Heck Detlef

# Das Paradoxon des Bauvertrages

## Der Bauvertrag im Spannungsfeld zwischen Individualinteressen, dem Markt und überregulierten Spielregeln

Der Bauvertrag ist in der Regel das Bindeglied zwischen zwei Vertragsparteien, die gewillt sind, ein gemeinsames Ziel, nämlich die Werkleistung in den bedungenen Eigenschaften in der vereinbarten Zeit zu einem vertraglichen Entgelt, zu verwirklichen. Allein an den vorgenannten Merkmalen scheiterten in der Vergangenheit prominente Bauprojekte, weil der „Vertrag scheinbar aus den Fugen“ geraten ist. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, inwieweit ein Bauvertrag überhaupt im Stande ist, die an ihn gestellten Forderungen abzudecken.

Der Bauvertrag wird vielfach als Schlüssel zum Erfolg gesehen, allerdings werden in der Praxis vermehrt Stimmen laut, die ein Überborden der Regulative durch Bauverträge kritisieren. Diese Tendenz ist eine Parallelentwicklung zu einer „professionellen“ Projektabwicklung, wie sie ausgehend von Großprojekten forciert wurde.

Auch wenn in vielen Vortragstiteln, Seminaren oder einschlägigen Publikationen die Existenz eines „optimalen“ Bauvertrags suggeriert wird, so kann dies vermutlich nur aus dem Blickwinkel eines Vertragspartners geschehen. Gerade in der letzten Zeit hat in Österreich die Suche nach dem optimalen Miteinander am Bau aus verschiedenen Blickwinkeln begonnen. Vavrovsky fokussierte dabei auf ein Verhältnis Auftraggeber versus Auftragnehmer und stellte gar die Frage nach einer „systemischen Krise am Bau“ .[1] Andere Autoren reduzieren die Sicht auf bauwirtschaftliche oder rein rechtliche Ansätze. Dennoch darf nicht unbedacht bleiben, dass eine Annäherung an ein solches Feld immer interdisziplinär zu erfolgen hat, denn nur mit einer singulären Sichtweise würden zu viele Facetten verschlossen bleiben.

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Anforderungen, die an einen Vertrag in der Bauwirtschaft gestellt werden. Der Beitrag soll gerade vor dem Hintergrund der neuerlichen Diskussionen um den „Menschen am Bau“ die Frage beantworten, ob es wirklich den „optimalen Bauvertrag“ geben kann. Gleichzeitig sollen diskutierte bauvertragliche Methoden behandelt werden, die eine Bauabwicklung unter den gegebenen Randbedingungen effizienter machen können.

### GRUNDSÄTZLICHES

Der Bauvertrag wird in der hL als Werkvertrag angesehen, dessen Elemente in den §§ 1165 ff ABGB oder §§ 631 ff BGB geregelt sind. Ein wesentliches Element des Werkvertrages besteht in der Vertragsfreiheit, mit der die Vertragsersteller – im besten Fall beide Vertragspartner, nämlich der Auftraggeber und der Auftragnehmer – individuelle Regelungen vereinbaren können. Aus einer gewissen Praktikabilität heraus haben sich mit der Erarbeitung einer Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) bereits im Jahre 1926 bauspezifische Bauvertragsregeln herausgebildet, die den Besonderheiten der Branche gerecht werden sollten. Bereits die Präambel der ersten VOB beweist, dass die gerade so populäre Diskussion über eine Zunahme von Streitigkeiten keine neue Erscheinung ist.

Im Gegenteil, das Ausscheren der Bauwirtschaft aus den gesetzlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Bauvertragsnormen soll ein Hilfsmittel zur Handhabung der Usancen der Bauabwicklung sein, jedoch kommt diese inzwischen allgemein anerkannte Spielregel nicht über den Rang einer Allgemeinen Geschäftsbedingung hinaus. Und darin ist aus Sicht des Verfassers auch ein grundsätzliches Dilemma zu sehen. Zwar betreffen die wesentlichen Regelungsinhalte der Bauvertragsnormen den Vertragsinhalt, die Leistung, die Vergütung, die Ausführungsunterlagen, die Ausführung als solche mit ihren Unwägbarkeiten bis hin zur Abnahme/Übernahme und Abrechnung, aber die unumstößliche Leitplanke stellt das Bürgerliche Gesetzbuch dar, welches für diese aufgezählten Fälle Regelungen vorsieht. Und dies wird bei der vielfach eindimensionalen Betrachtungsweise der Marktteilnehmer häufig vergessen oder schlichtweg nicht verstanden.

