden Subangebots ließe sich allerdings noch durch vorgezogene und rasche Verhandlungen, ab dem Zeitpunkt der Bieter zur Aufklärung aufgefordert wurde, lösen. Es ist dem Bieter ja für die Aufklärung eine angemessene Frist zu gewähren und im Fall, dass sein Angebot bereits vertieft geprüft wird und damit in der Endrunde des Wettbewerbes gekommen ist, lässt das grundsätzlich zutreffende Argument des frustrierten Arbeitsaufwandes hier etwas abgeschwächt erscheinen.

---

<sup>191</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

<sup>192</sup> Kropik, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14

Was kann aber der Bieter zur Begründung eines niedrigen Subunternehmerpreises tun, wenn der AG zwecks vertiefter Angebotsprüfung nach K-Blättern verlangt?

Wäre der Subunternehmerpositionspreis im Bereich der Bandbreite des jedenfalls angemessenen Preises oder lässt er sich auch ohne Vorliegen der Kalkulation plausibel herleiten, ergibt sich kein Problem. Hier geht es aber um den Fall des auffallend niedrigen Positionspreises, der (scheinbar) nicht angemessen ist. Kann der AG dazu die K-Blätter (Detailkalkulation) des Subunternehmers zur Vorlage einfordern?

Grundsätzlich ist dazu festzuhalten, dass zwar der öffentliche AG aus Sicht der sich dadurch ergebenden Vorteile (der AG muss nur eine Ausschreibung durchführen und hat einen Ansprechpartner, der „für alles“ haftet und hat keine Koordinierungsaufgaben über, etc..) berechtigt ist, die Subvergabe von Leistungsteilen durch den Generalunternehmer an den Nachunternehmer zuzulassen. Jedoch besteht und entsteht zwischen dem AG und dem Nachunternehmer kein Vertragsverhältnis. Nicht einmal während der Bauausführung ist ein solches, von wenigen Spezialfällen abgesehen, begründbar, was sich beispielsweise dadurch äußert, dass der AG über kein direktes Weisungsrecht auf der Baustelle gegenüber dem Subunternehmer verfügt.

In der Vorvertragsphase (der Bauvertrag gilt i.d.R. ja erst mit dem Vergabebeschlag als abgeschlossen) ist ein vertragliches Verhältnis zwischen AG und Nachunternehmer schon gar nicht vorhanden oder ableitbar, was also eine Anforderung der K-Blätter vom Subunternehmer durch den AG ausschließt.

Einzig der GU ist als Bieter und späterer Vertragspartner die vorvertragliche „Ansprechperson“ (woraus sich ja auch einige der Vorteile für den AG ergeben) und folglich für die Erklärung bzw. Offenlegung der Kalkulation anhand der K-Blätter der betreffenden Position(en) verantwortlich. So wie der GU nach dem BVergG dem AG bezüglich eines Leistungsfähigkeits- und Befugnisnachweises seines Subunternehmers nachweispflichtig ist, wird er dies dem AG auch in Bezug auf die Kalkulationsformblätter in aufklärungswürdigen Positionen sein, auch wenn es sich dabei um Fremdleistungen handelt.

Der Bieter (und potentiell zukünftige GU) ist also mE dazu angehalten, die K-Blätter und alle relevanten, möglichst detaillierten Zusatzinformationen vom Subunternehmer einzufordern und dem AG vorzulegen, um zu verhindern, dass sein vom Ausscheiden bedrohtes Angebot mangels nachvollziehbarer Erklärung bzw. wegen nicht plausibler Preiszusammensetzung tatsächlich aus dem Rennen um den Zuschlag genommen wird.

Solche detaillierten Zusatzinformationen aus der Sphäre des Subunternehmers sollten gemeinsam mit den Kalkulationsblättern die Grundlage für die Erklärung und Nachvollziehbarkeit des niedrigen Preises bilden. Die K-Blätter alleine (z.B. das K-7 Kalkulationsblatt) werden nämlich den Grund für einen besonders niedrigen Kostenansatz

nicht offenbaren, sie weisen diesen lediglich aus. Auf der angesprochenen Grundlage aufbauend kann dann die Herleitung des Preises schlüssig erfolgen und ein ursprünglich unangemessener Preis in einem anderen (angemessenen) Licht erscheinen.

Die zuvor erwähnten zusätzlichen Informationen könnten z.B. Rechnungen oder Bestätigungsschreiben von einem Baustofflieferanten über einen sehr günstigen Bezugspreis<sup>193</sup> sein oder Unterlagen, die belegen, dass bereits abgeschriebene, aber noch voll funktionstüchtige Geräte bzw. Schalungen in den K-Blättern günstig in Ansatz gebracht wurden. Es geht hier um alle denkbaren Dokumente und Schriftstücke, welche die Aufklärungen der Bieterseite in Bezug auf die Preisangemessenheit bzw. –plausibilität belegen können.

Anhand der Unterlagen, die belegen sollen, dass bereits abgeschriebene Gerätschaften vom Subunternehmer unter einem zusätzlichen Verzicht<sup>194</sup> auf z.B. das ausgabenwirksame Reparaturentgelt angenommen wurden, kann beispielhaft der Ermessensspielraum des AG in seiner Akzeptanz von Bietererklärungen demonstriert werden.

Ein AG, der einen strengen Ermessensmaßstab anlegt, könnte argumentieren, dass die Reparaturkosten ab Ende der Nutzungsdauer stark ansteigen, die wesentliche Position unterpreisig kalkuliert wurde (enthält nicht alle direkt zuordenbaren Kosten) und somit eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt. Der AG könnte dann das Angebot ausscheiden.

Ein anderer AG könnte diese Preisabsenkung noch hinnehmen und den Ausführungen des Bieters Glauben schenken, dass das Gerät „läuft und läuft“ und das mit keinen nennenswerte Reparaturen zu rechnen ist. Der öffentliche AG sollte bei der Beurteilung einzelner wesentlicher Positionen, auch Subunternehmerpositionen, seinen Ermessensspielraum in Abhängigkeit vom Gesamtpreis (liegt dieser innerhalb der Bandbreite des jedenfalls angemessenen Preises – ja oder nein) und der Gefahr eines Bieterreihenfolgesturzes dimensionieren. Hinsichtlich einer Subunternehmerposition sollte also genauso wie bei einer „GU - Position“ verfahren werden. Ähnlich wie bei Angeboten mit einzelnen Positionen mit spekulativen Preisverschiebungen (vgl. dazu Punkt 2.3.4.3) sollten auch auffallend niedrige Subpositionen ohne Hinzuziehung der beiden Kriterien „Gesamtpreis“ und „Bietersturz“, nicht a priori ausgeschlossen werden, der AG könnte sich sonst seines potentiellen Bestbieters voreilig entledigen.

---

<sup>193</sup> z.B. durch eine verbindliche Liefer- und Preisbestätigung eines Baustofflieferanten, wobei die Preise zwar niedrig, aber noch „im Rahmen“ liegen müssen (z. B. 10% des marktüblichen Preises, wie in der BVA-Entscheidung [BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58] wäre dabei viel zu gering angesetzt und nicht akzeptabel).

Unverbindliche Kostenvoranschläge oder Preislisten werden dabei schon gar nicht ausreichen.

<sup>194</sup> Der Bauunternehmer verzichtet bei den Gerätekosten der Positionsleistung z.B. zusätzlich zu A+V auch auf das ausgabenwirksame Reparaturentgelt, um einen Wettbewerbspreis anbieten zu können.

Subunternehmer sind oft schlank organisierte Spezialunternehmen mit gut geschultem Fachpersonal und hoher Geräteauslastung. Das eröffnet ihnen die Möglichkeit eine Spezialbauleistung tendenziell um einiges billiger zu erbringen, was in der vertieften Preisprüfung der Subunternehmerkalkulation mit berücksichtigt werden muss. Es müssen aber bei der Prüfung der Subunternehmerkalkulation durch den AG die gleichen Regeln und Maßstäbe gelten, wie wenn die Kalkulation (K-Blätter) und Erläuterungen vom Bieter (GU) selbst kämen, nur angewandt auf die spezielle Situation und die Möglichkeiten des Subunternehmers. Dabei muss also das individuelle Erklärungspotential aus der Sphäre des Nachunternehmers berücksichtigt werden.

Über einen Ermessensspielraum des AG bei der Beurteilung und Akzeptanz der Bietererklärungen, der voraussichtlich auch hier zur Anwendung kommen wird, wurde bereits gesprochen. Jedenfalls wäre nicht einzusehen, dass ein Angebot mit Subunternehmerbeteiligung und auffallend niedrigem (Teilleistungs-)preis bei Gelingen eines belegbaren und schlüssigen Preisnachweises ausgeschieden wird.

Wichtige Voraussetzung für die Akzeptanz eines auffallend niedrigen Subunternehmerpreises einer Teilleistung seitens des AG ist natürlich, dass jener Nachunternehmer, der die Auskünfte und Erklärungen über die Preiszusammensetzung erteilt, (und die letztlich zur Hinnahme beim AG führt) auch derjenige ist, der die Leistung später erbringt. Ein nachträglicher Austausch des Subunternehmers durch einen anderen, der nicht über belegbare Aufklärungsargumente verfügt und den Preisnachweis nicht schafft, ist unzulässig und würde die Zielsetzung der vertieften Angebotsprüfung unterlaufen. Der Subunternehmer muss bereits zum Zeitpunkt der vertieften Angebotsprüfung feststehen und dem GU ein zivilrechtlich bindendes Angebot gelegt haben, damit die „Heilung“ des „kränkelnden“ Preises gelingt! Der Bieter als GU benötigt zum Nachweis der Preisangemessenheit unbedingt die aus der Sphäre des Subunternehmers stammenden subjektiven Erklärungen zu den K-Blättern. Ohne diesen gelingt die Aufklärung bei der vertieften Angebotsprüfung nicht. Stützt sich nun der Bieter auf den Subunternehmer, so muss er nachweisen, dass er über diesen auch tatsächlich verfügt. Deshalb muss ein zivilrechtlich bindendes Subangebot vorliegen, andernfalls ist das Bieterangebot wohl auszuschneiden.

ME nach ist also ein Subunternehmer, der bei der vertieften Angebotsprüfung für den „Preisnachweis“ des Bieters unabdingbar ist, wie ein „erforderlicher Subunternehmer“ im Sinne der Auslegung des BVergG zu behandeln. Ohne zivilrechtlich bindendes Angebot gilt der Nachunternehmer daher als „nicht vorhanden“.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl. *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft - Vom Angebot bis zur Fertigstellung der Leistung, 1. Auflage, Ausgabe August 2006 Österreichisches Normungsinstitut, S. 14: In Auslegung

In der Praxis wird ein GU versuchen, mehrere Subunternehmer für eine Teilweitergabe der Bauleistung im Angebot vorzuschlagen, um z.B. später noch einen Vergabegewinn herauszuverhandeln. In Bezug auf dieses Bestreben des Bieters (GU) meint *Kropik*<sup>196</sup>, dass wohl oft ein Pool von Subunternehmern vorab vorhanden sein wird, unter welchem der GU im Falle des Zuschlags dann gegebenenfalls auswählt. Dem entspricht auch das BVergG, indem dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, mehrere Nachunternehmer zu benennen.

Nun könnte der Fall eintreten, dass mehrere Unternehmer den Preisnachweis im Zuge der vertieften Angebotsprüfung schaffen. Trifft dies tatsächlich zu, so kann der Bieter jeden beliebigen der Kandidaten nach Zuschlagserteilung zur Ausführung der Bauleistung nominieren. Die Vorgangsweise des Bieters (GU,) unter mehreren Nachunternehmern einen auszuwählen, entspricht durchaus der Baupraxis und die Bestimmungen des BVergG stehen dem jedenfalls nicht entgegen. Es wird dann voraussichtlich jener Kandidat zum Zug kommen, der sich bei nachträglichen Verhandlungen vom GU im Preis noch weiter nach unten drücken lässt.

*Kropik/Wiesinger*<sup>197</sup> stellen zutreffend die in der Praxis auftretende Schwierigkeit für den Bieter dar, nur selten ein schriftliches Subangebot vom Nachunternehmer zu bekommen, und weisen darauf hin, dass nur wenige Bieter (GU) bereit sind, die darin enthaltenen Preise dem AG offen zu legen. Deshalb müsste nach weiteren Nachweismöglichkeiten gesucht werden. Die Autoren führen eine schriftliche Erklärung des Subunternehmers ohne Nennung von Preisen und den Beleg über eine Rahmenvereinbarung zwischen Bieter und Subunternehmer als alternative Nachweismöglichkeiten an. Dies mag für den von den beiden Verfassern gemeinten Eignungsnachweis eines „erforderlichen“ Subunternehmers richtiger Weise gelten<sup>198</sup>, wird aber für den Nachweis der Preisangemessenheit eines auffällig niedrigen Teilpreises nicht ausreichen, da es hierbei auf die genaue Herleitung des Preises und die Umstände ankommt, unter denen in den K-Blättern kalkuliert wurde.

Die Weigerung des Bieters dem AG den Angebotspreis seines Subunternehmers zu zeigen, ist aus Sicht des partnerschaftlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Bieter und AG auch

---

des BVergG ist zwischen „erforderlichen“ und „sonstigen“ Subunternehmern zu unterscheiden.

„Erforderliche“ Subunternehmer sind solche, welche der Bieter zur Erlangung der notwendigen Eignung benötigt.

Der Bieter erreicht die erforderliche Eignung nur dadurch, wenn er sich auf die Kapazitäten seines Subunternehmers stützt.

<sup>196</sup> *Kropik*, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14

<sup>197</sup> *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft - Vom Angebot bis zur Fertigstellung der Leistung, 1.Auflage, Ausgabe August 2006 Österreichisches Normungsinstitut, S. 44

<sup>198</sup> Die Eignungskriterien wurden bereits überprüft und abgehakt – Jetzt geht es nur mehr darum, ob der Subunternehmer auch tatsächlich nachweislich zur Verfügung des Bieters (GU) steht.

verständlich, wenn dieser um einiges niedriger ist als jener vom Bieter im LV „kalkulierte“<sup>199</sup> Vergabegewinn. Trotzdem ist die detaillierte Offenlegung, nicht nur des Subpreises, sondern auch der K-Blätter der betreffenden Position, genauso wie die belegbaren Erläuterungen des Subunternehmers, unabdingbare Voraussetzung, damit der Bieter sein Angebot im Wettbewerb halten kann.

Der Fall, dass der Subunternehmer sich weigert, aus welchen Gründen auch immer, seine K-Blätter offen zu legen, ist im Ergebnis das Gleiche: Der auffällig tiefe Preis wird wohl nicht erklärbar sein. Anders wäre die Situation, wenn es sich bei der Subleistung um eine Bauleistung handelt, die der GU auch „notfalls“ selbst erbringen könnte. Hier muss dann der Bieter allerdings den Nachweis, ohne sich auf das Erklärungspotential des Subunternehmers stützen zu können, selbst und alleine aus seiner Sphäre heraus erbringen.

#### *2.3.3.5 Diskussion der BVA Entscheidungen (BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58 und BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8) im Zusammenhang mit den K-Blättern der Kalkulation*

Im bereits unter Punkt 2.3.3.4 angesprochenen Bescheid des BVA<sup>200</sup> wurden u.a. die Fragen erörtert, ob erstens die inhaltliche Überprüfung eines Preises dadurch umgangen werden kann, dass ein Lieferant oder Subunternehmer zwischengeschaltet wird, der ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Kosten einen niedrigen Preis anbietet.

Zweitens wurde versucht, Aufschluss zu bekommen, ob die Kalkulation des Lieferanten oder Subunternehmers bei der vertieften Angebotsprüfung geprüft werden muss.

- Zu erstens: Die Frage blieb grundsätzliche unbeantwortet, obwohl der Sachverständige im konkreten Anlassfall der Meinung war, dass hier die Überprüfung des Preises nicht umgangen wurde, da der Preis nachvollziehbar durch eine Preisbestätigung des Materiallieferanten aufgeklärt worden sei. Dazu ist zu sagen, dass hier die Preisherleitung zweifellos nachvollziehbar aufgeklärt worden ist.

Jedoch erhebt sich dabei die nahe liegende Frage, ob ein solch niedriger Preis in einer wesentlichen Position<sup>201</sup> auch vom AG hinzunehmen ist, und ob hier die Grenze der zu

---

<sup>199</sup> Wenn der AG erkennt, dass er die Teilleistung eigentlich viel billiger hätte bekommen können, wird er sich leicht vorkommen „über den Tisch gezogen worden zu sein“, was dem Verhältnis zwischen AG und Bieter abträglich sein kann. Die Folge könnte dann sein, dass sich der AG das Angebot „besonders akribisch ansieht“.

<sup>200</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

<sup>201</sup> Zur Erinnerung: Der Preisanteil „Sonstiges“ (Stahleitwand) betrug nur 10% des marktüblichen Preises und der Preisanteil „Lohn“ deckte gerade einmal die Lohnkosten der Montage einer eingearbeiteten und gut eingespielten Einbaupartie.

akzeptierenden Bietererklärungen nicht schon überschritten wurde. Geht eine solche Erklärung nicht schon zu tief in einen Betrachtungshorizont, der jenseits der Grenze der Gleichbehandlung der Bieter liegt? Ohne die bieterseitige Aufklärung wäre dieser Positionspreis jedenfalls ein „an sich“ unerklärlicher Preis. *„In der Praxis der Angebotsprüfung stellt sich häufig die Frage, ob ein an sich unerklärlicher Preis durch Aufklärung – etwa unter Hinweis auf besonders günstige Subunternehmer, Lieferanten, Aktivieren eines Bonus usw. – mangelfrei gestellt werden kann.“*<sup>202</sup>

Nach der Ansicht von *Kropik*<sup>203</sup> sind „an sich“ unerklärliche Preise oder Kalkulationsansätze in wesentlichen Positionen auch dann nicht von ihrem Mangel befreit, wenn sich der Bieter auf ein besonders günstiges Angebot eines Lieferanten oder Subunternehmers beruft. Begründet wird dies vom Autor mit § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG, da alle direkt zuordenbaren Kosten im Preis zu erfassen sind, was sich auf die gesamte Produktionskette betriebswirtschaftlich beziehen muss (hier einbezogen sind also auch Leistungen von Subunternehmern und Lieferanten). *Kropik*<sup>204</sup> sieht den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt, wenn ein Bieter seinen geringen Preis durch den Einsatz eines Subunternehmers oder Einrechnung eines ihm gewährten Nachlasses (Bonus) rechtfertigt, ein anderer Bieter hingegen es nicht schaffen würde, denselben Preis über die tatsächliche kostenmäßige Herleitung zu begründen.

Grundsätzlich kann mE nach ein „an sich“ unerklärlicher Preis durch Aufklärung sehr wohl mangelfrei gestellt werden. Die Darlegung außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter, respektive der Subunternehmer, bei der Leistungserbringung verfügt, können dabei ausschlaggebend sein. Der Subunternehmer kann so wie bei der Befugnis und der Leistungsfähigkeit (dort als „erforderlicher Subunternehmer“) den Bieter ergänzen. Hier dadurch, dass er den Erklärungshorizont des Bieters durch die Möglichkeiten seiner Sphäre erweitert. Ein Beispiel dazu könnte eine Bodenaushubposition mit anschließender Verfuhr auf eine kostenpflichtige Deponie sein (so die ausgeschriebene Teilleistung im LV), wobei der Subunternehmer über eine Einbaumöglichkeit verfügt. Der sich ergebende auffallend niedrige Positionspreis (denkbar wäre auch eine Auspreisung mit „Null“) wäre dann ohne eine Aufklärung seitens des Bieters (bzw. des Nachunternehmers) jedenfalls ein „an sich“ unerklärlicher Preis. Unter Berufung auf den Erklärungshorizont des Subunternehmers mit

---

<sup>202</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 9

<sup>203</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 9

<sup>204</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 9

der Möglichkeit der Materialweiterverwendung wird dieser wohl als ausreichend aufgeklärt anzusehen sein.

Auch der Nachweis über die Einrechnung aller direkt zuordenbaren Kosten würde in diesem Beispiel gelingen.

Im Fall einer preislichen Weitergabe einer Bonifikation an den AG, z.B. aus einem Rahmenvertrag zwischen einem Bieter und einem Baustofflieferanten, werden wohl nicht alle direkt zuordenbaren Kosten im Positionspreis des K-7 Blattes enthalten sein können. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Preisnachlass (Bonus) eines Baustofflieferanten nicht doch plausibel belegbar und damit zulässig sein kann.

Eindeutig ist dazu die Kritik von *Kropik*<sup>205</sup>, derzufolge jede vertiefte Angebotsprüfung dann im Endeffekt überflüssig ist, wenn wirtschaftlich haarsträubende und nicht nachprüfbar Begründungen zur Rechtfertigung tiefer Preise zulässig sind.

Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen - unbelegbare Erläuterungen sind inakzeptabel<sup>206</sup> - es erscheint aber vor dem Hintergrund einer günstigen Beschaffung lohnenswert, nach Möglichkeiten zu suchen, welche die Einrechnung einer aktivierten Bonifikation nachprüfbar und belegbar machen. Das Zulassen einer solchen Weitergabe eines Preisvorteils (Bonifikation) durch den AG steht dabei im Spannungsfeld zwischen den Vergabegrundsätzen günstige Beschaffung, Vergabe zu angemessenen Preisen und Gleichbehandlung der Bieter.

Mögliche nachprüfbar Belege könnten dabei die Offenlegung des rechtsgültig unterfertigten Rahmenvertrags zwischen Bieter und Lieferant sein, aus dem hervorgeht, dass die Bonifikation ab Erreichen einer bestimmten Abnahmemenge (Umsatzmenge) in einem festgesetzten Zeitraums auch tatsächlich gewährt wird.

Der Nachweis über das Erreichen der vereinbarten Abnahmemenge, ab welcher der Preisvorteil für den Bieter schlagen wird, könnte durch Vorlage von bezahlten Rechnung des bedungenen Zeitraums erfolgen. Auf diese Weise wird der vom Bieter in den Positionspreis eingerechnete und weitergegebene Bonus nicht nur nachprüf- und belegbar, sondern er wird auch auf die Grundlage einer vertraglich abgesicherten Geschäftsbeziehung gestellt. Das könnte dem Argument, der niedrige Preis wäre ruinös tief und nicht angemessen, den Wind aus den Segeln nehmen, denn man kann davon ausgehen, dass der Lieferant seinerseits die Vertragsbeziehung mit dem Bieter auf dem Fundament des mittelfristig gesicherten wirtschaftlichen Erfolgs eingegangen ist. Die Weitergabe eines ruinösen Wettbewerbs von

---

<sup>205</sup> *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVerfG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.158

<sup>206</sup> V.a. lediglich die Berufung auf einen Lieferanten oder Subunternehmer ohne Vorlage von K-Blättern und ohne nähere belegbare Erläuterungen kann einen tiefen Preis keinesfalls akzeptabel machen.

der Wettbewerbsebene der Bieter untereinander auf die Ebene der Lieferanten ist dadurch nicht zu befürchten, denn die Entwicklung des Preises lässt sich entlang der Produktionskette bis hinunter zum Lieferanten zurückverfolgen. Womit auch dem Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen entsprochen wäre.<sup>207</sup>

Darüber hinaus kann der Bieter mit der Offenlegung des Rahmenvertrages darlegen, dass der tiefe Preis nicht auf einer Absprache mit dem Lieferanten beruht, die punktuell für das Erlangen des aktuellen Auftrags getätigt wurde, sondern durch eine mittel- bzw. langfristig ausgelegte Geschäftsbeziehung zustande gekommen ist.

Eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter ist offenbar auch nicht zu erkennen, wenn per Ausschreibung den Bauunternehmern zugestanden wird, die Leistung an einen Nachunternehmer weiterzugeben, so könnte auch jeder andere Bieter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und so den Preisnachweis schaffen. Der auffallend geringe Positionspreis ergibt sich dabei für den Bieter aus den außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die er bei Erbringung der Leistung verfügt<sup>208</sup>, wenn er den Subunternehmer einsetzt. Der Preis ist auf der Innovation und dem Verhandlungsgeschick des Bieters aufgebaut, was preislich auch dem AG zugute kommt. Sollte ihm das durch Ausscheiden seines Anbots zum Nachteil gemacht werden?

Im gegenständlich diskutierten Bescheid des BVA<sup>209</sup> wurde hingegen die Gewährung der Bonifikation durch die Bieterseite lediglich mit einem, diesen tiefen Bezugspreis bestätigenden, Lieferantenformulars nachgewiesen. Offenbar wurde unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis die Offenlegung der Rahmenvereinbarung zwischen Bieter und Lieferanten verweigert bzw. die Nichtvorlage begründet. Die Höhe des Bonus bestimme sich nach einem bestimmten Umsatz, so der Gutachter im Bescheid, „...*Dahinter* stehe *üblicherweise ein dem Geschäftsgeheimnis zuzuordnender Rahmenvertrag*“.<sup>210</sup>

Die ledigliche Berufung auf eine günstige Bezugsquelle, ohne detaillierte Offenlegung der Geschäftsgrundlage zwischen Bieter und Lieferant ist zu wenig. Auch die Vorlage einer Lieferantenbestätigung über den gewährten „Superpreis“ darf mE nicht als ausreichend angesehen werden, um einen tiefen Preis nachprüfbar und belegbar zu rechtfertigen. Die Berufung auf ein Geschäftsgeheimnis ist verständlich, doch muss hier ausdrücklich auf die „Rollenverteilung“ der handelnden Subjekte im Vergabeverfahren hingewiesen werden: Der

---

<sup>207</sup> Der angesprochen Grundsatz der Vergabe hat im Auge, den ruinösen Wettbewerb als Folge der Vergabe zu unangemessen niedrigen Preisen zu verhindern. Siehe dazu und zu den Folgen eines ruinösen Wettbewerbes Pkt. 2.2.3.2 „Hintergrund der Vergabe zu angemessenen Preisen“

<sup>208</sup> Vgl. dazu § 125 Abs. 5 BVergG

<sup>209</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

<sup>210</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

Preis in der Subunternehmerposition war auf den ersten Blick auffallend niedrig (scheinbar nicht angemessen), was eine vertiefte Angebotsprüfung auslöste, die zum Ergebnis hatte, dass möglicherweise auf Kostenansätze verzichtet wurde. In der nun folgenden Aufklärung hat der Bieter die Rolle des Nachweispflichtigen. Er muss alles Erdenkliche aufbieten, um seinen Preis nachvollziehbar zu erklären und um sein vom Ausscheiden bedrohtes Angebot im Wettbewerb zu halten. Weigert sich der Bieter nun den Rahmenvertrag offen zu legen, so kann der AG das Angebot ausscheiden. Dies wäre möglicherweise auch ein richtiges vergaberechtliches Signal an die Bauwirtschaft, durch das verdeutlicht wird, dass Subunternehmerpositionen, so sie auffällig niedrig ausgepreist wurden, beim AG eine genaue Prüfung auslösen und dass (potentiell) unangemessen niedrige Preise generell durch mehr als nur Bestätigungsschreiben eines Lieferanten oder Subunternehmers erklärt werden müssen. Unliebsamen Auswüchsen, dass Bieter versuchen, spekulativ niedrige Einheitspreise hinter Subunternehmerpreisen oder Lieferantenpreisen zu verstecken<sup>211</sup>, könnte so begegnet werden.

- Zu zweitens: Die Frage, ob bei der vertieften Angebotsprüfung auch die Kalkulation des Lieferanten oder Subunternehmers geprüft werden muss, wurde in der BVA-Entscheidung lapidar mit „*Die Kalkulation des Lieferanten oder Subunternehmers könne bei der vertieften Angebotsprüfung gar nicht geprüft werden*“<sup>212</sup>, beantwortet.

In einem Bescheid vom 16.6.2003 kommt das BVA<sup>213</sup> fälschlicherweise zu einem ähnlichen Ergebnis, wobei dieses dort ausführlicher begründet wird: Nach Ansicht des BVA ist eine vertiefte Angebotsprüfung nach Art des Auftrages gar nicht möglich.

Es handelte sich gegenständlich um die Lieferung von IT-Netzwerkkomponenten, wobei einem Unternehmen mit einem (scheinbar) unterpreisigen Angebot ohne vorherige vertiefte Angebotsprüfung der Zuschlag erteilt wurde. Der Sublieferant (Vorlieferant)<sup>214</sup> fast aller Bieter gewährte dabei allen autorisierten Händlern den gleichen Rabatt, der „Bestbieter“ hatte jedoch einen höheren Nachlass eingerechnet und an den AG weitergegeben, wodurch die Antragstellerin zum Schluss kam, dass das für den Zuschlag vorgesehene Angebot einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hätte werden müssen. Der AG brachte u.a. das Argument vor, dass die Rabattsätze des Vorlieferanten dem Geschäftsgeheimnis unterlägen, weshalb die Offenlegung der Konditionen zwischen Bieter und Vorlieferant weder üblich, noch zumutbar sei.

---

<sup>211</sup> Vgl. dazu *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVerfG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.156

<sup>212</sup> BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58

<sup>213</sup> BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8

<sup>214</sup> Dieser würde bei einem Bauauftrag dem Baustofflieferanten oder dem Subunternehmer entsprechen

Das BVA vertrat diesbezüglich die Meinung, es sei bei Lieferaufträgen im Gegensatz zu Bau- oder Dienstleistungsaufträgen gar nicht möglich, diese Tiefe zu ergründen, wie es § 93 Abs. 2 BVergG 2002(!)<sup>215</sup> vorsieht. Gerade die Geschäfts- und Kalkulationspolitik des Vorlieferanten kann im Vergabeverfahren nicht geltend gemacht werden, da dieser weder Bieter, noch sonstige Partei eines Vergabeverfahrens ist. Die Geschäftspraktiken, also z.B. auch die Kalkulation [Anm. d. Verf.], des Vorlieferanten gegenüber seinen Kunden müssen daher weder dem AG bekannt sein, noch können sie von diesem eingesehen werden, so im weiteren und sinngemäß das BVA.

Der Ansicht des BVA kann, der Kritik von *Keschmann*<sup>216</sup> folgend, entgegengehalten werden, dass eine Differenzierung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen einerseits und Lieferaufträgen andererseits dem BVergG nicht zu entnehmen ist. Gemäß § 125 BVergG muss unabhängig davon, um welche der o.a. drei Auftragsarten es sich handelt, vertieft geprüft werden, wenn z.B. der Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Unplausibel ist auch, warum nach Ansicht des BVA bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen die Offenlegung und Prüfung der Zulieferbedingungen (bei Bauaufträgen beispielsweise die K-Blätter) für möglich erachtet wird, dies bei Lieferaufträgen aber unzulässig sein soll.

Wenn ein Bauunternehmer oder Dienstleister für die Erfüllung des Auftrages Waren einkauft und an den AG weitergibt, so fungiert auch der Bauunternehmer bzw. der Dienstleister wie der Lieferant als Zwischenhändler. *„Dass aber von Bauunternehmern die Vorlage von Kalkulationsblättern verlangt werden darf, von Lieferanten aber nicht zu Zwecken der Prüfung der Preisplausibilität die Bekanntgabe des Einkaufspreises als Kalkulationsgrundlage, ist nicht schlüssig.“*<sup>217</sup>

Bezüglich der falschen Annahme des BVA, bei Lieferaufträgen wäre eine dem BVergG entsprechende Tiefe der Prüfung gar nicht möglich, muss festgehalten werden, dass bei Lieferaufträgen nicht tiefer zu prüfen ist als bei Bauaufträgen, sondern gleich tief – bei selber Tiefe der Prüfung ist jene bei Lieferaufträgen sogar einfacher zu bewerkstelligen, indem vorerst Ankaufs- und Verkaufspreis (an den AG) gegenübergestellt werden. Ergibt sich dann ein Missverhältnis, so obliegt es mE dem Lieferanten, den sich daraus ergebenden Verdacht des Verkaufs unter den „Einstandpreisen“, z.B. durch Vorlage eines Vertrages mit dem Vorlieferanten, aus der Welt zu schaffen. Es muss jedenfalls die Grundlage, auf der der vom Lieferanten niedrige Preis aufbaut, nachvollziehbar dargelegt werden. Ohne Erklärung des

---

<sup>215</sup> Im neuen BVergG 2006 ist diese Bestimmung unter § 125 auf die Absätze 2 sowie 3 Z 1 inhaltlich gleich „aufgeteilt“ worden.

<sup>216</sup> *Keschmann*, Vertiefte Angebotsprüfung bei Lieferaufträgen, ZVB 2005/4

<sup>217</sup> *Keschmann*, Vertiefte Angebotsprüfung bei Lieferaufträgen, ZVB 2005/4

niedrigen Einkaufspreises ist bei reinen Lieferaufträgen über eine Handelsware wohl eine ausscheidungswürdige „Unterpreisigkeit“ anzunehmen und zwar schon bei Vorliegen von nicht aufgeklärten tiefen Preisen in der (den) wesentlichen Lieferposition(en), da im Gegensatz zu Bauaufträgen die „Verlustdifferenz“ zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis (= angebotener Preis) nicht durch Dienstleistungen wettgemacht werden kann. Oft ist bei Lieferaufträgen nämlich eine Dienstleistung überhaupt nicht zu erbringen oder die Dienstleistungskomponente ist sehr geringfügig.<sup>218</sup> Bei Bauaufträgen hingegen sollte ein Positionsunterpreis, der selbst unter den auftragsabhängigen Kosten liegt, nicht unbedingt sofort zum Ausscheiden des Angebotes führen, da ein Preisausgleich unter einzelnen Positionen möglich ist. Dies ist auch ein Argument dafür, spekulative Angebote genauer zu untersuchen und wird noch an entsprechender Stelle näher behandelt (näheres dazu unter Punkt 2.3.4.).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die beiden Entscheidungen verfehlt sind.<sup>219</sup>

Besonders negativ erscheint die aus den beiden Bescheiden ableitbare Signalwirkung für Bauunternehmer, die animiert werden könnten, spekulative Preise hinter Subunternehmer- oder Lieferantenleistungen zu verstecken – noch verstärkt dadurch, dass die K-Blätter der Subkalkulation „ohnehin nicht geprüft werden können“.

Um die Bestimmungen des BVergG zur Prüfung der Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung<sup>220</sup> nicht zu umgehen, muss die Detailkalkulation des Subunternehmers auf die gleiche Art und Weise geprüft werden können wie jene des Hauptunternehmers (Bieters). Es muss demnach die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit kontrolliert werden und es kann geprüft werden, ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchswerte nachvollziehbar sind.

Im Zuge von Aufklärungen ist zur Beurteilung der Preisangemessenheit die individuelle Situation des Subunternehmers und dessen Erklärungspotential mit zu berücksichtigen. Ergibt sich durch die Aufklärung und die vertiefte Preisprüfung anhand der K-Blätter, dass der auffallend niedrige Positionspreis nur dadurch erklärt werden kann, dass die Erläuterungen tief im Betrachtungshorizont der Bieterseite (GU und Subunternehmer) gefunden werden können, so müssen Bieter und Nachunternehmer dem (bei allem Aufwand) entsprechen.

---

<sup>218</sup> Vgl. dazu *Keschmann*, Vertiefte Angebotsprüfung bei Lieferaufträgen, ZVB 2005/4

<sup>219</sup> Vgl. dazu *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft - Vom Angebot bis zur Fertigstellung der Leistung, 1.Auflage, Ausgabe August 2006, Österreichisches Normungsinstitut, S. 50

<sup>220</sup> § 125 BVergG

### 2.3.3.6 Angebotspreissimulation und Bieterreihenfolgesturz bei Mengenänderungen

*Fink/Schiefer*<sup>221</sup> meinen (noch in Bezug auf das BVergG 2002), dass bei preislichen Auffälligkeiten zuerst Aufklärung zu verlangen ist und erst wenn diese zu keiner befriedigenden Erklärung führt, ist eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen. Dennoch empfehlen sie zutreffend dem AG eine solche jedenfalls vorzunehmen, um sich in einem allfälligen Vergabekontrollverfahren dem Vorwurf einer nicht hinreichenden (oder unterlassenen) Angebotsprüfung zu entziehen und um sich gegen unliebsame Überraschungen bei der Vertragsabwicklung, wie etwa Massenminderungen, zu wappnen. Die im BVergG geänderte textliche Formulierung des § 125 BVergG scheint dieser Empfehlung Rechnung getragen zu haben, wenn Abs. 3 nun unmissverständlich nach beiden Prüfungsschritten (Aufklärung und vertiefter Prüfung) verlangt und Abs. 5 eine vom Prüfungsablauf betrachtete, inhaltliche Verschränkung und Zusammengehörigkeit der beiden Begriffe erkennen lässt.<sup>222</sup>

Die Bestimmung, nach der ein öffentlicher AG jedenfalls auch<sup>223</sup> zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung angehalten wird, hat mE in Übereinstimmung mit *Fink/Schiefer* den Vorteil, dass der AG dadurch einen aktualisierten und erweiterten Informationsstand<sup>224</sup> über sein eigenes Projekt erlangt, was ihn befähigt, diesen in die Angebotswertung mit einfließen zu lassen.

So kann im Falle von späteren Massenänderungen ein vermeintlich unterlegener Bieter (weil dessen Angebot auf den ersten Blick preislich zu hoch erscheint) sich zum tatsächlichen Bestbieter entpuppen, wenn der AG seinen erweiterten Wissensstand beispielsweise in eine Angebotspreissimulation in der Form des geänderten (voraussichtlich wahren) Vordersatzes einfließen lässt. Eine solche Angebotspreissimulation könnte in Anlehnung an eine Formel von *Schelle*<sup>225</sup>, die auch zur Feststellung eines potentiellen Bieterreihenfolgesturzes bei spekulativen Angeboten sehr nützlich erscheint, folgendermaßen aussehen:

Tatsächlicher Angebotspreis

- Voraussichtliche Mengenminderung x EHP der Position mit Mengenminderung

---

<sup>221</sup> *Fink/Schiefer* in *Heid&Partner, Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, 2.Auflage, LexisNexis ARD Orac S. 398*

<sup>222</sup> Wenn dort „Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung...Aufklärung verlangt werden muss“

<sup>223</sup> Nicht nur Aufklärung zu verlangen

<sup>224</sup> Im Zuge der Durchsicht der K-Blätter bemerkt der AG z.B. auffallend geringe oder hohe kalkulierte Aufwandswerte in einzelnen Positionen und folgert, dass es sich möglicherweise um eine Spekulation handelt. Dadurch veranlasst, führt der AG eine Mengenüberprüfung durch und erkennt die zu hohen/geringen Vordersätze, die der Architekt/Ziviltechniker im frühen Projektstadium geschätzt hatte.

<sup>225</sup> *Schelle, Wirtschaftlichkeitsrechnungen für die Angebotswertung im Bauwesen, Werner Verlag Düsseldorf, 1. Auflage, 1992*

+ Voraussichtliche Mengenmehrung x EHP der Position mit Mengenmehrung

= Voraussichtlich wahrer Angebotspreis

Die Formel kann und sollte bei Bedarf natürlich auch auf mehrere Positionen mit Mengenänderungen angewandt werden und empfiehlt sich auch zur Abschätzung der monetären Folgen spekulativer Preisumlagerungen der Bieter (vgl. dazu Kapitel 2.3.3.3 und die Anwendung auf die Einschätzung spekulativer Angebote unter Punkt 2.3.4.2.7 „Instrument Angebotspreissimulation“). Gegenstand der vorliegenden Betrachtung ist die Angebotspreissimulation im Zusammenhang mit der allgemeinen Massenänderungsproblematik.

Bei Verwendung dieser Berechnungsart stellt sich im weiteren die entscheidende Frage, wie der voraussichtlich wahre Angebotspreis in die vergaberechtliche Bewertung der Angebote eingehen soll bzw. darf.

Der AG kann jedenfalls die Stabilität der Angebotsreihung in Bezug auf voraussichtlich eintretende Mengenänderungen ablesen. Ein direktes Ausscheiden oder Umreihen von Angeboten aufgrund des Ergebnisses der Simulation als offizielle Begründung ist aber vergaberechtlich keinesfalls zulässig.

Ein Bieter darf grundsätzlich auf die Richtigkeit der Ausschreibung und damit auch auf jene der Vordersätze vertrauen. Auch aus den (sehr geringen und eingeschränkten) vorvertraglichen Pflichten des AN kann keinesfalls abgeleitet werden, dass der „durchschnittlich sorgfältige Bieter“ etwa die Mengenangaben des Ausschreibers auf Punkt und Beistrich nachrechnet und dem AG in Bezug auf falsche Positionsvordersätze „warnpflichtig“ wird.<sup>226</sup>

Die Ausschreibung ist und bleibt Sache des AG. Dem AN kann in der kurzen, für die Angebotsbearbeitung zur Verfügung stehenden Zeit und wegen der in diesem Stadium noch unvollständigen Planung, nicht zugemutet werden, auch noch eine genaue nachträgliche Massenermittlung für den AG durchzuführen.

Dazu eine grundsätzliche Überlegung: Würde nun der AG ein Angebot, welches der Bieter im Vertrauen auf die Richtigkeit der Massen kalkuliert hat und in der Angebotspreissimulation einen Reihenfolgesturz erleidet, daraufhin nachreihen oder gar ausscheiden, so passiert dies aufgrund nachträglich vom AG geänderter Vordersätze (nachträgliche Änderung der Ausschreibungsgrundlage, auf deren Basis der Bieter kalkuliert hatte).

---

<sup>226</sup> Eine etwaige Hinweispflicht des Bieters wird sich ausnahmsweise dann bejahen lassen, wenn die Mengendiskrepanzen sehr erheblich und offensichtlich sind, wenn also auf den ersten Blick ins Auge fällt, dass die Mengenangaben wesentlicher Positionen nicht richtig sein können und daraus der Schluss auf schwere Rechen- und Denkfehler gezogen werden kann. (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn. 226)

Eine solche Vorgangsweise bürdet nicht nur ungerechtfertigt die Folgen einer ungenauen, zu wenig detaillierten AG-Planung dem Bieter über, sondern stellt auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Bieter, sowie eine willkürliche, nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien dar, nachdem der AG plötzlich den voraussichtlich wahren Angebotspreis als Beurteilungskriterium verwendet.<sup>227</sup>

Trotzdem kann eine Angebotspreissimulation dem AG nützliche Hinweise über die Reihenfolgestabilität des aktuell „besten“ Angebots des Vergabewettbewerbs liefern und zusammen mit den anderen Instrumenten der Preisangemessenheitsprüfung und der vertieften Angebotsprüfung, so auch mit einer detaillierten Preisanalyse der K-Blätter, eine Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidung (v.a. in Grenzfällen) erleichtern.

### **2.3.4 Die K-Blätter im Zusammenhang mit spekulativen Angeboten**

#### **2.3.4.1 Das Wesen spekulativer Angebote**

##### **2.3.4.1.1 Einleitung und Abgrenzung des Begriffs der Spekulation aus bauwirtschaftlicher Sicht**

Spekulative Preisverschiebungen weisen in der bauwirtschaftlichen Praxis der Angebotserstellung eine weite Verbreitung auf und haben sowohl in der Phase der Auftragsvergabe als auch bei der Vertragsabwicklung eine große Bedeutung. Zahlreiche (und oft kontroverse) Diskussionen scheinen dies zu bestätigen.

In diesem Kapitel wird, ausgehend von einer detaillierten begrifflichen und systematischen Darstellung der bauwirtschaftlichen Spekulation (Was ist eine Spekulation?; Arten von spekulativen Preisumlagerungen in den K-Blättern), die Bedeutung der K-Blätter als ein zentrales Instrument bei der Enttarnung von Spekulationen in der Phase der Auftragsvergabe behandelt. Der Abschluss des Kapitels 2.3.4 wird durch die Erörterung der Frage nach der Relevanz einer Spekulation bei der vorvertraglichen Warnpflicht, sowie die vergaberechtliche Behandlung spekulativer Angebote, gebildet. Bei letzterem wird einerseits auf die Vorgangsweise nach derzeitiger Rechtslage (nach BVergG 2006) eingegangen, und andererseits wird versucht, eine bauwirtschaftlich zweckmäßige Behandlung spekulativer Angebote aus AG-Sicht darzustellen.

---

<sup>227</sup> Vgl. B-VKK S-5/99-9 und OGH 1.8.2003 1 Ob 239/02g

Zunächst aber zur Begriffsabgrenzung einer Spekulation aus bauwirtschaftlicher Sicht:

Das Ziel einer wirtschaftlichen Spekulation ist es, einen finanziellen Vorteil (mehr Einkommen) durch die künftige Realisierung einer erwarteten Markteinschätzung zu erzielen. Das finanzielle Ergebnis (Gewinn oder Verlust) einer jeden Spekulation besteht dabei in der Differenz zwischen Kaufpreis und Verkaufspreis eines Marktgegenstandes, bereinigt um Kosten des Handels (Transaktionskosten). Spekulation ist stets mit dem Risiko bzw. der Gefahr zu verlieren (Verlustisiko) und mit der Chance zu gewinnen verbunden.

Daraus lassen sich schon wesentliche Elemente jeder wirtschaftlichen Spekulation erkennen, nämlich die Erwartung eines *finanziellen Vorteils*, der sich durch „Setzen“ auf ein wirtschaftliches *Ereignis in der Zukunft* realisieren lassen soll. Dabei unterscheidet sich der (bauwirtschaftliche) Spekulant vom Glücksspieler, indem er das jeglicher Spekulation immanente *Risiko* auf der Grundlage einer *vorangegangenen Überlegung* und der Einschätzung der Realisierbarkeit eingeht.

Umgelegt auf den Begriff der bauwirtschaftlichen Spekulation müsste die Erwartung eines finanziellen Vorteils noch näher in „Erwartung eines Auftrags“ differenziert werden, was in konjunkturell schwierigen Zeiten Bedeutung haben kann, wenn der Bauunternehmer nicht auf einen höheren Abrechnungspreis setzt, sondern sich schon alleine mit dem Gewinn des Auftrages zu selbstkostendeckenden Preisen zufrieden gibt (um z.B. seine Kapazitäten besser auszulasten).

Zu allgemein erscheint zur Abgrenzung der bauwirtschaftlichen Spekulation die von *Gölles*<sup>228</sup> dem Gablers Wirtschaftslexikon entnommene Definition der Spekulation, mit welcher der genannte Autor zeigen will, dass spekulative Geschäftstätigkeiten nicht a priori moralisch verwerflich sind und die wie folgt lautet: „*Alle auf Gewinnerzielung aus Preisveränderung gerichteten Geschäftstätigkeiten (-> Spekulationshandel), also die Ausnutzung von zeitlichen Preisunterschieden.*“

Bei dieser Definition einer Spekulation müsste noch, um sie für die Bauwirtschaft präziser anzupassen, das Wort Preisveränderung durch Leistungsänderung ersetzt werden, da es, so vielschichtig die Spekulationsmöglichkeiten auch sind, i.d.R. vor allem geänderte Mengenangaben und anders, als ursprünglich bedungen, auszuführende Leistungen<sup>229</sup> sind, auf die der Spekulant abzielt. Das Spekulieren auf rein *zeitliche Preisunterschiede* ist nur eine spezielle Spekulationsmöglichkeit von vielen, im Zuge derer ein Bieter vermutet, dass bestimmte Kostengrundlagen über die Zeit eine größere Steigerung erfahren als andere. Die

---

<sup>228</sup> *Gölles*, Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: Ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

<sup>229</sup> Bzw. Leistungen, die gar nicht zur Ausführung kommen (der Bieter erkennt das und legt daraufhin Preise spekulativ um, indem er die voraussichtlich entfallenden Positionen sehr günstig anbietet.)

Preisanteilsumlagerung erfolgt dann von den geringer steigenden zu den stärker steigenden Kostengrundlagen, was in Zeiten großer Kostensteigerungen interessant ist.<sup>230</sup>

Was bei der obigen Definition aus Gablers Wirtschaftslexikon noch fehlt, ist die Risikokomponente. Der spekulierende Bieter geht bei dem Spekulationsvorgang ein nennenswertes Risiko ein, das unabdingbares Merkmal einer echten bauwirtschaftlichen Spekulation ist. Nämlich jenes Risiko, dass das zur Realisierung des Spekulationsvorteils in der Zukunft erwartete Ereignis (die erwartete Leistungsveränderung) anders eintritt als angenommen bzw., dass das Angebot wegen spekulativer Preisgestaltung ausgeschieden wird. Tritt die angenommene Änderung der Bauleistung gar nicht oder anders ein, so kann dies einen großen finanziellen Nachteil für den Bieter bedeuten (der Unternehmer hat sich verspekuliert).

Sicherlich zutreffend ist die Meinung von *Gölles*<sup>231</sup> mE insofern, dass vor dem Hintergrund baukonjunkturell schlechter Zeiten, eine bauwirtschaftliche Spekulation als unternehmerische Überlebensstrategie a priori nicht verwerflich ist. *Oberndorfer*<sup>232</sup> erkennt ebenfalls Bauunternehmern mit spekulativen Angeboten eine mögliche strategische Option zu, um ihr wirtschaftliches Überleben abzusichern.

Vor allem dann, wenn der Unternehmer mit seinen spekulativen Preisverschiebungen keine Gewinnmaximierung auf dem Rücken des AG anstrebt, sondern den Erhalt des Auftrags, ist eine Spekulation sicherlich nicht als moralisch verwerflich einzustufen. Nach der Abrechnung ergibt sich dann eine Abrechnungssumme, die i.d.R. zwar höher sein wird als der ursprüngliche Angebotspreis, aber dem Marktpreis eines nicht spekulativen Angebots entspricht bzw. diesem sehr nahe kommt. Ein finanzieller Nachteil für den AG ergibt sich dadurch nicht, da er bei Realisierung des Bauprojektes ohnehin diesen höheren Marktpreis entrichten hätte müssen.

Die Frage ist, wie aber der Fall der gewinnmaximierenden Spekulation moralisch und v.a. vergaberechtlich einzuordnen ist, wenn es dem Bieter nicht nur darum geht, mit einem selbstkostendeckenden Gesamtpreis den Auftrag zu bekommen, sondern einen (beträchtlichen) Mehrerlös gegenüber dem ursprünglichen Angebotspreis einzufahren. Dieser Vorgang ist auch oft von einem nachträglichen (nach der Abrechnung auftretenden) Bieterreihenfolgesturz begleitet, der allerdings nicht zwingend auftreten muss.

Eine Möglichkeit, einen potentiellen Bietersturz schon im Stadium der Angebotsprüfung zu untersuchen, stellt die Angebotspreissimulation dar. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass

---

<sup>230</sup> Vgl. dazu *Oberndorfer*, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ an der TU-Wien, Auflage März 2000, S.49

<sup>231</sup> *Gölles*, Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: Ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

Der Autor ist der richtigen Ansicht, dass spekulative Geschäftstätigkeiten nicht a priori moralisch verwerflich sind.