Dennoch; auch empirische Untersuchungen, beispielsweise von Haghsheno / Kaben [2] aus dem Jahre 2005 verdeutlichen, dass sich die wesentlichen Streitursachen auf „Bau-immanente Ursachen“ zurück führen lassen. Die beiden Autoren unterscheiden in ihrer Untersuchung in Streitursachen und Streitobjekte. Sie verstehen unter einer Konfliktursache das Ereignis oder Versäumnis, das in einem kausalen Zusammenhang zum Entstehen eines Konflikts steht. Sie führen nachstehende Streitursachen auf:

> Zusätzliche Leistungen
> Leistungsänderung
> Unklarheiten im Vertrag
> Fehlerhaftes LV
> Fehlende Planunterlagen
> Mangelhafte Bauleistung
> Fehlende Vorleistung
> Fristenüberschreitung

„Das Streitobjekt hingegen beschreibt die von den Vertragspartnern vordergründig behandelte und zu verhandelnde Streitfrage. Hier kann auch vom Gegenstand eines Konflikts gesprochen werden.“ [3]

> *Abb.1*

Bemerkenswert erscheint hierbei der Hinweis, dass die ersten drei Punkte von mehr als 50 % aller Befragten genannt werden. Die Streitursachen liegen in den meisten Fällen über die eigentliche Vergütung der Werkleistung vor.

In Deutschland wurde eine relative Zunahme von Baustreitigkeiten trotz rückläufigem Bauvolumen bereits von Gralla / Sundermeier [5] beschrieben. In Österreich liegen solche Daten nicht vor, jedoch kann von einer ähnlichen Entwicklung ausgegangen werden. Vor dem Hintergrund des Ziels eines „optimalen“ oder „sicheren“ Bauvertrages erschrecken die vorgenannten Erhebungen, zumal die Ursachen sogar in der Hand der Ingenieure und Architekten zu liegen scheinen. Das Menetekel der Zunahme der juristischen Dienstleistungen sucht seine Ursache vermeintlich doch bei den Technikern?

Aus Sicht des Verfassers wird auf eine Schwarz-Weiß-Malerei an dieser Stelle bewusst verzichtet, denn die Ursachen für Streitigkeiten sind derart vielschichtig, als dass – etwa aus populistischen Gründen – eine Polemik unangebracht wäre. Vavrovsky wirft gar die Frage nach einer systemischen Krise am Bau auf und betrachtet in erster Linie die Vertrauensfrage zwischen den Vertragspartnern und sieht auch das Vergabewesen als mit verantwortlich an. [6] Aber es sind noch weitere Ansätze zu beleuchten: Gerade der schrumpfende und sich auch stark verändernde Baumarkt darf nicht unberücksichtigt bleiben.

## DER BAUMARKT

Die Bauwirtschaft stellt aufgrund ihrer Struktur, der sehr einfachen Möglichkeit des Markteintrittes und der Art der Akquisition einen besonderen Markt dar. Nach Gugler kann der Markt durch Faktoren charakterisiert werden, die intensiven Wettbewerb garantieren:

„Wettbewerb ist „winner takes all“, d.h. die Unterlegenen der Ausschreibung bekommen keinen Auftrag, für viele Firmen ist der Wert der Einzelausschreibungen groß relativ zur Firmengröße, der Wettbewerb beginnt für jedes Projekt und jeden Kunden von Neuem und der Bieterprozess ist in der Regel transparent. Zudem wird in der Bauwirtschaft nach dem Billigstbieterprinzip („first price“) entschieden, wobei der Billigstbieter in einer geheimen Auktion („sealed-bid“) ermittelt wird. Dies korrespondiert nach Klemperer (2005, S. 14) dem „standard Bertrand price-setting“, was in der Industrieökonomie als die intensivste Form des Wettbewerbs gilt.“ [7]