<sup>232</sup> *Oberndorfer*, Gratwanderung Teil III: Die Behandlung spekulativer Angebote, Österreichische Bau-Zeitung, Nr. 34/1998

der AG eine detaillierte Kenntnis seiner Ausschreibung mit allen neuralgischen Punkte entweder bereits besitzt oder einen erweiterten Wissenstand gerade durch spekulative Preisverschiebungen im LV erlangt, indem er vom Bieter unfreiwillig dazu angestoßen wurde, wie z.B. Massenansätze im LV auf Plausibilität hin zu überprüfen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so simuliert der AG an der Wirklichkeit vorbei.

Zurückkommend auf die allgemeine Einordnung gewinnmaximierender Spekulationen - wie spekulative Angebote vergaberechtlich genau zu behandeln sind bzw. zweckmäßiger Weise behandelt werden sollten, wird schon unter Punkt 2.3.4.2.2 bzw. 2.3.4.2.3 diskutiert – müssten mE die Ursachen für Spekulationen näher beleuchtet werden. Auf Grundlage der Ursachen für eine Spekulation, die den Bieter oft geradezu symptomatisch zu einer spekulativen Preisgestaltung einladen, und bei Kenntnis der oft schwierigen Wettbewerbssituation für die Bieter auf dem Baumarkt, scheint auch die gewinnmaximierende Spekulation moralisch nicht verwerflich zu sein. Es stellt sich auch die Frage, ob der Regelfall einer Spekulation nicht eher darin liegt, „nur“ den Auftrag zu bekommen und einen auskömmlichen Abrechnungspreis ohne ein „zuviel“ an Gewinn einzufahren. Zumindest bei öffentlichen Bauaufträgen deutet der oft an der Grenze des Ruinösen stattfindenden Preiskampf darauf hin. Jeder Bieter versucht aus einer vorliegenden öffentlichen Ausschreibung das Beste zu machen, d.h. den Auftrag zu bekommen unter der Nebenbedingung, nach Möglichkeit den Gewinn zu maximieren. Dass der Bieter dabei versuchen wird alle möglichen Informations- bzw. Know-how-Vorsprünge und v.a. seine scharfsinnige Analyse der Ausschreibung in den harten Konkurrenzkampf als Wettbewerbsvorteil einfließen zu lassen, ist nicht nur legitim und verständlich, sondern entspricht auch wirtschaftlichem Handeln.

So wie der AG bestrebt ist, möglichst günstig zu beschaffen, so darf es dem Bieter nicht verwehrt werden, einen möglichst guten Preis zu verlangen. Beide divergierende Handlungsweisen haben jedoch ihre zulässigen Grenzen im Rahmen der Vergabeordnung. Zunächst aber zu den potentiellen Ursachen spekulativer Vorgänge:

Die Ursachen von Bieterspekulationen liegen i.d.R. in einer falschen, unvollständigen, in sich unzureichend homogenen bzw. zu wenig durchdachten Ausschreibung, kurz: in einer mangelhaften Ausschreibung bzw. Leistungsbeschreibung. *Gölles*<sup>233</sup> ist dabei der richtigen Ansicht, dass die Ursachen für Spekulationen vielfältig sein können: Sie liegen nicht nur in einer Mengenproblematik, sondern z.B. in einer unausgereiften Planung, unzureichender Erkundung des Baugrunds, ungenügende Leistungsbeschreibung und u.U. sogar bewusst fehlerhaft gestalteten Ausschreibung und dgl., also Ursachen die der Auftraggeberseite zuzurechnen sind.

---

<sup>233</sup> *Gölles*, Bundesvergabegesetz – Spekulative Angebote im Baubereich, wbl 1999, 61

Möglich sind natürlich auch (ausnahmsweise) Spekulationen, die auf Grundlage einer mangelfreien Ausschreibung basieren. Ein in seiner monetären Folge für den AG harmloser Sonderfall der Verteuerung bauzeitlich früher zu erbringenden Leistungen wird noch unter den „Arten von spekulativen Preisverschiebungen in den K-Blättern“ (Punkt 2.3.4.1.2) näher behandelt.

Die Praxis lehrt, dass es die unvermeidliche Fehleranfälligkeit der Planung mit dem oft vorhandenen Zeit- und Änderungsdruck und manchmal auch die mangelnde Professionalität des AG ist, die für eine suboptimale Planung verantwortlich ist. Die Konsequenz ist eine mangelhafte Ausschreibung.<sup>234</sup>

So sind es folgende Ausschreibungsmängel, die zu spekulativen Preisverschiebungen einladen können:

- Falsche Mengenangaben im LV (zu hohe oder zu niedrige Vordersätze – der „Klassiker“ der Spekulation: die Mengenspekulation), die durch häufige Planänderungen, Angstmassen des Planers, Rechenfehler, behördliche Genehmigungsfehler, etc. zustande kommen.
- Zu detailliert ausgeschriebene Leistungen
- Fehler bei der Erstellung des LV: Der Bieter weiß schon im vornhinein, dass die ausgeschriebene Leistung in der Art mit hoher Wahrscheinlichkeit überhaupt nicht zur Ausführung kommen wird, weil sie nicht notwendig ist, diese entspricht auch dem Fall „Nicht gekennzeichnete Eventualposition“ bzw. „Falsche Position“; Planungsfehler: Die ausgeschriebene Leistung kann so nicht erbracht werden und muss durch eine andere ersetzt werden (Leistungsänderung)<sup>235</sup>.
- Unausgereifte Ausschreibung (Mangelnde Planungsreife): Übermäßige Verwendung von Eventual- und Regiepositionen, kann den Bieter zu einer Spekulation verleiten, da Eventualpositionen bei der Beurteilung des Gesamtpreises nicht zu berücksichtigen sind und in diesen (in die „Normalangebotssumme“ gem. ÖNORM B 2063) gar nicht eingehen.<sup>236</sup> Das Gleiche gilt für Regiepositionen, wenn diese in Form einer „Eventual-Regieposition“<sup>237</sup> ausgeschrieben sind. *Saladin*<sup>238</sup> ist zwar der Auffassung, dass

---

<sup>234</sup> Reckerzügl/Schwarz, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I) RPA 2001, 62

<sup>235</sup> Siehe dazu Oberndorfer, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ an der TU-Wien, Auflage März 2000, S.49

<sup>236</sup> Vgl. ÖNORM B 2063 Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren, Verfahrensnorm, österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 1.September 2000, Pkt. 4.12

<sup>237</sup> Regiepositionen können gemäß ÖNORM B 2063 als Normal-, Wahl-, oder Eventualposition auftreten

<sup>238</sup> *Saladin*, Varianten und Optionen – Wahlmöglichkeiten und Gestaltungsspielräume des Auftraggebers bei der Erstellung von Leistungsverzeichnissen, ZVB 2007/35

Eventualpositionen bei der Wertung des Gesamtpreises miteinbezogen werden sollten, um dem Bieter den Spielraum für spekulative Angebotsgestaltung einzuschränken, doch in Österreich scheint es eher die Praxis zu sein, Eventualpositionen nicht zu werten.<sup>239</sup> Nach *Reckerzügl/Schwarz*<sup>240</sup> zeigen sich in der Praxis teilweise enorme Auswüchse in den Leistungsverzeichnissen, die infolge einer nicht ausreichenden Planung eine ganze Reihe von Alternativ- aber auch Eventualpositionen enthalten. In diesem Fall könnte der Bieter preisliche Verschiebungen zu Lasten von (sicher auszuführenden) Normalpositionen hin zu den aus seiner Sicht sicher zur Ausführung gelangenden Eventualpositionen vornehmen, was den Angebotspreis senkt und die Erfolgsaussicht auf den Zuschlag erhöht.

- Unrealistische Bauzeit in den Ausschreibungsunterlagen:
  - a) Objektiv sehr kurz bemessene Bauzeit: Der Bieter könnte dies durch Preisumlagerungen zu den zeitgebundenen Kosten hin ausnutzen, indem er auf Bauzeitverlängerung bei Vertragsabschluss spekuliert. Abgerechnet werden dann die tatsächlichen Baumonate. Dies ist ein denkbarer Fall, der allerdings das große Risiko in sich birgt, dass der AG nach Vertragsabschluß bei Vereinbarung des genauen Bauzeitplanes keiner Änderung (Bauzeitverlängerung) zustimmt.
  - b) Zu lang bemessene Bauzeit: Der Bieter erkennt dies und legt ein um die zeitgebundenen Gemeinkosten verkürztes Angebot und erhöht so die Chancen auf den Zuschlag.
- Bewusst vom AG herbeigeführte Mängel in der Ausschreibung, etc.

Bemerkt der Bieter beim Studium der Ausschreibungsunterlagen einen Mangel bzw. Fehler, so stellt sich die Frage, wie er sich im weiteren verhalten soll. Dies führt u.a. zur Problematik der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten des Bieters, welche unter Punkt 2.3.4.2 „Spekulationen vor dem Hintergrund der vorvertraglichen Warnpflicht“ besprochen wird.

Weist der „redliche“ Bieter den AG auf den Fehler in seinen Unterlagen hin, so ist es nicht primär er selbst, der davon profitiert. Dazu zutreffend *Reckerzügl/Schwarz*: „*Von der Aufklärungsarbeit eines Bieters profitieren i.d.R. seine Konkurrenten, denen der Mangel nicht aufgefallen ist. Nur auf den ersten Blick profitiert auch der Verursacher der Mangelhaftigkeit, nämlich der Auftraggeber hievon.*“<sup>241</sup> Letzteres ist vor dem Hintergrund drohender

---

<sup>239</sup> Was auch t.w. die deutsche Rechtsprechung so sieht.

<sup>240</sup> *Reckerzügl/Schwarz*, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I), RPA 2001, S. 62

<sup>241</sup> *Reckerzügl/Schwarz*, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I), RPA 2001, S. 62

(erheblicher) Mehrkosten für den AG aus einem potentiellen Widderruf der Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist nach § 138 BVergG zu beachten. Eintreten kann dies, wenn der Mangel so gravierend ist, dass er, wäre er schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte bzw. eine Ausschreibung ausgeschlossen hätte. *Reckerzügl/Schwarz*<sup>242</sup> bemerken auch noch folgende zusätzliche Nachteile für den AG: 1) Die Mehrkosten aus einer notwendig gewordenen Fristerstreckung der Angebotsfrist und der Folge der Verzögerung anschließender Ausschreibungen. 2) Mögliche Schadenersatzansprüche der Bieter an den AG.

Zur Rollenverteilung in der vorvertraglichen Phase kann angemerkt werden, dass es der öffentliche AG ist, der mit seinen riesigen Budgetmitteln Bauleistungen nachfragt<sup>243</sup>, die Randbedingungen der Leistungserbringung und die Vertragsbedingungen diktiert, i.d.R. einen vertiefteren Kenntnisstand seines Projekts innehat (der AG bzw. seine Erfüllungsgehilfen planen ja das Bauwerk) und letztlich bei der Vergabe einen Ermessensspielraum besitzt. Letzteren gerade auch bei der Beurteilung spekulativer Angebote (ausscheiden oder doch noch akzeptieren?). Resümierend kann dazu festgehalten werden, dass offenbar der AG in der machtvolleren Position zu sein scheint.

All diese Gründe sind mE bei der allgemeinen Beurteilung bzw. Einordnung einer Spekulation mit zu berücksichtigen und sind dazu dienlich, den Blickwinkel der spekulierenden Bieterseite besser zu verstehen.

Abschließend soll auch noch dazu Stellung bezogen werden, was im weiteren dieser Arbeit alles unter dem Begriff der Spekulation bzw. der spekulativen Preisverschiebung erfasst ist. *Reckerzügl*<sup>244</sup> analysiert grundsätzlich zutreffend, dass es sich in der Baubranche fälschlich eingebürgert hat, auch dann von spekulativen Preisen zu sprechen, wenn mit den vorgenommenen Preisumlagerungen keinerlei Risiko für den spekulierenden Bieter verbunden ist. Die Risikokomponente ist aber, wie schon oben dargelegt, unabdingbares Merkmal jeder echten bauwirtschaftlichen Spekulation. Der vom genannten Autor ins Treffen geführte Vergleich mit einem auf gesichertem Wissen basierenden Insiderhandel an der Börse<sup>245</sup> scheint insofern schlüssig die Notwendigkeit von Risiko bei einer Spekulation zu

---

<sup>242</sup> *Reckerzügl/Schwarz*, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I), RPA 2001, S. 62

<sup>243</sup> Wer als Bieter will es sich da langfristig wirklich mit dem AG „verscherzen“, insbesondere da der Bieter doch normalerweise auf Aufträge dieses AG angewiesen ist.

<sup>244</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 15

<sup>245</sup> Mit allen strafrechtlichen Konsequenzen

untermauern, als dass dabei genau diese Unsicherheit abgeht.<sup>246</sup> Selbst die sehr freie und unabhängige Börsenspekulation hat hier ihre Grenzen gesetzt bekommen. ME muss hinterfragt werden, ob das Setzen des Bieters auf scheinbar sicher eintretende Ereignisse (späteres „schlagend werden“ erkannter Fehler in der Ausschreibung bzw. eines sog. Know-how-Vorsprunges) nicht trotzdem mit gewissen Unsicherheitsfaktoren (Risiken) behaftet sind, welche in ihrer Größe ausreichen, um bei diesem Vorgang dennoch von einer Spekulation sprechen zu können.

Einwirkende Unsicherheitsfaktoren (Risikofaktoren) für den spekulierenden Bieter könnten dabei beispielsweise sein (vgl dazu auch die Spekulationsarten uner Punkt 2.2.4.1.2.):

- Der AG lässt eine Leistungsposition, in welche der Bieter spekulativ hineinverschoben hat, entfallen. Die anderen, dafür verbilligt (z.B. unter den ausgabenwirksamen Herstellkosten) angebotenen Leistungspositionen kommen aber trotzdem zur Ausführung, wodurch kein preislicher Ausgleich für den Unternehmer stattfinden kann.
- Die geänderte Leistung, auf die der Bieter gesetzt hat, ist zwar so wie vom Bieter (spekulativ) angenommen zu erbringen, mangels Preiseinigung mit dem AG bekommt der Unternehmer nur das angemessene Entgelt und fällt um die spekulative Umlage um.
- Die geänderte Leistung, auf die der Bieter gesetzt hat, ist anders als vom Bieter (spekulativ) angenommen, zu erbringen und es existiert für diese Leistung keine Preisgrundlage im Vertrag. Dann bekommt der Unternehmer möglicherweise auch nur das angemessene Entgelt und fällt ebenfalls um die spekulative Umlage um.
- Eventualpositionen, in die verschoben wurde, kommen, trotzdem sie für die Ausführung unabdingbar sind, auf Anordnung des AG nicht zur Ausführung durch den Bieter (gar nicht oder durch andere Unternehmer).
- Eine Kostengrundlage steigt weniger stark, als angenommen, sodass keine Preisumrechnung vorgenommen werden darf (z.B. wird der Schwellenwert von z.B. 2 Prozent nicht erreicht).
- Eine Position, auf deren Entfall der Bieter gesetzt hat (z.B. hat er sie sehr billig angeboten), kommt trotzdem zur Ausführung.
- etc.

Die Folge ist i.d.R. ein Verlust für den Bieter, da ja andere tatsächlich auszuführende Leistungen umso günstiger angeboten wurden und damit kein preislicher Ausgleich mehr stattfinden kann. Daraus ergibt sich trotz der scheinbaren Sicherheit des Eintretens des angenommenen Ereignisses offenbar doch ein nennenswertes Risiko für den Bieter. Der

---

<sup>246</sup> Nur am Rande: Ähnlich wie ein Insiderhandel mit Wertpapieren einen Treuebruch gegenüber den übrigen Marktteilnehmern darstellt, so verletzt eine Vergabe an Bieter mit Insiderwissen im Grunde den Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter.

Risikotatbestand dürfte also erfüllt sein. Daher kann mE auch im Fall des Setzens auf einen als sicher erscheinenden<sup>247</sup> Wissensvorsprung von Spekulation gesprochen werden.

*Reckerzügl*<sup>248</sup> relativiert auch in weiterer Folge die Manifestierung des Zusammenhangs zwischen einem als sicher erscheinenden Ereignis und daraus folgender monetärer Risikolosigkeit für den Bieter: „*Absolute Gewissheit bezüglich der in der Ausschreibung enthaltenen Angaben wird es allerdings in den seltensten Fällen geben.*“ Auch bei einem scheinbaren Fehler in den Vordersätzen, so der genannte Autor weiter, kann sich der Bieter letztlich nicht sicher sein, ob dieser nicht dadurch zustande kam, dass ein Teil der Leistung fremd vergeben wird oder andere Umstände geänderte Mengenansätze erforderlich machen werden. In den folgenden Punkten der vorliegenden Arbeit sollen unter dem Begriff „spekulative Angebote“ alle jene Preisverschiebungen verstanden werden, die unter eine der folgenden zwei Definitionen fallen. Die erste ist in Anlehnung an *Reckerzügl*<sup>249</sup> und beschreibt das Motiv einer bauwirtschaftlich spekulativen Preisverschiebung, die demnach als Versuch eines Marktteilnehmers zu verstehen ist, aus einem *angenommenen*<sup>250</sup> Informationsvorsprung (Preisänderungen, Mengenänderungen, Änderung der Umstände der Leistungserbringung, usw.) wirtschaftliche Vorteile (hier: Auftragserhalt, Mehrerlös) zu erzielen.

Nach der zweiten Definition (von *Oberndorfer*<sup>251</sup>) ist unter einer Spekulation die Verzerrung selbstkostendeckender Angebotspreise (oder ihrer Preisanteile) durch positionsabhängige, variable Zuschläge für Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn, zu verstehen.

Diese Definition beschreibt die kalkulationsmäßige Durchführung einer Spekulation und wie sich diese in den K-Blättern darstellt. Damit ist auch beschrieben, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung in den K-Blättern gesucht werden muss. Die Möglichkeit der Aufdeckung einer Spekulation ist damit auch dargelegt.<sup>252</sup> Die beiden letzten Punkte werden noch im Kapitel 2.3.4.2 „Erkennen von Spekulationen in den K-Blättern“ näher untersucht.

---

<sup>247</sup> Das Begriffspaar „sicher erscheinend“ ist hier in Bezug auf die objektiv annehmbare Eintrittswahrscheinlichkeit gemeint.

<sup>248</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 16

<sup>249</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 16

<sup>250</sup> In der Originaldefinition *Reckerzügl*s ist anstatt des Wortes „angenommenen“, das Wort „*vermeintlichen*“ zu finden. „*Vermeintlich*“ bedeutet aber auch „irrtümlich angenommen“ bzw. „fälschlich“. Deshalb könnte auch irrtümlich darunter die Definition des Verspekulierens verstanden werden, da der Versuch einen wirtschaftlichen Vorteil aus einem „fälschlichen“ Informationsvorsprung zu erzielen nur in einem negativen Ergebnis des Versuchs enden kann – in der Verspekulierung.

<sup>251</sup> *Oberndorfer*, Gratwanderung: Vertiefte Angebotsprüfung - Ausscheiden von Angeboten, Österreichische Bau-Zeitung, Nr. 34/1992

<sup>252</sup> Vgl. *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 16

Nach der Definition *Oberndorfers* würde der volle Zuschlag für Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn (voller Ansatz des Gesamtschlages) demnach zu einem vollkostendeckenden Preis führen, ein Gesamtschlag von Null hingegen „nur“<sup>253</sup> zu den Herstellkosten. Vergaberechtlich akzeptabel kann aber sogar ein Preis sein, der sich lediglich aus den ausgabenwirksamen Teilen der Herstellkosten zusammensetzt<sup>254</sup>, also unter den Herstellkosten liegt. Die zweite Definition wird daher im weiteren der Arbeit unter dieser zusätzlichen Prämisse betrachtet werden, es werden somit auch spekulative Preise unter den Herstellkosten analysiert werden.

#### 2.3.4.1.2 Arten von spekulativen Preisverschiebungen in den K-Blättern

Die Situation des spekulierenden Bieters und die Tatsache, dass es oft eine mangelbehaftete Ausschreibung ist, die den unter starkem Konkurrenzdruck stehenden Bieter zur Spekulation anstiftet, wurde bereits erläutert. Ebenso wurden Beispiele für Ausschreibungsmängel genannt, die ein spekulatives Ausnutzungspotential für den Bieter in sich bergen. Wie kann nun der Bieter konkret die mangelhafte Ausschreibung zu seinen Gunsten auszunutzen um einen Wettbewerbsvorteil ins Treffen zu führen bzw. welche Möglichkeiten der spekulativen Preisgestaltung hat der Bieter, wenn die Ausschreibung keine Mängel aufweist? Dies und die Frage nach der Gefährlichkeit der einzelnen spekulativen Preisumlagerungen für den AG sollen nun näher betrachtet werden.

Der Bieter steht bei einer Spekulation vor seinem subjektiven Optimierungsproblem, einerseits einen derart reduzierten Angebotspreis anzubieten, um die Wahrscheinlichkeit des Zuschlags zu erhöhen, und andererseits die Preisumlagerungen so zu platzieren, dass am Ende der Abrechnung eine möglichst hohe Abrechnungssumme lukriert werden kann, die jedenfalls über den eigenen Herstellkosten liegt. Letzteres um am Markt überleben zu können.<sup>255</sup> Subjektiv ist das vorliegende Optimierungsproblem deshalb, weil es nur der Bieter alleine in der Hand hat, den Grat zwischen „sicheren“ Auftragserhalt und gerade auskömmlichen Abrechnungspreis einerseits, sowie geringerer Wahrscheinlichkeit auf den Zuschlag und (dafür) guter Abrechnungspreis andererseits, zu begehen. Es unterliegt seiner strategischen Einschätzung (Konjunktur, aktuelle Auftragslage, Mitbewerber, welcher AG und welche vorangegangene Erfahrungen der Bieter mit ihm, etc...) den Risiken des Ausscheidens des Angebots wegen Unangemessenheit (nicht plausibler Zusammensetzung

---

<sup>253</sup> Mit „nur“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass auch größere Preisabsenkungen möglich sein müssten.

<sup>254</sup> Vgl. dazu *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 8

<sup>255</sup> Vgl. *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag – Ansprüche aus Leistungsänderungen, ihre Geltendmachung und Abwehr, Der Wirtschaftsverlag, 1999, S. 31

des Gesamtpreises), des Nicht-Zuschlags wegen zu hohen Preises, des Nichtaufgehens der Spekulation, usw., zu begegnen.

Zur Umsetzung dieser Gratwanderung stehen dem Bieter im Konkreten die nun folgenden Möglichkeiten offen. Nach *Oberndorfer*<sup>256</sup> lassen sich Preisverschiebungen sechs Grundtypen zuordnen, die auch in Kombination zueinander auftreten können und nun im folgenden vorgestellt werden (vgl. dazu auch die unter Punkt 2.3.4.1.1 erläuterten Ausschreibungsmängel, die den Bieter zu einer Spekulation „einladen“ können).

- Typ A: Preisverschiebungen hin zu früher zu vergütenden Positionen (z.B. Baustellenräumung in Baustelleneinrichtung, Instandsetzung der Straße nach Grabarbeiten in Aushub oder Hinterfüllung des Bauwerks nach Baugrubenaushub).

Dabei handelt es sich um eine sehr harmlose Verschiebung, die dem Bieter ermöglicht, mit einem niedrigeren Ansatz für die Bauzinsen zu kalkulieren. Immer wieder geäußerte Bedenken, dass der spätere Auftragnehmer bereits derart vergütete, aber noch nicht geleistete Arbeiten nicht mehr vertragsgemäß erbringen könnte, sind nicht stichhaltig, da sie mit vertraglichen Standardmaßnahmen beherrschbar sind. Der Ausschreiber ist gegen diese Art der Preisverschiebung machtlos.

Enorme Summen an Bauvorlage (Vorfinanzierung) durch den Unternehmer sind in der Bauwirtschaft der Regelfall, was sich oft in Form von Liquiditätsproblemen mancher Bauunternehmen negativ bemerkbar macht.

Diese Art der spekulativen Preisumlagerung lässt auf den ersten Blick das Element des Risikos vermissen. Dieses kommt im Fall des um die Zinsersparnis verringerten Angebotspreises aber mE durch die Unsicherheit des tatsächlichen Eintritts des ersparten Zinsbetrages in der angenommenen Höhe mit ins Spiel. Eine Veränderung des Zinsniveaus ist bei einer durchschnittlich langen Bauzeit durchaus im Bereich des Möglichen. Theoretisch wären auch angeordnete Bauablauf- oder Leistungsänderungen seitens des AG denkbar, bzw. auch der gänzliche Entfall von Leistungsteilen, auf die verteuert umgelegt wurde. Der dann im Extremfall stattfindende Wegfall der preislich ausgleichenden Positionen (die teurer angeboten wurden) kann einen Verlust für den Unternehmer verursachen, da in Folge nur die „unterpreisig“ angebotenen Leistungsteile vergütet werden.

- Typ B: Preisverschiebung von baubetrieblich zusammengehörigen Positionen in Hauptposition (z.B. Materiallieferung in Einbau, Pölung in Kanalaushub, Tunnelankereinbau in Vortrieb)

Nach Meinung *Oberndorfers* handelt es sich in diesem Fall ebenso um eine harmlose Verschiebung, die lediglich einen unwesentlichen Teil des Mengenrisikos des AG auf den

---

<sup>256</sup> *Oberndorfer*, Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB/108

Bieter verlagert, dies, da es sich nämlich um den sog. Mengenfaktor (Verhältnis der Menge der verschobenen Nebenleistung zur Menge der aufnehmenden Hauptleistung) handelt. Dies stellt für den Bieter ein Risiko dar, wenn sich in der Ausführung der Mengenfaktor vergrößert, und eine Chance, wenn er sich verkleinert (weil z.B. für die verschobenen Nebenleistung zu viel Menge ausgeschrieben wurde). Der Ausschreiber kann diese Art der Preisverschiebung problemlos vermeiden, wenn er nicht in hypertropher Detailliertheit ausschreibt.

- Typ C: Preisverschiebung vom Preisanteil „Sonstiges“ zum Preisanteil „Lohn“

Diese Preisverschiebung ist nur bei langfristigen Bauverträgen mit veränderlichen Preisen relevant. Der Bieter vermutet, dass gewisse Kostengrundlagen stärker steigen als andere und verlagert von den weniger steigenden zu den sich stärker erhöhenden hin, was nur in Zeiten großer Kostensteigerungen von Interesse ist. Der Ausschreiber ist gegen diese Art der Preisverschiebung machtlos.

- Typ D: Preisverschiebung von Positionen mit vorhersehbaren bzw. vermuteten Minderungen der Mengen oder kompletten Entfall aus dem Angebot hinaus.

Hier geht es darum, dass der Bieter Produktionskosten (oder einen Teil davon), die voraussichtlich bzw. vermutlich gar nicht anfallen, in sein Angebot auch gar nicht aufnimmt. Dies ist, zutreffenderweise, für *Oberndorfer* auch eine harmlose Verschiebung für den AG, die nur zu dem Zweck gemacht wird, gegenüber den unkritischen Mitbietern einen Wettbewerbsvorteil zu lukrieren, indem ein reduzierter Angebotspreis abgegeben wird. Ein Entfall von Positionen ist nach *Reckerzügl*<sup>257</sup> aufgrund einer klassischen Leistungsänderung denkbar, oder weil Wahl- bzw. Eventualpositionen versehentlich nicht als solche gekennzeichnet wurden (echter Fehler im LV durch „Vergessen“) und wirklich nicht zur Ausführung kommen. Im Fall der klassischen Leistungsänderung wird oft eine Position nicht ersatzlos entfallen, sondern durch eine andere zusätzliche Position ersetzt. In diesem Fall liegt dann eine Überlagerung zweier Spekulationsmöglichkeiten<sup>258</sup> vor (entfallende und zusätzliche Leistung).<sup>259</sup> Der Bieter wird dann möglicherweise vom Spekulationsgrundsatz geleitet sein, die entfallenden Leistungen sehr billig oder mit Null<sup>260</sup> auszureisen und die erwarteten zusätzlichen Leistungen des vorerst imaginären Zusatz-LV sehr teuer zu machen

---

<sup>257</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 70

<sup>258</sup> Diese Überlagerung zweier Spekulationen gehört NICHT zu Grundtyp E im Konzept *Oberndorfers*

<sup>259</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 69

<sup>260</sup> Bei Auspreisung von Positionen mit Cent- oder Null-Beträgen können sich allerdings Probleme bei der vertieften Angebotsprüfung ergeben.

(genauer: Die Preisgrundlage des Vertrags, auf welcher gemäß ÖNORM B 2110 die Zusatzleistung preislich aufzubauen ist, wird verteuert angeboten.)

Das generelle Risiko bzw. die Gefährlichkeit für den Bieter ergibt sich natürlich definitionsgemäß, wie bei allen Spekulationen, aus einem potentiellen „Anderseintreten“ bzw. „Nichteintreten“ des erwarteten Ereignisses, hier der angenommenen Minderung bzw. des angenommenen Entfalls.

- Typ E: Preisverschiebung von Positionen mit vorhersehbaren bzw. vermuteten Minderungen oder Entfall hin zu sogenannten sicheren Positionen (z.B. Felsabtrag in Straßendecke)

Hier geht es meistens darum, dass der Bieter Produktionskosten, die voraussichtlich oder vermutet gar nicht anfallen, in sicher zu leistende Positionen verschiebt. Dies bedeutet, dass der AG nicht in den vollen "Fruchtgenuss" der entfallenden Leistung kommt.

Der Ausschreiber muss sich bei Typ D und E entweder vorwerfen lassen, dass er die entsprechenden Mengen zu wenig sorgfältig ermittelt oder Reserven bzw. sogenannten "Vorsorgepositionen" in das LV aufgenommen hat, oder er ist schlicht und einfach damit konfrontiert, dass der Bieter "spekuliert".

- Typ F: Preisverschiebung von Positionen mit vorhersehbaren bzw. vermuteten Minderungen oder Entfall hin zu Positionen mit vorhersehbaren bzw. vermuteten Mehrmengen.

Dieser Typ ist in Verbindung mit Typ D der gefährliche (problematische): Ein Angebot wird durch Preisverschiebungen scheinbar billiger und durch Mengenänderungen (billige Positionen werden weniger, teure Positionen werden mehr) in der Abrechnung erheblich teurer als der Vertragspreis. Der Ausschreiber muss sich in diesem Fall oft eine unreife Planung oder schlicht und einfach Ausschreibungsfehler vorhalten lassen.

- Weitere Unterscheidung: Eine grundsätzliche Unterscheidung<sup>261</sup> von Preisverschiebungen aus den Bietermotiven heraus kann noch dahingehend getroffen werden, dass diese erstens auf echten Fehlern in der Ausschreibung beruhen oder zweitens, dass diese auf echten spekulativen Annahmen beruhen.<sup>262</sup>

Zu erstens: Die im LV beschriebene Leistung entspricht nicht dem Letztstand an verfügbaren Informationen über die Art und Größe des Bauwerks bzw. über die Umstände der Leistungserbringung, inkl. Boden, Fels und Wasser.

---

<sup>261</sup> Wird nur für Typ D, E, F relevant sein.

<sup>262</sup> Siehe dazu Oberndorfer, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ an der TU-Wien, Auflage März 2000, S.50

Zu zweitens: Die ausgeschriebene Leistung ist u.U. tatsächlich so zu erbringen bzw. kann so erbracht werden. Der Bieter setzt jedoch auf Änderungen.

*Wolkerstorfer*<sup>263</sup> spricht im Fall, dass der Bieter vor Abgabe des Angebotes auf den Eintritt eines Ereignisses setzt, welches mit hoher Wahrscheinlichkeit auch tatsächlich eintritt (der Bieter weiß „sicher“, dass Massenmehrungen kommen, oder Leistungen entfallen), generell von einem Know-How-Vorsprung und nicht von einer Spekulation. In der Diktion *Wolkerstorfers* würde demnach nur „zweitens“ unter den Begriff der Spekulation fallen.

Dies ist sicherlich zutreffend, jedoch ist es laut Branchenusage üblich, auch dann von einem spekulativen Angebot zu sprechen, wenn der Bieter genau weiß, dass in der Ausschreibung ein Fehler enthalten ist, den er durch Preisumlagerungen ausnützen kann.<sup>264</sup>

Demnach wird im weiteren der Arbeit dem Branchenusus Folge geleistet, was auch durch die Ausführungen unter Punkt 2.3.4.1.1 begründet werden kann, nach denen selbst einer Spekulation auf ein sicher erscheinendes Ereignis eine nennenswerte Unsicherheit anhaftet.

#### 2.3.4.2 *Erkennen von Spekulationen in den K-Blättern*

##### 2.3.4.2.1 Einleitung

Eine Spekulation wird vom Bieter durch Lösung seines subjektiven Optimierungsproblems zwischen möglichst niedriger Angebotssumme und möglichst hohem Abrechnungspreis in die Tat umgesetzt. Dabei muss er sich im Detail strategisch-preislicher Verschiebungen und Umlagen (von z.B. Baustellengemeinkosten<sup>265</sup> falls diese umzulegen sind) bedienen. Diesen zur Folge werden im LV i.d.R. preisliche Auffälligkeiten entstehen, da es Grundprinzip jeder spekulativen Verschiebung ist, dass einige Positionen sehr günstig und andere dafür relativ teuer angeboten werden. Die Verzerrung selbstkostendeckender Preise ist, wie schon an vorangegangener Stelle dargelegt, ein Kennzeichen spekulativer Vorgänge. Denkbar ist natürlich auch der Fall, dass trotz spekulativer Verschiebungen keine preislichen Auffälligkeiten auftreten. Dann wird möglicherweise die Spekulation unaufgedeckt bleiben,

---

<sup>263</sup> *Wolkerstorfer*, persönliches Gespräch im Büro der M.E.H. & Partner - Unternehmensberatung für die Bauwirtschaft, 1030 Wien im Sept. 2003

<sup>264</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000, S. 69

<sup>265</sup> Strategisch-spekulative Umlagen von Baustellengemeinkosten verstärken die Effekte von Preisverschiebung noch zusätzlich, beispielsweise durch Umlage auf Positionen mit erwarteten Mengenmehrungen. Sie werden nach den selben spekulativen Überlegungen durchgeführt wie jene der zuvor beschriebenen sechs Grundtypen A bis F (Siehe Pkt.2.2.4.1.2) Die Umlage von Baustellengemeinkosten (nach der ÖNORM B 2061 nur in Ausnahmefällen durchzuführen) ist, auch wenn sie aus spekulativen Motiven heraus vorgenommen wird, *keine* eigene Art der Spekulation.

was aber in aller Regel für den AG in keine nennenswerten monetären Nachteilen mündet, da die Umlagerungen offenbar sehr geringer Größe sind.<sup>266</sup>

Welche Möglichkeiten hat nun der AG, um spekulative Preisverschiebungen zu erkennen, bzw. können die Instrumenten der Preisangemessenheitsprüfung bzw. der vertieften Angebotsprüfung dabei hilfreich sein?

#### 2.3.4.2.2 Die K-Blätter bei der Aufdeckung spekulativer Preisverschiebungen

- Abgabe (Offenlegung) der K-Blätter zur vertieften Prüfung: Die Kalkulationsformblätter (K-Blätter) stellen die kalkulativen Ansätze i.d.R. sehr detailliert dar und können demnach eine wichtige Rolle bei der Enttarnung spekulativer Preisverschiebungen spielen.

Der AG sollte diese jedenfalls für die potentiell verdächtigen, wesentlichen Positionen entweder gleich mit Abgabe des Angebotes (in einem verschlossenen Kuvert) einfordern oder aber zumindest nachträglich im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vom Bieter verlangen. Werden die K-Blätter vom Bieter nicht wie in der Ausschreibung gefordert, bei der Angebotsabgabe mitabgegeben, so können diese nachgereicht werden. Nach herrschender Meinung handelt es sich dabei um einen behebbaren Mangel, der mit seiner Beseitigung durch Nachreichen keine weitere Konsequenz für den Verbleib des Angebotes im Vergabeverfahren hat (vgl. Punkt 2.2.).

Anders verhält es sich bei der Nichtabgabe (Nichtoffenlegung) der K-Blätter in der Phase der vertieften Angebotsprüfung, wenn der AG zwecks Preisanalyse den Bieter zur Offenlegung seiner K-7 Detailkalkulation auffordert. Hier kann der AG das Angebot ausscheiden, sofern der Bieter innerhalb der ihm gestellten Frist der Abgabe der K-Blätter nicht nachkommt. Zumindest § 129 Abs. 2 BVergG ist dies zu entnehmen. Somit liegt es im alleinigen Ermessen des AG, zwischen dem weiteren Verbleib des Angebotes und dem Ausscheiden zu entscheiden. Im Fall, dass von Anfang an ohnehin keine Zweifel an der Angemessenheit des Positionspreises (Einheitspreises) bestanden haben und das Verlangen der Offenlegung der K-Blätter nur auf die Beseitigung geringfügiger Unklarheiten abzielt, kann und sollte der AG seinen Ermessenspielraum im Sinne einer „Kann-Bestimmung“ dahingehend ausschöpfen, indem er das Angebot im Wettbewerb belässt. Dies ergibt sich vernünftigerweise für den AG schon aus dem Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung (Wirtschaftlichkeitsprinzip).

---

<sup>266</sup> Vorausgesetzt die Leistungsänderung ist auch keine sehr große. Umfangreiche Mengenänderungen tragen natürlich sehr wohl das Potential in sich, auch bei geringen Einheitspreisabweichungen eine große monetäre Folge zu haben.

Dass dem nicht immer so ist und dass m.E. nach die „Kann-Bestimmung“ von § 129 Abs. 2 BVergG zu einer „Muss-Bestimmung“ werden kann (muss), sollen die nun folgenden Ausführungen verdeutlichen. Handelt es sich bei einem Positionspreis (Einheitspreis) in einer wesentlichen Position um einen verdächtig niedrigen, der außerhalb der Bandbreite des „jedenfalls angemessenen Preises“ liegt, und um solche handelt es sich oft bei spekulativen Preisverschiebungen, so schwebt über diesem das Damoklesschwert der Unangemessenheit bzw. des spekulativen Preises, respektive die Gefahr des Ausscheidens. Die Annahme des Verdachts einer Spekulation (Unangemessenheit) seitens des AG ist also begründbar. Kommt dann der Bieter der Aufforderung nach Offenlegung der K-Blätter nicht nach, liefert er demnach keine Aufklärung ab, so muss der AG mE das Angebot wegen unterlassener Aufklärung ausscheiden, da der Verdacht der Unangemessenheit bzw. spekulativen Preiszusammensetzung vom Bieter nicht beseitigt wurde. Ein Ermessensspielraum im Sinne einer „Kann-Bestimmung“ des angesprochenen Paragraphen ist dann nicht mehr erkennbar.

Begrüßenswert ist sicherlich die Änderung des alten § 98 Z 5 BVergG 2002 von einer zwingenden Bestimmung in nunmehr eine „Kann-Bestimmung“ des § 129 Abs. 2 BVergG, womit dem berechtigten Wunsch der juristischen und bauwirtschaftlichen Lehre (hier z.B. *Kropik*<sup>267</sup>) Rechnung getragen wurde. Die Regelung im BVergG 2002 hatte nämlich als eine nachteilige Folge, dass auch angemessene und an sich zuschlagswürdige Angebote ausgeschieden werden mussten, wenn es dem Bieter nicht gelang, die verlangte Aufklärung über minder bedeutsame Unklarheiten in nachvollziehbarer Weise zu geben.

Die zweite negative Folge, welche der Bieter zu seinem Vorteil, und zum Nachteil des AG ausnutzen konnte, wird noch unter Punkt 2.3.4.2.6 angesprochen.

- Wie sind K-Blätter konkret zu prüfen: Nach Branchengepflogenheiten werden Preisverschiebungen oft hinter niedrigen, respektive hohen Aufwandwerten versteckt, um dem AG (zumindest auf den ersten Blick) den Anschein der Preisplausibilität zu vermitteln. Der zielgerichtete Vergleich der vom Bieter in den K-Blättern kalkulatorisch angesetzten Werte mit jenen aus einer AG-Datenbank (vgl. Punkt 2.3.4.2.5 „Instrument Preisdatenbank des AG“) bzw. mit allgemeinen Richtwertetabellen oder mit der realistischen Kostenschätzung des AG wird dann eine etwaige Unplausibilität in der Preiszusammensetzung aufdecken, was in aller Regel zu (weiteren) Aufklärungen durch den Bieter führen muss.<sup>268</sup> Empfehlenswert wäre in diesem Zusammenhang für den AG ein vergleichender Blick in die K-Blätter auf die kalkulierten Aufwands- und Verbrauchswerte

---

<sup>267</sup> Vgl. dazu *Kropik* in *Sachs*, Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.163

<sup>268</sup> Vgl. § 125 Abs. 3 BVergG

ähnlicher Positionen, falls vorhanden. Zeigt dieser im Ergebnis stark unterschiedliche Ansätze des Bieters, so kann dies wohl als Erhärtung des Verdachts auf Spekulation gewertet werden, wobei dem Bieter immer die Möglichkeit der Rechtfertigung seiner Preisgestaltung eingeräumt werden muss, bevor voreilige Schlüsse vom AG gezogen werden.

Nach Vorgabe des BVergG<sup>269</sup> kann bei der vertieften Angebotsprüfung zur Feststellung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit, also der Plausibilität der Preise, geprüft werden, ob die Preise (Einheits-, Pauschal- und Regiepreise) für höherwertige Leistungen auch grundsätzlich höher angeboten wurden als für geringerwertige Leistungen.

Das BVergG stellt dabei auf die Aufdeckung spekulativer Preisverschiebungen ab, weil unter normalen Umständen höherwertige Leistungen auch kostenmäßig höher bewertet, also vom Bieter teurer angeboten werden. Im Zuge dieser Prüfung können die K-Blätter eine Bedeutung haben, da aus ihnen die genaue Preiszusammensetzung bzw. Preisentwicklung ersichtlich ist. Entspricht nun der Preisvergleich der zu prüfenden auffallend „billigen“ Position mit einer (noch) geringerwertigen im Ergebnis etwa nicht dem Schema des BVergG, so kann die Analyse der Preiszusammensetzung der betreffenden Position Aufschluss darüber geben, welcher Kostenbestandteil reduziert kalkuliert und angeboten wurde. In der folgenden, zwingend zu verlangenden Aufklärung wird dann der Erklärungshorizont des Bieters ziemlich eingeschränkt sein. Es werden voraussichtlich nicht viele Erklärungsmöglichkeiten für den Bieter verbleiben, wodurch es dem AG möglicherweise leichter fallen wird, die Erläuterungen des Unternehmers (als plausibel und schlüssig oder eben nicht) zu werten und die spekulative Preisverschiebung, sofern es sich um eine handelt, einzuschätzen.

Der AG hat nach § 97 Abs. 3 Z 3 BVergG bei der Ausschreibung das LV so zu gestalten, dass eine Aufgliederung der Preise vom Bieter zweckentsprechend vorgenommen werden kann (im Bauwesen i.d.R. in Lohn und Sonstiges). Vom Bieter soll dadurch die Bekanntgabe zumindest weniger Preisanteile abverlangt werden, was eine raschere, überblickshafte Erstprüfung der Preisplausibilität durch den AG ermöglicht. Sind veränderliche Preise vereinbart, so muss mindestens in lohnbedingte und sonstige Preisanteile zergliedert werden.<sup>270</sup> Eine weitergehende Aufgliederung der Preise (vgl. dazu auch Punkt 1.2.2.2.) kann u.U. dann Sinn machen, wenn eine Detailkalkulation einen geringen Detaillierungsgrad aufweist, weil in der Ausschreibung beispielsweise die ÖNORM B 2061 als Preisermittlungsvorgabe nicht vereinbart wurde und daher vom Bieter auch nicht eingehalten werden muss, der Bieter also seine Kalkulation „frei“ gestalten kann (nicht üblich). Besteht dann ein Verdacht auf spekulative Preisgestaltung, so wird die vom Bieter vorgelegte

---

<sup>269</sup> § 125 Abs. 4 Z2 BVergG

<sup>270</sup> § 97 Abs. 3 Z3 BVergG

Kalkulation nicht denselben Informationsgrad aufweisen wie eine ÖNORM-konforme. Sind aber dafür die Preise im LV detaillierter aufgliedert, so lässt sich dadurch dieser Nachteil eventuell teilweise kompensieren und dem AG ist es trotzdem möglich, eine spekulative Verschiebung herauslesen.

Nach § 125 Abs. 4 Z 3 BVergG ist als Prüfungsschritt zur Plausibilitätsfeststellung diese zuvor beschriebene Aufgliederung der Preise in ihre Preisanteile dahingehend zu kontrollieren, ob sie aus der Erfahrung heraus erklärbar ist. Kommt bei der Erstprüfung des LV ein Zweifel über die Höhe einzelner Preisanteile auf, so wird wohl ein genauerer Blick in das entsprechende K-7 Blatt näheren Aufschluss geben, wie sich der jeweils auffällige Preisanteil kalkulatv zusammensetzt. Auch hier empfiehlt sich für den AG, um Preisverschiebungen zu erkennen, ein zielgerichteter Vergleich mit Preisanteilen ähnlicher Positionen und solcher mit einem anderen Wert (höher- und geringwertigere Leistungen). Der Grundsatz, dem Bieter ein Recht auf Erklärung seiner Preise im Zuge von Aufklärungsgesprächen einzuräumen, ist auch hier anzuwenden. Erst danach kann sich ein aufgekommener Verdacht auf Spekulation erhärten.

- K-Blätter und Umlage von Baustellengemeinkosten: Entgegen den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 werden manchmal auch größere Bauvorhaben mit entsprechender Bauzeit in der Weise ausgeschrieben, dass für die Baustellengemeinkosten keine eigenen Positionen im LV konzipiert sind. Der Bieter wird dann gezwungen sein, diese auf Leistungspositionen umzulegen. Auch der ÖNORM B 2061 entsprechende Fall der Umlage der Baustellengemeinkosten bei kleinen, kurzfristigen Baustellen ist hier in die Betrachtung eingeschlossen werden.<sup>271</sup> Sind der Ausschreibung einschlägige Hinweise zu finden, wie genau die Baustellengemeinkosten umzulegen sind, so hat sich der Bieter daran zu halten. Es ist aber auch möglich, dass der Bieter nach Möglichkeiten sucht und diese auch findet, um die Umlage auf aus seiner Sicht lukrative Positionen in spekulativer Art und Weise auszunutzen. Auch diese Spekulation(sart) kann mit Hilfe der K-Blätter aufgedeckt werden. Genau genommen handelt es sich bei der spekulativen Umlage von Baustellengemeinkosten um keine eigene Art der Spekulation, da diese in der gleichen Vorgangsweise und unter ähnlichen Überlegungen durchgeführt wird, wie die Spekulationsgrundtypen A, C, E, F (siehe Punkt 2.3.4.1.2), wobei in der Praxis die Umlage auf sicher zur Ausführung gelangende Positionen bzw. Positionen mit Mengenerhöhungen am häufigsten anzutreffen sind (ähnlich Typ E und F). Hat der AG festgelegt, wie umzulegen ist, so kann eine Kontrolle mit Hilfe der K-Blätter und einer Preisanalyse der Umlagepositionen<sup>272</sup> erfolgen. Die Feststellung, dass auch so wie bedungen umgelegt wurde, sollte sich nicht allzu schwierig gestalten, wobei z.B.

---

<sup>271</sup> Vgl. ÖNORM B 2061, Pkt. 6.2 „Kostenumlagen“

<sup>272</sup> Umlagepositionen = jene Positionen, die Umlageträger (Zuschlagsträger) sind

ein Vergleich der Umlagepositionen mit dem Preisaufbau ähnlicher Positionen, etc. helfen kann.

- Prüfung der K-Blätter nicht wesentlicher Positionen: Grundsätzlich kann zur vertieften Preisprüfung anhand der K-Blätter festgehalten werden, dass diese ein sehr taugliches Instrument zur Aufdeckung spekulativer Preisverschiebungen darstellt, aber mit einem nicht unbeträchtlichen Aufwand verbunden ist, weshalb sie aus praktikablen Gründen eher auf wesentliche Positionen mit auffälligen Preisen beschränkt werden sollte bzw. nur dann angewendet werden sollte, wenn begründete Zweifel an der Angemessenheit bestehen.<sup>273</sup> Spekulative Preise, die einen nennenswerten Einfluss auf die Abrechnungssumme haben, werden oft ohnehin nur von der angesprochenen Art sein, was die Praktikabilitätsüberlegung von vornhin unterstützt.

Der AG hat nach derzeitiger Rechtslage allerdings die Möglichkeit, auch nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen einer vertieften Angebotsprüfung anhand der K-Blätter zu unterziehen. Oft fallen dem AG erst durch die vertiefte Prüfung selbst, da er durch sie einen erhöhten Informationsgrad seines Projekts erlangt, Mängel seiner Ausschreibung ins Auge. Tritt nun beispielsweise eine beträchtliche Mengenmehrung in einer Position auf, die der AG nicht als wesentlich gekennzeichnet hat, weil er generell auf eine Kennzeichnung mit "wesentlich" verzichtet hat oder er bei einer Position es vergessen hatte, so kann er trotzdem auch diese näher untersuchen. Dies erscheint mE insofern sinnvoll, da er dadurch feststellen kann, ob und wie der Bieter in diese Position mit falschem Vordersatz verschoben hat. Das soll nicht als Freibrief für den AG verstanden werden, seine Fehler in der Ausschreibung nachträglich in irgendeiner Weise auf dem Rücken der Bieter zu sanieren, aber es soll ihm die Möglichkeit geben, die Auswirkungen seines Fehlers einzuschätzen, um in weiterer Folge vergaberechtlich, bis hin zum Widerruf der Ausschreibung, reagieren zu können.

Widerrufen werden muss das Vergabeverfahren nach § 139 Abs. 1 BVergG u.a. dann, wenn die Gründe (hier z.B. grobe Mengenfehler in der „fehlerhaften“ Position) zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Widerrufen kann der AG das Vergabeverfahren gemäss § 139 Abs. 2 BVergG u.a., wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH ist an diese Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen, da der Widerruf des Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlichen Umständen abhängt.<sup>274</sup>

Die Möglichkeit des Widerrufs besteht also für den AG bei bestimmten Ausschreibungsfehlern, wobei zu beachten ist, dass der AG nach dem Zivilrecht

---

<sup>273</sup> Vgl. dazu *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien (22.11.2000), Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, S. 216

<sup>274</sup> Erläuterungen zum BVergG 2006, zu den §§ 138 und 139, S. 90

schadenersatzpflichtig werden kann, wenn er die Gründe für den Widerruf selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht hat.

- Die Möglichkeiten bei der Prüfung der K-Blätter: Abschließend kann festgehalten werden, dass die K-Blätter bei der Enttarnung spekulativer Preisverschiebungen sehr hilfreich sein können. Die Prüfung der K-Blätter kann resümierend folgendermaßen aussehen bzw. nach folgenden Kriterien vorgenommen werden:

- Entspricht die im K-7 Blatt kalkulierte Leistung grundsätzlich der ausgeschriebenen Positionsleistung?
- Ist die Herleitung des Positions- bzw. Einheitspreises im K-7 Blatt auf den ersten Blick (ohne ins Detail zu gehen) plausibel und nachvollziehbar?
- Wurde vom Bieter eine Preisaufgliederung, so wie in der Ausschreibung gefordert, vorgenommen? Z.B. gemäß ÖNORM B 2061 in Lohn und Sonstiges oder gemäß AG-Forderung detaillierter und ist diese Preisaufgliederung plausibel? Ein zahlen- bzw. größenordnungsmäßiger Vergleich mit Preisanteilen ähnlicher Positionen oder höher/geringerwertigen Positionen kann hilfreich sein.
- Sind der mathematische Rechengang und die Rechenoperationen fehlerfrei?
- Sind die in den K-Blättern kalkulierten Kostenbestandteile für die zu untersuchende Position auch teurer angeboten worden, als jene für geringerwertige Leistungen (Positionen)? Ergibt sich daraus der Schluss, dass eine höherwertige Leistung nicht relativ teurer angeboten wurde, so kann dies nur ein vorläufiges Indiz für eine Preisverschiebung darstellen, da bei diesem Prüfungsschritt nur eine Rangordnung festgestellt wird und kein zwingender Rückschluss auf den „richtigen“ Preis getätigt wird. Außerdem kann es Ausnahmen von dieser Regel geben, sie ist nämlich nur grundsätzlich einzuhalten.<sup>275</sup> Kann der Bieter aus seinem subjektiven Erklärungspotential heraus die Unstetigkeit in der Rangordnung schlüssig und belegbar erklären (aufklären), so dürfen sich keine nachteiligen Folgen für den Unternehmer ergeben.
- Hat der Bieter, so wie in der Ausschreibung bedungen, die Baustellengemeinkosten auf die vorgegebenen Positionen umgelegt, falls keine eigenen Positionen im LV vom AG erstellt wurden? Entspricht der vom Bieter kalkulierte prozentuelle Zuschlagswert auch einer vollständigen Umlage der gesamten Baustellengemeinkosten? Der AG sollte dazu ev. die separate Detailkalkulation der Baustellengemeinkosten zusätzlich anfordern, um die absolute Größe (Gesamtkosten) mit den Zuschlagssätzen zu

---

<sup>275</sup> Vgl. dazu *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2.Auflage (2001), S. 152

vergleichen und die Plausibilität zu überprüfen. In Deutschland ist im „Einheitlichen Formblatt 1b“ (kurz EFB-Blatt 1b, oder „EFB-Preis 1b“) der absolute Zahlenwert der Baustellengemeinkosten<sup>276</sup> anzugeben, sowie nach welchem prozentuellen Verteilungsschlüssel dieser auf die Zuschlagsträger umgelegt wurde.<sup>277</sup> Bei Bedarf kann auch eine im Detaillierungsgrad weiterführende Kalkulation der Baustellengemeinkosten verlangt werden.

- Sind im K-7 Positionspreis (Einheitspreis) alle für die Leistungserbringung erforderlichen Kostenbestandteile vom Bieter eingerechnet worden?
  - Ist die kalkulierte Partiezusammensetzung (Anzahl der Arbeiter) ausreichend?
  - Ist eine erforderliche Aufsichtskraft ordnungsgemäß in den Einheitspreis eingerechnet worden? (Falls der Hilfspolier nicht schon im K3-Blatt auf den Mittellohnpreis umgelegt wurde oder in den Baustellengemeinkosten berücksichtigt wurde)
  - Sind die Ansätze für Baustoff-, bzw. Materialverbrauch realistisch? Das Fehlen von unwesentlichen Hilfsstoffen wird i.d.R. nicht ins Gewicht fallen<sup>278</sup>. Ähnliches wird wohl für geringe Mehrmengen wegen Schwund, Manipulationsverlust, etc. gelten, nicht aber für einzukalkulierende beträchtliche Mehrmengen von bspw. Spritzbeton im NÖT-Tunnelbau aufgrund von Rückprall.
  - Ist der Ansatz der Gerätekosten nachvollziehbar, z.B. unter Zuhilfenahme der ÖBGL, bzw. ist die kalkulierte Geräteleistung, Anzahl der Baugeräte, etc. ausreichend und plausibel?
- Sind die Aufwands-, Verbrauchs-, bzw. Leistungswerte der Position vergleichbar mit jenen der AG-internen Datenbank (falls in diesem Detaillierungsgrad vorhanden), der AG-seitigen realistischen Preisschätzung (Preisermittlung) oder jenen von Richtzeitwerttabellen (z.B. *Lugner/Stimpfl*, etc.).
- Wie wurden Leistungs-, Verbrauchs-, bzw. Leistungswerte der zu untersuchenden Position im Verhältnis zu ähnlichen Leistungspositionen im K-7 Blatt angesetzt?
- Sind die K-Blätter in sich schlüssig? Wurde der K-3 Lohn, der K-4 Preis für ein Baumaterial, der K-5 Preis für eine Einbaupartie oder ähnliches, bzw. der K-6 Gerätepreis aus diesen Kalkulationsformblättern heraus- und für die Detailkalkulation ins K-7 Blatt hereingenommen? Wenn die Werte (Ansätze) nicht übereinstimmen: Sind die Ab- oder Aufpreisungen plausibel erklärbar?

---

<sup>276</sup> Und auch jene vom kalkulierten Wagnis, von den Geschäftsgemeinkosten und vom Gewinn

<sup>277</sup> Vgl. dazu *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004, S. 154

<sup>278</sup> Vgl. dazu *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien (22.11.2000), Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, S. 216

#### 2.3.4.2.3 Instrument Preisspiegel

Der AG sollte aufbauend auf seiner Analyse des LV die wesentlichen Positionen EDV-mäßig einer Preisspiegelung unterziehen. Darüber, was unter den wesentlichen Positionen des LV zu verstehen ist, verschweigt sich das BVergG. Unter den wesentlichen Positionen des Auftrags sind jene zu verstehen, die einen maßgeblichen Anteil am Gesamtpreis bzw. Abrechnungspreis ausmachen. Im Zuge einer vorangegangenen, sorgfältigen Ausschreibung war der AG (zumindest auf den ersten Blick) ohnehin durch das BVergG dazu angehalten, diese Positionen als wesentlich zu kennzeichnen, da § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG bei der vertieften Angebotsprüfung auf diese abstellt. Allerdings muss betont werden, dass es sich bei § 80 BVergG<sup>279</sup> um eine „Kann-Bestimmung“ handelt und der AG offenbar nicht dazu gezwungen werden soll, eine derartige Kennzeichnung vorzunehmen. Auch schließt § 125 BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung für nicht als wesentlich gekennzeichnete Positionen nicht aus. Dies ergibt sich schon daraus, dass im Fall der Nichtkennzeichnung es wohl auch „wesentliche“ Positionen geben wird müssen, die einen maßgeblichen Anteil am Angebotspreis haben und die geprüft werden können. Offenbar soll dem AG eine gewisse Freiheit in der Ansicht über die Wesentlichkeit einer Position gewährt werden und darüber, welche Positionen vertieft geprüft werden können.

Jedenfalls geht es beim Preisspiegel, den der AG durchführen sollte, um solche Positionen, die maßgeblichen Anteil am Gesamtpreis haben. Eine A/B/C-Analyse des LV mit EDV-Unterstützung kann diese herausfiltern, falls dies noch nicht geschehen sein sollte. Preisliche Ausreißer in einzelnen Positionen können auf diese Weise sichtbar gemacht werden, sofern nicht alle Bieter die selbe Spekulation getätigt haben (weil z.B. der Mangel der Ausschreibung derart augenfällig war) oder alle Bieter zufällig sehr ähnliche Preise in den wichtigen Positionen anbieten. Deshalb ist es mittels eines Preisspiegels auch grundsätzlich nicht möglich, das vorliegende Preisniveau festzustellen. Der Realitätsbezug<sup>280</sup> und die Vergleichbarkeit der einzelnen wesentlichen Positionspreise ist aber gegeben, da hier Preise gegenübergestellt werden, die im Wettbewerb um genau die selbe ausgeschriebene Bauleistung und unter gleichen Randbedingungen zustande gekommen sind.

#### 2.3.4.2.4 Instrument Kostenschätzung und Preisermittlung des AG

---

<sup>279</sup> § 80 Abs. 4 BVergG. „Der AG *kann* in den Ausschreibungsunterlagen die als wesentlich geltenden Positionen angeben.“

<sup>280</sup> Dies ist bei Preisen aus z.B. Preisdatenbanken, in denen Preise aus vorangegangenen Projekten gespeichert wurden, oft ein Problem.

Die realistische Kostenschätzung des erfahrenen AG dient zwar primär der Angemessenheitsbeurteilung des Angebotspreises, kann aber auch zur Enttarnung spekulativer Preise in einzelnen Positionen beitragen. Optimal wäre eine komplette Preisermittlung zumindest der wichtigsten Positionen des LV in einer bieterähnlichen Vorgangsweise durch einen in der Baupreisermittlung routinierten Kalkulanten, der vielleicht selbst schon Kalkulationserfahrung in einem Unternehmen sammeln konnte und Preisumlagerungen durchgeführt hat.

Ein sich dabei ergebender positiver Nebeneffekt für den AG wäre, dass eine unabhängige Kontrollinstanz in Person des AG-seitigen Kalkulanten die Ausschreibung auf Mängel und Fehler (eigentlich als „Abfallprodukt“ der Haupttätigkeit, nämlich der Preisermittlung) durchkämmt und etwaige vergessene Änderungen<sup>281</sup> erkennt.

Womit wir schon bei einer wichtigen Voraussetzung für den Realitätsbezug und die Präzision einer Preisschätzung sind: Optimaler Zeitpunkt der Durchführung einer solchen Preisermittlung ist mE kurz vor Behebung der Ausschreibungsunterlagen durch die Unternehmer (Bieter), aber so rechtzeitig, dass erkannte Mängel behoben und Änderungen sowie der letzte Informationsstand noch in das „Amtsprojekt“ eingearbeitet werden können.

Wichtige Voraussetzung für den Realitätsbezug und die Präzision der Preisschätzung ist nämlich, dass die Kalkulation der Bieter und jene des AG-seitigen Kalkulanten auf dem selben Informationsniveau (Informationsstand) der Ausschreibung aufbauen. Eine möglichst kurze Zeitspanne zwischen Erstellung der Preisschätzung und Einholen der Angebote erscheint auch vor dem Hintergrund von möglichen zeitlichen Preissteigerungen der Kostengrundlagen sinnvoll - Stichwort Preisumrechnung veränderlicher Preise. Demnach ist es wirklichkeitsfremd eine Preisschätzung (sofern es sich nicht um eine grobe Erstschätzung zur ungefähren Budgetierung handelt) in einem frühen Projektstadium vorzunehmen, wenn noch zahlreiche Änderungen oder Detaillierungen ausstehen.

Trotz alledem darf man sich realistischer Weise nicht der Illusion hingeben, dass mit einer aktuell zutreffenden Preisschätzung der Angebotspreis des Bestbieters bzw. sogar genaue Positionspreise wesentlicher Positionen auf Punkt und Beistrich prognostiziert werden können. Zu viele Einflussfaktoren und v.a. die subjektive Situation des Bieters bei der Preisgestaltung kann nie genau nachvollzogen werden, sei die Schätzungskalkulation des AG noch so sorgfältig durchgeführt worden. Dem BVA und auch dem deutschen Vergabehandbuch ist bewusst, dass hier mit Ungenauigkeiten zu rechnen ist. Dementsprechend hält das BVA<sup>282</sup> eine Abweichung eines zuschlagswürdigen Angebotes

---

<sup>281</sup> Beispielsweise wurde, wie so häufig, eine mehrfach wiederholte Planänderung vorgenommen, diese jedoch mengenmäßig nicht im LV oder der Baubeschreibung berücksichtigt – Spekulationen und Meinungsverschiedenheiten können so vorprogrammiert sein.

<sup>282</sup> BVA 8.10.1997, N-18/97-17

mit 12 Prozent von der Preisschätzung des AG als durchaus im üblichen Rahmen – eine spekulative Preisgestaltung (im gegenständlichen Bescheid: Mengenspekulation) - ist daraus, trotz der preislichen Auffälligkeiten in einigen Positionen (diese waren t.w. ungewöhnlich niedrig), nicht erkennbar, so die Ansicht des BVA. Das deutsche Vergabehandbuch stellt bei der Preisangemessenheitsprüfung (nicht bei der Enttarnung spekulativer Preise), auf „erhebliche“ Abweichungen eines Angebotspreises von der aktuell zutreffenden Preisermittlung des AG ab, um Zweifel an der Angemessenheit erst überhaupt aufkommen zu lassen.<sup>283</sup> Es lässt sich erkennen, dass man in Bezug auf die preisliche Treffsicherheit einer Angebotspreisprognose per AG-seitiger Preisschätzung keine allzu großen Ansprüche stellen darf. Was für den Angebotspreis gilt, wird in aller Regel erst Recht für Positionspreise gelten, die einer noch viel höheren Schwankungsbreite unterworfen sind. Trotzdem wird eine sorgfältig durchgeführte Preisschätzung bei der Enttarnung spekulativer Preise hilfreich sein. Der AG erhält ein besseres Preisgefühl für die einzelnen (Positions-) Preise, er kennt sein Angebot (mit den meisten Schwachpunkten) besser und hat einen erweiterten Informationsstand, in welchen Positionen ein spekulatives Potential lauern könnte.

Mit dem gezielten Vergleich der neuralgischen Positionspreise (Einheitspreise) der Preisschätzung mit jenen des Angebots, sollte der AG Aufschluss über die Art der Preisverschiebungen und der daraus resultierenden Nachteile erlangen. Im Zweifelsfall sollten parallel dazu die Kostenansätze in den K-Blättern und Protokolle von den Aufklärungsgesprächen (falls diese schon stattgefunden haben) zur Beurteilung beigezogen werden.

Beide, vertiefte Angebotsprüfung und Aufklärung, sind ohnehin nach BVergG verpflichtend vorzunehmen, wenn preisliche Auffälligkeiten bzw. Unklarheiten vorhanden sind.<sup>284</sup>

#### 2.3.4.2.5 Instrument Preisdatenbank des AG

Die Anwendung von Preisdatenbanken des AG kann bei der Erkennung spekulativer Preise hilfreich sein, wenn die gespeicherten Erfahrungswerte regelmäßig aktualisiert werden, die genauen Umstände bekannt sind, unter denen die Preise in der Vergangenheit entstanden sind, und der fachkundige AG im Stande ist, die Preisdatensätze an die gegebenen Verhältnisse anzupassen. Nachdem sich gerade veränderte Umstände bei der Leistungserbringung (dies können bautechnische, baubetriebliche, saisonale, vertragsrechtliche, gesetzliche, kalkulatorische [z.B. Umlage von Baustellengemeinkosten,..],

---

<sup>283</sup> *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion, VOB-Teile A und B, Kommentar, Werner Verlag 16.Auflage, S. 716

<sup>284</sup> Siehe § 125 Abs. 3 BVergG

etc. sein) im Bauwesen oft sehr stark in preislichen Abweichungen niederschlagen, ist eine Anpassung mit Bedacht und großer Erfahrung durch den kompetenten AG vorzunehmen. In diesem Zusammenhang kann es durchwegs zielführend sein, sich nicht auf die Verwendung reiner Preisdatenbanken zu verlassen, sondern zu einer kombinatorischen Anwendung von Preisdatenbank und punktueller Preisschätzung zu greifen. Grundsätzlich wäre es bei Verwendung von Datenbanken sinnvoll, wenn der AG nicht nur reine Preise von vorangegangenen Projekten speichert, sondern auch Verbrauchs- und Aufwandswerte für einzelne wiederkehrende und wesentliche Bauleistungen (Positionen). Die Schätzung der Positionspreise könnte dann unter Verwendung dieser abgespeicherten Werte erfolgen. Der Vorteil liegt in der größeren zeitlichen Stabilität der Aufwands- und Verbrauchswerte gegenüber reinen Preisen, wodurch ein Vergleich auf dieser Basis als treffsicherer erscheint. Der Nachteil liegt im großen Aufwand des Betriebes und der Erstellung der Datenbank. Diese muss laufend aktualisiert und erweitert werden, um die Verhältnisse bei der Leistungserbringung zu dokumentieren. Weiters ist eine größere Anzahl an Datensätze zu speichern als bei einer reinen Preisdatenbank, weil sie um einiges detaillierter ausfällt. Ist ein Rückgriff auf solche Werte nicht möglich, muss mit Arbeitszeittabellen und Richtwerten das Auslangen gefunden werden, die dann jeweils an die gegebenen Verhältnisse des aktuellen Bauvorhabens anzupassen sind.

Abschließend kann zur Verwendung von Preisdatenbanken gesagt werden, dass hier wegen der unzähligen Störfaktoren (Einflussfaktoren) mit großer Vorsicht vorgegangen werden muss und dass offensichtlich nur unerklärlich wenige öffentliche AG eine solche besitzen.<sup>285</sup>

#### 2.3.4.2.6 Die Rolle von Aufklärungen beim Erkennen von Spekulationen

Zum Prüfungsschritt der vertieften Angebotsprüfung (anhand der K-Blätter) eigentlich dazugehörend sind die Aufklärungen des Bieters. Sie sind, wie schon mehrfach erwähnt, u.a. immer dann verpflichtend vom Bieter zu verlangen, wenn es um die Beseitigung von Unklarheiten bei oder um nähere Erläuterungen zu der Kalkulation (K-Blätter) geht.

Aufklärungen und Erläuterungen des Bieters spielen aber auch bei der Aufdeckung spekulativer Preise eine sehr wichtige Rolle, da ihnen das Potential innewohnt, einen Preis, der auf den ersten Blick spekulativ (unangemessen) niedrig wirkt, also scheinbar unangemessen ist, als angemessen und plausibel darzustellen.

---

<sup>285</sup> Vgl. dazu *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, S. 205

Durch die Erläuterungen des Bieters wird das subjektive Erklärungspotential des Unternehmers aktiviert, welches den vorher spekulativ unangemessenen Positionspreis angemessen und plausibel machen kann. Dieses Erklärungspotential des Bieters ist bei der Beurteilung des Positionspreises (Einheitspreises) vom AG in die Überlegungen und die Wertung einzubeziehen.

Dies ergibt sich schon aus dem BVergG, nach dem der AG „besondere Vorteile“, über die der Bieter bei der Leistungserbringung verfügt, bei der Angebotsprüfung berücksichtigen muss.<sup>286</sup> Es versteht sich von selbst, dass der Bieter die Beweislast trägt und seine Erläuterungen schlüssig nachweisen muss, andernfalls von einer missglückten Aufklärung auszugehen ist, was das Ausscheiden des Angebotes zur Folge haben kann,<sup>287</sup> m.E. im Fall des auffallend niedrigen (spekulativen) Positionspreises zur Folge haben muss (siehe dazu die Ausführungen unter Punkt 2.3.4.2.2).

Denn: was für die unterlassene Aufklärung durch Nichtoffenlegung der K-Blätter gilt, muss m.E. nach auch für die missglückte Aufklärung des Bieters gelten (Aufklärung entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung), da dem Verdacht auf einen spekulativen Preis nichts Stichhaltiges entgegengebracht werden kann. Der „an sich unerklärliche“ (spekulative) Preis bleibt trotz versuchter Aufklärung unerklärt und das Angebot muss ausgeschieden werden. Das BVergG sieht u.a. die Überprüfung einer preislichen Rangordnung vor, nach der höherwertige Leistungen gegenüber geringerwertigen Leistungen grundsätzlich und relativ teurer angeboten werden müssen. Entdeckt der AG dabei eine Diskrepanz in der Rangfolge, so hat ein Nachfragen beim Bieter zu erfolgen, das diesem ermöglichen soll, seinen Standpunkt darzulegen. Kann der Unternehmer aus seiner Sphäre heraus die Unklarheit nachvollziehbar beseitigen, so ist in diesem Punkt die Ordnung wieder hergestellt. Kann er dies nicht, so wird der Verdacht der Spekulation bestehen bleiben, was nachteilige Folgen für den Bieter hat.

Spekulative Preisverschiebungen treten im LV auf Positionsebene oft paarweise auf, d.h. es werden einige Positionen in ihrem Einheitspreis verbilligt und andere überteuert angeboten. Hat der AG durch intensive Beschäftigung mit seiner Ausschreibung einen hohen Informationsgrad über sein Projekt erlangt (z.B. durch ein Ausschreibungscontrolling oder eine selbst erstellte Preisberechnung mit Einbezug aller aktualisierten Daten des Projekts (vgl. Punkt 2.2.4.2.3.), etc.), so wird er i.d.R. diese Problematik im konkreten Bauvorhaben erkennen und bei den neuralgischen Positionen beim Bieter gezielt nachfragen können. Die Auskunft des Bieters wird dann die Annahme einer spekulative Verschiebung seitens des AG

---

<sup>286</sup> Siehe § 125 Abs. 5 BVergG

<sup>287</sup> Siehe § 129 Abs. 2 BVergG

entweder indirekt bestätigen oder nicht (weil der Bieter den Preis hinreichend erklären konnte).

Bei der Diskussion des Instruments „K-Blätter“ (Punkt 2.3.4.2.2) zur Aufdeckung spekulativer Angebote wurde die Änderung des § 98 Z 5 BVergG 2002 von einer zwingenden („Muss“-) Bestimmung in nunmehr eine „Kann-Bestimmung“ des § 129 Abs. 2 BVergG, als begrüßenswert erachtet und eine negative Folge für den AG angeführt. Bei der alten Regelung ergab sich als eine weitere nachteilige Folge, dass der Bieter es mit dem Instrument „Aufklärung“ in der Hand hatte, den Vergabewettbewerb direkt zu beeinflussen, indem er das vergaberechtliche Ziel der Zuschlagsfrist aushebelte.

In der Sprache des Zivilrechts wird die Zuschlagsfrist als „Gebundenheitsfrist“<sup>288</sup> bezeichnet. Wie der Name schon vermuten lässt, soll der Offerent (der Bieter) innerhalb dieser Zeitspanne zu seinem Angebot stehen, also an dieses gebunden sein und nicht die Möglichkeit haben, dieses vorzeitig zurückzuziehen. Bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge wird die Bindung des Bieters an sein Angebot monetär in Form eines Vadiums besichert, welches eine Art pauschalierten Schadenersatz darstellt (i.d.R. geschieht dies durch eine Bankgarantie die max. 5 Prozent des geschätzten Auftragswerts beträgt). Zieht der Bieter sein Angebot vor Ablauf der Zuschlagsfrist von sich aus zurück, so verfällt das Vadium zugunsten des AG (falls das Angebot des betreffenden Bieters das günstigste war, besteht theoretisch auch die Möglichkeit den Differenzbetrag zum teureren Angebot, dem der Zuschlag letztlich erteilt wurde, auf dem zivilrechtlichen Wege in Form einer Schadenersatzforderung einzuklagen).

Man kann daraus unschwer erkennen, dass die Bindung des Bieters an sein Angebot während der Zuschlagsfrist einen vergaberechtlich hohen Stellenwert besitzt.

Der Hintergrund besteht darin, dass andernfalls (Zurückziehen jederzeit sanktionslos möglich) der Vergabewettbewerb zu Farce verkommen würde, da es dann jedem Bieter freigestellt wäre, sein Angebot bei genauer Kenntnis des Preisniveaus und der Preise der Konkurrenten selbst aus dem Wettbewerb zu nehmen, um z.B. seine Gewinne zu optimieren („Abstand zum Zweitbieter zu groß - wäre noch mehr drinnen gewesen“).

Genau diese Möglichkeit hatte aber ein Bieter nach der zwingenden Ausscheidungsbedingung des BVergG 2002, wenn auch nur passiv, da er mit der Verweigerung bzw. der absichtlich mangelhaften Aufklärung das Ausscheiden seines Offertes steuern konnte. Das Gleiche galt für die K-Blätter, denn auch die Kalkulationsformblätter konnten dabei vom Bieter als Steuerungsinstrument für den Ausschluss missbraucht werden, wenn der AG diese zur Preisprüfung im Zuge von

---

<sup>288</sup> Im bürgerlichen Recht kommt ein Vertrag i.d.R. durch ein dreitaktiges Verfahren zustande: 1. Offert. 2. Gebundenheitsfrist, 3. Annahme

Aufklärungen nachträglich angefordert hatte (Nichtoffenlegung bzw. die Vorlage mangelhafter K-Blätter).

Aufklärungsgespräche sind ev. auch im Zusammenhang mit einer Umlage von Gemeinkosten von Relevanz: Falls die Baustellengemeinkosten nicht in eigenen Positionen ausgeschrieben wurden, muss der Bieter diese auf andere Positionen umlegen. Zur Überprüfung, ob diese auch auf die geforderten Positionen des LV umgelegt worden sind, kann sich der AG der Auskunft des Bieters bedienen, um die Umlage nachzuvollziehen (vgl. Punkt 2.3.4.2.2.).

Der Grundsatz, dass Aufklärungsgespräche niemals den Bieter im Wettbewerb besser stellen darf, gilt selbstverständlich auch hier: Werden Preisverschiebungen in einzelnen Positionen aufgedeckt und der Bieter klärt mangelhaft auf, so ist darauf abzustellen und es darf nicht der Fall eintreten, dass in den betreffenden Positionen ev. nachträgliche Änderungen der Preiszusammensetzung vorgenommen werden, um den Preis „doch“ erklären zu können (Verhandlungsverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter).

#### 2.3.4.2.7 Instrument Angebotspreissimulation

Eine Simulationsmethode, um die Auswirkungen einer Mengenspekulation auf den Gesamtpreis abzuschätzen, stellt die Angebotspreissimulation dar. Im Gegensatz zur vertieften Angebotsprüfung der K-Blätter stellt sie nicht auf eine detaillierte Teiluntersuchung einzelner wichtiger Positionen ab, sondern hat den Preis des gesamten Angebots an sich, sowie dessen Veränderung bei auftretenden Vordersatzänderungen, im Auge. Es kann eine Anwendung auf sämtliche für den Zuschlag in Frage kommende Angebote erfolgen, wodurch ein simulierter fiktiver Bestbieter im Ergebnis herauskommt.

Die Angebotspreissimulation kann nicht nur bei Spekulationsangeboten wichtige Hinweise liefern, sondern generell die Auswirkungen von Massenveränderungen darstellen<sup>289</sup>, beispielsweise, wenn diese dem AG erst während der Angebots- oder Zuschlagsfrist bekannt werden (z.B. aus Gründen, welche den Bietern unbekannt sind, also ohne Möglichkeit mit Spekulationen darauf zu reagieren). Die aus der Simulation erlangte Information über den preislichen Niederschlag einer solchen Mengenänderung kann so dem AG im weiteren bei einer etwaigen Entscheidung über einen Widerruf des Vergabeverfahrens dienen, falls der AG diese Möglichkeit in Erwägung zieht.

---

<sup>289</sup> Siehe dazu auch Pkt. 2.3.3.6 „Angebotspreissimulation und Bieterreihenfolgesturz bei Mengenänderungen“

Die Angebotspreissimulation kann in Form folgender Berechnung dargestellt werden:<sup>290</sup>

Tatsächlicher Angebotspreis  
- Voraussichtliche Mengenminderung x spekulativ niedriger Einheitspreis  
+ Voraussichtliche Mengenmehrung x spekulativ hoher Einheitspreis  
= fiktiver Angebotspreis (Wertungssumme)

Das Ergebnis ist ein fiktiver Angebotspreis, der als Wertungssumme in die weiteren Überlegungen des AG eingehen wird. Nimmt der AG eine Angebotspreissimulation z.B. für die ersten fünf gelegenen Bieter vor, so kann sich ein generell neues Ranking der Angebotspreise ergeben. In diesem Fall ist ein Bietersturz eingetreten, der v.a. bei Abrutschen des präsumtiven Bestbieters auf einen weiter unten gelegenen Platz von Interesse sein wird. Je knapper die erst gelegenen Angebote zusammenliegen, desto wahrscheinlicher der Eintritt eines Reihenfolgesturzes. Umgekehrt wird nach *Kropik*<sup>291</sup> ein großer Preisabstand kaum egalisiert werden können.

Selbst beträchtliche Mengenänderungen werden nach Ansicht *Kropiks* zu keinem Bieterreihenfolgesturz führen.

Genau genommen handelt es sich bei der Angebotspreissimulation also nicht um ein Instrument, um spekulative Preisverschiebungen an sich aufzudecken, sondern um die monetäre Eingrenzung der Folge von Spekulationen nach dem Wissensstand des AG.

Die Berechnungsmethode fordert als Input vom AG die voraussichtlich eintretenden Mengenänderungen und kann dementsprechend im Ergebnis nur so zutreffend sein, wie die Eingangsparameter des AG realistisch sind. Man erkennt daraus das Risiko, welches dieser Methode anhaftet. Daher ist der Einsatz der Angebotspreissimulation mE nur dann geboten und sinnvoll, wenn der AG seine Ausschreibung in allen neuralgischen Punkten sehr gut kennt und einen hohen Informations- und Erfahrungsgrad besitzt, welcher ihm die Einschätzung der auftretenden Mengenänderungen erlaubt. Andernfalls begibt sich der AG selbst (unnötig) auf ein spekulativ unsicheres Terrain, welches die Grundlage einer falschen Zuschlagsentscheidung sein kann.

Folgt man der Systematik der Simulationsformel, müsste konsequenter Weise auch der Preis jener Leistungspositionen, von denen der AG bereits vor Ende der Zuschlagsfrist mit Sicherheit weiß, dass sie nicht zur Ausführung gelangen werden (entfallende Leistungen) jeweils vom tatsächlichen Angebotspreis abgezogen werden. Dies ergibt sich formalistisch

---

<sup>290</sup> *Schelle*, Wirtschaftlichkeitsrechnungen für die Angebotswertung im Bauwesen, Werner Verlag Düsseldorf, 1. Auflage, 1992

<sup>291</sup> *Kropik* in Sachs, Schwerpunkte II zum BVerfG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.162

durch Abzug des Produkts aus dem (gesamten) Vordersatz der entfallenden Position und dem Einheitspreise<sup>292</sup> (siehe Formel), wodurch dann die Wertungssumme von die entfallenden Positionen bereinigt wird. Die fiktiven Angebotspreise würden jedenfalls an Aussagekraft dazugewinnen, ebenso wenn der AG schon bei der Angebotspreissimulation das Eingreifen der 20%-Klausel der ÖNORM B 2110 mit einbezieht, nach der ab einer Mengenänderung von +/- 20 Prozent in bestimmten Fällen neue Einheitspreise unter Berücksichtigung der Mehr- bzw. Minderkosten zu vereinbaren sind.

Dieser Gedanke könnte noch weiter verfolgt werden, indem der AG als Mengenerhöhung z.B. ganze Zusatzleistungspositionen, von denen er denkt, dass sie erforderlich werden, auf Vertragspreinsniveau des jeweiligen Bieters kreiert und diese in der Wertungssumme in Ansatz bringt. Jedenfalls wäre eine solche Vorgangsweise aus Sicht des AG verständlich, da er bestrebt ist, dem Angebot mit der geringsten Abrechnungssumme den Zuschlag zu erteilen. Letztlich entsprechen solche Überlegungen auch jenen des spekulierenden Bieters (voraussichtlich entfallende Leistungen werden z.B. sehr niedrig ausgepreist und bei vorabsehbaren Zusatzleistungen in ein bieterinternes Zusatz-LV spekulativ umgeschichtet). Zweifellos stellt aber eine derartige Angebotspreissimulation einen großen nachträglichen Eingriff in den Vergabewettbewerb dar, natürlich nur, sofern die Wertungssumme (der fiktive Angebotspreis) tatsächlich einen Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung hat, der AG den fiktiven Angebotspreis also in diese eingehen lässt bzw. sie auf dem fiktiven Angebotspreis aufbaut. Es werden eigentlich Szenarien simuliert werden, die eine starke Abweichung von der realen Ausschreibung (Mengen und t.w. ganze Positionen des „amtlichen“ LV werden verändert) verkörpern und dem nachträglichen Verhandlungsverbot des BVergG<sup>293</sup> über eine Angebotsabänderung widersprechen.

Das BVA ist allerdings der, m.E. falschen Ansicht, dass Positionen, die Leistungen beschreiben, welche nicht zur Ausführung gelangen werden oder können, bei allen Bietern bei der Ermittlung des Gesamtpreises zwecks Hintanhaltung eines Preissturzes außer Acht zu bleiben haben.<sup>294</sup> Deshalb kommt es gemäß der Entscheidung des BVA auch nicht auf eine allfällige Unterpreisigkeit des Angebots in diesem Punkte an. Das bedeutet, dass die Positionspreise der überflüssigen Positionen, so wie dem Konzept der Angebotspreissimulation entsprechend, nachträglich herauszurechnen sind und erst dann eine Angebotsbeurteilung unter Einbezug der Angebote der Mitbewerber erfolgen kann.

---

<sup>292</sup> Bei der entfallenden Position entspricht die Mengenminderung dem gesamten Positionsvordersatz (Siehe Formel)

<sup>293</sup> Siehe dazu § 101 Abs. 4 BVergG. „Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.“

<sup>294</sup> BVA 11.1.2002, N-126/01-25

*Latzenhofer*<sup>295</sup> ist der zutreffenden Ansicht, dass die Bieter wohl nicht besonders erfreut sein werden, wenn die Grundlagen ihrer Kalkulation im nachhinein geändert werden und sieht wohl eher einen Widerrufgrund, da bereits vor der Vergabe ersichtlich wird, dass das ausgeschriebene Leistungsverzeichnis fehlerhaft ist und richtigerweise anders zu erstellen wäre.

Es stellt sich also die Frage, inwieweit der simulierte fiktive Angebotspreis als Wertungskriterium in die Beurteilung spekulativer Bieterangebote eingehen soll. Das Nachreihen oder Ausscheiden eines Angebotes mit dem fiktiven Angebotspreis zu begründen, ist jedenfalls unzulässig.<sup>296</sup> „Versuche sind unzulässig, durch „Berichtigungen“ von nachträglich erkannten Ausschreibungsfehlern (z.B. falsche Mengenvordersätzen) eine Umreihung der Angebote herbeizuführen.“<sup>297</sup> Nach einer Empfehlung der B-VKK hat sich der AG an die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien zu halten (er ist daran gebunden) und es ist nicht zulässig, ein Angebot im Zuge der Angebotsprüfung zu verändern, mögen sich auch die der Kalkulation zugrundeliegenden Mengenangaben nach Ansicht des Auftraggebers als nicht unbedingt erforderlich erweisen.<sup>298</sup>

Was dem AG allerdings nicht zu verwehren sein wird, ist die weitere genaue Betrachtung der Spekulationsangebote (weitere vertiefte Preisprüfung einzelner wichtiger Positionen) mit dem Ergebnis der Angebotspreissimulation im Hinterkopf.

Normalerweise wird der AG ohnehin durch die der Simulation schon vorangegangene vertiefte Angebotsprüfung über einzelne preisliche Auffälligkeiten auf Positionsebene genau Bescheid wissen und nun, mit Kenntnis des Simulationsergebnisses, diese in einem anderen Lichte sehen. Ist trotz der spekulativen Preisverschiebungen kein Bietersturz eingetreten, so wird der AG über einzelne unangemessene Preise in Positionen des präsumtiven Bestbieters wohl leichter hinwegsehen können. Wie solche Angebote vergaberechtlich genau zu behandeln sind, wird noch an anderer Stelle diskutiert werden (siehe Punkt 2.3.4.3.).

Der AG wird sich nur auf einen Ausscheidungsgrund gemäß BVergG berufen können (hier auf die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) und niemals direkt auf eine AG-interne Wertung der Angebote, die auf nachträglich veränderten Mengenannahmen des AG basiert, bzw. auf vermutlich entfallenden und/oder zusätzlichen Positionen, die ebenfalls

---

<sup>295</sup> *Latzenhofer*, Irrelevanz von Unterpreisen in einzelnen Positionen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass diese Positionen nicht zur Ausführung gelangen werden?, ZVB 2002/27

<sup>296</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 13

<sup>297</sup> Siehe *Kropik*, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2. Auflage (2001), S. 158

<sup>298</sup> B-VKK 29.01.1999, S-5/99-9

auf einer AG-Annahme aufbauen. Auf der anderen Seite wird die Simulation mit ihrem Ergebnis im Hintergrund der Angebotswertung einwirken und den Ermessensspielraum des AG entsprechend einengen oder erweitern. Letzteres wohl dann, wenn die Angebotspreissimulation ergibt, dass kein Bieterreihenfolgesturz zu erwarten ist.

#### 2.3.4.2.8 Resümee zum Erkennen spekulativer Angebote

Abschließend zur Problematik des „Erkennens von Spekulationen“ kann die Verwendung mehrerer Hilfsmittel (Instrumente der Angemessenheits- und vertieften Angebotsprüfung) zusammen empfohlen werden.

So ergibt sich im besten Fall aufbauend auf einem ersten Verdacht auf spekulativ-unangemessene Preise, eine Indizienkette, die bis auf die Positionsebene zur Feststellung einer spekulativen Preisverschiebung führt. Die Prüfung der K-Blätter unter den angegebenen Kriterien (siehe detailliert Punkt 2.3.4.2.2.; sind z.B. die Ansätze im K-7 Blatt schlüssig und vergleichbar mit ähnlichen Positionen, sind höherwertige Leistungen auch teurer angeboten, usw.) kann eine Spekulation erkennbar machen, da die K-Blätter den Kalkulationsvorgang mit den getätigten kalkulativen Ansätzen und Preisgrundlagen detailliert ausweist.

Die Auswirkungen einer Spekulation auf die Abrechnungssumme und in Hinsicht auf die Stabilität der Angebote (Bietersturz) kann abgeschätzt werden (Angebotspreissimulation), was aber einen detaillierten Wissenstand des AG über seine Ausschreibung voraussetzt. Diesen kann er u.a. durch die vertiefte Angebotsprüfung (anhand der K-Blätter) selbst erweitern. Macht der AG dabei grobe Einschätzungsfehler, so simuliert er bei der Angebotspreissimulation an der Wirklichkeit vorbei und erteilt eventuell nicht dem Bestbieter den Zuschlag.

Wie der AG nach Feststellung einer spekulativen Preisverschiebung nach dem BVergG vorgehen muss bzw. zweckmäßig vorgehen sollte, wird unter Punkt 2.3.4.3 (im Anschluss an Kapitel 2.3.4.2, in dem die Frage erörtert wird, ob spekulative Angebote eine vorvertragliche Warnpflicht verletzen,) behandelt.

#### 2.3.4.2 *Spekulationen vor dem Hintergrund der vorvertraglichen Warnpflicht*

Die Ursache der meisten Spekulationen liegt in einer mangelhaften Ausschreibung - an prominentester Stelle ist dabei meist ein fehlerhaftes LV zu finden. Nachdem der spekulierende Bieter aus naheliegender Interesse heraus bestrebt ist, diese Mängel und Fehler in den Ausschreibungsunterlagen zu seinem Vorteil im oft harten Preiswettbewerb

auszunützen, stößt man unweigerlich auf die Frage, ob ein solches Verhalten nicht vorvertragliche Prüf- und Warnpflichten des Bieters verletzt.

Der Bieter als potentiell zukünftiger Vertragspartner des AG hat auf alle Fälle dann eine Prüf- und Warnpflicht mit weitreichenden Konsequenzen, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen wurde. Dies besagt jedenfalls das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) und die ÖNORM B 2110.<sup>299</sup>

Jetzt könnte man bei konsequenter Weiterführung des Gedankens des bürgerlichen Rechts und der ÖNORM über die vertragliche Prüf- und Warnpflicht vermuten, dass dies für den Vertragspartner in spe auch schon vor der Zuschlagsentscheidung, also vor Vertragsschluss, gelten müsste. Zur Verifizierung der Vermutung und zur Ergründung des Hintergrundes des Gedanken der Prüf- und Warnpflicht bieten sich demnach das BVergG, als Regelungsmedium für die vorvertragliche Phase, und die Bestimmungen des ABGB, quasi als subsidiäre Urquelle der Prüf- und Warnpflicht, an. Auch könnte die ÖNORM B 2110 vielleicht eine Regelung über die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht enthalten, zumindest wäre eine solche Vermutung naheliegend, da es doch auch die „Bauvertrags-Norm“ ist, die solche einschlägigen Bestimmungen in der Vertragsphase enthält.

Ein Blick ins BVergG lässt allerdings eine Regelung über die Prüf- und Warnpflicht im vorvertraglichen Zeitraum vermissen. Dasselbe gilt für die ÖNORM B 2110: Eine Regelung über eine gegenseitige Sorgfaltspflicht in Bezug auf Geheimhaltungsinteressen, welche im Zusammenhang mit den K-Blättern und einem zu wahrenen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis von Interesse sein kann (vgl. Punkt 4), lässt sich beispielsweise unter § 23 BVergG<sup>300</sup> finden. Eine Bestimmung über die vorvertragliche Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht „Prüfen und Warnen“ hingegen nicht.

Inwieweit das ABGB eine derartige vorvertragliche Pflicht vorsieht, soll nun im Folgenden erläutert werden:

Das ABGB kennt die klassische vertragliche Prüf- und Warnpflicht, welche in § 1168a ABGB unter der Überschrift „Vereitlung der Ausführung“ zu finden ist. Ohne dabei zu sehr ins (juristische) Detail zu gehen, soll nun versucht werden, in aller Kürze den Regelungsgegenstand von § 1168a ABGB zu ergründen und auf welche bauwirtschaftlichen Aspekte dabei abgestellt werden könnte.

Wie der Wortlaut der genannten Überschrift im ABGB schon erkennen lässt, geht es dabei um mögliche Gründe, die eine ordnungsgemäße (mangelfreie) Erstellung eines Werkes vereiteln können. § 1168a ABGB nennt dafür die Begriffe „Stoff“ und „Anweisung“, die nicht

---

<sup>299</sup> Vgl. dazu § 1168a ABGB und die ÖNORM B 2110 Pkt. 5.9 "Prüf und Warnpflicht"

<sup>300</sup> § 23 BVergG „Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren, Verwertungsrechte“

nur im Sinne eines vom AG beigestellten physischen Stoffes<sup>301</sup> wie z.B. den Baugrund oder aber einer mündlichen Anweisung zu sehen sind, sondern in einem erweiterten Rahmen alle vom AG zur Verfügung gestellten stofflichen und anweisungstechnischen Beiträge, wie Statik, Vorarbeiten und Vorleistungen aus der AG-Sphäre, Ausschreibungsunterlagen, Bewehrungs-, und Schalungspläne, etc. beinhalten.

Ist der Stoff oder die Anweisung mangelhaft, so wird vom Bieter im Rahmen seiner durchschnittlich vorausgesetzten Fachkenntnis (gefordert ist die verkehrsbliche Sorgfalt<sup>302</sup>) verlangt, den AG zu warnen:

*„(...) Mißlingt aber das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenkundiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.“<sup>303</sup>*

Daraus lässt sich auch schon die Grundstruktur der Prüf- und Warnpflicht in der Vertragsphase erkennen: Offenkundig wird auf das Mislingen des Werkes, also die Unmöglichkeit der Erstellung und die Mangelhaftigkeit des Bauwerkes abgestellt. Der AG soll in erster Linie vor Schäden aufgrund technischer Mängel geschützt werden, die kraft bautechnischer Fachkenntnis des Unternehmers abgewendet werden sollen.

Warnt der Unternehmer im Rahmen seines Fachwissens und unter dem Maßstab pflichtgemäßer Sorgfalt vor einem offensichtlichen Fehler nicht, aus welchen Gründen auch immer, so haftet er für den Schaden (i.d.R. aber zurecht nicht alleine, da ja auch der AG als Verfasser/Bereitsteller des untauglichen Stoffes seinen negativen Beitrag geleistet hat).

Nicht gewarnt müssen demnach im Umkehrschluss Fehler und Mängel in der Ausschreibung, die der Bieter erst in der Abwicklungsphase des Vertrages erkennt, und welche keinen Einfluss auf das Gelingen des Werkes haben. Sich aufgrund solcher Fehler ergebende beträchtliche Mehrkosten sind hingegen dem AG zu melden, was aber in den inhaltlichen Regelungsbestand von § 1170 a Abs. 2 ABGB bzw. in jenen der einschlägigen Bestimmung der ÖNORM B 2110 fällt (beim Einheitspreisvertrag ist i.S. des § 1170 a Abs. 2 ein unverbindlicher Kostenvoranschlag anzunehmen). Ob seitens des Bieters auf diese vermutlich anfallenden beträchtlichen Mehrkosten schon vor Zustandekommen eines Vertrages hinzuweisen ist, wird im Anschluss kurz behandelt.

---

<sup>301</sup> Vgl. dazu *Schachinger*, Die Bauverzögerung, LexisNexis ARD ORAC (1999), S. 101

<sup>302</sup> Denkbares Beispiel zur Demonstration einer verkehrsblichen Sorgfalt wäre, dass der Unternehmer den Fehler im Bewehrungsplan erkennen muss, wenn in einem hoch Querkraft-beanspruchten Träger gar keine oder viel weniger Bügel als die Mindestverbügelung, angeordnet wurden. Andererseits übersteigt es den Anspruch an die pflichtgemäße Sorgfalt bei weitem, wenn der Unternehmer die Detailstatik des beauftragten Ingenieurbüros nachrechnen müsste, um einen Fehler zu finden.

<sup>303</sup> Teilzitat aus § 1168a ABGB

Das Warnen vor Fehlern in der Ausschreibung, die sich „nur“ in Form von Mehrkosten für den AG niederschlagen sind jedenfalls nicht von § 1168a ABGB erfasst.

Wie kann nun das bisher Erörterte über die vertragliche Prüf- und Warnpflicht auf die vorvertragliche Phase übertragen werden? Eine andere Möglichkeit als eine analoge Ausweitung des Gedankens von § 1168a ABGB besteht mangels direkt zurückgreifbarer Rechtsquelle (Einzelbestimmung) nicht. Auch Literatur und Rechtsprechung geben keine dezidierten Anhaltspunkte:

Entweder werden nur eher allgemeine Feststellungen gemacht (z.B. die Warnpflicht kann im Hinblick auf schon bestehende Schutz und Sorgfaltspflichten auch im vorvertraglichen Stadium gegeben sein), oder es wird auf allfälliges Verschulden bei Vertragsabschluss verwiesen.<sup>304</sup> Wichtiger Ansatzpunkt bei der Übertragung der Warnpflicht auf die Zeit vor Zustandekommen des Vertrages ist mE die Intensität der Beschäftigung des Bieters mit den Ausschreibungsunterlagen in der Phase der Angebotsbearbeitung. Muss also die Prüf- und Warnpflicht in gleicher Schärfe auf die Zeit der Angebotserstellung angewendet werden? Dazu *Kapellmann/Schiffers*<sup>305</sup>:

*„Der Bieter prüft die Ausschreibungsunterlagen in kurzer Frist, oft in Ermangelung von Plänen ohne wirkliche Detailkenntnisse des Objekts, er hat die Planung nicht erstellt, er hat die Feinheiten der Texte nicht ausgearbeitet - kurz, er prüft ein Objekt, für das er erst bietet und das er noch nicht in Auftrag hat.*

*Gerade das ist auch zu berücksichtigen: Der spätere Auftragnehmer kann und muss schon aus Gründen der Arbeitsvorbereitung „sein“ Objekt nach Auftragserteilung tiefgehend durcharbeiten. Der Noch-Bieter kann und muss diesen Aufwand noch nicht treiben. Seine „Durchdringungstiefe“ ist legitimerweise geringer.“*

*Kapellmann/Schiffers*<sup>306</sup> sind der richtigen Auffassung, dass also im Bieterstadium an die Prüfungsmöglichkeiten und Prüfpflichten andere Maßstäbe anzulegen sind als anschließend bei der Ausführung des Objekts. Die genannten Autoren erkennen bei Mengenfehlern im LV ausnahmsweise dann eine Hinweispflicht des Bieters, wenn die Mengendiskrepanzen sehr erheblich und offensichtlich sind, wenn also auf den ersten Blick ins Auge fällt, dass die Vordersätze bestimmter A-Positionen nicht richtig sein können und wenn damit gleichzeitig

---

<sup>304</sup> *Schopf/Karasek*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, Der Wirtschaftsverlag Wien, Auflage 2007, S. 148

<sup>305</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn. 228

<sup>306</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn. 226 und 228

ein Schluss auf schwere Rechen- oder Denkfehler des Ausschreibenden gezogen werden kann.

In die gleiche Kerbe schlägt Müller<sup>307</sup>: „*Meines Erachtens ist die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht – gegenüber jener während aufrechtem Vertragsverhältnis – geringer. Der Auftragnehmer hat noch keinen Auftrag. Er bietet erst mit, um ihn zu erlangen.*“ Der Durchdringungsgrad, mit dem der Bieter die Unterlagen durchsieht, ist nach Meinung des Autors geringer als während der konkreten Baudurchführung.

Auch der meist kurze Zeitraum für die Erstellung der Angebote spielt eine erhebliche Rolle für die Frage der Warn- und Hinweispflichten.

„*Warum soll der Auftragnehmer in kurzer Zeit im Vorfeld erkennen, was dem Auftraggeber trotz Einsatz eines Ziviltechnikers nicht aufgefallen ist?*“, so Müller im weiteren.

Ähnlich wie Kapellmann/Schiffers und Müller argumentiert auch Schopf,<sup>308</sup> dass dem Bieter umfangreiche unentgeltliche Prüfungen nicht zumutbar sind, gerade unter dem Aspekt, dass er gerade einmal für 5 - 10 Prozent der Angebote (unentgeltliche Erstellung) auch tatsächlich einen Auftrag erhält.

Eine vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht, aus der eine Pflicht des Bieters abgeleitet werden könnte, die Unterlagen des AG mit höchster Sorgfalt durchzuarbeiten und sämtliche Fehler aufzudecken, besteht nach Meinung Kropiks<sup>309</sup> grundsätzlich nicht. Bei der Vielzahl der zu bearbeitenden Angebote wäre diese entgeltlose Leistung gar nicht möglich und es kann auch vom Bieter nicht verlangt werden, die Eigeninteressen (Erlangung des Auftrags, Ausnutzung unvollständiger Ausschreibungen, usw.) den Interessen des AG unterzuordnen.

Die herrschende bauwirtschaftliche Meinung lehnt also richtigerweise die Anlegung eines strengen Maßstabs an die Prüf- und Warnpflicht in der vorvertraglichen Phase grundsätzlich ab.