Festzuhalten ist allerdings, dass die Anzahl der Beschäftigten in der Bauwirtschaft in den vergangenen Jahren einen Boden gefunden hat, aber die gegenüber anderen Wirtschaftszweigen überproportionale Häufigkeit an Insolvenzen stellt mit einer ebenfalls hohen Quote an Firmenneugründungen auch eine Ursache der Krise am Bau dar. Folgerichtig kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Insolvenz nicht unbedingt Kapazitäten reduziert werden, sie verlagern sich hin zu Kleinstunternehmen (weniger als 9 Beschäftigte), deren Zahl weiterhin signifikant ansteigt. Die niedrige Markteintrittsbarriere am Baumarkt kann im Zusammenwirken mit der Vergabepraxis der öffentlichen Hand durch das Billigstbieterprinzip mit ursächlich für die niedrigen Preise angesehen werden.

Andererseits darf nicht unerwähnt bleiben, dass sich auch der Markt aller am Bau Beteiligten verändert hat. Gegenüber der Aufbau- und Aufbruchsstimmung der 60er Jahre gab es im deutschsprachigen Baumarkt in den Krisen der Mitte der 70er und 80er Jahre sowie nach der deutschen Wende einen regelrechten Strukturwandel. [8]

> *Tab. 1 (auf der nächsten Seite)*

Parallel dazu hat sich auch der Markt der Dienstleistungen am Bau verändert. So hat sich die Anzahl der Ingenieurbüros, aber auch das Dargebot der rechtlichen Dienstleistungen explosionsartig ausgeweitet, so dass sich neben dem Be-

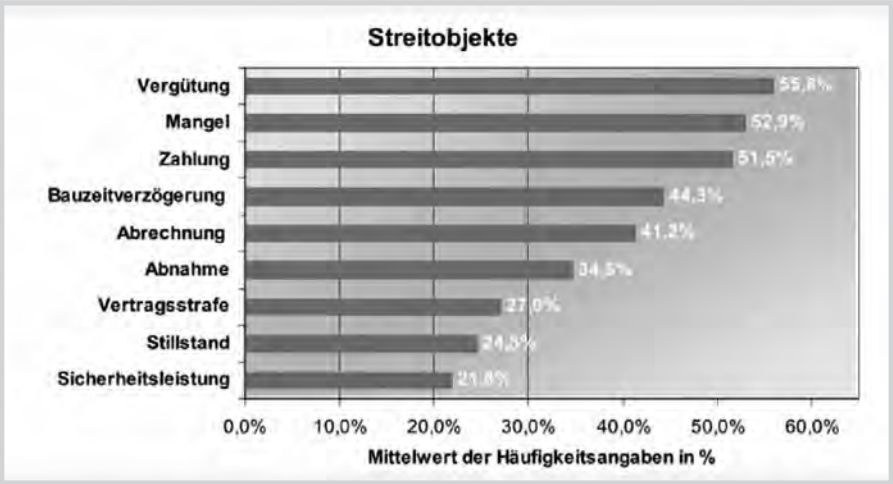


**Abb. 1: Streitursachen – durchschnittliche Häufigkeitsangaben in der Umfrage** [4]

rufsbild des „Baumenschen“ sowohl der Kostendruck, als auch das Betätigungsfeld verändert haben.

Auch diese Entwicklungen dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, wenn man sich dem Thema einer scheinbaren „systemischen Krise“ am Bau widmet. Ein Vergleich mit anderen Branchen sollte an dieser Stelle nicht angetreten werden, jedoch lässt sich allein aus der Entwicklung der Baukosten und Baupreise einerseits eine Produktivitätssteigerung ablesen, andererseits ist der Erlös je geleisteter Stunde in der Bauwirtschaft signifikant niedrig. Das Missverhältnis stieg in den vergangenen Jahren weiter an.

| | 1975 | 1980 | 1985 | 1990 | 1995 | 2000 | 2005 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Konjunktur | Krise | Zwischenhoch | Krise | Boom | Krise | | |
| Struktur | Wachstum, Konzentration | | | Dezentralisation in der Konzentration | | | |
| Marktverhalten | Export (OPEC-Länder), Generalunternehmer | | | Export (EU, ASEAN, USA), Generalübernehmer | | Projektgeschäft, Betreibermodelle | |
| Rationalisierung | Taylorisierung, Fertigteile | Reorganisation, Auslagerung, EDV | | Termindruck | Firmensplitting | | Outsourcing |
| Beschäftigung | in Wellen fallend | | | weiter fallend bei wachsender klandestiner Beschäftigung | | | |
| Arbeitsverhältnis | Trennung von Kern- und Randbelegschaften | | | zunehmender Gegensatz kleiner, stabiler Kernbelegschaften und instabiler Randbeschäftigung | | | |
| Arbeitskräftestruktur | Fachkräfte - Hilfskräfte 3:1 | | | Qualifizierte Kernbelegschaft plus Nachunternehmer | | stetig wachsender Anteil an Nachunternehmerleistungen | |
| Rekrutierung des Baustellenpersonals | Süd- und südosteuropäische Peripherie | | | Mittel-, osteuropäische, westasiatische Peripherie, Peripherie der EU | | | |