Interessant wäre es aber nun zu hinterfragen, wie der Fall einzuordnen bzw. zu behandeln ist, wenn der Bieter „sehenden Auges“, also bewusst, einen Fehler in der Ausschreibung zu seinem Vorteil ausnützt, sprich, spekuliert. Dabei würde eine obige Argumentation<sup>310</sup> mit der Nichtzumutbarkeit einer übergenaue Prüfung der Ausschreibung und mit „Fehler hätte aus den Umständen bei der kurzen Angebotsbearbeitung heraus nicht auffallen müssen“ seitens des Bieters wohl ins Leere führen, da ihm ja der Fehler nicht nur tatsächlich aufgefallen ist, sondern er ihn auch nachweislich ausgenutzt hat – und das (natürlich) ohne den AG zu

---

<sup>307</sup> Müller, Anspruch auf Lohn - Mangelhafte Ausschreibungen Teil 2, SOLID – Baurecht Oktober 2005, Kanzlei Karasek, Wietzyk Rechtsanwälte Wien, S. 33

<sup>308</sup> Schopf/Karasek, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, Der Wirtschaftsverlag Wien, Auflage 2007, S. 113

<sup>309</sup> Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 – Anwendung und Umsetzung, Österreichisches Normungsinstitut, 1. Auflage (2002), S.34

<sup>310</sup> Wie jene von z.B. Kapellmann/Schiffers, Kropik und Schopf (siehe die Absätze weiter oben)

warnen (nachweisbar wäre die auf dem Ausschreibungsfehler basierende Spekulation z.B. mittels der Instrumente der Preisangemessenheits-, bzw. vertieften Angebotsprüfung, also auch mittels der K-Blätter). Es wäre dann aus Sicht des AG legitim, sich auf die vorvertragliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht des Bieters zu berufen, also auf culpa in contrahendo.

Neben der Klärung der Frage, ob diese Vorgangsweise für den AG a priori sinnvoll ist (spekulatives Angebot könnte trotzdem das beste sein und sicher billiger als ein Widerruf), müsste man sich an dieser Stelle das Ziel von § 1168a ABGB erneut vor Augen führen. Dieses soll im vorvertraglichen Stadium eine offensichtliche Unmöglichkeit der Werkerrichtung dem Ausschreibenden erkennbar machen, um eine mögliche Aufhebung oder Änderung der Ausschreibung zu ermöglichen.<sup>311</sup> Dementsprechend wäre also zu differenzieren, ob der nicht gewarnte Mangel in den Ausschreibungsunterlagen, auf dem die Spekulation beruht, die mangelfreie Errichtung des (Bau-)Werkes an sich vereiteln hätte können oder nicht. Stellt der Mangel keine Gefährdung des Vertragsziels dar und ist die Vergütung der aus dem Mangel entstehenden Leistungsänderung durch andere Vertragsbestimmungen (z.B. kraft Vereinbarung der ÖNORM B 2110) geregelt, so hätte er auch nicht zwingend gewarnt werden müssen.

Interessant ist mE die Ansicht von *Schopf*<sup>312</sup>, der in der vorvertraglichen Warnpflicht des Werkunternehmers nicht die Funktion sieht, den AG vor Ausschreibungsfehlern zu schützen und die Eigeninteressen des Bieters (Erlangen des Auftrags!) jenen des AG hintanzustellen. Der Bieter darf daher nach Ansicht *Reckerzügl*<sup>313</sup> grundsätzlich falsche Mengenangaben, vergessene Leistungen (die vermeintlich einzurechnen sind) oder falsche Angaben ohne relevante Auswirkungen zur Auspreisung eines möglichst günstigen Angebotes ausnutzen. Allerdings darf der spätere Auftragnehmer bei Nichtaufgehen der Spekulation keine Mehrkostenforderungen an den AG stellen, da er schließlich bewusst auf den Mangel in der Ausschreibung gesetzt hatte. Das bedeutet, dass der Bieter sein eingegangenes Spekulationsrisiko nicht nachträglich auf den AG abwälzen können soll – er hätte den AG auch auf den Fehler in den Ausschreibungsunterlagen aufmerksam machen können und das Risiko nicht wissentlich und freiwillig eingehen müssen.

Eine vorvertragliche Anzeigepflicht betreffend potentielle Mehrkosten für den AG (hier von Interesse: aus einer mangelhaften Ausschreibung) könnte, wie schon angeschnitten,

---

<sup>311</sup> Vgl. dazu *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien (22.11.2000), Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, S. 132

<sup>312</sup> *Schopf/Karasek*, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, Der Wirtschaftsverlag Wien, Auflage 2007, S. 150

<sup>313</sup> *Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien (22.11.2000), Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, S. 135

grundsätzlich aus § 1170a Abs. 2 ABGB abgeleitet werden. Jedenfalls besteht eine solche Pflicht gemäss dieses Paragraphen nach Abschluss des Vertrages, wenn sich die Überschreitung des Kostenvoranschlages ohne Gewähr als unvermeidlich und beträchtlich herausstellt. Dies soll dem AG ermöglichen, vom Vertrag, rechtzeitig und unter angemessener Vergütung der schon erbrachten Leistungsteile, zurücktreten zu können.

Die Rechtzeitigkeit des möglichen Rücktritts soll nach § 1170a ABGB wie folgt ermöglicht werden: „...Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat der Unternehmer dies dem Besteller unverzüglich anzuzeigen“, und als Sanktion: „widrigenfalls er den Anspruch wegen der Mehrarbeit verliert.“

Nun könnte argumentiert werden, dass der Bieter die spekulative Preisverschiebung aufgrund des erkannten Fehlers/Mangels in der Ausschreibung bereits in der vorvertraglichen Phase tätigt, genau genommen kurz nach Erkennen des Mangels, was sicherlich zutreffend ist. Das könnte wiederum bedeuten: Dem Bieter ist bereits zu diesem Zeitpunkt die unvermeidliche, beträchtliche Preisüberschreitung bekannt und er müsste diese sofort anzeigen, also: der Bieter hatte schon vor Zustandekommens des Vertrages eine Hinweispflicht.

Ist dies tatsächlich so bzw. muss der Bieter nun wirklich schon vorvertraglich die preisliche Überschreitung anzeigen? M.E. sind die Fragen zu verneinen, wofür mehrere Gründe sprechen:

Erstens steht m.E. die beträchtliche preisliche Überschreitung zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht als „unvermeidlich“ und sicher fest, da der AG sofort ab Vertragsschluss von seinem einseitigen Leistungsänderungsrecht (Anordnungsrecht) Gebrauch machen kann und die betreffende „überbeuerte“ Position anders (oder durch Dritte) erbringen bzw. entfallen lassen kann, z.B. weil er selbst erkannt hat, dass diese Teilleistung zur Überschreitung des Gesamtpreises führt, oder aus anderen Gründen, die zu einer Änderung dieser Bauleistung führen (Planänderung durch Nutzerwunsch od. erhöhte Planungsreife an sich, etc.).

D.h. der Bieter setzt bei seiner Spekulation unter Inkaufnahme eines Risikos auf den Eintritt eines Ereignisses in der Zukunft, welcher zumindest nicht sicher eintreten muss<sup>314</sup>. Deshalb kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass dem Bieter die beträchtliche Kostenüberschreitung schon vorvertraglich als unvermeidlich bekannt gewesen wäre. Als unvermeidlich kann dem Bieter eine Kostenüberschreitung nämlich frühestens dann bekannt sein, wenn seine Spekulation aufzugehen scheint, der Bieter also unmittelbar vor der Erbringung der „spekulativen“ Leistung steht. Dies wird aber erst nach Vertragsabschluss der Fall sein.

---

<sup>314</sup> Ein Risiko für den Bieter ist unabdingbares Element jeglicher Spekulation - Vgl. dazu Abschnitt 2.2.4.1 „Das Wesen spekulativer Angebote“:

In der Praxis wird oft die ausgeschriebene Leistung nach dem Zuschlag noch zur Vertragsleistung hinmodifiziert, also abgeändert, was das zuvor Gesagte weiter zu unterstützen scheint.

Zweitens muss der Unternehmer nach Vertragsabschluss ohnehin die Mehrkosten anzeigen (dann allerdings ohne Diskussion, von wenigen Ausnahmen<sup>315</sup> abgesehen), wodurch dem AG die Möglichkeit gegeben wird mit Vertragsrücktritt, Leistungsänderung oder Leistungsentfall steuernd zu reagieren.

Drittens geht § 1170a ABGB von einem bereits abgeschlossenen Vertrag aus, dem ein Kostenanschlag ohne Gewähr bereits zugrunde liegt. Eine Ausdehnung der Bestimmung auf ein vorvertragliches Rechtsverhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber ist aus dem Gesetzestext nicht zu erkennen. Eine grundsätzliche Warnpflicht in der Vorvertragsphase ließe sich mE nur bei einer exorbitanten Kostenüberschreitung, die auf einem schweren, offensichtlichen Fehler in der Ausschreibung basiert<sup>316</sup>, ableiten - dann aber auf Grundlage von § 1168a ABGB.

Viertens wird von *Krejci*<sup>317</sup> die Auffassung vertreten, der Besteller des Werkes habe dann kein begünstigtes Rücktrittsrecht aus § 1170a Abs. 2 ABGB, wenn die Überschreitung des Kostenvoranschlags auf schuldhafte Falschinformation oder sonstige Umstände auf Seite des AG zurückgeht, der Unternehmer also das Angebot auf einer fehlerhaften Grundlage aus der Feder des AG erstellt hat: *„Selbst wenn der Kostenvoranschlag verbindlich ist, darf der Unternehmer über den veranschlagten Preis hinausgehende Mehraufwendungen verlangen, wenn diese durch Umstände aus der Bestellersphäre verursacht wurden.“*

Klar erkennbar wird daraus die Zuweisung von Kostenüberschreitungen aufgrund einer mangelhaften Ausschreibung zur Sphäre des AG. Die auf Grundlage der falschen Ausschreibung zustande kommende Kostenüberschreitung muss vom AG geradezu erwartet werden und muss mE zumindest vorvertraglich auch nicht angezeigt werden.

Im bisher Gesagten wurde das Vorliegen einer beträchtlichen Überschreitung des Kostenvoranschlags (Einheitspreisvertrages) vorausgesetzt, was in der Vertragsabwicklungsphase jedenfalls zu einer Anzeige der Mehrkosten führen muss, will der

---

<sup>315</sup> Ausnahmen, bei denen eine Mitteilung an den AG entfallen kann: Offensichtlicher Mehrkostenanspruch (Leistungsänderung vom AG selbst angeordnet, Preiserhöhung aufgrund Mengenerhöhung, angeordnete zusätzliche Leistungen und ev. eine unbedingt für die Vertragserfüllung notwendige zusätzliche Leistung ohne AG-Anordnung)

<sup>316</sup> Vgl. dazu *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn. 226

<sup>317</sup> Siehe *Krejci* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 24 und 25 zu § 1170a ABGB

Unternehmer den Anspruch auf die Mehrarbeit nicht verlieren. Ab wann ist von einer beträchtlichen Überschreitung auszugehen?

Eine Überschreitung des Kostenvoranschlages ist nach *Krejci*<sup>318</sup> dann beträchtlich, wenn sie mehr als 15 Prozent beträgt, wobei die Umstände des Einzelfalles unterschiedliche Beurteilungen der Beträchtlichkeit ergeben können und bei der Angabe von Prozentsätzen Vorsicht geboten ist. Jedenfalls ist aber nach *Krejci* eine Überschreitung des Kostenvoranschlages um 30 Prozent beträchtlich i.S. des § 1170a Abs. 2. Ein Kostenvoranschlag dient grundsätzlich der Orientierung über die zu erwartenden Kosten, wobei Über- oder auch Unterschreitungen zu erwarten sind. Schon gar keine Anzeige muss bei unbeträchtlichen Kostenüberschreitungen erfolgen, erst recht nicht in der Vorvertragsphase: „*Unbeträchtliche Kostenüberschreitungen hat der Besteller auch ohne Vorwarnung zu akzeptieren.*“<sup>319</sup>

### 2.3.4.3 *Behandlung spekulativer Angebote*

#### 2.3.4.3.1 Einleitung

Bisher wurde auf das Wesen und das Erkennen der bauwirtschaftlichen Spekulation (in den K-Blättern) ausführlich eingegangen, wobei deren Behandlung aus vergaberechtlicher Sicht vorerst ausgeklammert blieb. Im Folgenden soll dies nun erörtert werden, wobei einerseits auf die Behandlung spekulativer Angebote nach dem BVergG (und auf einige ausgewählte Spezialfälle, wie der „Cent-Auspreisung“) eingegangen wird, und andererseits eine bauwirtschaftlich zweckmäßige Behandlung von Spekulationsangeboten diskutiert wird.

#### 2.3.4.3.2 Behandlung spekulativer Angebote nach dem BVergG

Nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.<sup>320</sup> Ausgangspunkt einer näheren Untersuchung des einzelnen Angebotes wird dessen entsprechende obere Reihung im Preisranking und eine offenbare preisliche Auffälligkeit, entweder in Bezug auf den Gesamtpreis oder in einzelnen Positionen, sein. Eine vertiefte Untersuchung durch den AG muss nicht nur auf die als wesentlich gekennzeichnete Positionen beschränkt sein, sie kann auch für ungekennzeichnete Positionen erfolgen, wie

---

<sup>318</sup> *Krejci* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 14 zu § 1170a

<sup>319</sup> *Krejci* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 11 zu § 1170a

<sup>320</sup> Vgl. § 19 Abs. 1 BVergG Grundsätze des Vergabeverfahrens

bereits erwähnt wurde.<sup>321</sup> Mit den Instrumenten der Preisangemessenheitsprüfung und jenen der vertieften Angebotsprüfung kann sich im weiteren herausstellen, dass vom Bieter eine spekulative Preisverschiebung vorgenommen wurde.

Wie bereits unter Punkt 2.3.4.1.2 erwähnt, können Spekulationen verschiedenen Typen (verschiedenen Arten von Preisverschiebungen) zugeordnet werden, die auch in Kombination auftreten können. Manche dieser Typen sind für den AG harmlos, manche gefährlich. Bei Lektüre des BVergG gewinnt man allerdings rasch den Eindruck, dass der Begriff der Spekulation generell negativ besetzt ist und eine Unterscheidung der obigen Art nicht vorgenommen wurde. Unter den Ausscheidungstatbeständen des § 129 Abs. 1 BVergG findet sich unter Ziffer 3 die explizite und undifferenzierte Nennung der spekulativen Preisgestaltung als Ausfluss der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises.

Gerade letzteres steht aber oft nicht in direktem Zusammenhang, da spekulative Preisgestaltungen sehr wohl plausibel aber nicht akzeptabel i.S. einer wirtschaftlichen Beschaffung sein können, wie auch schon wiederholt kritisiert wurde.<sup>322</sup> Auch die Konstellation „spekulative Umlagerung – aber (trotzdem) akzeptabler Preis“ scheint nach den Bestimmungen des BVergG verpönt zu sein, nachdem offenbar generell spekulative Preisgestaltung einen Erfolg im Vergabewettbewerb verbietet.

Dementsprechend kann aus den Regelungen des BVergG erkannt werden, dass schon eine Spekulation in einer einzigen Position zum Ausscheiden des Angebotes führen kann, denn ausdrücklich weisen die Erläuterungen zum BVergG darauf hin, dass auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führt.

Ab welcher Größe hat aber ein „unplausibler“ (in der Diktion des BVergG also auch spekulativer) Teilpreis einen Anteil am Gesamtpreis, dass er dessen Zusammensetzung unplausibel macht? Im Fall eines zu niedrigen spekulativen Positionspreises kann ev. als größenordnungsmäßiger Anhaltspunkt die Feststellung in BVA 16.01.2004 (Bescheid)<sup>323</sup> herangezogen werden, der zufolge aus bauwirtschaftlicher Sicht ein zu niedriger Positionspreis an einem unplausiblen Gesamtpreis dann festzumachen ist, wenn die Differenz zwischen dem zu niedrigen Positionspreis und einem angemessenen Positionspreis größer als der im Gesamtpreis steckende Gesamtzuschlag ist.

Nachdem spekulative Preisumschichtungen von einzelnen Positionen „weg“ zu anderen Positionen „hin“ getätigt werden, kommt der vergaberechtlichen Wertung von Cent- (ehemals Groschen-)auspreisungen eine Bedeutung zu. Manchmal werden auch anstatt des konkreten

---

<sup>321</sup> Vgl. dazu auch UVS Oö 13.11.2006, VwSen-550294 in bbl 2007/33

<sup>322</sup> Vgl. dazu z.B. *Oberndorfer*, Gratwanderung – vertiefte Angebotsprüfung - Ausscheiden von Angeboten II, ÖBZ 35/1992, 8

<sup>323</sup> BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58

Zahlenwerts „Null“ von Bauunternehmern Schrägstriche zur Positionsauspreisung verwendet. Bloße Schlampigkeit oder steckt da ein Kalkül des Bieters dahinter? Wie diese beiden Auspreisungsvarianten vergaberechtlich zu behandeln sind, soll nun Gegenstand der folgenden Analyse sein.

*Gölles<sup>324</sup> sieht in einer Auspreisung einzelner oder mehrerer Positionen mit der symbolischen Höhe von „ 1,- “ oder dergleichen, zutreffend keine generelle Berechtigung zum Ausscheiden eines Angebotes: *“Solche Einheitspreise sind ihrer Ursache nach den Gesichtspunkten der vertieften Angebotsprüfung zu hinterfragen. Gelingt eine plausible Erklärung und liegt weiters kein unplausibler Gesamtpreis vor, wird ein „strafweises Ausscheiden“ nicht berechtigt sein. Die Beurteilung und Bewertung solcher „Ein-Schilling-Preise“ wird also nach den Umständen des Einzelfalles zu erfolgen haben.“**

Diese richtige Behandlung solcher preislichen Auffälligkeiten ergibt sich also unter Aktivierung des Erklärungshorizontes des Bieters (vgl. dazu Punkt 2.2.3.7.). *Gölles* stellt im Zitat auf die plausible Erklärung der „Schilling-“ (Euro-, Cent-) positionen unter der Nebenbedingung des plausiblen Gesamtpreises ab. Denkbar wäre aber mE auch, dass vorerst weder die „Centpositionen“, noch der Gesamtpreis plausibel ist und gerade durch die Aufklärung der „Centpositionen“ auch der Gesamtpreis plausibel erklärbar wird, indem die Summe dieser Positionen z.B. den Differenzbetrag zum angemessenen Gesamtpreis ausmachen (welcher z.B. im Zuge einer realistischen Kostenermittlung des AG und sonstiger Hilfsmittel abgeschätzt wurde). Ein Beispiel für eine „Centposition“ könnte eine Aushubleistung sein, in welcher der Bieter einen Weiterverkauf oder eine Eigenverwendung des Materials erkennt.

Offenbar ist im Zitat *Gölles'* aber ohnehin der Fall gemeint, dass neben der plausiblen Erklärung der „Centpositionen“ kein unplausibler Gesamtpreis aus anderen Gründen als aus den „Centpositionen“ vorliegen darf. Dann soll das zum obigen Zitat Ausgeführte nur als Verdeutlichung verstanden werden.

Die Auspreisung mit einem Schrägstrich anstatt einer konkreten Zahl (z.B. „Null“) wurde vom VKS Wien, wenn überhaupt, als behebbarer Mangel qualifiziert.<sup>325</sup> Die vom AG ausgeschiedene Antragstellerin hatte im betreffenden Feld vor der Abkürzung „Eur“ einen Schrägstrich angeführt, wodurch für jeden Leser eindeutig erkennbar sei, dass für die ausgeschriebene Teilleistung kein Geldbetrag in Rechnung gestellt werde, so die Auffassung der Antragstellerin, und in einem solchen Fall bedeute daher ein Schrägstrich eine „Null“.

Der Wiener Vergabekontrollsenat schloss sich im Wesentlichen der Auffassung der Antragsstellerin an und attestierte dieser in der Auspreisung mit Schrägstrich einen

---

<sup>324</sup> *Gölles*, Bundesvergabegesetz – Spekulative Angebote im Baubereich, wbl 1999, 61

<sup>325</sup> VKS Wien 17.2.2006, VKS-258/06

verbesserungsfähigen Mangel, der jedenfalls nicht zum Ausscheiden des Angebots hätte führen dürfen.

§ 108 Abs. 1 Z 4 BVergG besagt u.a. grundsätzlich, dass die Preise an den hierfür bestimmten Stellen des LV einzutragen sind und falls dies nicht geschieht, eine Erläuterung des Bieters im Angebot zu erfolgen hat. Diese hat der Bieter aber unterlassen.

Die Frage ist auch, ob ein Schrägstrich einer Preisangabe gleichkommt.

*Hackl*<sup>326</sup> ist der Ansicht, dass eine Preisangabe nur durch Einsetzen einer Zahl erfolgen könne und ein Schrägstrich keiner Zahl gleichkomme, wodurch der Bieter die Position nicht ausgepreist hat.

Die Problemstellung ist aber keine die sich auf die Frage, „Schrägstrich als Zahl zu werten - Ja/Nein“, reduzieren lässt, sondern eine grundsätzliche mit direkter Auswirkung auf einen fairen Vergabewettbewerb.

Bei der Einteilung eines Mangels in behebbar und unbehebbar wurde im Zuge dieser Arbeit an anderer Stelle bereits festgehalten, dass es darauf ankommt, ob die Behebung des Mangels die Wettbewerbsstellung des Bieters nachträglich verbessern kann oder nicht (vgl. u.a. Punkt 2.2.). *Hackl* präzisiert unter einer m.E. richtigen Interpretation *Aichers*<sup>327</sup> und des *VwGH*<sup>328</sup> dahingehend, dass es nur darauf ankomme, ob alleine schon durch die Möglichkeit einer Mangelbehebung nach Angebotseröffnung diese Wettbewerbsstellung potentiell verbessert werden könnte. Bei Abstellen auf die tatsächliche Wettbewerbsstellung nach vorgenommener Mangelbehebung wäre nämlich jede Änderung des Angebotes zulässig, die gerade noch keinen Bietersturz auslöst, worüber der Bieter aber nach Angebotsöffnung bereits genau Bescheid weiß.<sup>329</sup> Es tut sich hier in den Auswirkungen insofern ein Analogon zum § 98 Z 5 BVergG 2002 auf, der von einer zwingenden Bestimmung in nunmehr eine „Kann- Bestimmung“ des § 129 Abs. 2 BVergG geändert wurde, als dass in beiden Fällen der Bieter es in der Hand hat, im Ergebnis die Bindungswirkung des Angebotes zu umgehen.<sup>330</sup> Eine mangelhafte Aufklärung, bzw. im Fall der „Schrägstrichauspreisung“ auch die Erklärung, der Schrägstrich sei als Nichtangebot zu werten, reicht aus, um das Offert bei Kenntnis der Preise der Konkurrenz aus dem Rennen zu nehmen. Dass die zuvor angestellten Überlegungen nicht bloß theoretischer Natur sind, verdeutlicht *Hackl*: „*Es ist nämlich bereits wiederholt vorgekommen, dass Bieter offenbar bewusst im Angebot aufklärungsbedürftige Umstände schaffen, um sich für später durch Nichtaufklärung die Möglichkeit zum faktischen Zurückziehen des Angebotes offen zu halten.*“

<sup>326</sup> *Hackl*, Auspreisung mit Schrägstrich – Ein behebbarer Mangel?, ZVB 2006/59

<sup>327</sup> *Aicher*, Schlussbericht des Forschungsprojektes „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“, Österreichische Gesellschaft für Baurecht in: *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts, 1985

<sup>328</sup> *VwGH* 25.02.2004, 2003/04/0186

<sup>329</sup> *Hackl*, Auspreisung mit Schrägstrich – Ein behebbarer Mangel?, ZVB 2006/59

<sup>330</sup> Siehe dazu Pkt. 2.2.4.2.6 „Die Rolle von Aufklärungen beim Erkennen von Spekulationen“

Auch *Kropik* hat diese Problematik im Zusammenhang mit dem § 98 Z 5 BVergG 2002 bereits angesprochen.<sup>331</sup>

Spekulationsangebote werden nach derzeitiger Rechtslage des BVergG sehr vereinfacht ausgedrückt und streng genommen nur dann zuschlagsfähig sein, wenn sich sämtliche Preise und auch der Gesamtpreis trotz Verzerrungen innerhalb der Bandbreite der „jedenfalls“ Angemessenheit bewegen und die vertiefte Angebotsprüfung keine Unplausibilität aufgedeckt hat.<sup>332</sup> Spekulative Preise liegen aber oft außerhalb dieser Bandbreite, mindestens auf Positionsebene ist das mit Sicherheit der Fall, was nach alternativen Beurteilungskriterien verlangt.

Zur vergaberechtlichen Behandlung spekulativer Angebote nach dem BVergG kann mit *Oberndorfer*<sup>333</sup> zusammengefasst werden, dass spekulative Offerte beispielsweise mittels eines Preisspiegels der ersten fünf Angebote erkannt werden können, um sie dann einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen. Stellt sich dann auch noch heraus, dass die Preise nicht betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind – sei es, dass wesentliche Positionen nicht kostendeckend kalkuliert wurden, dass Einheitspreise für höherwertige Leistungen nicht höher als für geringerwertige Leistungen sind, oder dass ihre Preisauflgliederung aus der Erfahrung heraus nicht erklärbar ist, dann wird der AG nicht umhin können, das Angebot wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden, vorausgesetzt eine schlüssige Aufklärung des Bieters kann die „Unregelmäßigkeiten“ auch nicht aus der Welt schaffen.

Aus bauwirtschaftlicher Sicht wäre es nach richtiger Ansicht des genannten Autors jedenfalls vernünftiger, differenzierter vorzugehen. Dazu werden nun im folgenden mögliche Vorgangsweisen diskutiert.

#### 2.3.4.3.3 Zweckmäßige Behandlung spekulativer Angebote aus AG-Sicht

Nach dem BVergG sind derzeit Angebote, welche spekulative Preisumlagerungen aufweisen, auszuschneiden, wenn die dadurch entstandenen Preisauffälligkeiten nicht betriebswirtschaftlich nachvollziehbar erklärt werden können und zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.

---

<sup>331</sup> *Kropik* in Sachs, Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, S.163

<sup>332</sup> Vgl. dazu *Reckerzügl/Schwarz*, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I), RPA 2001, 62

<sup>333</sup> *Oberndorfer*, Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB 2003/108

Es wird dadurch aber u.U. die Chance für den AG vertan, Bauleistungen optimal einzukaufen, da Spekulationsangebote oft die günstigsten sind. Die Argumentation, spekulative Angebote stellen sich im nachhinein generell als überteuert heraus, ist nicht stichhaltig, da es auf die Art und den Umfang der preislichen Verschiebung ankommt, ob eine Erhöhung der Abrechnungssumme nachträglich auch tatsächlich eintritt. Eine diesbezügliche Prüfungsmöglichkeit und Simulation der monetären Auswirkungen auf die Abrechnungssumme (Angebotspreissimulation) wäre angebracht, es ist aber nach den Bestimmungen des BVergG und der Judikatur derzeit nicht möglich, die Ergebnisse solcher Abschätzungsmethoden direkt in die Angebotswertung einfließen zu lassen. Lediglich indirekt, unter Ausschöpfung seines eingeschränkten Ermessensspielraumes bei der Angebotsbewertung, kann der AG auch derzeit das Eingehen seiner subjektiven Einschätzung der getätigten Preisverschiebungen (mit Hilfe der Angebotspreissimulation) in die Wertung der Angebote rechtfertigen. Wobei: Erteilt der AG einem Angebot mit (spekulativen) Preisumschichtungen unter Inanspruchnahme seines Ermessensspielraumes den Zuschlag, weil seiner Einschätzung nach das Angebot das beste ist, so setzt er sich der latenten Gefahr einer Anfechtung der Zuschlagsentscheidung aus, die durchaus Erfolg haben kann. Will der AG auf Nummer sicher gehen, so wird er wohl bestrebt sein, solche Angebote auszuschneiden. Damit der AG auch auf ein mögliches spekulatives Bestangebot zuschlagen kann, schlägt *Oberndorfer*<sup>334</sup> eine differenzierte Vorgangsweise bei der Beurteilung spekulativer Angebote vor, die nun kurz vorgestellt werden soll. Diese basiert auf einem Vorschlag zur Abänderung des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG, der wie folgt lautet:

§ 129 Abs. 1 BVergG „*Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Aktuelle Z 3: Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;*“

Änderungsvorschlag für Z 3: „*Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, **sofern sie das Potenzial für einen Bietersturz in sich bergen.***“

Der genannte Autor will durch den Änderungsvorschlag und das Konzept einer „sinnvolleren“ Behandlung spekulativer Angebote verdeutlichen, dass beim geltenden Vergaberecht ein öffentlicher AG in manchen Fällen nur suboptimal beschaffen kann, weil er ein Angebot mit größeren Preisverschiebungen ausscheiden muss, obwohl es das beste bzw. billigste ist.

---

<sup>334</sup> *Oberndorfer*, Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB 2003/108

Aufbauend auf einer Änderung des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG kann nun eine Analyse und Vorgangsweise beschrieben werden, die aus bauwirtschaftlicher Sicht vernünftig erscheint.<sup>335</sup>

- Zuerst sollte herausgefunden werden, "wie" umgelagert wurde (welche Beträge wohin verschoben wurden),
- dann sollte untersucht werden, "warum" umgelagert wurde (fehlende Leistungen, so nicht ausführbare Leistungen, vorhersehbare Planungsänderungen, falsche Mengen im LV, bloße Verschiebungen ohne antizipierte Mengenänderungen),
- damit kann der Typ und die Gefährlichkeit der Preisumlagerung festgestellt werden,
- dann sollte der AG überlegen, ob und wie er eine gefährliche Preisverschiebung durch Steuerung der Bauausführung entschärfen kann,
- schlussendlich sollte der AG bei einer gefährlichen Preisverschiebung eine Sensitivitätsanalyse<sup>336</sup> machen, um zu erkennen, ob im Angebot des Billigstbieters das Potenzial zu einem Bietersturz bei der Abrechnung steckt oder nicht. Dabei muss sich der AG u.a. die Frage stellen: „Wie realistisch sind meine Annahmen der tatsächlich anfallenden Mengen und sonstigen Leistungsänderungen?“ Zu den Folgen einer Unterlassung solcher Fragestellungen sei z.B. auf Punkt 2.3.4.2.7 verwiesen.

Wurde im Vertrag die ÖNORM B 2110 vereinbart oder bestehen ähnliche Regelungen für Mengenänderungen, so wird es dabei mE für den AG interessant sein, herauszufinden, welche Kosten in die Umlageposition hereinverschoben wurden:

Hat der Bieter Baustellengemeinkosten<sup>337</sup>, einmalige Kosten für z.B. die Aufstellung oder den Antransport eines Großgerätes in diese Position hereingenommen, so ist die Größe der Mengenänderung essentiell.

Fällt sie größer als 20% der veranschlagten LV Menge aus, besteht die Möglichkeit unter Berücksichtigung der Mehr- bzw. Minderkosten neue Preise für die tatsächlich auszuführende Menge zu vereinbaren, wenn dies kalkulationsmäßig durch reine Mengenänderung begründbar ist („20%-Klausel“ der ÖNORM B 2110)<sup>338</sup>. Dies wird in den

---

<sup>335</sup> Oberndorfer, Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB 2003/108

<sup>336</sup> Gemeint ist damit offenbar eine Angebotspreissimulation zur Feststellung eines Bieterreihenfolgesturzes

<sup>337</sup> Wenn die Baustellengemeinkosten nach Wahl des Bieters umzulegen waren, also weder entsprechende Positionen noch Umlagevorschriften in der Ausschreibung vorhanden sind.

<sup>338</sup> Siehe dazu ÖNORM B 2110, Pkt. 5.24.6

genannten Fällen zutreffen, wodurch sich die Abrechnungssumme der Position nicht mehr mengenproportional verteuert. Hintergrund der Überlegung ist, dass sich die Baustellengemein- und Einmalkosten bei Mengenerhöhungen i.d.R. nicht proportional mit der Menge vermehren, was aber bei proportionaler Vergütung zu einer Überzahlung des Unternehmers führen würde, weil diese quasi „fixen“ Kosten dann einer Überdeckung unterlägen.<sup>339</sup> Bei der Angebotspreissimulation müssen diese Feinheiten berücksichtigt werden, da sie direkten Einfluss auf den fiktiven Angebotspreis haben. Man sieht auch, dass hier die K-Blätter wieder ins Spiel kommen, da sie im besten Fall genaue Auskunft über die kalkulierten Kostenansätze in der jeweiligen Position geben und darüber, wie der Bieter solche Umlagekosten (Einmalkosten) eingerechnet hat.

Anders verhält es sich allerdings bei reinen spekulativen Preisverschiebungen, bei denen sich keine kalkulationsmäßige Begründung wegen der Mengenänderung ergibt. Hier greift die 20%-Klausel nicht und ein Akzeptieren, sprich Zuschlagen des AG auf solche Preise heißt: Ein guter Einheitspreis bleibt dann in der Vertragsabwicklungsphase ein guter, ein schlechter Preis ein schlechter, was wiederum bedeutet, dass der AG diesen entsprechend der Menge bei der Abrechnung auch vergüten muss.

Ist also der Vertrag einmal geschlossen, so hat der AG keine Möglichkeit, die Fortentwicklung des Preises für die Mehrmenge aus der alten Position zu verhindern, auch nicht wenn der Preis überhöht ist. Umgekehrt gilt dasselbe: Hat der Bieter mit einem zu niedrigen Preis spekuliert, bleibt er i.d.R. daran gebunden.<sup>340</sup> Diese Mengenänderungen sind also bei der Angebotspreissimulation mit dem dazugehörigen Einheitspreis in voller prognostizierter Höhe anzusetzen.

Sind keine eigenen Positionen für die Baustellengemeinkosten ausgeschrieben und auch keine genauen Vorschriften zur Umlage vereinbart, so kann der AG jedenfalls nicht beanstanden, dass der Bieter gerade auf jene Positionen umlegt, in denen er ein Mengenerhöhungspotential vermutet. Bleibt die Massenmehrung nach der Ausführung unter der 20 Prozentmarke, so hat der AG die entsprechende Menge multipliziert mit dem Einheitspreis zu vergüten. Der Unternehmer kommt dann völlig berechtigt in den Genuss einer Überdeckung dieser Kosten.

*Oberndorfer* weist zur Umsetzung seiner oben dargelegten Vorgangsweise zur Behandlung spekulativer Angebote ausdrücklich darauf hin, dass dabei die Mitwirkung (Kooperation) des Bieters in den Aufklärungsgesprächen erforderlich ist und führt weiter aus:

*„Stellt sich dann heraus, dass die Preisverschiebung eine harmlose ist, die Preisverschiebung zwar „gefährlich“ ist, aber entweder durch Steuerung der Bauausführung*

---

<sup>339</sup> Ausnahmen könnten sein: Durch die Mengenerhöhung ist zusätzliches Aufsichtspersonal oder Gerät erforderlich

<sup>340</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 608

*entschärfbar oder der Abstand zum Zweitbieter zu groß ist, um einen Bietersturz auszulösen, sollte der AG keinen Grund mehr haben, das Angebot gemäss § 98 Z 3 [BVergG 2002, entspricht jetzt völlig gleichlautend § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG, Anm. d. Verf.] auszuschneiden, weil nach Aufklärung der Preisverschiebung die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel gemacht wurde und die Vergabe zu einem angemessenen Preis nach den für die Ausschreibung gewählten Kriterien erfolgen kann.“*

Die Ansicht,  dass ein großer Preisabstand des Billigstbieters zum Zweitbieter selbst durch beträchtliche Mengenänderungen nicht egalisiert werden kann, wird auch von *Kropik* geteilt, der dann einen Bietersturz ausschließt und ein Ausscheiden spekulativer Angebote ohne eine nähere, oben beschriebene Risikoabschätzung, aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus zu Recht ablehnt.<sup>341</sup>

Auch *Kratzenberg*<sup>342</sup> geht  für die bundesdeutsche Vergabeordnung davon aus, dass  Spekulationsangebote nicht von vornherein aus der Angebotswertung herauszunehmen sind. Vor allem dann, wenn die Preisannahmen des Bieters (bei der spekulativen Gestaltung des Anbots) darauf beruhen, dass der AG bzw. sein bevollmächtigter Vertreter das zur Grundlage des Angebotes genommene LV nicht mit der nach § 9 VOB/A gebotenen Genauigkeit und Sorgfalt aufgestellt hat, soll dem Bieter nicht ohne weiteres besseres Wissen zur Last gelegt werden, indem er von der Vergabe ausgeschlossen wird. Gerade auch hier hat der AG gem. VOB/A beim Bieter zwecks Preisauflärung nachzufragen.<sup>343</sup>

Nach § 9 VOB/A „Beschreibung der Leistung“ müssen u.a. die Preise für die Leistung sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten durch die Bewerber zu berechnen sein, dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Risiko überbürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat. Um eine  einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle diese beeinflussenden Umstände festzustellen und anzugeben und die Leistung ist im LV durch Mengen etc., darzustellen.

Anders wird aber nach der deutschen Vergabeordnung offenbar ein Spekulationsangebot beurteilt, welches auf Grundlage einer sorgfältigen, ordnungsgemäßen Ausschreibung erstellt wurde, wo also keine Verletzung der „Sorgfaltspflichten“ bei der Erstellung des LV zu erkennen ist. Interessant ist dabei, wie die eher harmlose Preisverschiebung hin zu früher zu vergütenden Positionen behandelt wird (Typ A nach Punkt 2.3.4.1.2): Überhöhte Kosten für die Baustelleneinrichtung sind nach der VOB/A für den AG nicht zu akzeptieren, nach denen

---

<sup>341</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 15

<sup>342</sup> *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16.Auflage, S. 706

<sup>343</sup> VOB/A, Ausgabe 2006, § 24 „Aufklärung des Angebotsinhaltes“, § 25 Nr. 3 Abs. 2 „Wertung der Angebote“

der Bieter zu einer frühzeitigen Forderung nach einer Abschlagszahlung trachtet, um seine Liquidität zu verbessern. Das kann Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Bieters begründen.<sup>344</sup>

In Bezug auf spekulative Verschiebungen in Regieleistungspositionen ist in der deutschen Vergabeliteratur eine Entschärfungsmöglichkeit abzulesen, die durch das Offenhalten der Ausführung von überteuerten Regie- oder Eventualpositionen seitens des AG gegeben ist. Empfohlen wird die Durchsicht der EFB-Preisblätter (ähnlich den österr. K-Blättern), die im Falle von Spekulationen ohne real erkennbarer Grundlage von erheblichen Nutzen sein können, sowie die kritische Prüfung der Angebote v.a. im Vergleich untereinander.

Zur Unterstützung des Gedankens der Angebotspreissimulation ist die Aussage des deutschen Kammergerichts zur Spekulationsproblematik interessant, nach der das wirtschaftlichste Angebot nicht wegen spekulativer Aufpreisung bei einzelnen Positionen unberücksichtigt bleiben darf, wenn seine Preiswürdigkeit selbst bei gedachtem Aufgehen der Spekulation nicht in Frage gestellt ist. Bei der in diesem Zusammenhang anzustellenden Wirtschaftlichkeitsprognose müssen konkrete Umstände feststellbar sein, die mit einiger Wahrscheinlichkeit die Annahme rechtfertigen, das es bei diesen Positionen zu erheblichen Nachforderungen kommen kann.<sup>345</sup>

Zu preislichen Umlagerungen ist das deutsche Kammergericht<sup>346</sup> der Ansicht, dass stark auf- oder abgepreiste Einheitspreise ein spekulatives Interesse des Bieters indizieren, was aber einen Ausschluss wegen unzureichender Zuverlässigkeit bzw. unvollständiger Preisangaben nicht begründe. Eine Prognoseentscheidung soll angestellt werden, ob die Wirtschaftlichkeit eines solchen Angebotes ernstlich durch die Verwirklichung der Spekulation in Frage gestellt ist. Der deutsche Bundesgerichtshof<sup>347</sup> entschied hingegen, dass ein zwingender Ausschlussgrund vorliege, wenn der Bieter einige Positionen mit Centbeträgen (hier 0,01 Euro) abpreise, während er an anderer Stelle aufpreise, da dadurch das Transparenzgebot verletzt sei und die Preise nicht gemäss § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 (VOB/A 2002, nunmehr gleichlautend in § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A 2006) benannt werden.

Nach Ansicht des BGH führe dieses „Abpreisen“ bestimmter Leistungen und das „Aufpreisen“ anderer Leistungspositionen dazu, dass die benannten Preise die für die jeweiligen Leistungen tatsächlich geforderten Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergäben. Dies wiederum mache es der Vergabestelle unmöglich, die Wirtschaftlichkeit

---

<sup>344</sup> Vgl. dazu *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16.Auflage, S. 706

<sup>345</sup> Deutsches Kammergericht, 26.2.2004, 2 VergG 16/03 „Autobahnzubringer Dresden“, teilweise zitiert in *Gölles*, Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: Ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

<sup>346</sup> Deutsches Kammergericht, 15.3.2004, 2 VergG 17/03 „Tiefbau/Ingenieurbau-Tunnel Rodower Höhe“, teilweise zitiert in *Gölles*, Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: Ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

<sup>347</sup> Deutscher Bundesgerichtshof, 18.5.2004, AZ X ZB 7/04

eines Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten zu bewerten. Demgemäss widerspreche ein solches Angebot dem in § 21 VOB/A niedergelegten Transparenzgebot, weil es einer transparenten, alle Bieter gleichbehandelnden Vergabeentscheidung nicht ohne weiteres zu Grunde gelegt werden könne (siehe zum Verbot der Mischkalkulation<sup>348</sup> auch noch BGH v. 24.5.2005 in *Ingenstau/Korbion*<sup>349</sup>). Insbesondere der BGH legt an § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOB/A einen sehr strengen Maßstab an.<sup>350</sup>

*Kropik* orientiert seine Argumentation zur Behandlung spekulativer Angebote in Österreich auch an dem Grundsatz, dass, wenn die Ausschreibung mangelhaft ist (Mengen ungenau ermittelt wurden), der Bieter diese Mangelhaftigkeit erahnt und im Risiko darauf aufbaut, man ihm die Beteiligung am Wettbewerb nicht durch Ausschluss verwehren kann (soll). Willkürliche fiktive Mengenänderungen seitens des AG, um Bieterstürze auszulösen, sind abzulehnen, da die Simulation möglicher Abrechnungsergebnisse nur deshalb ermöglicht wird, weil die Ausschreibung mangelhaft ist.<sup>351</sup> „*Korrekt ausgeschriebene Mengen sind das einzige wirksame Mittel gegen spekulative Einheitspreise.*“<sup>352</sup>

Zu Lösungsansätzen zur Vermeidung von Spekulationen sei beispielsweise auf *Reister*<sup>353</sup> verwiesen.

Abschließend soll zur „zweckmäßigen Behandlung spekulativer Angebote“ noch darauf hingewiesen, dass das Ausscheiden eines spekulativen Angebotes bzw. das Zuschlagen auf ein solches eine große Verantwortung für den AG bedeutet, einen hohen Informationsgrad des AG über sein Projekt voraussetzt und einer detaillierten, scharfsinnigen Abwägung bedarf. Auch sollten Überlegungen angestellt werden, ob die Mengenfehler nicht eine so große Höhe erreicht haben, dass ein Widerruf des Vergabeverfahrens sinnvoller wäre. Dabei ist aber auch an die Nachteile zu denken.<sup>354</sup> Der AG verliert Zeit, was auch meist mit Mehrkosten verbunden ist. Weiters wird ein fairer Wettbewerb beeinträchtigt (Preisniveau ist bekannt, alternative Angebotsideen liegen offen). Schlussendlich kann es zu Schadenersatzforderungen kommen.

---

<sup>348</sup> In der BRD wird darunter im Grunde eine Preisumlagerung verstanden – dass also die Kosten nicht in der entsprechenden Kostenstelle ausgewiesen werden. Baustelleneinrichtung z.B. nicht in der angegebenen Position „Baustelleneinrichtung“, sondern in der Position „Rohrverlegung“.

<sup>349</sup> *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16. Auflage, S. 636

<sup>350</sup> *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16. Auflage, S. 635

<sup>351</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 14

<sup>352</sup> *Kropik*, Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. österreichischen Vergaberechtstagung am Donnerstag 2. Juni 2005, S. 14

<sup>353</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag Düsseldorf, Ausgabe 2004, S. 179

<sup>354</sup> *Oberndorfer*, Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB 2003/108

## 2.4 Zusammenfassung

Im Kapitel 2 dieser Arbeit wurde vorausgesetzt, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt, auf den das BVergG anzuwenden ist. Dementsprechend wurden zu Beginn ausgewählte relevante Bestimmungen des BVergG vorgestellt, die Regelungsbereiche im Zusammenhang mit den K-Blättern umfassen (Punkt 2.1). So sind Angebote mit einem unbehebbareren Mangel grundsätzlich auszuschneiden: Es konnte in dieser Arbeit restlos aufgeklärt werden, dass die Nichtabgabe von K-Blättern mit dem Angebot als behebbarer Mangel zu werten ist, der jedenfalls nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes seitens des AG berechtigt. Die ursprünglich angeforderten K-Blätter können vom Bieter problemlos nachgeliefert werden (Punkt 2.2).

Sehr ausführlich wurde der Frage nach dem angemessenen Preis und nach dem Hintergrund der Vergabe zu angemessenen Preisen, nachgegangen, was für die weitere vertiefte Prüfung der K-Blätter ausschlaggebend sein kann. Einerseits konnte dargelegt werden, dass sich der Grundsatz der Auftragsvergabe zu angemessenen Preisen aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip ergibt und ein öffentlicher AG nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen beschaffen soll. Eine Vergabe zu angemessenen Preisen schützt aber auch die Unternehmer<sup>355</sup> vor einer potentiellen Insolvenzgefahr aufgrund ruinösen Wettbewerbes durch die Nachfragemacht öffentlicher AG (Punkt 2.3.2). Andererseits konnte für den angemessenen Preis keine allgemeingültige, in eine mathematische Formel oder einen absoluten Zahlenwert fassbare, Definition gefunden werden. Es ist aber möglich die Bandbreite eines „jedenfalls angemessenen Preises“ zu errechnen. Innerhalb dieses Spektrums ist ein Baupreis grundsätzlich angemessen. Liegt er außerhalb, so bedeutet das noch nicht, dass es sich a priori um einen unangemessenen Preis handelt, sondern es treten die K-Blätter (und die Bietererläuterungen) in den Vordergrund, da erst durch ihre detaillierte Prüfung der Verdacht auf preisliche Unangemessenheit, in einem zweiten Prüfungsschritt, entweder bestätigt oder aber widerlegt werden kann. Im ersten Prüfungsschritt, der Prüfung auf Angemessenheit, können verschiedene Instrumente der Preisangemessenheitsprüfung bei der Feststellung des Verdachts auf einen unangemessenen Preis hilfreich sein. Diese wurden, so wie die anzuwendende Methodik, umfassend dargestellt. Die K-Blätter selbst haben in diesem ersten Prüfungsschritt noch keine Bedeutung, da Indizien für unangemessene Preise „sofort ins Auge“ fallen müssen. Eine Detailprüfung der K-Blätter ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht erforderlich.

Bei der vertieften Angebotsprüfung nach dem BVergG hingegen spielen die K-Blätter (und auch die Aufklärungen des Bieters zu den K-Blättern) eine sehr bedeutende Rolle, da die

---

<sup>355</sup> Hier ist natürlich eine (rechtswidrige) Vergabe zu unangemessenen niedrigen Angebotspreisen vorausgesetzt

einzelnen Kostenansätze im Detail überprüft werden (Punkt 2.3.3). Es wurde analysiert, welche Kosten im Konkreten im K-7 Blatt angesetzt werden müssen, um von einer plausiblen Preiszusammensetzung sprechen zu können. Die Diktion des BVergG ist in ihren Bestimmungen dabei nicht eindeutig und lässt einen Interpretationsspielraum offen, was unter den „direkt zuordenbaren Kosten“, welche gem. BVergG in den EHP der K-7 Blätter enthalten sein müssen, genau zu verstehen ist. Verschiedene Auslegungen wurden gegenübergestellt und der Schluss gezogen, dass es am naheliegendsten ist, die ausgabenwirksamen Herstellkosten für die vertiefte Angebotsprüfung der K-Blätter heranzuziehen. Dieses Ergebnis scheint auch mit der Untergrenze des Preisbandes des „jedenfalls angemessenen Preises“, welches allgemeine Gültigkeit besitzt, zu harmonisieren. Sind allerdings Teile der „direkt zuordenbaren Kosten“ im K-7 Blatt vom Bieter nicht in die EHP eingerechnet worden, so bedeutet das noch nicht a priori, dass es sich um einen unplausibel zusammengesetzten Preis, respektive unangemessenen Preis handelt, da nach den Bestimmungen des BVergG, auf die „Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens“ und die „außergewöhnlich günstige Bedingungen über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt“, Bedacht zu nehmen ist. D.h. wenn der Bieter nachprüfbare und schlüssige Aufklärungen zu seinem niedrigen Preis liefert, muss dies in die Preis- und Angebotsbeurteilung einfließen: Ein Preis, der dann z.B. Teile der „direkt zuordenbaren Kosten“ nicht enthält, kann dann trotzdem plausibel und angemessen dargestellt werden. Bei der vertieften Angebotsprüfung bzw. der Angebotswertung hat der AG einen gewissen Ermessensspielraum. Deshalb wurde abschließend zum Kapitel versucht, einen Vorschlag zur Behandlung und Wertung von Angeboten herauszuarbeiten, der sich auf die Ausschöpfung dieses Ermessensspielraumes, in Abhängigkeit der Angemessenheit des Gesamtpreises und eines möglichen Bietersturzes, gründet. Sind z.B. Kostenteile im EHP (in den K-Blättern) nicht enthalten, (also der Angebotspreis außerhalb der Bandbreite des „jedenfalls-angemessenen Preises“), andererseits aber kein Bietersturz zu erwarten, so sollte der AG zumindest überlegen, seinen Ermessensspielraum bei der Wertung unangemessener EHP auszuschöpfen und ev. das Anbot trotzdem nicht auszuscheiden. Zwei weitere Fälle wurden in diesem Zusammenhang noch unterschieden (Punkt 2.3.3.3).

Bei spekulativen Angeboten (Kapitel 2.3.4) kann die Prüfung der K-Blätter wesentliche Hinweise zur Enttarnung spekulativer Preisverschiebungen liefern, da die Kalkulationsformblätter die kalkulativen Annahmen und Schritte i.d.R. sehr detailliert dokumentieren (Punkt 2.3.4.2.2). Um herauszufiltern, „wonach in den K-Blättern“ zu suchen ist, um solche Preisverschiebungen zu erkennen, wurde zuerst das Wesen von Spekulationen ausführlich analysiert und die einzelnen Arten spekulativer Vorgänge untersucht (Punkt 2.3.4), um im Anschluss ein detailliertes Prüfungsschema der K-Blätter

darzulegen (Punkt 2.3.4.2.2). Darüber hinaus sind für das Erkennen spekulativer Verschiebungen auch die anderen Instrumente der Angemessenheitsprüfung und vertieften Angebotsprüfung von Relevanz, wobei diese zusätzlich zu den K-Blättern herangezogen werden sollten, was u.a. in Hinblick auf die Abschätzung der Auswirkungen spekulativer Preise in der späteren Phase der Vertragsabwicklung zielführend erscheint. Abgerundet wird das Kapitel 2 durch das Eingehen auf die (zweckmäßige) Behandlung von Spekulationsangeboten in der Phase der Auftragsvergabe.

### 3. Die Bedeutung der K-Blätter in der Vertragsphase

#### 3.1 Einleitung

Mit dem Erhalt der schriftlichen Verständigung über die Zuschlagserteilung (Auftragsschreiben) des AG, auf das im Vergabewettbewerb als bestes hervorgegangene Angebot, gilt der Bau-Werkvertrag als geschlossen, wobei der AG eine Auftragsbestätigung des Bieters (nach dem Zuschlag wird dieser zum AN) verlangen kann. Sofern sich der Inhalt des Vertrages neben dem Angebot auch noch aus anderen Schriftstücken mit Zusatzvereinbarungen ergibt, sind auch diese im Auftragsschreiben (Schlussbrief) bzw. in der Auftragsbestätigung (Gegenschlussbrief) anzuführen.<sup>356</sup>

Die Kalkulationsformblätter haben in ihrer Funktion als Detaillierung der Kalkulation, als Dokumentation der Kalkulationsannahmen und als Ausweis der Preisgrundlagen etc. in der Phase der Bauvertragsabwicklung eine beachtliche Bedeutung.

Es kann daher für die spätere Bauausführung von immenser Wichtigkeit sein, ob die K-Blätter zum Inhalt des Rechtsgeschäftes wurden oder nicht. Einerseits hängt dies davon ab, ob eine diesbezügliche Vertragsbestimmung im Bauvertragswerk vorgesehen ist, nach der die K-Blätter Inhalt des Vertrages werden sollen. Andererseits können die K-Blätter aber auch schlüssig bzw. durch eine übereinstimmende Willenserklärung der Vertragsparteien zum Inhalt des Vertrages werden, auch wenn keine explizite Vertragsbestimmung vorhanden ist, das Geschäft aber auf Grundlage der Kalkulationsformblätter abgeschlossen wurde. In diesem Fall ist es von essentieller Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt die K-Blätter dem AG gegenüber in Erscheinung getreten sind (vor oder nach Vertragsabschluß) und ob eine vertiefte Angebotsprüfung anhand der K-Blätter vorgenommen wurde oder nicht. Dementsprechend ergibt sich eine unterschiedliche Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern, die für die Vertragsauslegung bei Unklarheiten über den Vertragsinhalt oder aber z.B. für eine etwaige vertragsrechtliche Irrtumsanfechtung von entscheidender Bedeutung ist. Im Kapitel 3.2 „Die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern“ werden verschiedene Fallkonstellationen untersucht, aus denen in weiterer Folge eine unterschiedliche Relevanz der Kalkulationsannahmen, die in den K-Blättern getroffen wurden, abgeleitet werden kann.

Eine sehr große Bedeutung der K-Blätter und der darin dokumentierten Kalkulationsgrundlagen bzw. Preisgrundlagen ergibt sich in der Phase der

---

<sup>356</sup> Vgl. § 134 Abs. 2 BVergG

Vertragsabwicklung aber auch dann, wenn die K-Blätter nicht Vertragsinhalt geworden sind: Bei auftretenden LÄ oder angeordneten Zusatzleistungen müssen nämlich Preise für diese neuen, geänderten oder zusätzlichen Leistungen, gebildet werden. Dies hat auf den Preisgrundlagen des Vertrages zu geschehen, wobei die K-Blätter dann als „Ausweis“ der Preisgrundlagen die Basis für die Berechnung der neuen Preise bilden.

Weiterer Schwerpunkt des Kapitels 3 ist deshalb die Bedeutung der K-Blätter im Zusammenhang mit Leistungsänderungen, welche in der Baupraxis keine Seltenheit sind. Vertragsstreitigkeiten bis hin zum zivilrechtlichen Bauprozess sind oft die Folge. Im Zuge dieser Arbeit, wird im Kapitel 3.3, aufbauend auf einer prägnanten Vorstellung der einzelnen Arten von LÄ, beschrieben, wie die neuen Preise auf Basis der in den K-Blättern dokumentierten Preisgrundlagen abzuleiten sind. Dabei wird auch ausführlich erörtert, was unter den Preisgrundlagen zu verstehen ist und wie diese aus den K-Blättern herauszufiltern sind, um die neuen Preise auf Vertragspreisniveau zu bilden. Letzteres ist einer der Grundsätze für die vertragsgerechte Kalkulation von Preisen für geänderte und zusätzliche Leistungen. Den Abschluss des Kapitels 3 bildet die Diskussion über LÄ bei Subunternehmerleistungen und auf welcher Grundlage dann die neuen Preise zu errechnen sind. Dies kann insofern interessant sein, da der Fall eintreten kann, dass ein GU auf Basis einer fremden Kalkulation (jener des Subunternehmers) neue Preise kalkulieren muss. Dazu sei erwähnt, dass zwischen Subunternehmer und AG kein Vertragsverhältnis besteht.

Mit *Gamerith/Hagen*<sup>357</sup> kann die allgemeine Problematik des Auftretens von Leistungsänderungen, wie im nächsten Absatz dargestellt, beschrieben werden, was bei mangelhaften Ausschreibungen mit Sicherheit ein Thema sein wird, aber eben auch im Falle einer sorgfältigen Leistungsbeschreibung von Relevanz sein kann. I.d.R. liegt es in der Natur und Einzigartigkeit eines Bauprojektes, sowie in den vielen Unvorhersehbarkeiten und Störfaktoren, die Leistungsänderungen oft unvermeidbar machen:

Öffentliche Aufträge, v.a. zur Verwirklichung von Infrastrukturprojekten, sind meist sehr große Bau- und Dienstleistungsaufträge. Öffentliche Auftraggeber stehen am Beginn eines großen Projekts u.a. vor dem Problem, dass sie nicht das gesamte Vorhaben bis ins letzte Detail planen können. Es ist daher bei der Vergabe großer Bau- bzw. Dienstleistungsaufträge praktisch unmöglich, die Ausschreibungen so zu präzisieren, dass später keine Änderungen oder zusätzliche Aufträge notwendig werden, um das Ausschreibungsziel zu erreichen. Der Idealfall, dass bei Beachtung der Ausschreibungs- und Angebotsvorschriften ein Vertrag zustande kommt, der später bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertragsinhalts durch den Best- bzw. Billigstbieter auch das vom AG beabsichtigte Leistungsziel, das in den Ausschreibungsunterlagen üblicherweise formuliert

---

<sup>357</sup> *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil I), ZVB 2005/46

wird, vollkommen verwirklicht, bleibt trotz entsprechender Sorgfalt mangels Vorhersehbarkeit aller künftigen Eventualitäten Theorie. Bei solchen Vorhaben, z.B. bei der Errichtung eines Tunnels, ist es vielmehr aufgrund zahlreicher Unwägbarkeiten und unvorhergesehener Ereignisse unumgänglich, dass der AG trotz sorgfältigster Vorbereitung seines Vorhabens in der Ausschreibung (unter allfälliger Berücksichtigung von Varianten) zum Erreichen seines Leistungsziels Leistungsänderungen und/oder zusätzliche Leistungen in Auftrag geben muss.

Ähnlich wie schon im Vergabeteil dieser Arbeit (siehe Kapitel 2) bei den Ursachen von Spekulationen angeführt und durch Meinungen anderer Autoren dargelegt stellt *Kriegner*<sup>358</sup> die Problematik von erforderlichen Leistungsänderungen (Nachtragsforderungen) aufgrund mangelhafter Planungsreife wie folgt dar: *“Ein großes Problem stellt in der Praxis dar, dass die in den Bauverträgen (zB Hausbau) genannten Einheits- bzw Pauschalpreise nicht sämtliche Leistungen beinhalten, die zB für die schlüsselfertige Herstellung eines Hauses erforderlich sind, weil die Ausschreibung oft bereits bei einem Planungsstand von 25 % bis 50 % stattfindet. Erst im Zeitpunkt der Teil- bzw Schlussrechnungslegung wird der Auftraggeber (im Besonderen der Verbraucher) gewahr, dass mit diesem Preis nicht sämtliche Kosten, die mit der vollständigen Errichtung des Hauses verbunden sind, abgedeckt sind. Das bedeutet in der Praxis, dass der Auftraggeber sich häufig in Unkenntnis, mit welchen weiteren Kosten (Nachtragsforderungen) er bis zur tatsächlichen Fertigstellung zu rechnen hat, vertraglich bindet.“*

Wie kann nun der bauwirtschaftlichen Tatsache, dass Leistungsänderungen unabdingbar mit nahezu jeder Bauvertragsabwicklung verbunden sind, durch vertragsrechtliche Möglichkeiten Rechnung getragen werden? Dies wird u.a. Gegenstand des Kapitel 3.3 sein, wobei Bestimmungen des ABGB und der ÖNORMEN näher beleuchtet werden.

## 3.2 Die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern

### 3.2.1 Einleitung

Grundsätzlich muss der Bieter seine Kalkulation, aufbauend auf den Beiträgen des AG, wie beispielsweise den Ausschreibungsunterlagen mit LV und Baubeschreibung, aber auch etwaigen zusätzlichen Dokumenten und Plänen (beim AG aufliegende topographische Pläne des Baugeländes, in die Einsicht zu nehmen sind, Bauplatzbesichtigungen, und dgl.)

---

<sup>358</sup> *Kriegner*, Das Vollständigkeitsrisiko beim Bauvertrag, Immolex 2005, 203

vornehmen. Selbst bei detaillierter Leistungsbeschreibung des Bau-SOLL wird der potentielle AN oft von gewissen Annahmen für seine Kalkulation ausgehen bzw. Annahmen treffen müssen. Dies erst recht, wenn das Bau-SOLL seitens des AG oder seiner Erfüllungsgehilfen (Architekt, Planer, Statiker, usw.) unzureichend definiert wurde. Ein Großteil der vom Bieter für seine Detailkalkulation getroffenen Annahmen ist in den K-Blättern, insbesondere den K-7 Blättern dokumentiert. Ein anderer Teil der Annahmen ist latent durch die Angaben und Beiträge des AG definiert und lässt sich aus ihnen objektiv – schlüssig ableiten. Darunter sind jene Annahmen zu verstehen, die ein durchschnittlicher Bauunternehmer unter Zugrundelegung eines „normalen Empfängerhorizonts“ aus den Angaben des AG heraus treffen konnte und durfte. Eine andere Möglichkeit der Dokumentation seiner Annahmen eröffnet sich für den Unternehmer durch Hinweise zur Leistung im Begleitschreiben oder den Bietererläuterungen. Vorsicht ist dabei insofern geboten, als solche Hinweise bei einem öffentlichen AG rasch zu einem nicht-ausschreibungskonformen Angebot führen können, mit der Konsequenz des Ausscheidens des Angebotes.

Die Relevanz solcher Annahmen in den K-Blättern für die Projektabwicklung, insbesondere im Zusammenhang mit einer Irrtumsanfechtung des Vertrages und aus Sicht eines vorbeugenden Claim-Ansatzes werden nun im folgenden behandelt, wobei eine nähere Differenzierung in projektzeitlicher Hinsicht und in welcher Art und Weise dem AG solche Annahmen „zu Gesicht“ gekommen sind, erforderlich ist. Eindeutig ist in diesem Zusammenhang, dass wenn der AG den Vertrag einmal auf Grundlage eines für ihn nachteiligen Claim-Ansatz, oder aber einer sonstige Kalkulationsannahme geschlossen hatte, anzunehmen ist, dass er das Geschäft „bewusst“ so abschließen wollte. Aus diesem Grund kommt den K-Blättern eine sehr große Bedeutung zu, und es ist essentiell zu hinterfragen, ob sie Inhalt des Vertrages sind oder nicht. Dazu werden mehrere Fallkonstellationen beleuchtet:

### **3.2.2 Offenlegung der K-Blätter erfolgt vor Vertragsabschluss**

#### *3.2.2.1 K-Blätter wurden mit dem Angebot offengelegt*

Einleitend soll die Relevanz von Kalkulationsannahmen in der Vertragskonstellation zwischen Verbraucher und Unternehmer untersucht werden. Im Falle eines privaten Auftrages, welcher in dieser Arbeit bisher vollkommen ausgeklammert wurde - wenn demnach ein privater, nicht unter die Bestimmungen des BVergG fallender AG das Angebot eines Unternehmers einholt, um z.B. auf Grundlage einer Architektenplanung ein Bauwerk errichten zu lassen - kann der Inhalt der K-7 Kalkulation eine weitreichende Bedeutung

haben. Gehört obendrein das Geschäft, hier „der Handel mit Bauwerken“, nicht zum Betrieb des Unternehmens des AG, so ist der AG ein sog. „Verbraucher“ und das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) ist auf das Rechtsgeschäft anzuwenden. Auf der anderen Vertragsseite steht der Bauunternehmer, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, kurz der Unternehmer.

I.d.R. wird der Unternehmer auf Grundlage der vorgelegten Pläne, eines LV, etc., kurz: auf den Beiträgen des Verbrauchers, einen Preis für das Bauwerk bilden und einen Vertrag mit seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Verbraucher zur Unterfertigung vorlegen. Werden nun vom Unternehmer dem Vertragswerk auch die K-Blätter angeschlossen, z.B. mit dem Hinweis, alle Preise gelten nur unter den dort getroffenen Kalkulationsannahmen, so kontrahiert der Verbraucher zu den AGBs des Unternehmers und die Kalkulationsannahmen des Unternehmers in den K-Blättern werden direkt Bestandteil des Vertrages und damit des Geschäftes. Welche Annahmen im Detail vom Unternehmer in den Kalkulationsformblättern getroffen wurden, sei hier gar nicht von primärem Interesse, es soll nur verdeutlicht werden, dass auf die beschriebene Art und Weise die K-Blätter Einzug in den Vertrag erlangen.

An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass im Verbrauchergeschäft Bestimmungen der AGB des Unternehmers viel schneller an der Grenze der „gröblichen Benachteiligung“ und „Sittenwidrigkeit“ kratzen, als im Unternehmergeschäft – schließlich soll ja der „unwissende und schwache“ Konsument vor gröblich benachteiligenden Vertragsklauseln des „wissenden und starken“ Unternehmers geschützt werden. Daraus ergibt sich für die K-Blätter, dass an die dort getätigten Annahmen ein strenger Maßstab anzulegen ist. Sofern die Annahmen in den K-Blättern allerdings nicht unwirksam (nichtig) sind, haben sie volle Gültigkeit und sind wie Vertragsbestimmungen zu behandeln.

Völlig anders gelagert stellt sich allerdings der Fall des klassischen Bauvertrages zwischen öffentlichem AG und Bauunternehmer dar: Die Bauleistung wird i.d.R. per öffentlicher Ausschreibung z.B. in einem offenen Verfahren<sup>359</sup> ausgeschrieben und die Ausschreibungsunterlagen sind auch gleich als Vertragswerk verwendbar. Nach dem BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen sogar ausdrücklich so abzufassen, dass sie für den Leistungsvertrag verwendet werden können. Im Normalfall wird es auch so sein, dass die Ausschreibungsunterlagen fast eins zu eins, nur ergänzt um den „Bieterteil“ und eventuelle sonstige Zusatzdokumente (wie z.B. ein Alternativangebot) für den Vertrag übernommen werden. Im Ausschreibungskonvolut sind dann bereits unter den technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen und auch unter den Vorbemerkungen zum LV alle relevanten allgemeinen Bestimmungen, ähnlich AGBs, zu finden. Auch spezielle Regelungen

---

<sup>359</sup> Zu den anderen zulässigen Verfahren siehe die einschlägigen Bestimmungen des BVergG.

betreffend die Kalkulationsformblätter werden dort, sofern es überhaupt welche gibt, enthalten sein.

In der Praxis können diese Bestimmungen differieren. Dies ist von essentieller Bedeutung für die Geltung der Annahmen in den K-Blättern: Wurde im Vertrag erwähnt, dass die K-Blätter Vertragsbestandteil werden, ist der Fall klar: Die kalkulativen Annahmen in den K-Blätter haben hohe Relevanz und sind Inhalt des Geschäfts. Eine etwaige Irrtumsanfechtung aufgrund eines groben Fehlers in der Kalkulation rückt damit in den Bereich des Möglichen, falls die Anfechtungstatbestände von § 871 ABGB gegeben sind - dazu später mehr (siehe Kapitel 3.2.2.2.).

Finden sich in den Vertragsbestimmungen allerdings Klauseln darüber, dass die K-Blätter z.B. „nur“ für eine vertiefte Angebotsprüfung oder „nur“ bei auftretenden LÄ offenzulegen sind, aber ausdrücklich nicht Vertragsbestandteil werden, so kann dies zu Problemen führen, einerseits für den Bieter, falls er trotzdem seinem Angebot die K-Blätter offen beifügt und andererseits für den AG, wenn er die K-Blätter nachweislich geprüft hat. Ersteres wird nun ab dem nächsten Absatz untersucht, letzteres unter Punkt 3.2.2.2.

Einerseits wäre es möglich, aus der offenen Abgabe der K-Blätter mit dem Angebot den Kontrahierungswillen des Unternehmers abzuleiten, nur unter diesen (seinen) Bedingungen, - unter den Annahmen in den K-Blättern nämlich - , den Vertrag abzuschließen. Die Folge davon könnte ein Ausscheiden wegen Nicht-Konformität des Angebotes mit der Ausschreibung sein.<sup>360</sup>

Andererseits wäre es auch denkbar, dass die Offenlegung der K-Blätter mit dem Angebot sanktionslos bleibt und der AG diese einfach ungelesen ignoriert, wissentlich, dass sie aufgrund der Vertragsklausel ohnehin nicht zum Inhalt des Vertrages werden können. Dann würde den Inhalten und Annahmen des Unternehmers in den K-Blättern dieselbe Relevanz zukommen, wie wenn die K-Blätter mit dem Angebot überhaupt nicht abgegeben worden wären – nämlich keine. Ähnliches dürfte anzunehmen sein, wenn zwar die K-Blätter nicht explizit vom Vertrag „ausgeschlossen“ werden, sondern in dieser Hinsicht in den Vertragsbestimmungen nur einfach nicht weiter erwähnt werden. Vermutlich können die K-Blätter auch dann nicht stillschweigend Vertragsinhalt werden. Es handelt sich dabei aber um ein juristisches Problem, welches hier nicht näher behandelt wird. Der AG hat es auf alle Fälle selbst in der Hand, durch eindeutige Ausschreibungs- bzw. Vertragsbestimmungen Klarheit zu schaffen.

Zusammenfassend dürfte also den Annahmen in den K-Blättern aus irrtumsrechtlicher Sicht und aus Sicht eines vorbeugenden Claim-Ansatzes nur dann eine Relevanz zukommen,

---

<sup>360</sup> Vgl. § 129 Abs. 1 Z 7 BVerG, der besagt, dass folgende Angebote auszuschneiden sind: „...den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, ...“

wenn diese per Vertragsbestimmung zum Bestandteil des Vertrages erhoben und in weiterer Folge mit dem Angebot abgegeben werden.

In den anderen Fällen wird wohl ein Kalkulationsfehler als unbeachtlicher Motivirrtum nicht zu einer irrumsrechtlichen Anfechtung berechtigen und ein etwaiger vorbeugender Claimansatz des Unternehmers (z.B. Ansatz einer unstetigen stufenförmigen Preisfunktion<sup>361</sup> in der K-7 Kalkulation) ins Leere gehen.

Ob es für einen AG grundsätzlich sinnvoll ist, möglichst viele K-Blätter vorvertraglich einzufordern, wird u.a. im Anschluss diskutiert.

### 3.2.2.2 *K-Blätter wurden bei der vertieften Angebotsprüfung vom AG geprüft*

Im vorangegangenen Kapitel, bei der Offenlegung der K-Blätter mit dem Angebot, wurde die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blätter in Abhängigkeit von einer in den Vertragsbestimmungen vorhandenen Bestimmung gesehen. Gegenständlich soll nun die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern untersucht werden, wenn die Kalkulationsformblätter in der Vergabephase bei der vertieften Angebotsprüfung nachweislich vom AG einer detaillierten Prüfung unterzogen wurden (vertiefte Angebotsprüfung). Auch hier ist es von Interesse, ob der AG in den Vertragsunterlagen einschlägige Bestimmungen über die K-Blätter als Vertragsbestandteil verfasst hat oder nicht.

ME lässt sich im Zuge der Diskussion in diesem Kapitel die Relevanz der Kalkulationsannahmen dann eindeutig ableiten, wenn über die K-Blätter nichts Weiterführendes im Vertrag vereinbart wurde, die K-Blätter aber nachweislich vertieft geprüft wurden, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Ein Blick ins Irrtumsrecht des ABGB und die entsprechende Kommentarliteratur trägt zur Klärung der Frage bei, unter welchen Umständen die Kalkulationsannahmen in den K-Blättern Inhalt des Vertrages und somit von Relevanz sind:

Der sog. Kalkulationsirrtum, ein auch der juristischen Lehre bekannter Begriff, wird nach *Kozio*<sup>362</sup> verschieden verwendet: „*Man kann darunter Erklärungsirrtümer verstehen, dass sich ein Teil bei der für den anderen bestimmten Erklärung über den Preis verschreibt, verrechnet, verspricht usw.*“ Die zitierte Definition des Kalkulationsirrtums als Erklärungsirrtum wird hier für die Betrachtung der Annahmen in den K-Blättern weniger von Interesse sein, vielmehr wäre es interessant ob der Kalkulationsirrtum nicht auch als

---

<sup>361</sup> *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, Wirtschaftsverlag Überreuter Wien, Ausgabe 1997, S. 335

<sup>362</sup> *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht, Band 1, Manz Verlag Wien, Ausgabe 2002, S. 136

Geschäftsirrtum i.e.S. auftreten kann, dass es also sein kann, dass der Unternehmer über den Inhalt des Geschäftes (hier: über den zu erbringenden Inhalt der Bauleistung) irrt und die getätigten Annahmen in den K-Blättern, welche in diesem Falle den Irrtum quasi eins zu eins dokumentieren, eine Bedeutung bei einer Irrtumsanfechtung haben.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder Geschäftspartner das Risiko richtiger Kalkulation, also die Berechnung seiner Leistungs- oder Gegenleistungskosten usw. selbst trägt.<sup>363</sup> Darunter ist also z.B. das Risiko des Bauunternehmers zu verstehen, seine Produktionskapazitäten leistungsmäßig richtig einzuschätzen. Unterliegt er dabei einem klassischen baubetrieblichen Kalkulationsirrtum und überschätzt er seine Kapazitäten od. unterschätzt er den Aufwand der zu erbringenden Bauleistung, indem er dadurch die Positionsleistung monetär unterbewertet, so entsteht ein „Unterpreis“ und niemand kann ihm helfen. Der Bauunternehmer hat zu seinem nicht kostendeckenden Einheitspreis zu stehen. I.d.R. wird dann nach *Oberndorfer/Jodl*<sup>364</sup> ein rechtlich unbeachtlicher Motivirrtum vorliegen, der durch falsche Einschätzung der eigenen oder der zu erbringenden Leistung zustande kommt. Doch ist das immer so? Liegt auch dann unerheblicher Motivirrtum vor, wenn der Unternehmer deshalb unterpreisig anbot, weil er über die zu erbringende Leistung an sich irrte – die Aufwands- und technische Leistungseinschätzung deshalb (objektiv!<sup>365</sup>) verfehlt war, weil der Unternehmer von etwas Anderem ausgegangen war? Nach *Kozio!*<sup>366</sup> ist ein bei der Kalkulation unterlaufener Irrtum dann als Geschäftsirrtum relevant, wenn die Kalkulationsgrundlagen Vertragsinhalt werden, was voraussetzt, dass sie dem Vertragspartner offen gelegt werden und Einvernehmen darüber herrscht, dass das Geschäft auf dieser Basis erfolgen soll.

Für ein Zwischenresümee kann festgehalten werden, dass die Kalkulationsannahmen des Unternehmers in den K-Blättern für eine Irrtumsanfechtung dann eine Relevanz haben, wenn die K-Blätter Inhalt des Vertrages wurden. Nur dann ist es möglich, einen Kalkulationsirrtum unter Berufung auf die Tatbestände des § 871 ABGB geltend zu machen.

Nun soll der Frage nachgegangen werden, wann die K-Blätter Inhalt des Vertrages werden. *Kropik/Krammer*<sup>367</sup> kommen mE vollkommen zutreffend zum Schluss, dass durch die vertiefte Angebotsprüfung im Zuge derer die K-Blätter im Detail geprüft werden (das BVergG gibt diesbezüglich die Richtung der Vorgangsweise und „worauf zu achten“ ist vor)

<sup>363</sup> *Rummel* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 12 zu § 871

<sup>364</sup> *Oberndorfer/Jodl*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe August 2001, S. 84

<sup>365</sup> Objektiv, weil der Unternehmer aus seiner ursprünglichen Sicht heraus für die Leistung die richtigen Leistungsannahmen getroffen hatte. Er war ja „nur“ über die Leistung an sich im Irrtum befangen.

<sup>366</sup> *Kozio!Welser*, Bürgerliches Recht, Band 1, Manz Verlag Wien, Ausgabe 2002, S. 136

<sup>367</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 148

Einvernehmen zw. AG und Unternehmer darüber besteht, das Geschäft zu diesen Bedingungen abzuwickeln, sonst würde der Vertrag zufolge Unter- oder Überpreise nicht zustande kommen.

Aus der Ansicht *Karaseks*<sup>368</sup> kann man ableiten, dass die Kalkulation zum Inhalt des Vertrages wird, wenn sie bei den Vertragsverhandlungen dem Vertragspartner gegenüber in Erscheinung getreten ist und Einvernehmen darüber besteht, dass das Geschäft zu diesen Bedingungen und auf Basis dieser Kalkulation abgeschlossen werden soll. ME ist es demnach ausreichend, wenn die K-Blätter im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nachweislich geprüft wurden (dh, es muss ein Prüfungsprotokoll vorliegen!) und in weiterer Folge dem Angebot der Zuschlag erteilt wurde. Dabei ist allerdings (trivial) darauf hinzuweisen, dass natürlich nur jene K-Blätter Vertragsinhalt werden, die auch geprüft wurden. I.d.R. werden nicht alle K-Blätter geprüft, woraus sich ergibt, dass die Geltendmachung eines Irrtums nur auf Grundlage jener Kalkulationsannahmen und Preisgrundlagen möglich ist, die auch in den geprüften K-Blättern zu finden sind.

Wenn nun die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern in Hinsicht auf eine Irrtumsanfechtung dadurch zustande kommt, dass die K-Blätter bei der vertieften Angebotsprüfung geprüft und mit der Zuschlagserteilung in weiterer Folge zum Vertragsinhalt werden, ist wohl das Gleiche generell für die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern, also auch in Hinsicht auf vorbeugende Claim-Ansätze oder getätigte Spekulationen in den K-Blättern, o.ä., anzunehmen:

Wurden die K-Blätter vom AG nachweislich geprüft und daraufhin der Zuschlag erteilt, gibt der AG zum Ausdruck, mit vorhandenen spekulativen und vorbeugenden Claim-Ansätzen einverstanden zu sein, ist es doch offenbar unverkennbar, dass er das Geschäft zu diesen Bedingungen abschließen wollte.

Man kann also generell davon ausgehen, dass, für den Fall, dass der AG die K-Blätter bei der vertieften Angebotsprüfung nachweislich geprüft hat, und aufgrund dessen den Zuschlag erteilt hat, diese Vertragsinhalt geworden sind.

Ähnliches müsste m.E. auch für ein abgegebenes Alternativangebot gelten: Wurde diesem, unter Detailprüfung der Kalkulation, der Zuschlag erteilt, wird die dazugehörige Kalkulation zum Inhalt des Vertrages (vertragsrechtliche Folgen wie oben).

Aus Sicht eines öffentlichen AG erscheint es daher nicht sinnvoll, ohne genaue Risikoabwägung möglichst viele K-Blätter zwecks vertiefter Angebotsprüfung einzufordern

---

<sup>368</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 118

und einem Angebot, nur weil es das Billigste ist, „voreilig“ zuzuschlagen. Es könnte einerseits ein versteckter Claim-Ansatz übersehen werden, der dann als Inhalt des Geschäftes für den AG nachteilig schlagend werden kann und andererseits besteht die theoretische Möglichkeit für den Bieter durch Irrtumsanfechtung aus einem spekulativ niedrigen Preis auszusteigen.

Öffentliche AG versuchen sich manchmal per Vertragsklausel zu schützen, indem sie eine Irrtumsanfechtung des AN in ihren Vertragsbestimmungen ausschließen, was nach der Rechtsprechung grundsätzlich möglich ist. Man wird aber dieses Recht dahingehend einzuschränken haben, wo dem Irrenden selbst erfüllbare Prüfungspflichten obliegen und der Irrtum – trotz Veranlassung durch den anderen – bei entsprechender Erfüllung der Prüfungspflicht rechtzeitig hätte entdeckt werden können.<sup>369</sup> Nachdem an die Prüfpflicht eines LV im Angebotsstadium kein hoher Maßstab anzulegen ist, und sich der AN auf die sorgfältige Erstellung des LV durch den AG verlassen können muss, kann sich die Prüfpflicht nur auf leicht feststellbare Irrtümer beziehen.<sup>370</sup>

Manche AG nehmen in ihre rechtlichen Vertragsbestimmungen eine Klausel auf, die besagt, dass die K-Blätter zwar zwecks vertiefter Angebotsprüfung dem AG offen zu legen sind und eine Prüfung auf ihrer Grundlage erfolgt, die K-Blätter selbst aber ausdrücklich nicht Vertragsbestandteil werden. Offenbar soll durch so eine Bestimmung nicht nur der Ausschluss einer Irrtumsanfechtung (durch die Hintertüre) vollzogen werden, sondern auch die vom AN getroffenen Kalkulationsannahmen für nichtig, da so wie nicht vorhanden, erklärt werden.

In diesem Fall tritt dann die kuriose Situation ein, dass der AG zwar einerseits die K-Blätter in ihren Inhalten detailliert geprüft und positiv zur Kenntnis genommen hatte (ansonsten wäre der Vertrag ja offenbar nicht zustande gekommen) und diese normalerweise mit dem Zuschlag zum Inhalt des Vertrages geworden wären, andererseits aber letzteres durch die Klausel ausgeschlossen wurde. Eine Berufung des AN auf dokumentierte Kalkulationsannahmen in den Kalkulationsformblättern, für welchen Zweck auch immer (Vertragsauslegung, Irrtumsanfechtung, strittige MKF auf Grundlage der K-Blätter,...), erscheint dann rechtlich irrelevant, obwohl dem AG diese nachweislich in Erscheinung getreten sind und er das Geschäft auf deren Grundlage abgeschlossen hatte.

ME wäre in diesem Zusammenhang eine rechtliche Prüfung angebracht, ob solche Klauseln nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig sind.

---

<sup>369</sup> Karasek, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 124

<sup>370</sup> Vgl. dazu Karasek, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 124

### 3.2.2.3 K-Blätter wurden nach Angebotsabgabe offengelegt

Grundsätzlich müsste hier Ähnliches gelten wie im Fall der Offenlegung (Abgabe) der Kalkulationsformblätter mit dem Angebot bei der Angebotsabgabe (vgl. dazu Punkt 3.2.2.1.), mit dem einen Unterschied, dass der Bieter mit Abgabe der K-Blätter nach der Angebotsfrist jedenfalls nicht Gefahr läuft, ein nicht-ausschreibungskonformes Angebot abzugeben.

Das ausschreibungsgemäße Angebot wurde ordnungsgemäß und zeitgerecht abgegeben, die K-Blätter nur im nachhinein, nach Ablauf der Angebotsfrist nachgereicht. Diese Vorgangsweise könnte ev. höchstens so interpretiert werden, dass der Bieter dem AG schon vorweg die Detailkalkulation als eine Art Vorab- oder Zusatzinformation zukommen lassen will, um einzelne K-Blätter bei einer späteren vertieften Angebotsprüfung nicht extra nachbringen zu müssen. Eine Pflicht des AG, die K-Blätter inhaltlich oder auf Vollständigkeit, etc. zu prüfen, besteht nicht, im Gegenteil, der AG kann sie als „nicht gesichtet“ behandeln und ev. dem sogar Bieter mit dieser Zusatzbemerkung retournieren, was u.U. auch empfehlenswert sein wird, um potentiell spätere Meinungsverschiedenheiten erst gar nicht aufkommen zu lassen.

Zusammenfassend kann demnach angenommen werden, dass der Fall „Offenlegung der K-Blätter nach Angebotsfrist“ so einzustufen ist, wie eine Abgabe der K-Blätter in einem verschlossenen und versiegelten Kuvert mit dem Angebot, was auch den Branchenusancen entspricht. Die Inhalte und getroffenen Annahmen des AN haben a priori keine weitere Relevanz. Eine Relevanz kann sich nur aus der weiteren Vorgangsweise des AG ergeben, etwa wenn er einzelne K-Blätter zur vertieften Angebotsprüfung einfordert, nachweislich prüft und dann den Zuschlag erteilt.

Anders wäre allerdings der Fall gelagert, wenn der Bieter die K-Blätter offen und quasi als verbindlichen Zusatz noch vor Ablauf der Angebotsfrist seinem bereits abgegebenen Angebot hinzufügt (durch den AG hinzufügen lässt). Dann gilt wiederum das bereits zu Punkt 3.2.2.1 (K- Blätter wurden mit Angebot offengelegt) Gesagte: Ein Erklärungswille des Bieters, das Geschäft nur unter den Bedingungen der Kalkulation abzuschließen, könnte abgeleitet werden, was u.U. problematisch ist.

Gelegentlich werden Kalkulationsfehler und –irrtümer erst nach Angebotsabgabe, aber vor einer Zuschlagsentscheidung, vom Bieter entdeckt: Zu einem vorzeitigen Zurückziehen eines Angebotes durch den Bieter ist zu sagen, und das könnte dann von Interesse sein, wenn etwaige falsche Kalkulationsannahmen erst nach Abgabe des Angebotes vom Bieter entdeckt werden, dass dies vor Ablauf der Angebotsfrist sanktionslos möglich ist. Nach Angebotseröffnung und noch vor Zuschlagserteilung ist die Sache schon etwas

komplizierter, da einerseits ein Zurückziehen grundsätzlich nicht möglich ist, da der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist.<sup>371</sup> Andererseits kommt eine vertragsrechtliche Irrtumsanfechtung auch nicht in Betracht, da ja noch kein Vertrag zustande gekommen ist. *Kurbos*<sup>372</sup> ist zwar grundsätzlich auch der Meinung, dass eine Durchsetzung eines Irrtums am fehlenden Urteil innerhalb der Zuschlagsfrist scheitern wird, erachtet aber hingegen, dass ein AG zur sachgerechten Anerkennung von Irrtümern auch ohne Urteil verpflichtet sein könnte, zumindest, wenn die Berechtigung der Irrtumsanfechtung offenbar (evident) ist.

### 3.2.3 Offenlegung der K-Blätter nach Vertragsabschluss

Nach den Gepflogenheiten in der Baubranche werden die K-Blätter oft mit dem Angebot in einem verschlossenen und versiegelten Kuvert mit dem Angebot abgegeben. Werden einzelne Kalkulationsformblätter in der Vergabephase bei der vertieften Angebotsprüfung oder in der Vertragsphase z.B. zur Kontrolle einer Nachtragskalkulation des AN (sie ist auf den Preisgrundlagen der Angebotskalkulation zu erstellen) benötigt, so wird das Kuvert im Beisein des AN geöffnet und die entsprechenden K-Blätter „ausgehoben“. Nachdem der AG den Inhalt der getroffenen Annahmen des Bieters in den K-Blättern bis dato nicht kannte, wird deren grundsätzliche Relevanz, v.a. in Hinblick auf eine Irrtumsanfechtung, gering einzuordnen sein. Vertragsinhalt sind sie nicht, da der AG von ihrem Inhalt bei Abschluss des Vertrages keine Kenntnis hatte, wodurch die Geltendmachung eines unterlaufenen Kalkulationsirrtums ausgeschlossen ist. Dieser verbleibt als bloßer Motivirrtum rechtlich unbeachtlich.<sup>373</sup>

---

<sup>371</sup> Vgl. § 112 Abs. 2 BVergG

<sup>372</sup> *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, Wirtschaftsverlag Überreuter Wien, Ausgabe 1997, S. 98

<sup>373</sup> Weiterführende Entscheidungen und Literatur zum „Irrtum“:

OGH 22.2.1995, 3 Ob 564/94 „Besonders günstige Preise“ – Erklärungsirrtum („Rohtrasse schieben“)

OGH 6.11.1986, 7 Ob 682/86 „Wasserdichte Fertigteilschächte mit zugfester Verschraubung“

OGH 19.5. 1998, 1 Ob 32/98g, „Grundstücksgröße falsch berechnet“

*Kurbos*, Baurecht in der Praxis, Wirtschaftsverlag Überreuter Wien, Ausgabe 1997

*Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band 1, Manz Verlag Wien, Ausgabe 2002

*Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999

*Rummel*, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000

*Hirmsperger*, Mit Recht bauen, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Ausgabe 1999

*Reckerzügl*, Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien (22.11.2000), Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb

*Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag: Leistungsänderungen – ÖNorm B 2110 – Umsatzsteuer, Orac Verlag Wien, Ausgabe 1999

Für die Bildung eines Zusatzangebotes gilt jedoch Folgendes: Die K-Blätter, in erster Linie die K-7 Detailansätze, stellen die hinter den EHP stehende Kalkulation dar. Deshalb haben die in den K-Blättern angesetzten Preisgrundlagen für die Bildung eines Zusatzangebotes (Bildung eines Preises für eine neue Leistung) insofern eine Bedeutung, als dass neue Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen nämlich auf den Preisgrundlagen (und der Preisbasis) des Vertrages aufzubauen sind (siehe dazu ausführlich die Kapitel 3.3.4 und 3.3.5).

Nach der ÖNORM Regel ONR 22117<sup>374</sup> ist, wenn bei einer weiteren LÄ auf einer bereits für eine frühere LÄ verwendeten Bezugsposition aufgebaut wurde, von den Preiskomponenten und Mengenansätzen dieser Position (Ur-Bezugsposition) auszugehen.

Somit kann sich durch nachträgliche Offenlegung der Preisgrundlagen der K-Blätter in der Vertragsphase ergeben, dass Inhalte der K-Blätter auch nach Vertragsabschluß, also nachträglich, Vertragsinhalt werden: Wurden nämlich schon einmal für ein Zusatzangebot verwendete Preisgrundlagen vom AG akzeptiert, so ist davon auszugehen, dass diese vertraglich anerkannt sind. *„Einvernehmlich anerkannte Zusatzangebote oder Mehrkostenforderung haben in Ergänzung der Vertragsgrundlagen verbindliche Wirkung für nachfolgende Mehrkostenforderungen.“*<sup>375</sup>

Durch die während der Vertragsabwicklung getätigte Zustimmung des AG zur Verwendung einer Preisgrundlage (Kalkulationsannahme), zwecks Kalkulation eines neuen Preises, kann demnach angenommen werden, dass diese Preisgrundlage Vertragsinhalt wird.

### **3.2.4 Die Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern für den Vertrag**

Sofern die Kalkulationsannahmen in den K-Blätter aufgrund einer der oben genannten Fälle (siehe Punkt 3.2, insbes. 3.2.2.2) Vertragsinhalt geworden sind, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das hat. Kann der Vertrag aufgrund eines Fehlers in der Kalkulation aufgehoben werden? Können die K-Blätter zur Interpretation des Vertrages herangezogen werden? Letzteres ist wohl eindeutig mit ja zu beantworten, ersteres ist näher zu untersuchen und ist hier (wiederum) insbesondere auf das Irrtumsrecht einzugehen: wenn

---

Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003  
Etc.

<sup>374</sup> ÖNORM Regel ONR 22117 „Verfahrensanleitung für Mehr- oder Minderkostenforderungen im Zusammenhang mit dem Baugrund“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2003-04-01, Pkt. 8 „Ableitung der Höhe“

<sup>375</sup> Gölles/Link, Mehrkostenvergütung bei Bauaufträgen – Claimmanagement gemäß ONR 22117, S. 73

die K- Blätter Vertragsinhalt geworden sind und in der Kalkulation ein Irrtum unterlaufen ist, kann der Vertrag nach § 871 ABGB angefochten und in der Folge aufgehoben werden?

Die Frage ist also, ob es schon zur Vertragsanfechtung wegen Irrtums in der Kalkulation ausreicht, dass die K-Blätter Vertragsinhalt wurden (auf welche Art und Weise auch immer).

Die Antwort lautet: Nein, natürlich nicht, denn sonst könnte ja der AN das Risiko seiner Kalkulation (richtige Einschätzung der sich einstellenden Kosten der Bauproduktion) a priori auf den AG überbürden und bei jeder, später im Zuge der Baudurchführung bemerkten Fehleinschätzung seiner Produktionsmittel den Bauvertrag anfechten. Das würde dann natürlich auch für spekulative Unterpreise gelten, aus denen ein Unternehmer, beispielsweise bei Nichtaufgehen seiner Spekulation, ausbrechen will.

Zur Anfechtung des Vertrages aufgrund eines Irrtums bedarf es daher noch der Erfüllung der drei folgenden, streng auszulegenden und eine Irrtumsanfechtung erschwerenden, Tatbestände des § 871 ABGB:

§ 871. (1) *War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum **durch den anderen veranlaßt** war, oder diesem aus den Umständen **offenbar auffallen mußte** oder **noch rechtzeitig aufgeklärt** wurde.* [Hervorhebungen d. Verf.]

Sind allerdings auch diese „strengen“ Tatbestände erfüllt, scheint eine Anfechtung des Vertrages tatsächlich möglich, und zwar unabhängig davon, was die Ursache des „Unterpreises“ bzw. der Fehleinschätzung der Leistung war, denn nach außen hin präsentiert sich ein „echtes Irren über den Leistungsinhalt“ auf die gleiche Weise wie ein spekulativ niedriger Ansatz, nämlich durch einen niedrigen Einheitspreis (respektive geringe Verbrauchs-, Aufwandsansätze, etc. in der K-7 Kalkulation).

Die K-Blätter haben somit, wenn sie Vertragsinhalt wurden, bei der Vertragsauslegung wie auch bei einer allfälligen Vertragsanfechtung hohe Relevanz.

### 3.3 Die Bedeutung der K-Blätter bei Zusatzangeboten (Nachträgen) aufgrund von Leistungsänderungen

#### 3.3.1 Leistungsänderungen nach ABGB und ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2117 und ÖNORM B 2118

Der unbedarfte Blick ins Werkvertragsrecht des ABGB würde vermuten lassen, dass für einen „Klassiker“ und typischen Vertreter unter den Werkverträgen wie den Bauwerkvertrag dort spezielle und praxistaugliche Regelungen über Leistungsänderungen anzutreffen seien. Das Gegenteil ist der Fall: Aus dem ABGB-Vertragsrecht ist a priori sogar kein Recht des AG, Leistungen nachträglich abzuändern bzw. zusätzliche Leistungen zu erteilen, erkennbar. Der Unternehmer hat das Werk so zu erstellen, wie es der Werkvertrag vorsieht. Die speziellen Wünsche und Bedürfnisse des AG sowie die zu berücksichtigenden Umstände müssen bereits aus dem Werkvertrag selbst ableitbar sein. Dies kann (soll) durch eine möglichst detaillierte Leistungsbeschreibung zum Ausdruck kommen, in der die Beschaffenheit und die geforderten Eigenschaften des Werkes festgelegt werden (siehe *Krejci* im ABGB Kommentar).<sup>376</sup> Der Unternehmer ist also grundsätzlich nicht verpflichtet, andere als im Bauvertrag bedungene oder zusätzlich vom AG angeordnete Leistungen zu erbringen. Nach den Regelungen der §§ 1165ff ABGB hat der AG grundsätzlich kein Recht, im nachhinein die Leistung zu ändern.<sup>377</sup>

*„Nachträgliche Weisungen des Bestellers binden den Unternehmer nur, wenn der dem Besteller ein diesbezüglich Recht vertraglich eingeräumt wurde; sei es, daß dieses Recht bereits bei Vertragsabschluß eingeräumt wurde; sei es, daß der Unternehmer im Zuge der Vertragserfüllung dem Besteller ein solches Recht nachträgl gewährt. [Hervorhebungen d. Verf.]“<sup>378</sup>*

Der Begriff der Weisung, welcher immer untrennbar mit jeder Leistungsänderung verbunden ist, kann dabei entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Auch sei hier darauf hingewiesen, dass der AN eine zusätzliche Leistung u.U. auch ohne Weisung des AG ausführen darf, beispielsweise bei Gefahr in Verzug, bei Abwendung eines Schadens für den AG oder bei einer Änderung der Bauausführung durch den AN wegen Nichtentsprechens einer AG-Planung in Bezug auf die Bauordnung, etc.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> *Krejci* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 84 und 85 zu §§1165, 1166

<sup>377</sup> Karasek, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 427

<sup>378</sup> *Krejci* in Rummel, Kommentar zum ABGB, Bd. 1, Ausgabe 2000, Rdn. 88 zu §§1165, 1166

<sup>379</sup> Vgl. dazu *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 426; Ev. könnte man bei den angeführten Fällen auch eine „stillschweigende“ oder „konkludente“ Weisung annehmen, da der

Nach dem Werkvertragsrecht des ABGB muss also ein Leistungsänderungsrecht des AG explizit im Vertrag vereinbart werden bzw. ausdrücklich nachträglich gewährt werden. In der Praxis wird der Bauunternehmer durchaus ein Interesse haben, nachträgliche geänderte oder zusätzliche Leistungen unter Anstrengung der Durchsetzung seines „guten“ Preises zu erbringen. Ein mögliches Druckmittel für den Unternehmer ergibt sich durch die sanktionslose Verweigerung der Ausführung<sup>380</sup> bei Nichtakzeptanz seines Preises. Es ist nämlich i.d.R. für den AG nicht lohnenswert und äußerst unpraktikabel, die veränderte oder zusätzliche Teilleistung eigens an Dritte zu vergeben und zu beauftragen (da dies mit einem großer Zeitaufwand für zusätzliche Ausschreibung und Vergabe der Leistung mit den Folgen von z.B. Verzug und Unterbrechung der Baustelle, mögliche Behinderungen anderer Unternehmer durch den „dritten“ Unternehmer, höherer Koordinierungsaufwand für den AG durch Mehrpersonal oder Mehrgerät am Bau, etc. verbunden sein kann).

Dies und die Allgemeinheit der Bestimmungen des bürgerlichen (Werkvertrags-)rechts - dieses soll ja für alle Arten von Werkverträgen gelten – macht es daher i.d.R. erforderlich, zu spezielleren, auf das Bauwesen zugeschnittenen Regelungen zu greifen, was durch die Dispositivität des ABGB-Vertragsrechts auch ermöglicht wird. Konkret geschieht dies durch Vertragsabschluss unter Einbeziehung der ÖNORM B 2110 bzw. den artverwandten ÖNORMEN B 2117<sup>381</sup> und B 2118<sup>382</sup> in den Vertrag als „Allgemeiner Geschäftsbedingungen“, wobei in der Praxis einzelne Punkte der Normen oft durch – i.d.R. den AG besser stellende - Bestimmungen (er kann als Verfasser der Ausschreibung die Bedingungen - in einem gewissen Rahmen - diktieren) ersetzt werden.<sup>383</sup>

Nach den ÖNORMEN B 2110, B 2117 und B 2118 ist der AG berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistung oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern oder zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind, sofern solche Änderungen oder zusätzlichen Leistungen dem Auftragnehmer zumutbar sind.<sup>384</sup> Mit „zusätzlichen Leistungen, die zur Ausführung der Leistung notwendig sind“, sind dabei nicht die „Nebenleistungen“ gemäss Punkt 3.7 der

---

Wille des AG damit weitergeführt wird bzw. im Interesse des AG gehandelt wird, das Vertragsziel zu erreichen.

<sup>380</sup> Nach ABGB-Werkvertragsrecht hat er dieses Verweigerungsrecht jedenfalls.

<sup>381</sup> ÖNORM B 2117 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Verkehrswegen sowie den damit im Zusammenhang stehenden Landschaftsbau“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2002-04-01, („ÖNORM B 2117“)

<sup>382</sup> Entwurf zur ÖNORM B 2118 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere Verkehrswegebau“, Österreichisches Normungsinstitut, Normenentwurf Ausgabe 2006-03-01, („ÖNORM B 2118“)

<sup>383</sup> Der öffentliche AG muss aber das punktuelle Abgehen von der ÖNORM begründen. – Vgl. dazu § 97 Abs. 2 BVergG

<sup>384</sup> ÖNORM B 2110, Pkt. 5.24.1,  
ÖNORM B 2117, Pkt. 5.24.1,

Sinngemäß sehr ähnlich der Entwurf zur ÖNORM B 2118 , Pkt. 7.1.1: *„Der AG ist berechtigt, Leistungsänderungen anzuordnen, sofern sie für die Erreichung des Leistungszieles notwendig und dem AN zumutbar sind.“*

ÖNORM gemeint. Diese sind „sowieso“ und jedenfalls zu erbringen, auch wenn sie nicht explizit im LV oder sonst wo in der Leistungsbeschreibung angeführt sind. Es sind damit Leistungen gemeint, die im Vertrag nicht vorgesehen waren, aber in einem notwendigen Zusammenhang zu der vertraglich vorgesehenen (ursprünglichen) Leistung stehen müssen, also zur Erreichung des Projektzieles notwendig sind und nicht völlig losgelöst vom Urvertrag auftreten. Letztere wären sog. „echte“ Zusatzleistungen und sind vom AG ablehnbar. Bei solchen zusätzlichen Leistungen besteht keine Verpflichtung zur Ausführung!

Jetzt wäre es naheliegend zu hinterfragen, in welchem Verhältnis zusätzliche oder neue „andere“ Leistungen“ zum BVergG stehen und ob die Beauftragung zusätzlicher Leistungen durch den AG nicht das BVergG tangiert, schließlich handelt es sich hier um einen öffentlichen AG, der nun neue, zusätzliche Leistungen beauftragt.