Tab. 1: Entwicklung der Bauwirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland nach 1975 [9]

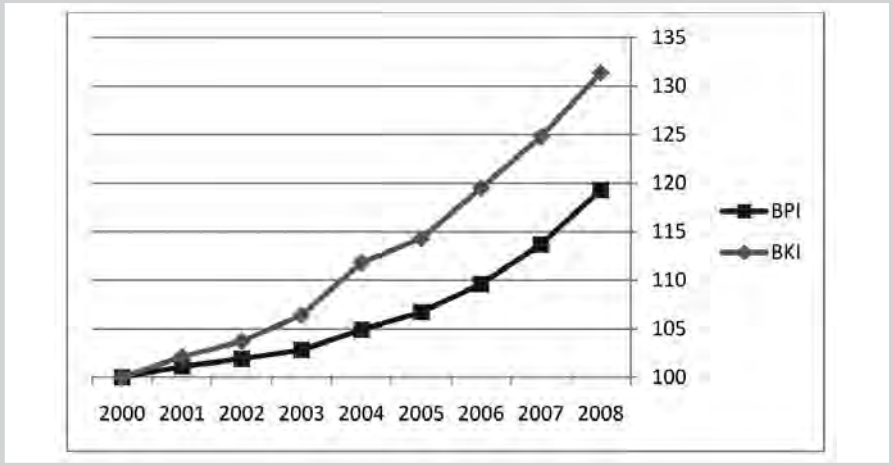


Abb. 2: Entwicklung des Baukostenindex und Baupreisindex - Überlagerung [10]

> *Abb. 2*

Die Konsequenz davon spiegelt sich in einem verschärften Preiswettbewerb, aber auch in einem Dumping bei den Löhnen wider.

Für den Auftraggeber wird diese Gesamtsituation immer schwieriger, treffen doch seine Kostenschätzungen immer seltener zu, so dass die Budgets folgerichtig immer niedriger angesetzt werden. Diese Tendenz der real fallenden Preise ist bei „gewöhnlichen“ Projekten tatsächlich der Fall, hingegen entpuppen sich komplexe [11] Projekte, ggfs. auch die gewählten Projektstrukturen allein als Kostenfalle, die in der Öffentlichkeit inzwischen als „üblich“ für die Branche angesehen werden. Diese These wird gestützt durch eine geringe Auswahl prominenter Projekte:

**Österreich:** Plabutschtunnel Graz, Kongresshaus Salzburg, Zentralfeuerwache Wien, Gemeindezentrum Wolfurt, Wiener Konzerthaus, Skylink Flughafen Wien, Flughafen Zeltweg, AKH Wien, WU Wien Neubau, Kops II Kraftwerk Vorarlberg, Kraftwerk Limberg II

**Deutschland:** Elbphilharmonie, Stuttgart 21, Schürmannbau Bonn, Museum Marta für zeitgenössische Kunst Herford, Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, City-Tunnel Leipzig

**International:** Suez Kanal, Opernhaus Sydney, Eurotunnel, Bid Dig, Gotthard Tunnel

Interessanterweise haben sich bereits eigene Forschungsgebiete [12] entwickelt, die sich ausschließlich mit dem Thema des „cost overruns“ bei öffentlichen Projekten beschäftigen. Die obige

Aufzählung und Auswahl der Beispiele demonstriert, dass Kostensteigerungen kein „modernes“ Problem sind. Allerdings gewinnt man den Eindruck, dass erst in jüngster Zeit dem Thema mehr Raum gegeben wird. [13]