Bei zusätzlichen Leistungen kann es in diesem Zusammenhang zu einer Konkurrenzsituation zwischen dem „vergaberechtlichen“ Zusatzauftrag gem. § 28 Abs. 2 Z 4 BVergG einerseits, und dem „bauvertragsrechtlichen“ ÖNORM B 2110 - Zusatzauftrag andererseits, kommen. Ist der neue Preis für eine zusätzliche Leistung eindeutig und problemlos aus dem Ur-Vertrag bestimmbar, dann ist es nach Ansicht *Gölles*<sup>385</sup> zulässig, einen ÖNORM-Zusatzauftrag ohne ein „extra“ Vergabeverfahren gem. BVergG zu erteilen. Im anderen Fall, wenn also der neue Preis aus dem Ur-Vertrag nicht eindeutig bestimmbar ist, dann muss der öffentliche AG ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs. 2 Z 4 BVergG durchführen. Weiterführend zu dieser Thematik sei auf *Gölles*<sup>386</sup> und *Gamerith/Hagen*<sup>387</sup> verwiesen.

Eine weitere wichtige Frage ist, zu welchem Preis der AN die zusätzliche Leistung anbieten kann. Die österreichischen Bauwerkvertragsnormen ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2117 und die neue (derzeit als Normenentwurf („Gründruck“) vorliegende) ÖNORM B 2118 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere Verkehrswegebau“ gehen von einer Fortschreibung der Vertragspreise für die Ermittlung der Preise der neuen (geänderten, zusätzlichen) Leistung aus.

Die genannten ÖNORMEN geben demnach dem AG nicht nur ein ausdrückliches (beschränktes) Anordnungsrecht auf Änderung von Leistungen, sondern zeigen auch den Weg vor, wie die neuen Preise seitens des AN zu bilden sind. Zentrale Bestimmung der ÖNORMEN ist dabei, dass das Zusatzangebot über die geänderte/zusätzliche Leistung auf der Preisbasis und den Preisgrundlagen des Vertrages aufzubauen hat (ÖNORM B 2110 und 2117), bzw. – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten

---

<sup>385</sup> *Gölles*, „Zusätzliche Leistungen“ – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB 2007/20

<sup>386</sup> *Gölles*, „Zusätzliche Leistungen“ – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB 2007/20

<sup>387</sup> *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht, ZVB 2005/46

sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen hat (ÖNORM B 2118). Die damit verbundene Problematik wird in weiterer Folge dieser Arbeit Gegenstand einer Analyse sein, die ausgehend von der Relevanz der K-Blätter vorgenommen wird.

### 3.3.2 Kriterium der Notwendigkeit und Zumutbarkeit von LÄ

Die oben genannten ÖNORMEN<sup>388</sup> schränken das Recht des AG, Leistungsänderungen zu verlangen, dahingehend ein, dass diese notwendig und für den AN zumutbar sein müssen.

*Längle*<sup>389</sup> versteht unter „notwendig“ technisch und rechtlich bedingte Leistungsänderungen, wenn sie unausweichlich für den Erfolg erforderlich sind, das Bauwerk demnach ohne die Änderung überhaupt nicht errichtet werden kann oder aber wegen eines Verstoßes gegen die Bauordnung oder den konkreten Baubescheid als rechtswidrig errichtet gelten würde.

Anders *Karasek*<sup>390</sup>, der das Kriterium der Notwendigkeit aus einer Textinterpretation von Punkt 5.24.1 der ÖNORM B 2110 nur auf die zusätzlichen Leistungen beschränkt sehen will.

Wenn man allerdings den Entwurf zur „Infrastruktur-Großprojekt – ÖNORM B 2118“ in diesem Punkt vergleichend heranzieht, scheint der Text unter 7.1.1 der Ansicht *Karaseks* zu widersprechen, wenn dort auf die Notwendigkeit (aller) Leistungsänderungen als Voraussetzung die Rede ist.

*Oberndorfer/Reckerzügl*<sup>391</sup> erachten aus dem gewählten Wortlaut der ÖNORM B 2110 als durchaus denk möglich, dass hievon alle Leistungsänderungen betroffen sind (alle Leistungsänderungen müssen notwendig sein), können aber gleichzeitig der Interpretation *Karaseks* eine Sinnhaftigkeit abgewinnen, denn bei Leistungsänderungen im engeren Sinn würde das Kriterium der Notwendigkeit den Dispositionsfreiraum des AG unnötig einschränken.

*Gölles/Link*<sup>392</sup> sehen ähnlich wie *Längle*<sup>393</sup> eine technische oder rechtliche Notwendigkeit als Voraussetzung für einseitige vertragsändernde Anordnungen des AG, gehen also offenbar

---

<sup>388</sup> ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2117 und der Entwurf zur ÖNORM B 2118

<sup>389</sup> *Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag: Leistungsänderungen – ÖNORM B 2110 – Umsatzsteuer, Orac Verlag Wien, Ausgabe 1999, S.82

<sup>390</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 430

<sup>391</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 397

<sup>392</sup> *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker, Österreichisches Normungsinstitut Wien, 1. Auflage, Ausgabe 1. September 2002, S.66

<sup>393</sup> *Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag: Leistungsänderungen – ÖNorm B 2110 – Umsatzsteuer, Orac Verlag Wien, Ausgabe 1999, S.82

genauso wie auch *Kropik/Krammer*<sup>394</sup> vom Kriterium der Notwendigkeit für alle Leistungsänderungen aus.

Die überwiegende Meinung in Österreich scheint eher in die Richtung zu gehen, dass sowohl eine geänderte Leistung im engeren Sinn, als auch eine zusätzliche Leistung notwendig für den Erfolg der Werkserstellung in technischer und rechtlicher Hinsicht sein muss. Relevant kann diese Unterscheidung in ihrem Einfluss auf die Vergütung sein, da nicht notwendige Leistungsänderungen nicht verpflichtend vom AN auszuführen sind und auch nicht preislich an die Preisgrundlagen des Vertrages anknüpfen müssen.

Wenn man allerdings einen Seitenblick in die deutsche VOB/B wirft, so merkt man schnell, dass dort mit § 1 Nr. 3 „Änderung des Bauentwurfs“ dem AG ein starkes bzw. umfangreiches Leistungsänderungsrecht in die Hand gegeben wurde, welches ihm auch nicht notwendige (z.B. i.S. *Längles*) Leistungsanordnungen erlaubt, denn nach *Kapellmann/Schiffers*<sup>395</sup> fragt die VOB/B in § 1 Nr. 3 nämlich nicht danach, warum der Auftraggeber inhaltlich ändert, d.h., die VOB/B gibt das Änderungsrecht ohne Rücksicht darauf, ob der Auftraggeber ändern muss oder nicht. Die wahre Bedeutung von § 1 Nr. 3 VOB/B liegt nach Meinung der genannten Autoren nicht in der „deklaratorischen“ Befugnis, per Anordnung auftraggeberseitige Fehler zu korrigieren, sondern gerade darin, aufgrund neuer Entscheidung und ohne Begründungsnotwendigkeit Änderungen durchsetzen zu können.

*Keldungs*<sup>396</sup> sieht eine zulässige Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Nr. 3 VOB/B von geringfügigen Abänderungen bis hin zur weitgehenden Umgestaltung des Projektes wie Grundriss- und Raumeinteilungsänderungen. Die Grenze ist nach *Keldungs* aber dann erreicht, wenn der AG nach Vertragsabschluss eine neuartige und im Leistungsinhalt entscheidend veränderte Vertragsgrundlage verlangt, denn so hat das nach Treu und Glauben nicht mehr als zulässige einseitige Vertragsänderung durch den AG zu gelten und fällt nicht mehr unter § 1 Nr. 3 VOB/B.

Zusammenfassend zum Kriterium der „Notwendigkeit“ geänderter Leistungen nach der ÖNORM B 2110 lässt sich durch den vorgenommenen Vergleich mit der deutschen VOB/B erkennen, dass diese eine leistungsändernde Anordnung des AG ziemlich weitgehend erlaubt, was durchaus Sinn machen kann, um dem AG zu ermöglichen, später (nach Zuschlagserteilung) erkannte Verbesserungsmöglichkeiten des Bauentwurfes problemlos umzusetzen. Andererseits könnte, wenn man die Ideologie der VOB/B in diesem Punkt auf die der ÖNORM B 2110 überträgt, der AG dazu verleitet werden, mit einer schlampigen

---

<sup>394</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 88, 90

<sup>395</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 784

<sup>396</sup> *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16.Auflage, S. 924

Planung in die Vergabe zu gehen, wissentlich, dass er dann in der Vertragsphase ohnehin selbst umfangreiche Änderungen (Umplanungen) leicht durchsetzen kann. Ein derart umfassendes Änderungsrecht des Bauentwurfes wie nach der VOB/B ist aus den ÖNORMEN B 2110/2117/2118 nicht erkennbar. Der Entwurf zur ÖNORM B 2118 schränkt das Leistungsänderungsrecht des AG eindeutig dahingehend ein, dass unter Punkt 7.1.1 auf „die Notwendigkeit für die Erreichung des Leistungsziels“ abgestellt wird und auf die „Zumutbarkeit für den AN“.

Der AG soll bereits bei Ausschreibung des Bauvorhabens dazu angehalten sein, die Bauleistung mit entsprechender Sorgfalt vollständig und eindeutig zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Dies ergibt sich auch schon aus den Grundsätzen der Leistungsbeschreibung nach § 96 Abs. 1 BVergG.

Auch könnte m.E. durch die Beschränkung des Kriteriums der Notwendigkeit nur auf zusätzliche Leistungen (und nicht Anwendung auch auf geänderte Leistungen im engeren Sinn) das falsche Signal an die AG-Seite gesendet werden, wobei ausufernde Leistungsänderungen an sich und vermehrt solche aufgrund schlechter Planung die Folge sein können.

Leistungsänderungen wirken sich i.d.R. negativ auf den gesamten Baubetrieb und Bauablauf aus: Die Optimierungsvermutung der Produktion geht von dem Grundsatz aus, dass ein Bieter, welcher im Wettbewerb in einer Auftragsvergabe steht, bemüht sein muss, einen günstigen Preis anzubieten. Im Zuge dessen muss der Unternehmer von den in der Ausschreibung beschriebenen Fakten und Umständen ausgehen und darauf seinen Produktionsprozess planen.<sup>397</sup> Jede Veränderung lässt die Produktionskosten steigen, demnach sollte die Anzahl und der Umfang von Leistungsänderungen möglichst gering gehalten werden.

Als zweite Einschränkung des AG-seitigen Leistungsänderungsrechts nennt die ÖNORM B 2110 das Kriterium der Zumutbarkeit der geänderten Leistung für den AN. Neben der absoluten Unzumutbarkeit, nach der es kein vergleichbares Unternehmen gibt, welches die geänderte Leistung ausführen kann (die Leistung fällt z.B. nicht in die Befugnis des Unternehmens), ist noch eine Unterscheidung in die relative Unzumutbarkeit vorzunehmen, die dann vorliegt, wenn der AN zwar grundsätzlich in der Lage ist, die Leistung auszuführen, allerdings will oder kann er dies nicht unter den Bedingungen des Vertrages.<sup>398</sup> Als Beispiel könnte die ungeplante Bindung zusätzlichen Fachpersonals und Spezialgeräts dienen,

---

<sup>397</sup> Vgl. *Kropik*, Nachtragsmanagement, Skriptum zum Seminar Nachtragsmanagement, Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, TU-Wien, WS 2006/2007, Overhead-Folie 37

<sup>398</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl*, in *Oberndorfer/Straube* Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 403f

welche aber bereits an bestehende Baustellen gebunden sind oder anderweitig fix verplant sind. In diesem Fall oder wenn die Preise für die zusätzliche Leistung nicht mehr kostendeckend sind, wird die Grenze der Zumutbarkeit mit einem Wert für die zusätzliche Leistung von 15-20 Prozent der ursprünglichen Leistung anzusetzen sein.<sup>399</sup>

### 3.3.3 Arten von Leistungsänderungen nach der ÖNORM B 2110

Wie bereits erwähnt, ermöglichen die ÖNORMEN B 2110/2117/2118 dem AG Leistungsänderungen vom Urvertrag anzuordnen. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Formen von Leistungsänderungen i.S. der ÖNORM B 2110 gegeben werden. Weiterführend zu den verschiedenen Arten von LÄ sei auf die umfangreiche bauwirtschaftliche und (bau)juristische Literatur im deutschsprachigen Raum verwiesen, die sich ausführlich dieser Thematik widmet.

Es soll hier ein Überblick über die wichtigsten Leistungsänderungen gegeben werden. Allen ist gemein, dass für die neuen Leistungen, eigene neue Preise, die zwingend auf den Preisgrundlage des Vertrages und möglichst auf Grundlage der K-Blätter, da diese das Vertragspreisniveau detailliert ausweisen, zu bilden sind, um die Vergütung der Leistungsänderung errechnen zu können. Grundsätzlich ist zwar eine Unterscheidung der einzelnen Leistungsänderungsarten in der ÖNORM B 2110 überflüssig, da die Rechtsfolgen (nämlich Vertragsanpassungen mit Mehr- oder Mindervergütung) die gleichen sind. In der Praxis treten jedoch oft (nicht i.S. der ÖNORM B 2110) Abweichungen von der Normlage in der Art auf, dass per Vertragsbestimmungen für die jeweiligen Typen von Leistungsänderungen unterschiedliche Vergütungsregelungen vorgesehen werden. Die Zuordnung zum richtigen Typ ist dann von Bedeutung. Folgende LÄ können unterschieden werden:

- Änderung der Art der Leistung (siehe Punkt. 3.3.3.1)
- Änderung der Umstände der Leistungserbringung (siehe Punkt. 3.3.3.2)
- Mengenänderung (siehe Punkt. 3.3.3.3)
- Zusätzliche Leistungen (siehe Punkt. 3.3.3.4)
- Änderung des Umfangs der Leistung (siehe Punkt. 3.3.3.5)
- Sonderfälle (siehe Punkt. 3.3.3.6)

---

<sup>399</sup> Oberndorfer/Reckerzügl in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 405

Die bauwirtschaftliche und baujuristische Literatur geht bei der Beschreibung der Arten von Leistungsänderungen von etwas unterschiedlichen Ansätzen aus, wie im Folgenden in den einzelnen Unterpunkten dargelegt wird:

### 3.3.3.1 *Änderung der Art der Leistung*

Nach *Kropik/Krammer*<sup>400</sup> bedeutet die Änderung der Art der Leistung, dass ein spezifizierter Teil der Leistung entfällt und durch eine Leistung mit anderen Spezifikationen ersetzt wird. Eine Leistung wird im Leistungsinhalt anders erbracht (z.B. Herstellung einer Betonwand mit Beton der Güte B 25 anstatt B 30) und das Endprodukt der Leistung entspricht nicht mehr dem ursprünglich vertraglich vereinbarten Endprodukt. Zwischen dem geplanten Produkt des Bau-SOLL und dem Endprodukt des Bau-IST besteht ein Unterschied.

Diese Definition stellt auf das fertige Endprodukt ab und nicht auf die bautechnische Herstellungsmethode. Es muss sich ein Unterschied im hergestellten Produkt ergeben, um von einer Änderung der Art der Leistung sprechen zu können. Es ist dabei egal, ob eine Schlitzwand mittels Greifer oder Fräse abgeteuft wird, solange die fertige Schlitzwand die vertraglich bedungenen Eigenschaften aufweist (Größenabmessungen, Betonfestigkeit, usw.). Ändert sich z.B. die Schlitzwanddicke von 60 auf 90 cm, so liegt nach *Kropik/Krammer* aber sehr wohl eine Änderung der Art der Leistung vor.

*Oberndorfer/Reckerzügl*<sup>401</sup> gehen von einem erweiterten Ansatz aus und sprechen auch dann von einer Änderung der Art der Leistung, wenn sich das Endprodukt nicht ändert (dieses kann jedoch ebenfalls der Fall sein, ist aber keine zwingende Voraussetzung), aber die Produktionsmittelgruppe (Zusammenwirken von Arbeitern und Baumaschinen zur Bearbeitung des Stoffes) zur Erbringung der ausschreibungsgemäßen Leistung bzw. der Verzehr der Produktionsmittel durch Erschwernisse ein anderer ist.

Die Autoren stellen dabei nicht auf das Endprodukt alleine ab, sondern auch auf eine Änderung der bautechnischen Herstellungsschritte. Beispielsweise wäre nach dieser Definition die Umstellung eines Schlitzwandaushubes von Greifer auf Fräse eine Änderung der Art der Leistung, ebenso aber auch die Herstellung einer Betonwand mit Güte B 25 anstatt B 30.

---

<sup>400</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 83

<sup>401</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 408f

Für *Karasek*<sup>402</sup> liegt eine Änderung der Art der Leistung vor, wenn eine im Vertrag vorgesehene Leistung über Weisung des AG im Leistungsinhalt anders erbracht wird, wobei es sich dabei um eine Gesamt- oder Teilleistung handeln kann, genauso wie um einzelne Positionsleistung. Beispielsweise: anstatt einer ausgeschriebener Granitfassade eine Vollwärmeschutzfassade; anstatt Messingklinken, einfache aus Chrom; weiße Wanne anstatt schwarzer Wanne.

Wird nur das im Bauvertrag vorgesehene technische Verfahren, also der Weg, geändert, oder nur das Bauprogramm, ohne dass eine Änderung des Inhalts der Leistung eintritt, so liegt nach *Karasek* eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung vor. Beispielsweise: Umstellung Sprengvortrieb auf Teilschnittmaschine. D.h. *Karasek* ist der gleichen Ansicht wie *Kropik/Krammer*.

### 3.3.3.2 *Änderung der Umstände der Leistungserbringung*

*Kropik/Krammer*<sup>403</sup> zufolge liegt eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung vor, wenn das Endprodukt gegenüber der Ausschreibung vollständig gleich geblieben ist, jedoch nicht mit der geplanten Produktionsmittelgruppe erbracht werden kann oder aber der Verzehr der Produktionsmittel, anders als bei Vertragsabschluss bzw. bei der Angebotskalkulation angenommen, ausfällt (konnte nicht vorhergesehen werden).

Beispiele: Sperre eines Zufahrtsweges, Höherer Grundwasserandrang, Umstellung Tunnelvortrieb von Sprengen auf Baggeraushub, etc..

Nach Meinung von *Oberndorfer/Reckerzügl*<sup>404</sup> werden die Umstände der Leistungserbringung durch die vertraglich zugesicherten Randbedingungen in den technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen sowie in der Leistungsbeschreibung definiert (zeitliche, geologische, hydrogeologische, räumliche Angaben). Ändern sich diese Umstände, die der AG-Sphäre zuzurechnen sind, vom objektiv Annehmbaren bei Vertragsabschluß derart, dass zwar die Leistung mit der geplanten Produktionsmittelgruppe erbracht werden kann, aber der Verzehr der Produktionsmittel durch die Änderung anders ist, so handelt es sich um eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung. Das Endprodukt bleibt exakt so wie vertraglich gefordert, nur der Weg zu diesem Ziel ist verändert, i.d.R. schwieriger und mit einem erhöhten Kostenverzehr verbunden.

---

<sup>402</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 430

<sup>403</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 83

<sup>404</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 411

*Karasek*<sup>405</sup> sieht dann eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung verwirklicht, wenn die Leistung über Weisung des AG im Leistungsinhalt wie vereinbart, jedoch unter anderen Bedingungen, insbesondere andere technischen oder zeitlichen Bedingungen erbracht wird. Beispiele: Umstellung Tunnelvortrieb von Sprengen auf maschinellen Vortrieb; AG ordnet die Ausführung beider Tunnelröhren gleichzeitig (parallel) an, obwohl im Vertrag ursprünglich die Ausführung zeitlich hintereinander vereinbart war.

### 3.3.3.3 Mengenänderungen – 20% Klausel

Bleibt die Positionsleistung in ihrem Leistungsinhalt an sich unverändert und bleiben auch die Umstände der Leistungserbringung so wie vertraglich bedungen, liegt also keine andere Form einer Leistungsänderung vor, und ergibt sich nur beim ausgeschriebenen Positionsvordersatz eine Änderung, so spricht man von einer (bloßen) Mengenänderung.

Diese in der Baupraxis häufig auftretende „Leistungsänderung“ hat ihre Ursachen in falschen Mengenangaben im LV, die durch „Angstmassen“ des Planers, echte Rechenfehler bei der Massenprognose, bewusst falsche Mengenangaben des AG oder durch neue Erkenntnisse im Zuge der Detailplanung oder durch Planänderungen (hier: nicht umfangreiche Umplanung, sondern Planungsdetailierung) entstehen.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass unter bloßen Mengenänderungen solche ohne Anordnung des AG zu verstehen sind, die also aus den oben angeführten Gründen entstanden sind.<sup>406</sup> Nachträglich angeordnete Minderungen bis hin zur 100%igen Minderung (= Entfall) fallen unter Punkt 5.24.10 der ÖNORM B 2110 („Minderung und Entfall“) und unterliegen einer eigenen Vergütungsregelung.

Angeordnete Mengenmehrungen fallen grundsätzlich unter Punkt 5.24.1 der ÖNORM B 2110. Nach *Karasek* liegt allerdings keine Mengenmehrung vor, weil bei Mengenänderungen weder eine Änderung des im Vertrag vorgesehenen Leistungsinhalts, noch ein Eingriff des AG vorliegen darf.<sup>407</sup>

Die bloße Mengenänderung unterscheidet sich von den anderen in diesem Kapitel vorgestellten Leistungsänderungen insoweit, als dass ihr Vergütungsanspruch grundsätzlich anders geregelt ist.<sup>408</sup> Die sog. 20-% Klausel der ÖNORM B 2110<sup>409</sup> verfolgt dabei das Ziel,

---

<sup>405</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 432

<sup>406</sup> Vgl. dazu *Längle*, Das Entgelt beim Bauvertrag: Leistungsänderungen – ÖNorm B 2110 – Umsatzsteuer, Orac Verlag Wien, Ausgabe 1999, S.53

<sup>407</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 434

<sup>408</sup> Vgl. dazu *Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 418

bei bloßen Mengenänderungen von über +/- 20 Prozent des LV-Positionsvorsatzes (bis zu dieser Grenze tragen die Vertragspartner das Risiko) eine größere Unter- bzw. Überdeckung von Umlagen auf die Einheitspreise zu vermeiden bzw. eine Preisanpassung bei sich durch die Mengenänderung verändernden Gestehungskosten (z.B. sprunghaft bei Material) zu ermöglichen. Umlagen sind hier nicht spekulativ zu verstehen, sondern können Baustellengemeinkosten, einmalige Kosten der Positionsleistung oder ähnliches sein. Eine Einheitspreisänderung muss auf der Preisbasis bzw. den Preisgrundlagen des Vertrages erfolgen und kann auf Verlangen eines Vertragspartners durchgeführt werden, wenn dies kalkulationsmäßig durch die Mengenänderung begründbar ist.

### 3.3.3.4 Zusätzliche Leistungen

Darunter sind nach *Oberndorfer/Reckerzügl*<sup>410</sup> Leistungen zu verstehen, die im ursprünglichen Leistungsinhalt nicht vorgesehen waren und die nicht eine andere, ursprünglich vertragsgemäß vorgesehene Leistung ersetzen (sonst: Änderung der Art der Leistung).

Ähnlich *Kropik/Krammer*<sup>411</sup>, die vom ursprünglich vereinbarten Bau-SOLL ausgehen und einer Leistung, die darin nicht vorgesehen war:

Errichtung einer Druckrohrleitung in der Tunnelsohle, die nicht vorgesehen war, aber zum Erreichen des Bauzieles erforderlich ist; oder Errichtung von Zwischenwänden im ursprünglich als Großraumbüro geplanten offenen Raum. Letztes Beispiel stellt streng genommen eine „echte“ Zusatzleistung dar (echte Erweiterung des Vertragsgegenstandes<sup>412</sup>), die zur Erreichung des Vertragsziels „Herstellung Bürogebäude mit Großraumbüros ohne Trennwände“ nicht notwendig ist. Solche „echten“ zusätzlichen Leistungen müssen vom AN nicht erbracht werden, sie können nur im Einvernehmen mit dem AN zusätzlich zum eigentlichen Vertragsinhalt verlangt werden.<sup>413</sup> In aller Regel der Baupraxis wird der AN aber auch solche Zusatzleistungen nicht abschlagen. Es stellt sich dabei aber natürlich die Frage, „zu welchem Preis“.

---

<sup>409</sup> Vgl. dazu Pkt. 5.24.6 der ÖNORM B 2110

<sup>410</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl in Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 416ff

<sup>411</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 82

<sup>412</sup> Vgl. dazu *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker, Österreichisches Normungsinstitut, 1. Auflage, Ausgabe 1. September 2002, S.71

<sup>413</sup> Vgl. dazu *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 434

Die weitere Unterscheidung in „echte“ Zusatzleistungen lehnt sich an *Karasek*<sup>414</sup> an, demzufolge zusätzliche Leistungen in Anbetracht der mangelfreien Ausführung der Leistung bzw. der Ausführung der Leistung an sich als „notwendige“ und „nicht notwendige“ (= neue selbstständige) Leistungen auftreten können. Demnach handelt es sich bei den notwendigen Zusatzleistungen hauptsächlich um solche, die entweder bei Erstellung des LV vergessen wurden, oder aber die sich erst bei Planungsdetailierung (i.d.R. erst nach der Vergabe) als erforderlich herausstellten. Der genannte Autor definiert zusätzliche Leistungen allgemein als im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen. Von Bedeutung kann diese Unterscheidung bei der Art der Leistungsvergütung sein, da neue selbstständige Zusatzleistungen grundsätzlich nicht auf den angenommenen Preisgrundlagen des Vertrages (K-Blätter) aufbauen müssen, sondern von diesen losgelöst anzusehen sind.

### 3.3.3.5 *Änderung des Umfanges einer Leistung*

Der AG hat nach der ÖNORM B 2110 mehrere Möglichkeiten, den Umfang der Leistung zu verändern: zusätzliche Leistungen (sie waren ursprünglich im Vertragsumfang gar nicht enthalten; siehe oben Punkt 3.3.3.4) genauso wie Minderung und Entfall von vertraglich vereinbarten Leistungen.

Beim Einheitspreisvertrag handelt es sich bei der „Änderung des Umfanges der Leistung“ eigentlich um keine eigene Art der Leistungsänderung, diese sind schon durch die Mengenänderungs- bzw. Minderungs- und Entfallsbestimmungen sowie durch jene der zusätzlichen Leistungen abgedeckt. Es wäre nur der Fall denkbar, dass der AG explizit eine Mengenerhöhung über den Leistungsumfang des Vertrages (= Vordersätze der Positionen) hinaus anordnet, die auch für die ursprünglich bedungene Leistung nicht erforderlich ist. Streng genommen handelt es sich dann mE aber um eine zusätzliche Leistung, da ja diese Leistung im Urvertrag so nicht enthalten war - auch wenn lediglich die Mengen per Anweisung des AG verändert werden. Ist die angeordnete Erhöhung der Menge für das Vertragsziel notwendig (das ergibt sich aus den angetroffenen (Boden-)Verhältnissen, etc. vor Ort), so liegt eine Mengenänderung vor. Diese Ansicht deckt sich auch indirekt mit der Ansicht *Karasek*'s, der eine Änderung des Umfanges der Leistung beim Einheitspreisvertrag generell ausschließt: *„Ändert sich die Positionsbeschreibung des Leistungsverzeichnisses, handelt es sich um eine Änderung der Art der Leistung, ändern sich die Vordersätze (Menge, Zahl, Gewicht), handelt es sich um eine Mengenänderung.“*<sup>415</sup>

---

<sup>414</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 434

<sup>415</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 431

Die Vergütung ergibt sich bei der Mengenänderung durch Multiplikation des geänderten Vordersatzes mit dem jeweiligen Einheitspreis.

Einzig beim Pauschalvertrag mit funktionaler Baubeschreibung kann eine Änderung des Umfangs der Leistung auftreten, indem der AG das Bauvolumen ändert.<sup>416</sup>

### 3.3.3.6 Sonderfälle

Die ÖNORM B 2110 kennt neben den bereits vorgestellten Formen von Leistungsänderungen noch einige separat geregelte Sonderfälle, die der Vollständigkeit halber noch kurz erwähnt werden. Die K-Blätter können auch dabei als Darstellungsmedium der kalkulativen Annahmen und Ansätze für die Einigung zwischen AG und AN über die Höhe der Vergütung von Bedeutung sein.

- Minderung und Entfall von Leistungen: Der AG hat grundsätzlich das Recht, einzelne Leistungen des Vertrages zu mindern bzw. gänzlich entfallen zu lassen. Hat der AN in diese Positionen hinein etwaige Umlagen getätigt, wie z.B. Baustellengemeinkosten, A.u.V. von Geräten, die nicht in einer Vorhalteposition, sondern in den Einheitspreis hinein kalkuliert wurden und sich die Vorhaltezeit nicht entsprechend der Menge mindert etc., so würde der AN bei Minderung oder Entfall um einen Teil bzw. komplett um dieser Fixkosten „umfallen“. Weitere Probleme können sich ergeben, wenn dem AN aufgrund der angeordneten Minderung keine vereinbarten Einkaufsrabatte für Material, Fremdleistung gewährt werden, bzw. dann überflüssiges Personal nicht kurzfristig abbauen kann. Auch ein verringerter Deckungsbeitrag für Geschäftsgemeinkosten kann die Folge sein. Die K-Blätter können bei getätigten Umlagen über die Höhe der kalkulierten Beträge Aufschluss geben, die vom AG im Sinne eines Nachteilsausgleiches dem AN zu entrichten sind.<sup>417</sup>

- Bezugsquellenänderung: Mehrkosten können dem AN auch durch Änderung einer Bezugsquelle (nicht in der Sphäre des AN) entstehen, welche im Falle der Nachweisbarkeit vom AG zu vergüten ist.

- Arbeiten bei Schneefall und Frost: Falls mit diesen Umständen während der Ausführung der Leistung objektiv nicht gerechnet werden konnte, so handelt es sich um eine Änderung der Umstände der Leistungserbringung. Mehrkosten sind zu vergüten, eine Anmeldung vor Leistungserbringung kann sogar entfallen (trotzdem empfohlen).

---

<sup>416</sup> Karasek, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 431

<sup>417</sup> Weiterführend z.B. Oberndorfer/Reckerzügl in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage, 2003, S.183ff

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die „richtige“ Zuordnung einer Leistungsänderung zur entsprechenden Art in der Praxis oft sehr schwierig ist. Unterschiedliche Auffassungen unter Bauwirtschaftern einerseits und zwischen letzteren und Juristen andererseits, tragen dazu nicht unwesentlich bei. Dies kann anhand eines Beispiels *Krejci*<sup>418</sup> mit der Erhöhung einer Mauer demonstriert werden:

*Krejci* sieht in einer Erhöhung einer Mauer von 5 auf 6 Meter bei einem Einheitspreisvertrag eine Änderung der Leistung, wenn sie aus Steinen zu mauern ist, da für die 1 Metererhöhung ein anderes Hebezeug und ein höheres Gerüst erfordert. Handelt es sich jedoch um eine Stahlbetonmauer, für die mit den vorhandenen Betriebsmittel nur etwas mehr m<sup>3</sup> Beton, m<sup>2</sup> Schalung und to Bewehrung benötigt werden, so wird es eine bloße Mengenänderung sein.<sup>419</sup>

### 3.3.4 Die Bedeutung der K-Blätter und der Preisgrundlagen bei LÄ

#### 3.3.4.1 Grundgedanke des Rückgriffs auf die Preisgrundlagen des Vertrages

Die ÖNORMEN B 2110, B 2117 und der Entwurf zur B 2118 haben den Grundgedanken gemeinsam, dass bei der Erstellung eines Zusatzangebotes das Preisniveau des ursprünglich geschlossenen Vertrages fortgeschrieben werden soll. Unter dem Begriff Zusatzangebot sollen im weiteren der Arbeit nachträgliche (nach Vertragsabschluß gestellte) Angebote subsumiert werden, die aufgrund aller Arten von Leistungsänderungen (wie unter Punkt 3.3.3 beschrieben) vom AN gelegt werden. Dies entspricht dem Sprachgebrauch der ÖNORM B 2110. In der Praxis haben sich nach *Oberndorfer*<sup>420</sup> als Synonyme die Begriffe „Nachtragsangebot“ und „Nachtragskostenvoranschlag“ herausgebildet. Auch der Begriff „Nachtrag“ ist m.E. gebräuchlich, wobei alle diese Begriffe zum Teil nicht als Synonyme, sondern auch differenziert, verwendet werden.

Die Intention der ÖNORMEN B 2110, B 2117 und B 2118 ist nun, den AN bei der Preisbildung für das Zusatzanbot in das Preiskorsett des unter Wettbewerbsbedingungen entstandenen Ur-Angebotes zu zwingen, um nicht ein für den AG nachteiliges, weil möglicherweise überteuertes, freies Zusatzangebot legen zu können.<sup>421</sup> Dies soll in der Form

---

<sup>418</sup> *Krejci*, Baugrundrisiko, 1995, 76

<sup>419</sup> *Oberndorfer*, Claimmanagement Teil 1, Manz Verlag, Auflage 2003, S. 53

<sup>420</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3..Auflage 2003, S.186

<sup>421</sup> Dem AN ist natürlich bewusst, dass die Beauftragung eines Drittunternehmers wegen der Teilleistung für den AG i.d.R. mehr als unpraktikabel ist, was er durch Legung eines hochpreisigen Angebotes ausnützen könnte.

passieren, dass der AN bei seiner Preisfindung für den neuen Preis auf die Preisbasis und die Preisgrundlagen des Vertrages zurückgreifen muss. Der AN soll demnach in die Lage versetzt werden, den neuen Preis so zu kalkulieren, wie wenn ihm die geänderte Leistung bereits bei Kalkulation des Ur-Angebotes bekannt gewesen wäre. Nach *Oberndorfer/Reckerzüg*<sup>422</sup> besteht das primäre Ziel von Punkt 5.24 ÖNORM B 2110 darin, das aufgrund einer notwendigen oder gewünschten Änderung der vertraglichen Leistung gestörte Gleichgewicht zwischen Leistung und Entgelt wieder herzustellen.

Um dies zu erreichen muss die Anpassung auf Basis der vertraglichen Kalkulationsgrundlagen geschehen. Die ÖNORMEN B 2110, B 2117 (und B 2118)<sup>423</sup> unterstellen somit den Preisgrundlagen in den K-Blättern, das wettbewerbliche Preisniveau des Vertrages zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu repräsentieren.

*Wilhelm*<sup>424</sup> drückt die Entgeltsbestimmung bei einem Zusatzangebot derart aus, dass das neue Entgelt durch Rückgriff auf die Kalkulationsgrundsätze des Vertrages schon vorweg irgendwie objektiv bestimmbar ist und das Zusatzangebot (oder im Streitfall der Richter) diesem Standard folgen wird. *Wilhelm* bringt es damit m.E. auf den Punkt: Der neue Preis für die geänderte Leistung ist quasi schon durch die Grundlagen des Preises in der Detailkalkulation (den K-Blättern) und ev. durch weitere Unterlagen vorbestimmt, er steht eigentlich schon fest, und muss nur noch korrekt abgeleitet werden.

In Bezug auf die Preisbasis, die hier nicht weiter behandelt wird, kann sich dabei ergeben, dass aktuelle Preise (z.B. Materialpreise, Fremdleistungspreise, KV-Lohnpreise,...) auf die Preisbasis des Ur-Angebotes zurückgerechnet werden müssen. Dies hat u.a. den Sinn, dass Preise unterschiedlicher Preisveränderung im Zusatzangebot nicht vermischt werden und eine gemeinsame Preisumrechnung veränderlicher Preise des Ur- und Zusatzangebots durchgeführt werden kann (siehe dazu die ÖNORM B 2111 „Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen“, Ausgabe 2007-05-01).

Was unter die Preisgrundlagen des Vertrages fällt, wird nun im Anschluss analysiert. Jedenfalls spielen die K-Blätter dabei eine große Rolle.

---

<sup>422</sup> *Oberndorfer/Reckerzüg* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, Rdn. 454

<sup>423</sup> Etwas differenzierter der Entwurf zur ÖNORM B 2118 unter Pkt. 7.4.1 Abs. 4 der von „Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen spricht“, damit aber grundsätzlich Ähnliches meint.

<sup>424</sup> *Wilhelm*, ÖNORM B 2110 neu – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, ecolex, 1995, 241

### 3.3.4.2 Was sind Preisgrundlagen?

Wie oben festgestellt, muss sich der AN der Preisgrundlagen des Ur-Vertrages bedienen, um neue Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen bilden zu können. Die K-Blätter werden dabei eine wesentliche Rolle einnehmen, weisen sie doch einen Großteil der kalkulativen Annahmen und Ansätze des AN, respektive der Preisgrundlagen, aus.

Zunächst muss festgehalten werden, dass sich weder in der ÖNORM B 2110 noch in der B 2117 eine Definition der Preisgrundlagen finden lässt, die genannten Normen sprechen diese nur bei der Ableitung des neuen Preises für geänderte Leistungen an. Der Entwurf zur ÖNORM B 2118 geht bei der Preisbildung neuer Preise von einer – soweit möglich – „sachgerechten Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages“ aus. Dies klingt zwar relativ ähnlich im Vergleich zur Intention der B 2110 bzw. B 2117, ist aber zumindest wörtlich etwas anderes, was noch untersucht wird. Jedenfalls ist beiden Ansätzen zur Neupreisbildung gemeinsam, dass ein versteckter Hinweis auf die K-Blätter zu finden ist, da sowohl die grundlegenden Annahmen zur Kalkulation (Kalkulations- bzw. Preisgrundlagen) als auch die Mengen- und Leistungsansätze wohl nur in der Detailkalkulation, also den K-Blättern dokumentiert zu finden sein werden. Eine Kalkulation ohne den Rückgriff oder Bezug auf Preisgrundlagen ist praktisch unmöglich, alles andere wäre die Nennung aus der Luft gegriffener Preise oder wie *Kropik*<sup>425</sup> zutreffend ausführt, baut jedes Angebot auf Kostengrundlagen (Preisgrundlagen) auf. Das ist unabhängig davon, ob eine Detailkalkulation in Form von Kalkulationsformblättern offen liegt, ob nur Einheitspreise offen liegen oder ob überhaupt nur ein Gesamtpreis (Pauschalpreis) ohne weitere Gliederung vertraglich vereinbart ist.<sup>426</sup> Gerade der Pauschalpreis ist hierfür ein gutes Beispiel, da im prototypischen Fall zwar nur dieser für eine Position oder Gesamtleistung ausgewiesen wird, im Hintergrund i.d.R. aber sehr wohl eine detaillierte Preisherleitung auf Preisgrundlagen erfolgt ist.

Im Weiteren werden nun einige Definitionen der „Preisgrundlagen“ und auch artverwandter Begriffe wie z.B. „Kalkulationsgrundlagen“ aus Sicht deren Tauglichkeit für die Erstellung eines Zusatzangebotes aus Inhalten der K-Blätter analysiert. Vielleicht trägt dies zum besseren Verständnis des von den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 genannten Begriffs bei. Fest steht, dass nach den genannten Normen das Zusatzangebot auf den Preisgrundlagen

---

<sup>425</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 188

<sup>426</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 188

des Vertrages aufbauen muss. Der Entwurf zur ÖNORM B 2118 meint offensichtlich Ähnliches, verlangt hingegen die Ermittlung der neuen Preise – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen. Das Begriffspaar Mengen- und Leistungsansätze vergleichbarer Positionen ist eindeutig, es soll demnach der neue Preis der geänderten oder zusätzlichen Leistung auf diesen Ansätzen aufbauen. Die K-Blätter, genauer das K-7 oder auch das K-5 Blatt, wird i.d.R. die Mengen- und Leistungsansätze ausweisen. Besteht ein Interesse des AG nach Vorlage des Zusatzangebotes an diesen Werten, so hat der AN dem nachzukommen. Es gilt dabei der Grundsatz, dass diejenige Vertragspartei, die etwas fordert, auch den Nachweis zu erbringen hat, im konkreten Fall den kalkulativen Nachweis, dass das Zusatzangebot auf Grundlage des bestehenden Vertrages aufgebaut wurde. Der Reziprokwert eines Leistungswertes ergibt den Aufwandwertes, d.h. auch dieser müsste begrifflich mit umfasst sein, da es nur eine Frage der Rechenoperation (Kalkulation) ist, diesen so einzusetzen um zum selben Ergebnis zu kommen.

Bspw.:

Ein Hilfsarbeiter, der händisch eine Baugrube aushebt, leistet  $0,5 \text{ m}^3 / \text{h}$ , Vordersatz der Pos. sei  $10 \text{ m}^3$ , der Mittellohnpreis  $30 \text{ €/h}$ .

Positionspreis:  $(10 \text{ m}^3 \div 0,5 \text{ m}^3/\text{h}) \times 30 \text{ €/h} = 600 \text{ €}$

oder alternativ mit dem Aufwandswert  $1 \div (0,5 \text{ m}^3/\text{h}) = 2 \text{ h/m}^3$

Positionspreis:  $10 \text{ m}^3 \times 2 \text{ h/m}^3 \times 30 \text{ €/h} = 600 \text{ €}$

Ist so eine Position des Angebots-LV mit dem Aufwandswert kalkuliert, und ergibt sich im Zuge der Bauausführung eine geänderte Leistung, indem z.B. anstatt einer Bodenplatte ein Streifenfundament vorgesehen wird, und sind sonst alle Baumstände sehr ähnlich (selbe Bodenklasse, gleiche Aushubtiefe,...), so wird man wohl bei der Kalkulation des neuen Preises auf diesen Aufwandswert zurückgreifen können, bzw. im einfachsten Fall direkt den Einheitspreis für die neue Leistung übernehmen können. Natürlich wird dies in der Praxis nicht so einfach möglich sein und etwaige Streitpunkte werden schon bei der Auswahl der Bezugsposition vorhanden sein, je nachdem für welchen Vertragspartnern der jeweilige Einheitspreis- oder Preisansatz der Teilleistung innerhalb der Position von Vorteil erscheint. Der von der ÖNORM B 2118 verwendete Begriff „Preiskomponenten“ kann ebenfalls verständlich und eindeutig hergeleitet werden, dies mit Hilfe der ÖNORM B 2061: Dort werden die Mittellohn-, Material- und Gerätekosten als Kostenkomponenten genannt, die ihrerseits wiederum sogenannte zusammengesetzte Kostenkomponenten (für z.B. den

Betrieb eines Gerätes inklusive Bedienung, Wartung, Abschreibung, Verzinsung und Instandhaltung oder Kosten für Produkte je Mengeneinheit) bilden können. Nach dem Gedanken und der Vorgangsweise der Bau-Zuschlagskalkulation werden Kosten dann zum Preis, wenn sie mit dem Gesamtzuschlag beaufschlagt werden. Kostenkomponenten werden dann entsprechend zu Preiskomponenten.<sup>427</sup>

Das Formblatt K-6/K-6A stellt demnach die Preiskomponenten für die Geräte (mit den Abminderungsfaktoren gegenüber der ÖBGL) dar, das K-5 Blatt demnach die zusammengesetzten Preiskomponenten der angebotenen Produkte je Mengeneinheit und der angebotenen Leistungsmannschaften je Zeiteinheit, das Formblatt K-4 die Preiskomponenten des angebotenen Materials und das K-3 Blatt die Preiskomponente Mittellohn. Grundsätzlich können die in den Kalkulationsformblättern ausgewiesenen Preiskomponenten für die Berechnung neuer Preise dienen, wobei aber zu beachten ist, dass diese oft nicht eins zu eins und ohne nähere Überlegungen über die plausible Übertragbarkeit auf die neue Leistung übernommen werden können.

Am Beispiel der Preiskomponente Mittellohnpreis wird klar, dass dieser für die Preisbildung neuer Leistungen, bei denen der Einsatz von spezialisiertem Fachpersonal notwendig ist, nicht direkt übernommen werden kann. Es wäre konsequent und folgerichtig auf den kalkulierten Lohnansatz einer ähnlichen Leistung mit den dort angesetzten Lohnpreisen gleicher KV-Gruppe abzustellen, falls ev. für diese Teilleistung ein eigener MLP gebildet wurde (nach ÖNORM B 2061 ist es möglich mehrere MLP zu bilden). Ist eine solche Bezugsposition im Urvertrag nicht vorhanden (im Regelfall wird für Baumeisterarbeiten nur ein MLP für die Baustelle vorhanden sein), wird das K-3 Blatt trotzdem helfen, einen neuen Preis auf Vertragspreisniveau zu bilden, indem die gesetzlichen KV-Löhne für die neue Leistung, entnommen aus dem aktuellen KV, zuzüglich der im K-3 Blatt<sup>428</sup> angesetzten Aufzahlungen (überkollektivvertraglicher Mehrlohn, Aufzahlung für Mehrarbeit, Erschwernisse, Lohnnebenkosten, usw.) kalkuliert werden. Die überkollektivvertragliche Überzahlung stellt das „Mehr“ an Lohn dar, welches der Unternehmer bereit ist, den gewerblichen Arbeitnehmern für das individuelle Bauvorhaben (im Rahmen des spezifischen Bauvertrages) zu bezahlen und repräsentiert so gemeinsam mit den anderen Aufzahlungen des K-3 Blattes das angebotene Vertragspreisniveau. Eine angemessene Fortschreibung durch Übernahme der im K-3 Blatt angesetzten Werte zur Bildung eines neuen MLP ist im Sinne des Grundsatzes der Erstellung eines Zusatzangebotes auf Basis des Urvertrages.

---

<sup>427</sup> Vgl. dazu ÖNORM B 2061, Pkt. 7 und 8

<sup>428</sup> Falls für die Baustelle mehrere Mittellohnpreise kalkuliert wurden: Für die neue Leistung ist dann auf jenes K-3 Blatt abzustellen, welches der neuen Leistung „am nächsten“ kommt.

Die ÖNORM B 2061 nennt hingegen nicht Fremdleistungskosten bzw. Fremdleistungspreise als eigene Komponente. Dies kann insofern als schlüssig angesehen werden, da Preise für Fremdleistungen ebenfalls auf den genannten Komponenten aufbauen. Wie ist aber bei der Bildung eines neuen Preises vorzugehen, wenn eine Subunternehmerkalkulation nicht offen liegt? Die Fremdleistung (eigenständig für sich genommen) baut nämlich, zumindest a priori, nicht auf den Grundlagen des Generalunternehmers auf. Dies wird noch im Kapitel (Punkt 3.3.5.2 ) behandelt.

*Oberndorfer/Reckerzügl*<sup>429</sup> verstehen unter Preisgrundlagen solche, auf denen die in einer Detailkalkulation gemäß ÖNORM B 2061 konkret bezeichneten Gestehungskosten für die einzelnen Produktionsfaktoren (Mittellohnkosten, Gerätemieten, Material- und Fremdleistung – Beschaffungskosten) aufbauen. Die Preisgrundlagen können überbetriebliche (z.B.: Kollektivvertrag, Lohnnebenkosten, ÖBGL, Betriebssteuern) oder betriebliche (z.B.: Überzahlung bei Lohngehalt, Gerätebeschaffungskosten bei Neuwertmethode, Materialbezugsquelle, Subunternehmer, betriebliche Erfahrungswerte und Zuschläge) sein und entweder in der Kalkulation konkret ausgewiesen oder sich zwingend ergeben.

*Kropik/Krammer*<sup>430</sup> sehen in den Preisgrundlagen eine umfassende Umschreibung aller Grundlagen, welche zum Vertragspreis geführt haben. Das sind:

- die (Brutto)Stoffpreise samt Einkaufspreisen und –konditionen,
- der Mittellohnpreis samt seinen Komponenten,
- (Brutto)Gerätepreise samt ihrer Herleitung aus der ÖBGL,
- die Aufwands- und Leistungswerte samt den für die Ermittlung maßgebenden Umständen,
- der Gesamtzuschlag samt seinen einzelnen Komponenten.

Natürlich sind diese Werte nach *Kropik/Krammer* nicht eins zu eins für die Preisermittlung neuer Preise verwendbar. Einkaufskonditionen, Stundenansätze oder Leistungsansätze sowie der Mittellohnpreis sind lt. *Kropik/Krammer*, m.E. zutreffend, nur bedingt anwendbar, da sie im Regelfall auf eine spezielle Leistung und deren Randbedingungen abgestimmt sind, weshalb eine unkritische Übernahme nicht statthaft wäre.

---

<sup>429</sup> *Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3.Auflage 2003, S.186

<sup>430</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 100

*Wolkerstorfer/Lang*<sup>431</sup> sind der Ansicht, dass die Preisgrundlagen durch die K-Blätter dargestellt werden: Das Kalkulationsformblatt K-3 stellt die Preisgrundlagen des Mittellohnpreises dar, wobei dieses im Falle der Auftragserteilung eine Vertragsgrundlage mit wesentlicher Bedeutung für die Bewertung von Leistungsänderungen jeder Art ist. Auch die Zuschlagssätze des Gesamtzuschlages gehen aus dem K-3 Blatt hervor!

Das K-4 Blatt stellt demnach die Preisgrundlagen der Materialpreise, das K-5 Blatt die der angebotenen Produkte und Leistungsmannschaften und die Formblätter K-6 und K-6A die Preisgrundlagen der Gerätepreise dar.

Die Preiskomponenten sind nach *Wolkerstorfer/Lang*<sup>432</sup> gleich den Preisgrundlagen.

Sehr weitläufig sieht *Karasek*<sup>433</sup> den Begriff der Preisgrundlage, welcher alle Kostenfaktoren umfasst, die im weitesten Sinne Bestandteil der Preisberechnung sind und die auf die Kosten des AN bei der Ausführung wirksam werden. Der Autor lehnt sich bei seiner Definition an die deutsche Kommentarliteratur<sup>434</sup> zur VOB an und unterteilt die Preisgrundlagen gemäß dem betrieblichen Kalkulationsschema richtig in positionsbezogene (Lohn- und Stoffkosten, Frachtkosten, Betriebskosten der Geräte, Reparaturkosten, Abschreibung und Verzinsung) auftragsbezogene (Baustellengemeinkosten [Einrichtung, Räumung, Verkehrssicherung, Vorhaltung Baustelleneinrichtung, Aufsichtspersonal, ..]) und firmenbezogene (Ansätze für Geschäftsgemeinkosten, Wagnis und Gewinn) Grundlagen.

Von derselben Unterteilung der Preisgrundlagen geht *Kropik*<sup>435</sup> aus und ergänzt die positionsbezogenen Grundlagen noch um die Aufwands- und Verbrauchswerte und fügt hinzu, dass diese positionsbezogenen Preisgrundlagen sich (nur) auf die Umstände der Leistungserbringung beziehen, die sich aus den Vorgaben des Vertrages ergeben. Zu den firmen(unternehmens-)bezogenen Preisgrundlagen weist *Kropik* auch noch auf nicht monetäre Grundlagen hin, die selbst wieder Auswirkungen auf den Preis haben, wie z.B. die allgemeine Konjunktur- und Marktlage, Geschäftszweige (Gewerbeberechtigungen) des Unternehmens oder die momentane Geschäftspolitik. ME kann sich dies preislich-kalkulatorisch sichtbar im Gesamtzuschlag oder durch Preisnachlässe niederschlagen, oder versteckt z.B. in Form von reduzierten Verbrauchs und Leistungsansätzen. Durch Rückgriff auf alte Preise als Basis, ist jedenfalls gewährleistet, dass eine Fortschreibung dieser

---

<sup>431</sup> *Wolkerstorfer/Lang*, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S. 39, 139, 142, 149

<sup>432</sup> *Wolkerstorfer/Lang*, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S. 33

<sup>433</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 444

<sup>434</sup> Anlehnung an *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB-Handkommentar (2000), Rz 104 zu VOB/B §2 und *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion*, VOB – Kommentar (2001), Rz 277 zu VOB/B § 2

<sup>435</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 187

Preiseinflüsse auch auf neue Preise geänderter oder zusätzlicher Leistungen erfolgt. Zur Übertragung eines Nachlasses auch auf die Preise neuer Leistungen ist zu sagen, dass dazu die Unterscheidung zu treffen ist, ob es sich um einen Nachlass in Form eines Absolutbetrages, oder aber um einen prozentuellen Nachlass handelt. Die Tendenz in der deutschsprachigen Literatur scheint die Geltung eines Nachlasses auch für Zusatzangebote, insbesondere bei betragsmäßigen Nachlässen, eher zu verneinen. Die Meinungen gehen aber t.w. doch etwas auseinander, weshalb beispielsweise auf *Kropik/Krammer*<sup>436</sup>, *Karasek*<sup>437</sup>, *Kapellmann/Schiffers*<sup>438</sup>, *Reister*<sup>439</sup> und *Ingenstau/Korbion*<sup>440</sup> verwiesen wird.

Für *Karasek*<sup>441</sup> sind die Mittellohnkosten selbst keine Preisgrundlage, da sonst bei anderer Personalzusammensetzung der Mittellohn nicht geändert werden könnte, was nicht nur betriebswirtschaftlich unvertretbar wäre. Preisgrundlagen sind die Lohnkosten, der für die Erbringung der Leistung vorgesehenen Arbeiter. Der MLP für eine Baustelle mit Baumeisterarbeiten wird natürlich auch dann keine Preisgrundlage sein, wenn die Leistungsänderung eine (z.B. einzelne Spezialtiefbauarbeiten, etc.) Einzelleistung außerhalb des „Bereiches des MLP“ betrifft. In einem solchen Fall ist der in dieser Position kalkulierte Lohnansatz die Grundlage.

M.E. stellt aber das K-3 Blatt mit dem Mittellohnpreis und seinen Komponenten grundsätzlich schon die Preisgrundlagen des Produktionsfaktors „Arbeitskraft“ dar, der Mittellohnpreis ist bei geänderter Leistung nur entsprechend der neuen Personalzusammensetzung anzupassen und darf nicht eins zu eins für die Preisbildung des neuen Preises herangezogen werden. Das K-3 Blatt weist auch mit den dort kalkulierten Ansätzen (z.B. mit dem überkollektivvertraglichen Mehrlohn) das Vertragspreisniveau aus und wird bei Berechnung des neuen Mittellohnpreises die Berechnungsgrundlage sein, so wie die KV-Löhne des veränderten (verringerten, „anstelle“ oder zusätzlichen) Personals. Der Mittellohnpreis des Urangebotes wird dann direkt im Zusatzangebot Verwendung finden, wenn die Rahmenbedingungen, wie notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten, Ansprüche aus dem KV usw. gleich bleiben. Ist dies nicht der Fall, z.B. bei Umstellung von einem Fräs- auf einen Sprengvortrieb, so ist die Bindung an den alten MLP nicht mehr gegeben. Arbeitskräfte

---

<sup>436</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 102

<sup>437</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 446

<sup>438</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1043 ff

<sup>439</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004

<sup>440</sup> *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16.Auflage

<sup>441</sup> *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 444

mit besonderen Fertigkeiten oder mit der Forderung nach Mehrleistung konfrontiert, sind im Lohnniveau höher einzustufen.<sup>442</sup>

Sehr konkret und praxisnah, aber unter vollkommener Ausklammerung der Begriffs „Preisgrundlagen“, geht die ÖNORM Regel ONR 22117 des „schweren Tiefbaus“<sup>443</sup> bei der Herleitung neuer Preise von der Verwendung der dem Verträge zugrundeliegenden Preiskomponenten und Mengenansätzen aus. Die Anpassung der alten an die neuen Preise hat nur für die von der Abweichung betroffenen Preiskomponenten und Mengenansätze zu erfolgen, und nur in dem Ausmaß, als dies durch die Abweichung bedingt ist. Dabei sind die Relationen der ursprünglichen Kalkulation beizubehalten. Alle anderen Preiskomponenten und Mengenansätze blieben unverändert. Die ONR 22117 gibt auch eine Vorgangsweise für Leistungen vor, für die keine Ableitung aus dem Vertrag möglich ist: Für die fehlenden Werte sind sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigte kalkulatorische Preiskomponenten und Mengenansätze zu verwenden. Letzteres kann wohl als Hinweis für die Verwendung von Aufwands- und Preisdatenbanken, Preislisten (AN-Rabatte ev. problematisch), sachverständige Schätzungen eines Gutachters bei Nichteinigung und dgl. gesehen werden.

In Deutschland sind unter den „Grundlagen des Preises“ nach *Kapellmann/Schiffers*<sup>444</sup> Methodik der Preisermittlung alle einzelnen Kostenelemente, die Bestandteil der Preisermittlung seitens des AN (also seiner Kalkulation) sind, zu verstehen, also SOLL-Kosten, nicht IST-Kosten. Zu den Kalkulationselementen gehören alle die Kalkulation „im Einzelnen beeinflussenden Umstände“. Keineswegs haben die Grundlagen des Preises etwas damit zu tun, dass etwa nur „wesentliche Grundzüge“, also eine Grobbeurteilung, eine Rolle spielen. Es kommt auf jeden einzelnen Preisermittlungsfaktor und ggf. dessen Änderung an.

Nach *Reister*<sup>445</sup> (BRD) sind für die Nachtragskalkulation die Preisbestandteile der Urkalkulation zugrunde zu legen – also kalkulative Kosten, nicht tatsächliche.<sup>446</sup> Soweit

---

<sup>442</sup> Siehe *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 101

<sup>443</sup> ÖNORM Regel ONR 22117 „Verfahrensanleitung für Mehr- oder Minderkostenforderungen im Zusammenhang mit dem Baugrund“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2003-04-01 („ONR 22117“), Pkt. 8 „Ableitung der Höhe“

<sup>444</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5. Auflage, Rdn 1000

<sup>445</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004, S. 246

<sup>446</sup> Unter der Urkalkulation ist hier die (hinterlegte) Angebotskalkulation zu verstehen, und nicht wie in Österreich, streng genommen, das Synonym für die Nullkalkulation!

vergleichbar, müssen folgende Kostenansätze, die als Vertragsgrundlage der Kalkulation anzusehen sind, in die Nachtragskalkulation übernommen werden:

- Aufwandswerte für Lohnstunden
- Materialkostenansätze
- Gerätekostenansätze
- Betriebsstoffkostenansätze
- Subunternehmerleistungen
- Zuschläge
- Sonstige Vereinbarungen (z.B. Nachlässe)

Kalkulationsgrundlagen<sup>447</sup> sind unterteilt in

1. Allgemeine überbetriebliche Kalkulationsgrundlagen (Gesetzliche Bestimmungen, ÖNORMEN, KV, ÖBGL,..),

2. Betriebliche K. (Produktionskapazitäten, Ergebnisse Betriebsabrechnung, Technische Nachkalkulation, Betriebliche Leistungsermittlung, Betriebsvereinbarung, ...) und

3. Objektgebundene K. (Ausschreibungsunterlagen, Baustellenbegehung, Erfahrungen benachbarter/ähnlicher Bauvorhaben)

Sie gehen in die Kalkulation ein und haben direkten Einfluss auf die angebotenen Baupreise.

Die bisher (oben) angeführten Definitionen und Auffassungen der österreichischen und deutschen Bauwirtschaftsliteratur über die Preisgrundlagen (im weiteren Sinne auch Preiskomponenten, und Kalkulationsgrundlagen) weisen eine doch beachtliche Bandbreite auf. Daraus folgt wiederum, dass unter den Preisgrundlagen innerhalb eines Rahmens Verschiedenes verstanden werden kann. Trotzdem lässt sich herausfiltern, was alles an Grundlagen für die Erstellung eines Zusatzangebotes sinnvoll und notwendig erscheint.

M.E. ergibt sich, dass die folgenden „Kalkulationsansätze“ als Grundlage für die Bildung eines neuen Preises einer geänderten oder zusätzlichen Leistung herangezogen werden können, sprich Preisgrundlagen sind:

- Alle in der Detailkalkulation im K-7 Blatt getroffenen kalkulativen Annahmen und Ansätze betreffend die spezielle Positionsleistung bzw. Positions-Teilleistung.

---

<sup>447</sup> Siehe dazu *Oberndorfer*, Skriptum zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“ an der TU-Wien, Auflage März 2000

Das sind neben den Aufwands-, Verbrauchs- und Leistungswerten sämtliche zusätzlich in Ansatz gebrachten Faktoren (Abminderungen, Erhöhungen), durch die der AN einen gegenüber den „Grund-Preiskomponenten“ aus den anderen K-Blättern (K-3 bis K6A) erhöhten oder verminderten Verbrauch ausdrückt. So kann beispielsweise ein Leistungsgerät, welches für mehrere verschiedene Positionen vorgesehen ist, aus dem K-6 Blatt in der Position noch zusätzlich zu den schon im K-6 Blatt abgeminderten ÖBGL-Werten weiter vermindert oder aber ev. erhöht angeboten sein, weil sich der Bieter hier einen anderen Wertverzehr erwartet oder andere kalkulative Überlegungen (strategische, etc..) dahinterstehen. In einer anderen Position kann dieser Wert ein anderer sein. Diese Faktoren werden auch oft in den Aufwands- oder Verbrauchswerten versteckt sein, genauso wie spekulative Preisverschiebungen. Ein spekulative Preisumlagerung in eine Leistungsposition wird sich oft durch erhöhte oder verminderte Verbrauchs-, Mengen- oder Aufwandwerte bemerkbar machen. Ist die betreffende Position Bezugsposition für die Bildung des neuen Preises, so sind aber auch diese Faktoren fortzuschreiben. Dazu später noch mehr (siehe Punkt 3.3.4.3).

Liegt eine K-7 Detailkalkulation für eine Position des Urvertrages, welche als Grundlage für die Ermittlung eines neuen Preises dienen soll, nicht offen, so ist sie vom AN nachträglich plausibel zu rekonstruieren. Aus diesem Grund ist es auch für den AG empfehlenswert, bereits bei Angebotsabgabe die Angebotskalkulation in einem versiegelten Kuvert einzufordern, wobei dann im Zuge der Bauabwicklung einzelne relevante K-Blätter im Beisein des AN ausgehoben werden können.

Grundsatz bei der Fortschreibung der Vertragspreise muss sein, dass primär auf brauchbare (vergleichbare) Ansätze in der K-7 Kalkulation abgestellt wird, also diese die Basis für die neuen Preise geänderter od. zusätzlicher Leistung sind und erst sekundär die Kalkulationsansätze in den übrigen K-Blättern herangezogen werden, wenn also keine brauchbaren Werte aus den K-7 Blättern hervorgehen oder z.B. überhaupt keine K-7 Kalkulation offengelegt wird, etc.. Ist der Rückgriff auf K-3, K-4, K-5, K-6/K-6A Blätter notwendig, so dürfen diese Werte aber nicht blind übernommen werden, sondern sind an die speziellen Umstände der neuen Leistung nach objektiven und sachlichen Gesichtspunkten anzupassen. Begründet kann das oben beschriebene Vorgehen (Primär K-7, sekundär K-3 bis K-6) dadurch werden, dass in den Blättern K-3, K-4, K-5 und K-6/K-6A zwar die Preiskomponenten ausgewiesen sind, welche wiederum ihrerseits die Basis für die K-7 Detailkalkulation darstellen, jedoch erst in der speziellen Leistungsposition zu echten Preiskomponenten auf Vertragspreisniveau werden, weil sie erst im K-7 Blatt an die genauen Inhalte und Umstände der spezifischen Leistungserstellung angepasst werden. In der Praxis wird oft der monetäre Ansatz des K-4 oder K-5 Blattes für z.B. eine Mörtelmischung des AN auch mit dem Ansatz im K-7 Blatt übereinstimmen. Ist dies allerdings nicht der Fall, weil

dahinter irgendwelche Kalkulationsannahmen des AN stehen, was auch legitim ist, so ist mE der Wert aus der K-7 Kalkulation maßgebend.

Eine zweite Begründung kann in der Tatsache gesehen werden, dass es die Einheitspreise sind, welche vertraglich vereinbart wurden, und nur diese. Das K-7 Blatt steht dabei stillschweigend im Hintergrund des EHP. Kann nun im LV des Urvertrages eine Position ausgemacht werden, welche als Grundlage des Aufbaus eines neuen Preises dienen kann (z.B. Spritzmörtel), so ist auf den dort angesetzten Mörtelpreis im K-7 Blatt abzustellen, wenn beispielsweise die gleiche Mörtelmischung für die geänderte Leistung unter gleichen Baumständen Anwendung findet. Der monetäre Ansatz für die Mörtelmischung in K-4 oder K-5, falls dieser dort teurer oder billiger kalkuliert wurde, ist vorerst Außen vor zu lassen. Warum sollte auch im Zweifelsfall der K-4/K-5 Preis als Grundlage herhalten, noch dazu wo die K-Blätter in aller Regel nicht einmal Vertragsbestandteil werden? Dies wird noch an anderer Stelle ausführlich diskutiert (siehe Punkt 3.2). Es ist also auf die direkte Herleitung der Einheitspreise abzustellen und das K-7 Blatt steht genau hinter dem vertraglich vereinbarten Einheitspreis, und weist dessen Entwicklung mit den kalkulativen Ansätzen detailliert aus.

*Kapellmann/Schiffers<sup>448</sup> stellen diese Tatsache folgendermaßen, und sehr zutreffend, dar:  
"Ausgangspunkt ist immer die „alte“ Kalkulation, genauer: diejenige Kalkulation, die konsequent zu den vertraglich vereinbarten Einheitspreisen führt. Dies ist - sofern sie überhaupt existiert - jedenfalls die Auftragskalkulation. Da bei Aufträgen der öffentlichen Hand nach Angebotsabgabe nicht mehr über Preise verhandelt werden darf, gibt es für solche Aufträge nur die Angebotskalkulation, keine Auftragskalkulation. Sofern keine anderen Einheitspreise als angeboten vereinbart werden, ist in diesem Fall diejenige Kalkulation, die zu den Einheitspreisen führt, die Angebotskalkulation. (...) Es bleibt aber dabei, dass es als Basis für die Ermittlung der Vergütung einer modifizierten Leistung um diejenige Kalkulation geht, die zu den Vertragspreisen führt und die in sich folgerichtig, also im Preisniveau bleibend, „deterministisch“ fortentwickelt werden kann und muss. Das ist heute gänzlich unbestritten."*

Problematisch kann diese Vorgangsweise allerdings dann sein, wenn der AG nur auf einem einzelnen Ansatz des K-7 Blattes, sei es auf einem Aufwandwert, aufbauen will und keine Kalkulation offen liegt bzw. auch nicht hinterlegt wurde. Der AN kann dann nämlich im nachhinein diesen Wert zu seinen Gunsten übertrieben hoch darstellen, was dann die

---

<sup>448</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1000

Vergütung der neuen Leistung vermehrt. Deshalb erscheint es ratsam, vom AN zu verlangen, seine Angebotskalkulation verschlossen zu hinterlegen.

Offenbar wird das zuvor beschriebene Prozedere, bei der Bildung neuer Preise primär auf die Ansätze im K-7 Blatt abzustellen, auch durch die Bestimmung der ÖNORM B 2118 Punkt 7.4.1 (4) gestützt, wenn dort nämlich verlangt wird, dass die Preise – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen hat.

- Die kalkulierten Ansätze für den Mittelohnpreis im K-3 Blatt und die dort ebenfalls ausgewiesenen Zuschlagssätze des Gesamtzuschlages auf Lohn/Gehalt, Material, Gerät und Fremdleistung sowie die Baustellengemeinkosten, wenn diese auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges umzulegen waren (wenn also keine eigene Positionen für Baustellengemeinkosten vorhanden sind<sup>449</sup>).

Der Mittelohn stellt die durchschnittlichen Lohn- und Lohnnebenkosten pro Stunde dar. Wird er mit dem Gesamtzuschlag beaufschlagt, so wird er zum Mittelohnpreis. Der MLP gilt für eine angenommenen mittlere Baustellenbesetzung über alle auf der Baustelle anfallenden Lohnkosten der direkt am Bau Beteiligten.

Wie schon zu Beginn dieses Kapitels dargelegt, stellt der MLP dann eine direkt übernehmbare Preisgrundlage dar, wenn die Rahmenbedingungen, wie notwendige Kenntnisse und Fertigkeiten, Ansprüche aus dem KV usw. gleich bleiben. Ist dies nicht der Fall, z.B. bei Umstellung von einem Fräs- auf einen Sprengvortrieb, oder ändert sich die Personalzusammensetzung aus anderen Gründen (mehr Facharbeiter, weniger Hilfsarbeiter erforderlich), so ist die Bindung an den alten MLP nicht mehr gegeben. Es muss ein neuer MLP berechnet werden, und zwar auf Grundlage der gesetzlichen KV-Lohnkosten der neuen Mannschaft und den Ansätzen im K-3 Blatt. Unternehmensinterne Überzahlungen (z.B. aus einer Betriebsvereinbarung, Gewohnheitsrecht, etc.) sind entsprechend weiterzuführen, um das SOLL-Kostenniveau, respektive das Vertragspreisniveau zu halten. Der MLP ist auch dann keine Preisgrundlage, wenn in einer Position spezialisiertes Fachpersonal einkalkuliert wurde, welches auch ursprünglich nicht im MLP Berücksichtigung gefunden hat. In Frage kommen auch als Änderungsursache zusätzliches Aufsichtspersonal (Hilfspoliere, wenn Umlage auf MLP), nicht vorhersehbare Zuschläge für Mehrarbeit, Nacharbeit, usw.. Der neue Preis ist dann aus dem K-7 Blatt oder direkt unter Rückgriff auf KV-Löhne neu zu berechnen. Ansätze für Überzahlungen im K-3 Blatt sind bei Einsatz von Spezialpersonal, das ursprünglich gar nicht einkalkuliert wurde, nicht oder nur bedingt verwendbar.

---

<sup>449</sup> Nach ÖNORM B 2061 nicht empfohlen, nur für kleinere, kürzere Bauvorhaben ausnahmsweise

- Die monetären Ansätze in den Kalkulationsformblättern K-4 (Materialpreise) und K-5 (Preise für Produkte, Leistungen):

In diesen beiden Formblättern werden Materialpreise bzw. Preise für Einbau-, Schalungspartien, Asphalt-, Mörtel- oder Betonmischungen, etc. entwickelt. Im anzunehmenden Regelfall werden diese kalkulierten Preiskomponenten zwecks Detailkalkulation direkt ins K-7 Blatt übernommen. Entsprechende Aufwands und Verbrauchswerte zur Herstellung des kalkulierten (Teil)Produkts werden dann dem K-4 bzw. K-5 Blatt zu entnehmen sein.

Möglich ist aber auch, dass die übernommenen Komponenten in der K-7 Kalkulation u.U. kostenmäßig anders bewertet werden. Deshalb gilt mE auch hier, dass nur sekundär die Daten von K-4 bzw. K-5 als Preisgrundlagen heranzuziehen sind. Primär gilt der Ansatz für z.B. eine Mischgut-Einbaupartie, der im K-7 Blatt angesetzt wurde, als Basis einer neuen Preisbildung aufgrund einer Leistungsänderung.

Etwaige Rabatte auf Materialpreise, die dem AN seitens seines Baustofflieferanten gewährt wurden, dürfen nicht unkritisch übernommen werden, da diese mengenabhängig sind. Bleibt die zu verbauende Menge durch die (trotz der) Leistungsänderung in etwa so konstant wie die Güte des Baumaterials, kann eine Übernahme erfolgen, im anderen Fall wohl nicht, zumindest nicht eins zu eins. Dann ist eine einvernehmliche Lösung denkbar. Der Verhandlungsweg steht ja wie bei allen anderen Vertragsbelangen immer offen. Das wird auch dann nötig sein, wenn das Baumaterial der neuen Leistung überhaupt nicht im Leistungsinhalt des Vertrages vorkommt, wobei eine Orientierung an den K-4 bzw. K-5 Blättern i.d.R. helfen sollte.

Wurde für das Bauvorhaben spezielles Material bereits angekauft, welches nicht anderweitig einsetzbar ist und diese Position vom AG entfallen gelassen (zu Gunsten einer geänderten), so hat der AG diesen Nachteil dem AN zu vergüten. Das K-4/K-5 Blatt ist dann Berechnungsgrundlage.

- Das K-6 Blatt (Gerätepreise) bzw. K-6A Blatt (Gerätepreise (Ergänzung)) weist die Vorhalte- und Reparaturkosten der eingesetzten Baugeräte aus.

Grundlage für die K-6 Kalkulation wird i.d.R. die ÖBGL des Vereins österreichischer Bauunternehmungen<sup>450</sup> sein, die alle gängigen Baugeräte mit durchschnittlichen Kostenbewertungen auflistet. Für nicht enthaltene Geräte kann die Neuwertmethode gewählt werden.

---

<sup>450</sup> VIBÖ

Wenn nicht die vollen Werte der ÖBGL der Kalkulation zugrunde gelegt werden, wird der gewählte Prozentsatz eingesetzt und der verminderte Betrag errechnet (Abminderungsfaktoren, z.B. 80% auf A. u. V. und 70% auf Rep., diese sind gemäß der K-6 bzw. K-6A Systematik für alle Geräte einheitlich zu wählen).

Nach *Wolkerstorfer*<sup>451</sup> stellt das Formblatt K-6/K-6A die Preisgrundlagen (Preiskomponenten) der angebotenen Geräte dar. Individuelle zusätzliche Abminderungen für das einzelne Gerät können mE dann in der K-7 Detailkalkulation vorgenommen werden, womit sich wiederum ergibt, dass bei der Preisberechnung im Zuge eines Zusatzangebotes auf die jeweiligen Preisansätze im K-7 Blatt abzustellen ist. Dies, da nur diese den auf die spezielle Leistung bezogenen Preisansatz repräsentiert. Primäre Preisgrundlage sind also die in der K-7 Kalkulation angesetzten Werte, sekundär jedoch zweifellos die K-6/K-6A Blätter. Meist wird der Wert vom K-6 bzw. K-6A Blatt mit dem Ansatz in K-7 übereinstimmen, das muss aber nicht so sein. Preise für den An- und Abtransport, eine erforderliche Montage sowie Demontage der Baugeräte und für deren Betrieb sind im K-7 Blatt anzusetzen. Im K-7 Blatt findet sich meist auch ein erhöhter Stundenansatz für die Gerätebedienung (Maschinist), mit dem die „Schmierstunde“, also die laufende Wartung (alles was nicht im Reparaturentgelt enthalten ist, wie z.B. ein Keilriemenwechsel, Kurzbegutachtung, Reinigung usw.). Die Grundlagen für diese Preisermittlung werden demnach im K-7 Blatt enthalten sein.

- Neben den in den K-Blättern (v.a. dem K-7 Blatt) enthaltenen Preisgrundlagen spielen noch eine Reihe anderer Faktoren bei der Bildung neuer Preise eine wichtige Rolle.

An erster Stelle sind die speziellen Umstände der Leistungserbringung zu erwähnen, die aus anderen Unterlagen als den K-Blättern abzuleiten sind. Bei Fortschreibung eines Einheitspreises bzw. seiner einzelnen Komponenten (besser: seiner einzelnen Kalkulationslemente) wird es u.a. auch auf die zu leistende Menge der Position ankommen. Ganze Einheitspreise sind für gleiche neue Leistungen nur dann weiterverwendbar und fortschreibbar, wenn auch der Vordersatz in etwa gleich ist, man denke dabei z.B. auf Umlagekosten, wie den An- oder Abtransport von einem Baugerät, der in die Position eingerechnet wurde, etc. Ein Fortschreiben von Preisen aus Positionen, die mit der neuen/geänderten Leistung keinen Bezug betreffend die Quantität haben, ist nur dann möglich, wenn bauwirtschaftlich sinnvoll auf den Basispreis zurückgegriffen werden kann. Dann jedenfalls, wenn die Preisänderungsklausel der ÖNORM B 2110 Abschn. 5.24.6 anzuwenden wäre, ist eine Ableitung nur bedingt möglich.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> *Wolkerstorfer/Lang*, Praktische Baukalkulation, Linde Verlag Wien, 2. aktualisierte Auflage, S.149

<sup>452</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 189

Der Rückgriff auf z.B. Daten aus den Kalkulationsblättern - weil es auf den ersten Blick als plausibel erscheint, diese für die neue Leistung zu verwenden - muss unter Bedachtnahme auf die Umstände der Leistungserbringung und unter Berücksichtigung der Kalkulationsannahmen des AN geschehen! Die Umstände der Leistungserbringung können sich dabei z.B. aus dem Positionstext, der Baubeschreibung, den Vorbemerkungen zum LV, aus technischen oder rechtlichen Vertragsbestimmungen, Bietererklärungen, zusätzlichen Vereinbarungen, usw., kurz: aus dem individuellen Vertrag heraus, ergeben. Außerhalb des Vertrages sind als Preisgrundlage im weiteren Sinn z.B. topographische Pläne und dgl. anzusehen, welche zwar nicht Ausschreibungs- und Vertragsbestandteil sind, aber beim AG zur Einsichtnahme auflagen. Der AN hat dann auch auf dieser Grundlage seine Preise gebildet.

Macht der AG in der Ausschreibung unzureichende Angaben über die Umstände der Leistungserbringung, so war der Bieter und jetzige AN gezwungen, für seine Kalkulation Annahmen zu treffen. Diese (kalkulativen) Annahmen sind, sofern sie nach objektiver Beurteilung plausibel<sup>453</sup> sind, und der AN diese nachweisen kann, vom AG zu akzeptieren. Die Annahmen wurden seitens des AN ja nur deshalb getroffen, weil die Ausschreibung „unzureichend“ war.

Problematisch kann in diesem Zusammenhang der Nachweis des AN sein: Mittels Bietererklärungen kann der AN zwar in der Vergabephase seine kalkulativen Annahmen dokumentieren, ein großer Spielraum wird dabei aber nicht gegeben sein, da die Grenze im nicht mehr ausschreibungskonformen Angebot zu finden ist, welches vom Ausscheiden bedroht ist.

Zu den Annahmen, die in den K-Blättern selbst getroffen wurden, ist zu bemerken, dass manche AG durch eine Vertragsklausel verhindern, dass die Annahmen in den Kalkulationsformblättern eine Relevanz haben. Diese Vertragsklausel besagt, dass die K-Blätter nicht Vertragsbestandteil werden (vgl. Kapitel 3.2).

Abschließend kann zu den Preisgrundlagen noch festgehalten werden, dass bei deren Heranziehen als Grundlage für die Bildung neuer Preise aufgrund geänderter oder zusätzlicher Leistungen darauf zu achten ist, dass auch die Umstände, unter denen die Bezugsleistung im Urvertrag zu erbringen ist, eingehend mit der neuen Leistung verglichen wird. *Kropik*<sup>454</sup> beschreibt dies zutreffend auch als „Basis der Preisgrundlage“: Das sind

---

<sup>453</sup> Die Beurteilung muss nach objektiven Maßstäben erfolgen und unter Zugrundelegung des „normalen“ Hausverständes. Einseitige Annahmen des AN zu seinen Gunsten, die aus der Luft gegriffen sind, müssen keine Berücksichtigung finden. Dann wird die Auffassung des durchschnittlichen Bieters heranzuziehen sein (D.h. das was unter normalen Umständen darunter zu verstehen war.).

<sup>454</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60. Geburtstags von

Beschreibungen preisrelevanter Umstände, wie z.B. des Baugrundes oder eines Arbeitsablaufs, die der AG in den Ausschreibungsunterlagen definiert (bzw. umschreibt). Grundsätzlich muss der Bieter, aufbauend auf den Unterlagen des AG, selbst bei detaillierter Leistungsbeschreibung oft von gewissen Annahmen für seine Kalkulation ausgehen, die auch die Preisgrundlagen betreffen können. Die Relevanz solcher Annahmen im Zusammenhang mit einem Irrtum und eines vorbeugenden Claim-Ansatzes, etc., wurden schon im Kapitel „Relevanz der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern“ behandelt (Punkt 3.2 ).

Bevor nun auf die konkrete Methodik der Ableitung neuer Preise für geänderte und neue Leistungen aus dem Urvertrag und den K-Blättern eingegangen wird, noch folgender Spezialfall einer Preisgrundlage der Neupreisermittlung: der spekulative Einheitspreis.

### 3.3.4.3 *Spekulative Einheitspreise als Preisgrundlage?*

Spekulative Preisansätze in den K-Blättern in der Vergabephase wurden bereits ausführlich u.a. in ihren Ursachen und im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung behandelt (siehe Kapitel 2.3.4), ebenso ihre Enttarnung durch eine Analyse der K-Blätter (Punkt 2.3.4.2.2). Dabei wurde dem AG nahegelegt, günstige Angebote mit Preisverschiebungen nicht von vornherein auszuschneiden, sondern einer genauen Prüfung, v.a. in Hinsicht auf deren Reihenfolgestabilität hin zu untersuchen.

In diesem Kapitel wird nun der Frage nachgegangen, ob spekulative Preisansätze in den K-Blättern ebenfalls als Grundlage für die Bildung von Preisen aufgrund von Leistungsänderungen heranzuziehen sind. Der Kreis zur Vergabephase scheint sich dabei zu schließen, da sich jetzt, in der Phase der Vertragsabwicklung, die Genauigkeit und vorausschauende Beurteilung solcher Angebote direkt monetär niederschlägt und auswirkt. Teile der zur vertieften Angebotsprüfung und zur Angebotspreissimulation getätigten Ausführungen sind auch hier von Belang.

M.E. sind grundsätzlich auch spekulativ hohe und niedrige Einheitspreise mit den Methoden der Preisfortschreibung für die Neupreisbildung heranzuziehen. Ein Ansatzpunkt für eine Rechtfertigung ergibt sich aber auch aus dem Wesen von Spekulationsangeboten: Diese zeichnen sich einerseits durch Preisabsenkungen in gewissen Positionen und andererseits durch Preisaufschläge in anderen Positionen aus. Der spekulierende Bieter geht bei seiner Spekulation u.a. das Risiko ein, dass eine preislich niedrig angebotene Positionsleistung ev.

eine Mengenminderung in dem angenommenen Ausmaß nicht eintritt und ev. sogar eine Mehrung bzw. eine Preisfortschreibung auf Grundlage dieser Position eintritt. Dieses Risiko und den damit verbundenen Verlust hat der AN zu tragen! Andererseits darf aber dem AN auch nicht verwehrt werden, einen guten Preis bei Leistungserweiterung (Mengenmehrung, notwendige zusätzliche Leistung,..) ebenso fortzuschreiben. Diese Vorgangsweise ist nicht nur „ausgleichend gerecht“, sondern entspricht dem Prinzip und der Vorgangsweise der Preisfortschreibung auf Basis des Vertragspreisniveaus. Ist nun eine Bezugsposition mit Preisumlagerungen behaftet, so ist dieser Preis (analog) fortzuschreiben, und zwar auf dem angebotenen Preisniveaus dieser Position. Es ist nämlich anzunehmen, dass der AN diese betreffende Position genau zu diesem (ausgewiesenen) und keinem anderen Preis ausführen wollte und will. Demnach stellt er auch das vertragliche Preisniveau (die EHP sind vertraglich vereinbart) dieser Position dar. Die Kalkulation ist und bleibt Sache des Bieters. Alles andere wäre ein nachträglicher Eingriff in die Kalkulation des AN.

Erst Recht müssen spekulative Preise dann fortgeschrieben werden, wenn der AG die dahinterstehenden K-Blätter (v.a. das K-7 Blatt der betreffenden Position) einer vertieften Prüfung unterzogen und diese damit bewusst gesichtet hatte: Hat der AG die spekulativen Ansätze in der K-7 Kalkulation einmal akzeptiert, so muss er dem AN zugestehen, dass er sie auch für die neuen Preise weiterführt. So wie der AG das Recht besitzt, Leistungsänderungen einseitig anzuordnen, so ist es das Recht des AN, eine entsprechende Vergütung dafür zu verlangen. Entsprechend ist aber das, was auch ursprünglich per Vertrag vereinbart wurde und nichts anderes.

Den ÖNORMEN B 2110/2117 und B 2118 ist zu entnehmen, dass der AN auch an kalkulierte Unterpreise und falsche Kalkulationsannahmen (falsche Einschätzung des Wertverzehr der Kapazitäten od. Überschätzungen von Leistungswerten, usw.) bei der Neupreisbildung gebunden bleibt. Eine Preisanpassung ist nicht möglich! Die getätigten Annahmen des AN sind auch dann fortzuschreiben.

Eine Grenze der Bindung kann höchstens dann erreicht werden, wenn die Leistung nicht zumutbar ist. Ist sie „nicht notwendig“, dann gilt dies erst Recht – der AN ist nicht verpflichtet, die neue Leistung auszuführen und kann ein Zusatzangebot legen, das losgelöst von den Preisgrundlagen des Vertrages erstellt wurde.<sup>455</sup> Damit soll verhindert werden, dass der AG niedrige (Unter)preise über Gebühr für unnotwendige Leistungen, die ihm gerade in den Sinn kommen, ausnutzt.

Die Bindung an Unterpreise ist ein Ausfluss des Prinzips der Fortschreibung des Vertragspreisniveaus, bzw. der Grundüberlegung, einen Preis festzulegen, der auch zum

---

<sup>455</sup> Allerdings ist auch hier eine Orientierung an der Angebotskalkulation (Kalkulation des sorgfältigen Kaufmannes) gefragt.

Zeitpunkt der Angebotskalkulation zustande gekommen wäre, wenn die inzwischen klar gewordene Leistungsänderung bereits bekannt gewesen wäre.<sup>456</sup>

Umgekehrt muss dies aber auch für „Überpreise“ gelten. Der AN muss nun auch das Recht haben, gute Preise fortzuschreiben!

Zur Fortschreibung spekulativer (Einheits)preise sei *Kapellmann/Schiffers*<sup>457</sup> für die analoge, deutsche „Baurechtsslage“ genannt: *„Ist der Preis der zugehörigen Bezugsleistung in der Angebotskalkulation „niedrig“, so muss dieses Preisniveau bei Ermittlung der Nachtragsvergütung beibehalten werden. Der „Verlust“ aus der Bezugsleistung muss also weitergeführt werden, auch dann, wenn der Auftragnehmer sich nur geirrt hat. Wenn der Auftragnehmer **bewußt** „spekulativ“ einen zu niedrigen Angebotspreis eingesetzt hat (um den Auftrag zu bekommen), so bleibt dieser „frivole Bieter“ nach Auftragserteilung erst recht an seinen Preis gebunden; er muss zur Ermittlung der Nachtragsvergütung erst recht diese „negative Kalkulation“ fortschreiben, um nicht noch prämiert zu werden.“*

Die deutschen Autoren weiter zur Berechtigung, auch hohe Preise fortzuschreiben: *„So wie unbestrittenermaßen der Auftragnehmer zu seinem Schaden eine Verlustkalkulation in einer zugehörigen Bezugsleistung dennoch als Basis der Nachtragskalkulation verwerten muss und die Fortschreibung zur Nachtragskalkulation auf dieser Basis vornehmen und dulden muss, darf er im umgekehrten Fall eine mit besonders hohem Gewinn kalkulierte Bezugsleistung der Angebotskalkulation ebenso weiterführen, darf also deren Kalkulationsmethodik in einer Nachtragskalkulation fortschreiben, die dann analog zu einer ebenfalls „gut kalkulierten“ Nachtragsvergütung führt, genauso wie diese Bezugsleistung in der Angebotskalkulation „gut kalkuliert“ war.*

*Auftraggeber dürfen sich bei Nachträgen nicht die Rosinen herauspicken.“*<sup>458</sup>

In dieselbe Richtung geht auch die Argumentation von *Reister*.<sup>459</sup>

Will ein öffentlicher AG dem AN sein Fortschreibungsrecht guter (spekulativer) Preise nicht zuerkennen, so muss er sich verhalten lassen, dass er das Entstehen einer Leistungsänderung ev. bei Erstellung der Ausschreibung durch entsprechende Sorgfalt an

---

<sup>456</sup> Vgl. dazu *Oberndorfer/Reckerzügl in Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 3. Auflage 2003, S.188

<sup>457</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1049

<sup>458</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1049

<sup>459</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004, S.272 und S. 287

der Wurzel ausschalten hätte können, und andererseits bei der Angebotswertung in der Vergabephase mit der angebrachten Vorausschau bei der Angebotspreissimulation berücksichtigen hätte können.

Natürlich werden LÄ auch bei sorgfältigster Ausschreibung und akribischster Vorausschau auftreten können, es ist aber auch klar, dass das jeder Zuschlagserteilung immanente Risiko, dem besten (billigsten) Angebot zuzuschlagen, jenes des AG ist, so wie auch eine LÄ i.d.R. der Sphäre des AG entstammt. Auch hat der AG mit den Instrumenten der vertieften Angebotsprüfung taugliche und starke Möglichkeiten in der Hand, um zu eruieren, ob das für den Zuschlag in Aussicht genommene Anbot auch tatsächlich (mit hoher Wahrscheinlichkeit) das beste (billigste) ist. Ergibt sich eine beträchtliche Mehrkostenforderung aus einer Vertragsposition, in die spekulativ verschoben wurde, muss sich der AG auch nachträglich die Frage gefallen lassen, ob dies nicht durch eine genauere und sorgfältigere Angebotsprüfung prognostiziert hätte werden können und ob in der Folge das Ausscheiden des Angebotes nicht die bessere Variante gewesen wäre.

Zur Problematik spekulativer Preise als Preisgrundlage ist *Kropik*<sup>460</sup> der Ansicht, diese seien ungeeignet für die Fortschreibung neuer Preise, da für eine betriebswirtschaftlich richtige Ableitung von Preisgrundlagen nicht jene einer einzelnen Position relevant sind, sondern es ist vielmehr in einer Zusammensicht über das Preisniveau des gesamten Angebots zu beurteilen. Die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 und B 2117 sind nach Ansicht *Kropiks* so auszulegen, dass das Preisniveau der Urkalkulation erhalten bleiben muss und nicht jenes einer einzigen Position maßgebend sein kann.

M.E. steht diese Argumentation aber im Widerspruch mit dem Prinzip des Erhaltes des Werteverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Zuge der Neuberechnung neuer Preise. Es ist unbestritten, dass es nach dem Preisanpassungsrecht den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 das Fundamentalziel gibt, das durch eine Leistungsänderung gestörte Gleichgewicht zwischen Leistung und Entgelt wiederherzustellen. Nun ist zweifellos anzunehmen, dass der AN mit Legung seines Angebotes genau die von der LÄ betroffene Ur-Positionsleistung zum ausgewiesenen und vertraglich vereinbarten Preis ursprünglich erbringen wollte. Hat der AN in dieser Position nun einen Überpreis oder Unterpreis angeboten, der über oder unter dem globalen Vertragspreisniveaus (= Zusammensicht über das Preisniveau aller Positionen des Vertrages) des konkreten Angebotes liegt, muss außer Betracht bleiben. Es gilt der Grundsatz bei der Neukalkulation, dass das Werteverhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches von den Parteien bei Vertragsabschluss festgelegt

---

<sup>460</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 189

wurde, und dazu zählt mE eben auch jenes auf Positionsebene, erhalten bleiben muss.<sup>461</sup>

Demnach müssen sowohl die vom Bieter kalkulierten Grundlagen, die zu hohen Preisen führen, fortgeschrieben werden, als auch jene, die zu niedrigen Preisen führen. „*Ein guter Preis bleibt ein guter Preis, ein schlechter Preis ein schlechter.*“<sup>462</sup> Als Nebenprodukt der ÖNORM-Interpretation *Kropiks* würde sich dann beispielsweise ergeben, dass Kalkulationsfehler des AN (z.B. falsche Einschätzungen von Verbrauchs- oder Aufwandswerten) bereinigt (saniert) werden könnten, da diese zu Unterpreisen führen, die sicher nicht das globale Preisniveau des Angebots repräsentieren.

Sicherlich sinnvoll erscheint das Abstellen auf das globale Vertragspreisniveau i.S. *Kropiks*, wenn überhaupt keine Bezugsleistung für die neue Leistung im Vertrag vorhanden ist. Dann kann ein externer Wert beispielsweise aus der Literatur herangezogen werden, der dann auf das Preisniveau des gesamten Angebots gebracht wird. Mangels speziellen Teilleistungs-Preisniveau im Vertrag. Ist aber eine vertraglich vereinbarte und monetär vom AN bewertete Bezugsleistung vorhanden, muss auf diese – in concreto auf deren K-7 Ansätze (und in weiterer Folge auf die in den übrigen K-Blättern) – zurückgegriffen werden. Wie dies konkret geschieht, wie also im Detail ein neuer Preis aus den K-Blättern abgeleitet werden kann, wird nun im Anschluss erläutert.

### **3.3.5 Ableitung von neuen Preisen (Nachtragspreisen) aus den K-Blättern**

#### **3.3.5.1 Analoge Kosten(Preis)fortschreibung**

Ein direktes Fortschreiben ganzer Einheitspreise, wie dies bei der bloßen Mengenänderung innerhalb einer Bandbreite von +/- 20% (wenn keine kalkulationsmäßige Begründung für eine Einheitspreisanpassung gegeben ist, gilt der EHP auch für Mengenabweichungen außerhalb dieser Bandbreite<sup>463</sup>) möglich ist, wird bei den übrigen Leistungsänderungen nur selten durchführbar sein. Im Spezialfall der Mengenänderung bleibt nämlich die zu erbringende Leistung samt ihren Umständen der Erbringung völlig gleich<sup>464</sup>, es ändert sich bloß der Vordersatz. Bei Mengenänderungen können daher, sei es aus einer Anordnung des AG

---

<sup>461</sup> Vgl. dazu auch *Karasek*, ÖNORM B 2110 Kommentar, MANZ Verlag, Auflage 2003, Rz. 442

<sup>462</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004, u.a. S.247

<sup>463</sup> Vgl. ÖNORM B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2002-03-01, Pkt. 5.24.6

<sup>464</sup> Das ist auch eine Grundvoraussetzung der Einordnung einer LÄ in die Kategorie „Bloße Mengenänderung“

heraus oder aufgrund vorgefundener Baustellenverhältnissen, etc, die EHP i.d.R. immer unverändert und direkt weiterverwendet werden.

Ausnahmen gibt es bei einer Änderung der direkten Kosten, und wie schon erwähnt, bei Eintreten der 20% Klausel der ÖNORM B 2110. Wesen der anderen LÄ ist, dass sich die ursprünglich bedungene Leistung an sich<sup>465</sup> bzw. die Umstände ihrer Erbringung ändern oder aber zusätzliche Leistungen anfallen, die ursprünglich gar nicht vorgesehen waren, aber einen gewissen Bezug zur Hauptbauleistung besitzen.

Es ist damit schon einleuchtend, dass bei der Ableitung der neuen aus den alten Preisen i.d.R. auf mindestens eine Ebene unter den EHP, also auf deren detaillierte Herleitung bzw. Zusammensetzung aus den Preiskomponenten (Preisgrundlagen) abzustellen ist. Diese werden bei ordnungsgemäßer Detailkalkulation aus den K-7 Blättern hervorgehen.

Im einfachsten Fall werden einzelne Preisgrundlagen oder –komponenten direkt für die Kalkulation der neue Leistung Verwendung finden können: Im LV ist beispielsweise eine Mauerarbeiten-Position „Zwischenwand, Normalformatziegel gelocht, Normalmauermörtel 20 cm dick“ vorhanden. Der AG verlangt nun an anderer Stelle anstatt einer Gartenmauer aus bewehrtem Beton (= Urposition des LV) eine Mauer aus normalformatigem Ziegelmauerwerk, ebenfalls 20 cm dick, allerdings anderer Ziegelgüte/Ziegelwerkstoff und anderer Mörtelgüte. Laut AG seien die Baumstände und der Verbrauchswert für den Mauermörtel nahezu ident.

Zur Berechnung des Preisanteils „Lohn“ der neuen Pos. „Gartenmauer aus Ziegelmauerwerk“ kann nun der Aufwandswert (Mah/m<sup>2</sup>)<sup>466</sup> direkt verwendet werden. Es ist auch anzunehmen, dass der MLP für die Erstellung der neuen Positionsleistung fortschreibungswürdig ist: Die Zusammensetzung der Baustellenmannschaft ändert sich nicht (die geänderte Leistung kann von einem Teil der ursprünglich angenommenen Baustellenbesetzung erbracht werden, es ist kein spezialisiertes Fachpersonal für die Leistung erforderlich), die KV-Lohngruppen bleiben gleich, keine Überzahlungen aus Überstunden, etc., der MLP bleibt gleich. Es können also aus der K-7 Kalkulation der Ur-Position die Preisgrundlagen MLP und Aufwandswert direkt entnommen und verwendet werden.

Anders verhält es sich aber mit den preislichen Ansätzen für das Baumaterial Ziegel und den Mauermörtel. Diese können nicht direkt weiterverwendet werden. Es können auch keineswegs tatsächliche Preise, Durchschnittspreise von Baustoffgroßhändlern, oder Listenpreise verwendet werden. Es geht hier nicht um tatsächliche Kosten und Preise, sondern um die Fortführung von SOLL-Preisen der Angebotskalkulation in dieser Position. Gibt es im LV aber eine andere Position, es würden sich z.B. weitere Positionen der

---

<sup>465</sup> Änderung der Art der Leistung bzw. Änderung der Umstände der Leistungserbringung oder zusätzliche Leistung

<sup>466</sup> Mah/m<sup>2</sup> = Mannstunden pro m<sup>2</sup> Mauer

Leistungsgruppe „Mauer- und Versetzarbeiten“ des Ur-LV anbieten, in welchen bereits genau die Ziegel bzw. der Mauermörtel für die Gartenmauer kalkuliert wurden, so kann eine Übernahme in die neue Kalkulation erfolgen. Es kann also im einfachsten Fall auf die passenden Preisgrundlagen, sofern in den K-7 Blättern vorhanden, direkt zurückgegriffen werden.

Im Gegensatz zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117, die in Bezug auf die Bildung neuer Preise nicht den Rückgriff auf Positionen nennen, stellt der Entwurf zur ÖNORM B 2118<sup>467</sup> sehr wohl auf die sachgerechte Herleitung von Preiskomponenten sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages ab. *Kropik*<sup>468</sup> kommt zum richtigen Schluss, dass unter Auslegung der Vertragsbedingungen der ÖNORMEN B 2110/2117 aber ebenfalls so vorzugehen sein wird, da ein Teil der relevanten Preisgrundlagen eben nur in vergleichbaren Positionen zu finden ist.

Wie auch das vorige Beispiel zeigt, können also durchaus mehrere verschiedene, aber vergleichbare Positionen (genauer: deren K-7 Ansätze) als Preisgrundlage für den Aufbau des neuen Preises dienen. Denkbar wäre auch, dass die Positionen untereinander nicht vergleichbar sind, aber ev. eine Unterleistung (ein einzelner kalkulatorischer Ansatz, z.B. Aufwandswert) einer Position als Preisgrundlage geeignet ist. Dies wird wahrscheinlich auch unter Pkt. 7.4.1 (4) der ÖNORM B 2118 zu subsumieren sein.

Offenbar ist jedenfalls der Fall „Unterleistung (einzelner Ansatz)“ als Preisgrundlage von der ÖNORM Regel 21117 umfasst,<sup>469</sup> da diese von einem Aufbau auf den dem Verträge zugrunde liegenden Preiskomponenten und Mengenansätzen spricht, also von allen dem Verträge zugrunde liegenden Komponenten und Mengenansätzen (auch jenen nicht vergleichbarer Positionen).

Oft wird es nicht, wie im einfachsten Fall, möglich sein, ganze Preiskomponenten für die Kalkulation neuer Preise direkt zu übernehmen. Mangels identer Leistung, Umstände der Leistungserbringung, Materialgüte, Menge, Zeitdauer, Baugeräte, Aufwands- und

---

<sup>467</sup> Siehe Entwurf zur ÖNORM B 2118 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere Verkehrswegebau“, Österreichisches Normungsinstitut, Normenentwurf Ausgabe 2006-03-01, Pkt. 7.4.1 (4)

<sup>468</sup> *Kropik*, Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60. Geburtstags von Prof. Jodl (2007), Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen TU Wien, S. 185

<sup>469</sup> ÖNORM Regel ONR 22117 „Verfahrensanleitung für Mehr- oder Minderkostenforderungen im Zusammenhang mit dem Baugrund“, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe 2003-04-01, Pkt. 8 „Ableitung der Höhe“

Verbrauchswerte, etc. muss eine alternative Vorgangsweise gefunden werden, um die neue Leistung auf dem Vertragspreisniveau kalkulatorisch zu bewerten.

Eine Möglichkeit, trotz LÄ das preisliche Niveau des Vertrages auch bei den neuen Preisen zu wahren, besteht in der Methode der analogen Kostenfortschreibung, die auf der Grundlage unabhängiger Ermittlungssysteme beruht.

Das folgende Beispiel<sup>470</sup> zeigt schon die Grundstruktur der Methode auf:

Beispiel geänderte Leistung:

Die Vertragsleistung beinhaltet Mauerleistungen aus Kalksandstein, die Arbeiten erfolgen mit Kranhilfe. Statt des Steinformats 2 DF (DF = Dünnformat) ordnet der Auftraggeber Normalformat (NF) an.

Sofern in der Angebotskalkulation für 2-DF-Format 5 Mah/m<sup>3</sup> angegeben sind und sofern in einem allgemein zugänglichen Ermittlungssystem, z. B. einer anerkannten Arbeitszeit-Richtwertesammlung (hier: ARH-Tabelle<sup>471</sup>, Tabelle M 6.215 gegliedertes Mauerwerk, voll vermörtelt, Wanddicke 24 cm) für 2-DF-Format 5,20 Mah/m<sup>3</sup> angegeben sind, so kann dort entsprechend für NF (Normalformat) nachgeschlagen und festgestellt werden: 5,95 Mah/m<sup>3</sup>. Somit kann folgende analoge Fortschreibung der Angebotskalkulation durchgeführt werden:

$$\frac{5,00 \text{ Mah/m}^3}{5,20 \text{ Mah/m}^3} = \frac{\text{Aufandswert Angebotskalkulation}}{\text{Aufandswert Richtwertesammlung}} = 0,96 = \text{Vertragspreisniveaufaktor}$$

Die kalkulierten Zeitansätze liegen also 4 % unter denen der Richtwertesammlung, d. h., anders interpretiert, liegt das Lohnkostenniveau bei gleichbleibendem Stundenlohn für die vertraglich vereinbarten Mauerarbeiten 4 % unter dem, der sich bei Verwendung der Richtwertsätze ergeben würde. Wenn wir dieses Lohnkostenniveau für die modifizierte Leistung beibehalten wollen, müssen wir den entsprechenden Wert der Richtwertesammlung (5,95 Mah/m<sup>3</sup> mit dem Vertragspreisniveaufaktor f<sub>i</sub> = 0,96 multiplizieren (Beibehaltung des Vertragspreisniveaus).

Damit ergibt sich für NF ein der Angebotskalkulation analoger Lohnstundenbedarf in Höhe von

$$0,96 \times 5,95 \text{ Mah/m}^3 = \underline{5,71 \text{ Mah/m}^3}$$

---

<sup>470</sup> In Anlehnung an *Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 842*

<sup>471</sup> ARH-Tabelle Arbeitszeitrichtwerte Hochbau

Entsprechend können die unterschiedlichen Preise (Material) für die beiden Steinformate aus der ursprünglichen Kalkulation abgeleitet und z. B. auf das Ermittlungssystem eines (oder des vom Auftragnehmer in der Kalkulation angegebenen) Herstellers bzw. Lieferanten wie folgt bezogen werden:

Stoffkosten für Steine 2 DF gemäss Angebotskalkulation:	<u>100 €/m<sup>3</sup></u>
Stoffkosten für Steine 2 DF gemäss Preisliste Hersteller:	<u>98 €/m<sup>3</sup></u>
Stoffkosten für Steine NF gemäss Preisliste Hersteller:	<u>103 €/m<sup>3</sup></u>

Somit ergeben sich die neuen Stoffkosten X wie folgt:

$$\frac{100,00 \text{ €/m}^3}{98,00 \text{ €/m}^3} = \frac{X \text{ €/m}^3}{103,00 \text{ €/m}^3} \quad \underline{X = 105,10 \text{ €/m}^3}$$

Schließlich kann auch der unterschiedliche Mörtelbedarf aus der Gegenüberstellung von 210 l/m<sup>3</sup> bei 2 DF bzw. 270 l/m<sup>3</sup> bei NF sehr einfach rechnerisch berücksichtigt werden:

Mörtelkosten pro m<sup>3</sup> für 2 DF: 210 l/m<sup>3</sup> x 0,15 €/l = 31,50 €/m<sup>3</sup>

Mörtelkosten pro m<sup>3</sup> für NF: 270 l/m<sup>3</sup> x 0,15 €/l = 40,50 €/m<sup>3</sup>

Das Verhältnis der Ansätze der Angebotskalkulation zu den Ansätzen allgemein zugänglicher Ermittlungssysteme sind die jeweiligen Vertragspreisniveaufaktoren  $f_i$ .

Es geht also bei der analogen Kostenfortschreibung darum, die angesetzten Preisgrundlagen(komponenten) der Angebotskalkulation in den K-7 Blättern mit Hilfe eines Ermittlungssystems (= Bezugssystems) preislich einzuschätzen, sprich, das angebotene Vertragspreisniveau festzustellen. Dazu bedient man sich der einzelnen Vertragspreisniveaufaktoren  $f_i$ , die das Verhältnis der kalkulierten Preisgrundlagen zum ausgewiesenen Ansatz im anerkannten Ermittlungssystem ausdrücken.

Aufbauend auf den Ermittlungssystemen wird in einem weiteren Schritt der für die Kalkulation der neuen Leistung notwendige Wert dem Ermittlungssystem entnommen und mit dem Vertragspreisniveaufaktor auf Preisniveau der angebotenen Leistung gebracht (multipliziert). Dabei wird dem AN formal unterstellt, bereits seine Angebotskalkulation unter Bezug zum entsprechenden Ermittlungssystem erstellt zu haben (durch fiktive Auf- oder Abschläge), was dann für die neuen Preise als Vergleichsbasis herangezogen wird, und zwar unter Fortschreibung des selben Niveauunterschieds zwischen Preisgrundlage der Angebotskalkulation und dem Ansatz der Datensammlung/Richtwertetabelle, etc..

Aus der bisher dargelegten Systematik der Methode der analogen Kostenfortschreibung lassen sich schon im Ansatz praxisrelevante Problempunkte erkennen: Ausgangspunkt jeder analogen Kostenfortschreibung ist die Suche und Definition einer Bezugsleistung im Ur-Vertrag, die eine entsprechende preisliche Bewertung durch das Ermittlungssystem erfahren soll. Streitpunkte zwischen den Vertragsparteien könnten dabei im Zuge der Festlegung auf die Bezugspreisgrundlage in den K-7 Blättern auftreten, da im Angebot hoch angesetzte Preisgrundlagen (großer Niveauunterschied zum Wert des Ermittlungssystem) grundsätzlich auch preislich hoch weitergeschrieben werden und umgekehrt. Die Interessen von Unternehmer und AG sind dabei hinreichend klar. Deshalb muss versucht werden, trotz unterschiedlicher Blickwinkel und Interessen der Vertragspartner, die Beurteilung der Bezugsleistungen unter sachlichen und objektiven Gesichtspunkten, ev. unter Beiziehung eines unabhängigen Sachverständigen, etc. vorzunehmen.

Ein weiterer, nicht seltener Grund für Unstimmigkeiten über die richtige Bezugsleistung bzw. ihre Verwendung liegt darin, dass von falschen Voraussetzungen ausgegangen wird. Beispielsweise kann man nicht den Preis für einen Rohrdurchmesser 300 auf einen Rohrdurchmesser 150 linear „herabrechnen“.<sup>472</sup>

Scheinbar unlösbar eröffnet sich die angeschnittene Problematik allerdings dann, wenn es mehrere ähnliche, im K-7 Blatt durchkalkulierte Bezugsleistungen gibt, die alle dieselbe Nähe zur neuen Leistung haben. Um am vorherigen Beispiel mit der vom AG angeordneten LÄ, anstatt einer Gartenmauer aus Beton eine aus Ziegel zu mauern, anzuknüpfen, kann es im LV mehrere Positionen der Leistungsgruppe „Mauer- und Versetzarbeiten“ geben, die als Bezugsposition tauglich erscheinen:

- Pos. A) Zw. Wand NF **voll** M3-M10 12 cm  
Voll NF, 25 x 12 x 6,5 cm, mit Normalmauermörtel M3 bis M10  
gemauert, 12 cm dick  
Der im Angebot im K-7 Blatt angesetzte LW beträgt **1 Mah/m<sup>2</sup>**
- Pos. B) Zw. Wand NF **gelocht** M3-M10 12 cm  
Gelocht NF, 25 x 12 x 6,5 cm, mit Normalmauermörtel M3 bis M10  
gemauert, 12 cm dick  
Der im Angebot im K-7 Blatt angesetzte LW beträgt **5 Mah/m<sup>2</sup>**

---

<sup>472</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, FN 1210, S. 435

Für den Aufwandswert/Leistungswert wird es beim Aufmauern der Gartenmauer unter sonst identen Baumständen wohl ohne Belang sein, ob die Bezugspositionen „Zwischenwand“ volle oder gelochte Ziegel vorschreibt. Sowohl Pos. A als auch Pos. B können unter sachlich objektiven Gesichtspunkten als Bezugsleistung (für den Leistungswert) dienen. Hier versagt natürlich die analoge Kostenfortschreibung, da diese nur so gut sein kann, wie treffsicher und realistisch die Basisleistung ist.

Von einem Versagen der analogen Kostenfortschreibung gehen dann auch *Kapellmann/Schiffers* aus: „**Wenn sowohl eine Position mit einem relativ niedrigen Preis als auch eine mit einem relativ hohen Preis in der Angebotskalkulation als Bezugsleistung zur Diskussion stehen und die Positionen als Bezugsleistung gleich gut geeignet sind, versagt allerdings die „deterministische“ Fortschreibung, sofern nicht auf einen Mittelwert** [Hervorhebung d. Verf.] *abgehoben wird.*“<sup>473</sup>

Wenn die Leistungsansätze für vergleichbare Leistungen allzu stark springen, dann empfiehlt es sich nach Ansicht *Kurbos*<sup>474</sup>, einen Mittelwert der tatsächlich ausgeführten (oder tatsächlich angebotenen) Preise unter Gewichtung der betroffenen Massen heranzuziehen.

M.E. erscheint in so einer praktisch möglichen Pattsituation nur eine einvernehmliche Verhandlungslösung unter den oben beschriebenen Ansätzen (mit den Mengen gewichteter Mittelwert, oder schlechter: arithmetischer Mittelwert) sinnvoll – die Beziehung eines Sachverständigen dürfte dabei einer Lösung auch nicht zuträglicher sein, eher schon jene eines Mediators. Ein Abgehen vom eisernen Grundsatz, dass der neue Preis nur strikt aus der Angebotskalkulation abgeleitet werden darf, und zwar rein theoretisch und rechnerisch, ohne Berücksichtigung von Momenten der praktischen Baudurchführung, ist definitiv unstatthaft (z.B. das Abstellen auf einen durchschnittlichen Branchenwert oder auf tatsächliche Leistungswerte vor Ort).<sup>475</sup>

*Kropik/Krammer*<sup>476</sup> weisen zur analogen Kostenfortschreibung darauf hin, dass der technisch-betriebswirtschaftliche Zusammenhang oft nicht gegeben ist, weshalb die Methode insbesondere dort versagt, wo Kostenverläufe nicht linear sind. Beispiele für fehlende Linearität sind z.B., wenn für eine Leistung ein zusätzlicher Kran notwendig wird oder für Entwässerungsarbeiten, welche durch den Wasseranfall nun andere Pumpen benötigen.

---

<sup>473</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1003

<sup>474</sup> *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, Wirtschaftsverlag Überreuter Wien, Ausgabe 1997, S. 226

<sup>475</sup> Vgl. dazu u.a. *Kurbos*, Baurecht in der Praxis, Wirtschaftsverlag Überreuter Wien, Ausgabe 1997, S. 227

<sup>476</sup> *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Auflage 1999, S. 105

Das, was als Prinzip logisch und einfach erscheint, meinen *Kapellmann/Schiffers* in Bezug auf die analoge Kostenfortschreibung, ist in der Praxis alles andere als einfach: „*Man kann nämlich bei geänderten oder zusätzlichen Leistungselementen die Kostenelemente der Angebotskalkulation bei weitem nicht immer ohne weiteres als Basis der Nachtragskalkulation übernehmen. Das geht nur dann, wenn die Angebotskalkulation auf der Basis nachvollziehbarer Ermittlungssysteme durchgeführt worden ist. Dabei kommen als Ermittlungssysteme u. a. in Frage.*“<sup>477</sup>

- Baugeräteliste
- Aufwandswerte aus Leistungslohnvereinbarungen oder Richtwertesammlungen
- Preislisten von Baustoffherstellern und -lieferanten

Ist also z. B. aus der Angebotskalkulation erkennbar, dass die Gerätekosten auf der Basis der Baugeräteliste berechnet worden sind, liegt ein Ermittlungssystem vor, mit Hilfe dessen die Gerätekosten für geänderte oder zusätzliche Leistungen - auch bei Einsatz anderer Geräte - berechnet werden können; dann ist eine „deterministische“ Fortschreibung der Gerätekosten der Angebotskalkulation in der Nachtragskalkulation möglich.<sup>478</sup>

Ist die Kalkulation der Geräte auf Grundlage der ÖBGL durchgeführt worden (Regelfall), so lässt sich dies noch relativ einfach verifizieren, indem die kalkulierten Werte im K-6 bzw. K-6A Blatt mit jenen der ÖBGL, unter Berücksichtigung der Abminderungsfaktoren (ebenfalls in K-6 ausgewiesen), verglichen werden. Die Untersuchung der K-7 Ansätze für die Gerätepreise lassen eventuell vorhandene zusätzliche Modifikationen erkennen (zusätzliche Abminderungen o.ä.). Normalerweise ist aber aus der Angebotskalkulation nicht ersichtlich, dass und v.a. welche Ermittlungssysteme verwendet wurden. Für eine analoge Kostenfortschreibung ist es daher erforderlich, Ermittlungssysteme festzulegen. Ev. könnten schon in der Vergabephase dafür entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen getroffen werden. ME empfiehlt sich eine Vereinbarung entsprechender literarischer Sammelwerke, Datenbanken, etc. vor Vertragsabschluss. Der Transparenz der Projektabwicklung käme das sicher zu Gute, da nachträgliche Festlegungen von Literaturwerten am konkreten Einzelfall in den Geruch kommen könnten, ein Vertragspartner wolle durch punktuell herauspicken von Werten, die ihm zum Vorteile reichen, den anderen Teil übervorteilen.

---

<sup>477</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1052

<sup>478</sup> Siehe dazu *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Rdn 1052

Die grundsätzliche Vorgangsweise der analogen Kostenfortschreibung kann demnach allgemein in Form der folgenden Liste dargestellt werden.<sup>479</sup>

A) Feststellen des Vertragspreisniveaus

1. Feststellen einer der geänderten, neuen Leistung  
möglichst ähnlichen Vertrags(teil)leistung → Bezugsleistung innerhalb des Bau-  
SOLL
2. Festlegen der Preisgrundlagen, die fort-  
geschrieben werden sollen:
  - a) kalkulative Ansätze in K-7
  - b) andernfalls K-3 bis K-6 bzw. EHP-Anteile
  - c) andernfalls EHP → Preisgrundlagen des Vertrages
3. Ermittlungssystem(e) auswählen → Ermittlungssystem(e)
4. Bewertung der Bezugsleistung mit  
Ermittlungssystem(en) → Bewertungsansätze gemäß  
Ermittlungssystem(en)
5.  $f = \frac{\text{Preisgrundlagen des Vertrages}}{\text{Bewertungsans. gem. Ermittlungssystem(en)}}$  → Vertragspreisniveaufaktor(en)

B) Ermittlung des neuen Preises (Preis der geänderten bzw. zusätzlichen Leistung)

1. Zusätzliche, entfallene od. geänderte Elemente  
der neuen Leistung gegenüber Bezugsleistung → Dokumentation neue Leistung
2. Bewertung der neuen Leistung mit dem/den  
Ermittlungssystem(en) → Bewertungsfortschreibung
3. Multiplikation der Bewertung der neuen  
Leistung mit Vertragspreisniveaufaktoren → Anpassung an Vertragspreisniveau

---

<sup>479</sup> In Anlehnung an *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Abb. 21, S. 434

#### 4. Endgültige Preisermittlung der neuen

Leistung. Bei reiner Kostenfortschreibung:

Berücksichtigung der Zuschlagssätze

→ Preis der neuen Leistung

Zu den Zuschlagssätzen (siehe auch Punkt B) 4 oben) ist anzumerken, dass bei geänderten und zusätzlichen Leistungen natürlich darauf zu achten ist, dass nicht die entsprechenden Deckungsbeiträge der alten Vertragsleistung in ihren Absolutbeträgen für GGK, Wagnis und Gewinn erhalten bleiben, sondern deren anteiligen Zuschlagssätze aus dem K-3 Blatt gleich bleiben. Wird bei der neuen Leistung „mehr“ geleistet, so fällt ja auch entsprechend ein Mehreinsatz von Produktionsmitteln (Kapazitäten der betrieblichen Leistungserstellung) an, welches durch vermehrte Deckungsbeiträge abzugelten ist. Die vermehrte Leistung ist also im Regelfall mit dem Gesamtzuschlag „normal“ zu beaufschlagen. Ähnlich wird die bloße Mengenmehrung behandelt, wenn eine Preisanpassung bei Überschreitung der 20% Hürde kalkulatorisch gerechtfertigt ist. Lediglich eine Überdeckung von einmaligen und umgelegten Kosten kann der AG „verhindern“. Bei Verringerung der Leistung können hingegen monetäre Nachteile für den AN entstehen. Dies ist ähnlich gelagert wie der Fall der „entfallenen Leistung“ bzw. der „angeordneten Mengenminderung“ und wird hier nicht näher behandelt, wobei es in der Auffassung darüber, welche Zuschlagsanteile (GGK, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn) dem AN zustehen in der Literatur (insbesondere zw. der österreichischen der deutschen) größere Unterschiede gibt.

Die Baustellengemeinkosten ändern sich im Regelfall in ihren Beträgen nicht durch die LÄ. Wurde auf eine Position umgelegt, die nun von einer LÄ betroffen ist, muss demnach der umgelegte Betrag für die BstGK auch bei der neuen Leistung erhalten bleiben. Die K-7 Kalkulation wird näheren Aufschluss darüber geben. Treten aufgrund der LÄ im Ausnahmefall erhöhte BstGK auf, müssen diese bei der Neukalkulation berücksichtigt werden.

Bei der analogen Kostenfortschreibung im Zuge von LÄ ist es essentiell, die fortzuschreibenden Preisgrundlagen bzw. Preiskomponenten des Urvertrages unter genauer Betrachtung der Umstände der Leistungserbringung auszuwählen.

Ein Zusatzangebot aufgrund der Anordnung des AG, Zwischenwände auch im Dachgeschoss einzuziehen, kann beispielsweise nicht mit den identen Preisgrundlagen einer bestehenden Position „Zwischenwände Erdgeschoss“ geschehen, da die Leistungswerte andere sind (größere Transportweiten, zusätzliches Aufstellen Bauaufzug, usw.). Ähnliche Überlegungen sind bei der Übernahme von Preisgrundlagen des Vertrages immer

anzustellen. In der Praxis werden es auch vornehmlich die Aufwands- und Leistungswerte sein, weniger die Materialpreise, die zu Meinungsverschiedenheiten der Vertragsparteien führen.

*Reister*<sup>480</sup> beschreibt mögliche Einflüsse durch die neue Leistung, welche eine Übernahme von Aufwandswerten aus der Angebotskalkulation bei sonst ähnlicher Leistung schwierig machen:

- Die neue Leistung wird schwieriger: ursprünglich rechteckiges Fundament – jetzt: Fundament mit Höhenvorsprung und Absätzen)
- Die herzustellende Menge ändert sich: Optimaler Personaleinsatz nicht mehr gegeben (Optimierungsvermutung des AN)
- Die Zugänglichkeit zum Bauwerk ist nun eingeschränkter: nur zwei, statt vier Aufzüge
- Die Länge der Transportwege ist anders: verkürzt od. verlängert.
- Die neue Leistung ist unter erschwerten Bedingungen auszuführen: z.B. Überkopfarbeit
- Der Einsatz der Geräte der Ursprungsleistung ist nicht mehr möglich: ein Kran wurde z.B. bereits abgebaut, wodurch längere Wartezeiten auftreten, etc..

### 3.3.5.2 Die Bedeutung der K-Blätter bei LÄ von Subunternehmerleistungen

Die Problematik der Vergabe von Leistungen durch den GU an einen Subunternehmer im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung wurde im Kapitel 2 (Vergabephase) bereits diskutiert. Lösen bei der Preisangemessenheitsprüfung offensichtlich niedrige Preise in Positionen, für die eine Untervergabe an Subunternehmer geplant ist, eine vertiefte Angebotsprüfung aus, so kann der GU unter Vorlage der K-Blätter des Nachunternehmers einen scheinbar unangemessenen Preis u.U. nachvollziehbar aufklären und angemessen darstellen. In diesem Fall wird also eine Detailkalkulation eines Nachunternehmers für (zumindest einzelne) Positionen vorliegen, die für die Fortschreibung von Preisgrundlagen dienen kann, da sie dann eins zu eins vom GU übernommen wurde.<sup>481</sup> Die Detailkalkulation ist dann ja auch jene Kalkulation, die zu dem (den) EHP der Position(en) geführt hatte. Die Vorgangsweise bei der Ableitung des neuen Preises ist dann dieselbe, wie wenn die Kalkulation (die K-Blätter) vom GU selbst erstellt worden wäre.

---

<sup>480</sup> *Reister*, Nachträge beim Bauvertrag, Werner Verlag, Auflage 2004, S. 442

<sup>481</sup> Sie wurde so wie bei der vertieften Angebotsprüfung vorgelegt, vom GU übernommen.

In der Phase der Vertragsabwicklung ist es aber auch möglich, dass die Änderung einer Subunternehmerleistung erforderlich wird, für die keine detaillierte Kalkulation vorliegt. Es gilt natürlich auch hier der Grundsatz der Beibehaltung des Vertragspreisniveaus – umgesetzt durch Aufbau des neuen Preises auf den Preisgrundlagen des Vertrages. Wurde vom AN für die Leistungserstellung ein Subunternehmer eingesetzt, so muss er gegenüber seinem AG auch die Vergütung geänderter oder zusätzlicher Leistungen auf der Basis des in der Angebotskalkulation angesetzten Subunternehmerpreisniveaus<sup>482</sup> ermitteln, also auf kalkulativer Basis und in analoger Fortschreibung der Angebotskalkulation.

Wie ist nun der Fall einzustufen, dass der GU gegenüber dem ihm angebotenen SUB-Preis einen Aufschlag einkalkuliert, und seinerseits dem AG angeboten hat, demnach einen Vergabegewinn einkalkuliert hat?

Unter einem Vergabegewinn wird nach *Oberndorfer/Jodl*<sup>483</sup> die Differenz aus den höher kalkulierten Subunternehmerkosten und der (geringeren) Vergütung, die im Auftragsfall mit dem Subunternehmer vereinbart wird, verstanden (bei unveränderter Leistung). Bei der Kalkulation von Zusatzangeboten für eine LÄ muss es ohne Belang sein, welche IST-Kosten dem AN (GU) tatsächlich durch den Subunternehmereinsatz für die geänderte oder zusätzliche Leistung entstehen. Ein sich dabei ergebender Vergabegewinn steht nur dem AN (GU) zu. Würde es also dem AN (GU) gelingen, seinen Subunternehmer zu bewegen, die geänderte oder zusätzliche Leistung billiger auszuführen, so profitiert davon nur der AN, nicht der AG. Es hätte auch den AG nicht berührt, wenn der GU in seiner Angebotskalkulation für Nachunternehmerleistungen einen Preis angesetzt hätte, der weit über den IST-Kosten des eingesetzten Subunternehmers gelegen wäre. Umgekehrt wäre es dem AG auch egal gewesen, wenn der tatsächliche Preis des Subunternehmers über den kalkulierten Kosten des GU gelegen wäre, denn den Verlust hätte der AN zu tragen. Das worauf es ankommt, sind demnach die vom GU kalkulierten Preise für die Subunternehmerleistung in der Angebotskalkulation, die nun einer Änderung unterliegen.

Wie ist vorzugehen, wenn für die Bezugsposition keine Kalkulation des Subunternehmers offen liegt? Grundsätzlich gilt das gleiche wie für eine „Eigenleistung“ des GU: Es muss eine Kalkulation (K-Blätter) nachträglich offengelegt werden. Manche AG zwingen den GU per Vertrag dazu, die ihn betreffenden Bestimmungen auch auf den Subunternehmer zu

---

<sup>482</sup> Dieses kann gleich dem Preisniveau der Subunternehmerkalkulation sein, muss aber nicht. I.d.R. wird der in der Angebotskalkulation des GU angesetzte Fremdleistungspreis höher sein. Letzteres ist für die Kostenfortschreibung maßgebend!

<sup>483</sup> *Oberndorfer/Jodl*, Handwörterbuch der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, Ausgabe August 2001,

übertragen, etwa durch eine Klausel, dass alle dem LV zugrunde liegenden Bestimmungen, Vertragsbestimmungen, etc. auch dem Subunternehmer gegenüber Gültigkeit haben und eine diesbezügliche Hinweispflicht dem AN obliege.

Bei Subunternehmerleistungen ist aber zu unterscheiden, ob diese durch einen sog. „erforderlichen“ oder aber „sonstigen“ Subunternehmer erbracht werden sollte. Dies ist eine Diktion des BVergG<sup>484</sup> und kann auch für die folgenden Ausführungen herangezogen werden. Ist die Leistung durch einen sonstigen Subunternehmer zu erbringen, der GU könnte demnach die Leistung im Rahmen seiner Fachkenntnis, seiner Befugnis, usw. auch selbst ausführen, so kann er entweder die Kalkulation des Subunternehmers vorlegen, oder, wenn das nicht möglich ist, auch selbst eine eigene Kalkulation nachträglich erstellen, die zu dem ausgewiesenen EHP führt.

Im anderen Fall, dass der Subunternehmer ein erforderlicher Subunternehmer ist, würde wohl letztere Vorgangsweise (GU erstellt die Kalkulation selbst) etwas seltsam anmuten, da er eine Kalkulation außerhalb seines fachlichen Bereiches erstellt. *Kapellmann/Schiffers*<sup>485</sup> beschreiben diesen Sachverhalt zutreffend so: *„Eine „Selbstkalkulation“ des Haupt-Auftragnehmers hätte in solchen Fällen einen laienhaften oder sogar manipulativen Beigeschmack, etwa so, als wenn der Bauunternehmer die Kalkulation seines Holzlieferanten und Zimmermanns selbst durchführen würde, um dem Auftraggeber Mehrkosten zu belegen.“*

Es empfiehlt sich deshalb für den AG, eine Nachtragskalkulation des GU auf Basis der Subunternehmerkalkulation zu verlangen und die Kalkulation des Nachunternehmers ehestens nach Vertragsabschluß bzw., falls möglich, besser noch vor Vergabe, einzufordern. *Wanninger*<sup>486</sup> stellt für die deutsche Baupraxis in diesem Zusammenhang einen sehr zurückhaltenden Umgang des öffentlichen AG mit der Möglichkeit zur Einsichtnahme in die Ur-Kalkulation fest und weist auf die (neue) Fassung des VHB (2002) mit den EFB-Blätter hin, die in Bezug auf SUB-Leistungen folgende Fußnote besitzen: *„Auf Verlangen sind für diese Leistungen die Angaben zur Kalkulation der(s) Nachunternehmer(s) dem Auftraggeber vorzulegen.“* Nach Meinung des genannten Autors würde dies dem öffentlichen AG erlauben, auch bereits vor der Vergabe an einen Hauptunternehmer die EFB-Preis-Blätter der Subunternehmer einzufordern. *„Das ist allerdings nur durchsetzbar, wenn der Hauptunternehmer eine entsprechende Klausel gegenüber seinem anbietenden*

---

<sup>484</sup> Vgl. dazu *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft, Österreichisches Normungsinstitut, 1. Auflage 2006, S. 37 ff

<sup>485</sup> *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5. Auflage, Rdn 1018

<sup>486</sup> *Wanninger*, Von den Kosten zum Preis und wieder zurück – die prüfbare Kalkulation als Traum, Braunschweiger Baubetriebsseminar 2004

*Nachunternehmer vorgesehen hat.*“; prognostiziert *Wanninger*, wobei der Autor in der Folge dann der Ansicht ist: *„Allerdings darf man wohl davon ausgehen, dass ein an einem Auftrag interessierter Nachunternehmer die Angaben liefern wird.“* Dies ist sicherlich zutreffend. Der richtige Weg für den AG, sich Streitigkeiten bei LÄ von Subunternehmerleistung zu ersparen, scheint jener zu sein, schon in den Ausschreibungsunterlagen eine entsprechende Klausel zur zwingenden Vorlage der K-Blätter des Subunternehmers aufzunehmen. In manchen Bauverträgen in Österreich ist so eine Vertragsbestimmung bereits zu finden.

Zur Preisfortschreibung auf Grundlage einer SUB-Kalkulation ist aber natürlich zu beachten, dass der GU jedenfalls etwaige Aufschläge gegenüber dem Subunternehmerpreis auch für den Nachtrag weiterführen darf. Das fortzuschreibende Vertragspreisniveau ist jenes der GU-Angebotskalkulation.

### 3.4 Zusammenfassung

Eingangs zu Kapitel 3 wurde untersucht, welche generelle Relevanz Kalkulationsannahmen haben, die vom Bieter in den K-Blättern (dokumentiert) getroffen wurden. Eine weitreichende Bedeutung kann sich aus der Relevanz der Kalkulationsannahmen ergeben, wenn es um Fragen der konkreten Vertragsauslegung geht, spekulative oder vorbeugende Claim-Ansätze im K-7 Blatt getätigt wurden, oder der Unternehmer sich beispielsweise in seinen Kalkulationsansätzen geirrt hat (Kalkulationsirrtum). Dazu wurden verschiedene Fallkonstellationen unterschieden (Kapitel 3.2). Offenbar ist es in diesem Zusammenhang entscheidend, ob in den Vertragsbestimmungen Klauseln über die K-Blätter vorhanden sind, ob die K-Blätter dem AG gegenüber in Erscheinung getreten sind und ob Einvernehmen darüber besteht, dass der Vertrag auf Basis der K-Blätter geschlossen wurde. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich eine sehr große Bedeutung der Kalkulationsannahmen in den K-Blättern primär dann ergibt, wenn sie zum Inhalt des Bauvertrages wurden. Abgesehen vom trivialen Fall, dass die K-Blätter per Vertragsklausel zum Inhalt des Geschäftes erklärt wurden, sind die K-Blätter insbesondere dann relevant, wenn sie vom AG nachweislich vertieft geprüft wurden und der AG daraufhin dem Angebot den Zuschlag erteilt hat. Eine große Bedeutung für den Vertrag ergibt sich u.a. insofern, dass nicht nur ein spekulativer oder vorbeugender Claim-Ansatz volle Gültigkeit und Wirksamkeit hat, sondern auch ein Kalkulationsfehler, der unter „normalen“ Umständen unbeachtlich wäre, zu einer irrtumsrechtlichen Vertragsanfechtung berechtigen kann (wenn zusätzlich eine der drei Voraussetzungen des § 871 ABGB erfüllt ist). Weiters besteht dann die theoretische Möglichkeit, dass der Unternehmer einen spekulativen Ansatz als Irrtum „verkauft“ und aus

dem niedrigen Preis aussteigt (natürlich nur, wenn er sich nachträglich für den AN als nachteilig herausstellt, also ein „nicht aufgegangener“ Spekulationsansatz ist.)

Aus diesen Gründen empfiehlt es sich für den AG nicht, zahlreiche K-Blätter vom Bieter anzufordern und daraufhin unreflektiert dem Angebot zuzuschlagen. Es können sich monetäre Nachteile für den AG bei Abrechnung der Bauleistung ergeben.

Bei einem privaten Auftrag hingegen, kann sich schon alleine durch Offenlegung der Kalkulation (mit den Annahmen) des Unternehmers eine hohe Relevanz ergeben, wenn klar ist, dass der Vertrag auf Grundlage der K-Blätter geschlossen wurde. Im betrachteten Fall ist es auch der Unternehmer, der die AGBs oktroyiert, nicht der AG (Punkt 3.2.2.1).

Ein Schwerpunkt des Kapitels 3 waren weiters die K-Blätter im Zusammenhang mit LÄ. Ausführlich wurden die verschiedenen Arten von LÄ vorgestellt, wobei es teils gravierende Unterschiede in der Auffassung innerhalb der österreichischen und auch zur deutschen Literatur gibt. Die jeweilige Zuordnung zur richtigen Leistungsänderungsart wird v.a. dann eine Relevanz haben, wenn im Bauvertrag für die unterschiedlichen LÄ auch unterschiedliche Vergütungsberechnungen vorgesehen sind. Grundsätzlich haben Preise für neue Leistungen (geänderte oder zusätzliche Leistungen) auf den Preisgrundlagen des Vertrages aufzubauen. Im Zuge der vorliegenden Arbeit wurde nicht nur der Hintergrund dieses Grundsatzes beleuchtet, sondern auch verifiziert, was unter den Preisgrundlagen zu verstehen ist. Die vergleichende Heranziehung unterschiedlicher Sichtweisen in der österreichischen und deutschen Fachliteratur, sowie ein Blick in die relevanten ÖNORMEN, hat den Verfasser zum Ergebnis gebracht, dass für die Bildung neuer Preise primär auf die kalkulativen Detailansätze in den K-7 Blätter abzustellen ist, unter den Preisgrundlagen also die Ansätze der K-Blätter, primär jene im K-7 Blatt, zu verstehen sind. Einerseits deshalb, weil die EHP jene Preise sind, die vertraglich vereinbart sind, wobei die K-7 Kalkulation genau zu diesen EHP führt bzw. hinter diesen steht, und andererseits, weil es die kalkulativen Ansätze im K-7 Blatt sind, die letztlich das Vertragspreisniveau repräsentieren, das für die neuen Preise fortgeschrieben werden muss. Eine Preisgrundlage in einem anderen K-Blatt, z.B. der Preis einer Einbaupartie im K-5 Blatt kann, muss aber letztlich nicht ident sein mit dem Ansatz im K-7 Blatt, weil z.B. die Einbaupartie für mehrere Positionen kalkuliert wurde, der AN sich aber in der Bezugsposition einen anderen Wertverzehr (erhöht oder niedriger als in K-5) erwartet als im K-5 Blatt bei der „allgemeineren Kalkulation“. Die K-Blätter haben also bei der Neupreisberechnung insofern große Bedeutung, da sie die Preisgrundlagen enthalten.

Weiters wurde detailliert dargelegt, wie konkret neue Preise für geänderte oder zusätzliche Leistungen mit Hilfe der Preisgrundlagen aus den K-Blättern berechnet werden können und dass auch spekulativ hohe und niedrige EHP, respektive deren Preisgrundlagen, fortgeschrieben werden müssen.. Neben der direkten Übernahme einzelner EHP bzw. Preisgrundlagen in die Neupreiskalkulation wurde die Methode der analogen Kostenfortschreibung vorgestellt (Punkt 3.3.5). Wichtigste Grundsätze sind, dass das unter Wettbewerbsbedingungen entstandene ursprüngliche Vertragspreisniveau auch für neue Leistungen fortgeschrieben wird und die Umstände der Leistungserbringung der alten Leistung jenen der neuen Leistung entsprechen (Basis der Preisgrundlage im K-Blatt muss übereinstimmen).

Den Abschluss des Kapitels 3 bildet die Analyse der Problematik von LÄ in Positionen, die an einen Subunternehmer vergeben werden. Hier wurde u.a. der Fall des Nichtvorliegens einer SUB-Kalkulation, auf deren Grundlage die neuen Preise zu berechnen sind, behandelt. Es gilt auch hier, dass das in der Angebotskalkulation vom GU angesetzte SUB-Preisniveau der Teilleistung maßgebend ist und nicht tatsächliche Kosten für die Leistung des SUB. In diesem Zusammenhang erscheint es für den AG empfehlenswert, eine Vertragsklausel vorzusehen, nach der ein GU angehalten ist, die Subunternehmerkalkulation (K-Blätter des SUB) nach Vertragsabschluss zu hinterlegen.

## Quellenverzeichnis

### Bücher:

*Aicher, Josef:* Schlussbericht des Forschungsprojektes „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichische Gesellschaft für Baurecht, in: Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts, 1985

*Dittrich, Robert/Tades, Helmuth:* ABGB, Kommentar, 22. Auflage, Wien, Manz Verlag, 2007

*Fink/Schiefer in Heid&Partner Rechtsanwälte/ Preslmayr Rechtsanwälte,* Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2005

*Gölles, Hans in HahnI, Katharina:* BVergG, Bundesvergabegesetz 2002, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

*Gölles, Hans/Link, Doris:* Mehrkostenvergütung bei Bauaufträgen – Claimmanagement gemäß ONR 22117, 1. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2003

*Gölles, Hans/Link, Doris:* Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker, 1. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2002

*Gölles, Hans/Leißer, Günther:* Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2003

*Hager, Hubert /Krammer, Peter:* Skriptum zur Vorlesung „Bauwirtschaft und Baubetrieb 1 (Grundlagen) – Sachgebiet Kostenrechnung und Kalkulation“, Wien, Universität für Bodenkultur, WS 2001/2002

*HahnI, Katharina:* BVergG, Bundesvergabegesetz 2002, 1. Auflage, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

*Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin:* VOB/B-Handkommentar, 9. Auflage, Bau-Verlag, 2000

*Kapellmann, Klaus/Schiffers, Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 5.Auflage, Mönchengladbach/Dortmund, Werner Verlag, 2006*

*Karasek, Georg: ÖNORM B 2110, Die Bauwerkvertragsnorm, umfassend dargestellt für Juristen und Bauwirtschaftler, Kommentar, 1. Auflage, Wien, MANZ Verlag, 2003*

*Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar, Werner Verlag, 16.Auflage, 2001 Ingenstau/Korbion, (Hrsg. Locher, Horst/ Vygen, Klaus), VOB Teile A und B, Kommentar, Reutlingen/Düsseldorf, 16.Auflage, Werner Verlag, 2006*

*Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB - Kommentar, Werner Verlag, 2001*

*Kienapfel, Diethelm: BT II, 3.Auflage, Manz Verlag*

*Korinek, Karl/Rill, Heinz Peter: Zur Reform des Vergaberechts, 1985*

*Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Bürgerliches Recht, Band 1: Koziol, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 12. Auflage, Wien, Manz Verlag, 2002*

*Kratzenberg, Rüdiger in Ingenstau/Korbion, (Hrsg. Locher, Horst/ Vygen, Klaus), VOB Teile A und B, Kommentar, Reutlingen/Düsseldorf, 16.Auflage, Werner Verlag, 2006*

*Krejci, Heinz zitiert in Karasek, Georg: ÖNORM B 2110, Die Bauwerkvertragsnorm, umfassend dargestellt für Juristen und Bauwirtschaftler, Kommentar, 1. Auflage, Wien, MANZ Verlag, 2003*

*Krejci, Heinz, Baugrundrisiko, 1995, 76, zitiert in Oberndorfer, Claimmanagement Teil 1, Manz Verlag, Auflage 2003, S. 53*

*Krejci, Heinz in Rummel, Peter Kommentar zum ABGB, Bd. 1, 3. Auflage, Wien, Manz Verlag, 2000*

*Kropik, Andreas: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 – Anwendung und Umsetzung in der Praxis, 1. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2002*

*Kropik, Andreas*: Nachtragsmanagement: Die Bestimmung von Preisgrundlagen, in der Festschrift anlässlich des 60.Geburtstags von Prof. Jodl, Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Fakultät für Bauingenieurwesen, TU Wien, 2007

*Kropik, Andreas*: Nachtragsmanagement, Skriptum zum Seminar Nachtragsmanagement, Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, TU-Wien, WS 2006/2007

*Kropik, Andreas*: Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit, 2. Auflage, Wien, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 2001

*Kropik, Andreas*: Mittellohnpreiskalkulation - Übungs- und Schulungsheft für das Baugewerbe, Wirtschaftskammer Österreich, Bundesinnung Bau, Österreichischer Baumeisterverband, 2007

*Kropik, Andreas*: Skriptum zur Vorlesung „Kalkulation und Kostenrechnung“ Teil II, Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, TU - Wien, WS 2006

*Kropik, Andreas* in *Sachs, Wolfgang*: Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, 1. Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005

*Kropik, Andreas/Krammer, Peter*: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag – Ansprüche aus Leistungsänderungen, ihre Geltendmachung und Abwehr, 1. Auflage, Wien, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1999

*Kropik, Andreas/Wiesinger, Christoph*: Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft - Vom Angebot bis zur Fertigstellung der Leistung, 1. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2006

*Kurbos, Rainer*: Baurecht in der Praxis, Die Mühlen der Justiz- wie Sie sie vermeiden und mit recht Gewinne erzielen, 1. Auflage, Wien, Wirtschaftsverlag Überreuter, 1997

*Längle, Philipp*: Das Entgelt beim Bauvertrag: Leistungsänderungen – ÖNorm B 2110 – Umsatzsteuer, 1. Auflage, Wien, Orac Verlag, 1999

*Mayerhofer C./Rieder S.*: Das österreichisches Strafrecht: 1. Teil: StGB, 4. Auflage

*Oberndorfer, Wolfgang*: Claimmanagement und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagevertrag, Teil 1: Grundlagen und Methoden, Schriftenreihe Baubetrieb und Bauwirtschaft, Band 2, 1. Auflage, Wien, Manz Verlag, 2003

*Oberndorfer, Wolfgang*: Skriptum und Studienblätter zur Vorlesung „Betriebswirtschaftslehre für Bauingenieure“, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU-Wien, 2000

*Oberndorfer, Wolfgang/Jodl, Georg*: Handwörterbuch der Bauwirtschaft, 2. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut, 2001

*Oberndorfer, Wolfgang/Kukacka, Martin*: Preisbildung und Preisumrechnung von Bauleistungen, Preisgestaltung gemäß und abseits ÖNORM B 2061, Schriftenreihe Baubetrieb und Bauwirtschaft, Band 1, Wien, Manz Verlag, 2002

*Oberndorfer, Wolfgang/Straube, Manfred*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, Wien, Der Wirtschaftsverlag, 1995, zitiert in *Gölles/Link*, Kommentar zu den ÖNORMEN B 2110 und B 2117 für Praktiker, Österreichisches Normungsinstitut Wien, 1. Auflage, 2002, S. 68

*Oberndorfer, Wolfgang/Straube, Manfred*, Kommentar zur ÖNORM A 2050 „Vergabe und Vedingungswesen“, Wien, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1993

*Oberndorfer/Reckerzügl* in *Oberndorfer, Wolfgang/Straube, Manfred*, Kommentar zur ÖNORM B 2110, 3. Auflage, Wien, Der Wirtschaftsverlag, 2003

*Pachner, Franz*: Die Erstellung einer Ausschreibung, Skriptum im Rahmen des Seminars des „Bundesvergabegesetz 2006“ in der Verwaltungsakademie des Schlosses Hofen, Lochau

*Reckerzügl, Walter*: Spekulation in der Bauwirtschaft, Dissertation an der TU Wien, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 22.11.2000

*Reister, Dirk*: Nachträge beim Bauvertrag, Düsseldorf, Werner Verlag, 2004

*Rummel, Peter*: Kommentar zum ABGB, Bd. 1, 3. Auflage, Wien, Manz Verlag, 2000

*Schachinger, Roland*: Die Bauverzögerung, Wien, LexisNexis ARD ORAC, 1999

*Schelle, Hans*: Wirtschaftlichkeitsrechnungen für die Angebotswertung im Bauwesen, 1. Auflage, Düsseldorf, Werner Verlag, 1992

*Schopf, Adolf/Karasek, Georg*: Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, 3. Auflage, Wien, Der Wirtschaftsverlag, 2007

*Schranner, Urban* in *Ingenstau/Korbion*, (Hrsg. *Locher, Horst/ Vygen, Klaus*), VOB Teile A und B, Kommentar, Reutlingen/Düsseldorf, 16. Auflage, Werner Verlag, 2006

*Steiner, Doris/Röblreiter, Kurt/Windisch, Martin*: BVergG 2006, Bundesvergabegesetz 2006, 2. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2006

*Wolkerstorfer, Herber/Lang, Christian*, Praktische Baukalkulation, Erstellen der Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B 2061 im Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Reihe Baumanagement, Band 1, 2. Auflage, Wien, Linde Verlag Wien, 2002

Zeitschriften:

*Gamerith, Helmut/Hagen, Christian*: Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil I), ZVB 2005/46

*Gölles, Hans*: Bundesvergabegesetz – Spekulative Angebote im Baubereich, wbl 1999, 61

*Gölles, Hans*: in *Der Sachverständige*, 01/2001

*Gölles, Hans*: Spekulative Preisgestaltung in Angeboten: ausscheiden oder tolerieren?, RPA 2005, 10

*Gölles, Hans*: „Zusätzliche Bauleistungen“ – aus vergabe- und bauvertragsrechtlicher Sicht, ZVB/20

*Hackl, Johann*: Auspreisung mit Schrägstrich – Ein behebbarer Mangel?, ZVB 2006/59

*Holoubek, Michael/Klinke, Herwig/Oberndorfer, Wolfgang/Otruba, Heinrich/Pfanner, Martin*: Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau-Teilmarkt (Teil II), ZVB 2004/57

*Katary, Roland:* (Kontroverzielle) Klarstellungen des VfGH zu kontroversiellen Fragen der Preisprüfung, RPA 2003/336

*Keschmann, Florian:* Vertiefte Angebotsprüfung bei Lieferaufträgen, ZVB 2005/4

*Keschmann, Florian:* zu UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294, bbl 2007/33

*Köck, Elisabeth:* Submissionsabsprachen: Betrug oder Strafbarkeit nach dem Kartellgesetz?, wbl 1999, 529

*Kriegner, Johann:* Das Vollständigkeitsrisiko beim Bauvertrag, Immolex 2005, 203 ff

*Kropik, Andreas:* Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14

*Kropik, Andreas:* Die Wertung von kalkulatorischen Kosten im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, ZVB 2001/35

*Latzenhofer, Alexander:* Irrelevanz von Unterpreisen in einzelnen Positionen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass diese Positionen nicht zur Ausführung gelangen werden?, ZVB 2002/27

*Lurger, Stephan:* Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, ecolex 2003, 109

*Manquet, Christian:* Neuer § 168b StGB: Vom Kartellmissbrauch zu den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen im Vergabeverfahren, ZVB 2002/84

*Oberndorfer, Wolfgang:* Gratwanderung: Vertiefte Angebotsprüfung - Ausscheiden von Angeboten, Österreichische Bau-Zeitung, Nr. 34/1992

*Oberndorfer, Wolfgang:* Gratwanderung – vertiefte Angebotsprüfung - Ausscheiden von Angeboten II, Österreichische Bau-Zeitung, Nr. 35/1992

*Oberndorfer, Wolfgang:* Gratwanderung Teil III: Die Behandlung spekulativer Angebote, Österreichische Bau-Zeitung, Nr. 34/1998

*Oberndorfer, Wolfgang:* Preisverschiebungen in Bau-Leistungsverzeichnissen, ZVB 2003/108

*Oberndorfer, Wolfgang/Schwarz, Herwig:* Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001/60

*Reckerzügl, Walter/Schwarz, Herwig:* Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil I), RPA 2001, 62

*Saladin, Angelika:* Varianten und Optionen – Wahlmöglichkeiten und Gestaltungsspielräume des Auftraggebers bei der Erstellung von Leistungsverzeichnissen, ZVB 2007/35

*Steininger, Herbert,* Österreichische Richterzeitung (RZ) 2000, 123

*Wanninger, Rainer:* Von den Kosten zum Preis und wieder zurück – die prüfbare Kalkulation als Traum, Auszug aus der Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Braunschweiger Baubetriebsseminar, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Braunschweig, 2004

*Wilhelm, Georg:* ÖNORM B 2110 neu – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, ecolex 1995, 241

#### ÖNORMEN, NORMEN und Entscheidungen:

Erläuterungen zum BVergG 2006, abrufbar unter:  
<http://www.bka.gv.at/Docs/2006/1/5/BVergG%202006%20-%20Erl%E4uterungen.pdf>  
(Homepage des BVA)

ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen“, Ausgabe 2000-03-01, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen“, Ausgabe 2006-11-01, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM B 2061 „Preisermittlung von Bauleistungen“, Ausgabe 1999-09-01, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM B 2063 „Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren“, Ausgabe 2000-09-01, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM B 2110 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen“, Ausgabe 2002-03-01, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM B 2111 „Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen - Werkvertragsnorm“, Ausgabe 2000; dzt. in Überarbeitung: Gründruck der ÖNORM B 2111 neu, Österreichisches Normungsinstitut

ÖNORM B 2117 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Verkehrswegen sowie den damit im Zusammenhang stehenden Landschaftsbau“, Ausgabe 2002-04-01, Österreichisches Normungsinstitut

Entwurf zur ÖNORM B 2118 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere Verkehrswegebau“, Ausgabe 2006-03-01, Österreichisches Normungsinstitut, Normenentwurf

ÖNORM Regel ONR 22117 „Verfahrensanleitung für Mehr- oder Minderkostenforderungen im Zusammenhang mit dem Baugrund“, Ausgabe 2003-04-01, Österreichisches Normungsinstitut

VOB/A, Ausgabe 2006-03-20

VOB/B, Ausgabe 2006-09-04

VHB, Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltung (BRD), 2002, abrufbar unter [www.bmvbs.de/anlage/original\\_986862/VHB-2002-Stand-11-06.pdf](http://www.bmvbs.de/anlage/original_986862/VHB-2002-Stand-11-06.pdf).

Diverse OHG und sonstige (höchst)richterliche Entscheidungen bzw. Entscheidungen der Vergabekontrollorgane, auf die im Text der Arbeit (Siehe Fußnoten) verwiesen wird.

### **Sonstige Quellen:**

*Aicher, Josef:* Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbpolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, Österreichische Gesellschaft für Baurecht, 1981

*Brandstetter, Wolfgang:* Preisabsprachen: Kartellstrafrecht geht der strengeren Betrugsbestimmung vor, Österreichische Tageszeitung „Die Presse“ vom 22.6.1998

*Kropik, Andreas:* Zur Preisangemessenheit und zur vertieften Angebotsprüfung von Bauleistungen, Referat anlässlich der 3. Österreichischen Vergaberechtstagung am 2 Juni 2005, abrufbar unter:

[www.bwb.at/Unterlagen/2005/200506%20Zur%20Preisangemessenheit%20u.%20zur%20vertieften%20Angebotspr%C3%BCfung.pdf](http://www.bwb.at/Unterlagen/2005/200506%20Zur%20Preisangemessenheit%20u.%20zur%20vertieften%20Angebotspr%C3%BCfung.pdf)

*Müller, Wolfgang:* Anspruch auf Lohn - Mangelhafte Ausschreibungen Teil 2: Unter welchen Voraussetzungen der Bieter bei Fehlern in der Ausschreibung Werklohnanspruch hat, SOLID – Baurecht Oktober 2005, Kanzlei Karasek, Wietrzyk Rechtsanwälte Wien, S. 32 ff

*Müller, Erich:* Betrug durch Preisabsprachen, Österreichische Tageszeitung „Die Presse“ vom 29.6.1998

Österreichische Baugeräteliste, herausgegeben von der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ), Wien, 1996

*Wolkerstorfer*, persönliches Gespräch mit dem Verfasser im Büro der M.E.H. & Partner - Unternehmensberatung für die Bauwirtschaft, 1030 Wien im Sept. 2003

### **Weiterführende Literatur:**

*Hirnsperger, Franz:* Mit Recht bauen, Rechtsfälle aus der Baupraxis, Wien, Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1999