Aus Sicht des Verfassers haben sich lediglich die Zugänge zu den bauwirtschaftlich-rechtlichen Aufgaben verändert. Aufgrund der wirtschaftlichen Situation mit der Folge der Einrichtung entsprechender Kontrollorgane werden aktuell Bauverträge in erster Linie exekutiert, so dass in der Folge auch Vertragsabweichungen rein formal abgearbeitet werden müssen. Konnten geringe Abweichungen bis vor ca. 15 Jahren noch mithilfe von Abrechnungsvereinbarungen oder Regieleistungen unbürokratisch vollzogen werden, ist hierzu die Erstellung einer Mehrkostenforderung mit entsprechenden Folgen notwendig. In den modernen Organisationsformen dominieren aufgrund der entwickelten Leistungsbilder der „Kontrollvorgang“. Die Erstellung des Bauwerkes tritt dabei immer mehr in den Hintergrund, zumal der Bauherr als der eigentlich „Verantwortliche“ in vielen Fällen nicht alleine über seine Projektziele „verfügen“ kann. Werden selbst bei der Anwendung der Partnerschaftsnorm ÖNORM B 2118 zur straffen Projektführung handlungsbevollmächtigte Auftragnehmer- und Auftraggebervertreter in den Partnerschaftssitzungen abgefordert, so scheitert dies naturgemäß an den obligatorischen Entscheidungsmechanismen der Auftraggeber. Das von Oberndorfer/ Pfanner geschilderte Organisationsmodell des starken Auftraggebers erscheint bei öffentlichen Auftraggebern mehr denn je in weite Ferne gerückt zu sein. Stattdessen werden zur Delegation von Entscheidungen vermehrt Konsulenten eingeschaltet, die im Extremfall sogar die Beurteilung der Performance der anderen Konsulenten im Leistungsbild tragen!

Vor dem Hintergrund des „optimalen Bauvertrages“ scheint ein Schwachpunkt bereits in der Position des entscheidungsschwachen Auftraggebers zu liegen, der sein Projektziel entweder nicht kennt, oder dem sogar zu dessen Durchsetzung die Hände gebunden sind.

An dieser Stelle muss allerdings kritisch bemerkt werden, dass der öffentliche Auftraggeber durch seine Bindung an das BVergG gerade bei der Abforderung der vertraglichen Leistung bei seinen Konsulenten nur sehr schwierig korrigierend eingreifen kann. In wesentlichen Projektphasen ist ein Austausch in erster Linie aus vergaberechtlichen Gründen, aber in weiterer Folge aus terminlichen und monetären Gründen nahezu unmöglich. Umso mehr darf die Frage erlaubt sein, ob alleine mit bauvertraglichen Mitteln eine solche Situation zu vermeiden ist. Aus Sicht des Verfassers kann die Antwort nur ein klares „Jein“ sein.

Aus der Erfahrung geraten die meisten Projekte durch ein unklar definiertes Projektziel, eine unzureichende Planungstiefe, einen zu frühen Baubeginn oder eine ungeeignete Projektorganisation in Schieflage. So ist richtigerweise gemäß BVergG § 96 (1) bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung eine notwendige Planungstiefe allein zur Vergleichbarkeit der Leistung notwendig. Gerade in Bezug auf die Angabe von Mengen gesteht die einschlägige ÖNORM B 2110 dem Auftraggeber und seinen Planern Unschärfen von ± 20 % zu festen Vertragspreisen zu. Mit solchen Abweichungen muss man als Bieter respektive Auftragnehmer folglich rechnen.

Vermutlich kann bei den zuvor zitierten Beispielprojekten davon ausgegangen werden, dass diese Spannweite auch nicht ausreichend war. Umso mehr stellt sich aus rechtlicher Sicht die Frage, ob ein derartiger Vertrag mit erheblichen Mengenänderungen nach Treu und Glauben noch im Rahmen der ÖNORMEN B 2110 / B 2118 abzuwickeln ist? Dies ist auch kaum noch möglich, denn der Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingung ÖNORM wird dadurch wohl überschritten.

## DER „OPTIMALE“ BAUVERTRAG ALS GEEIGNETES ORDNUNGSMITTEL

Gerade rund um Vergütungsprobleme von Leistungsänderungen treten nach Haghsheno / Kaben die meisten Streitfälle auf. Die einleitende Frage, ob ein „optimaler“ Bauvertrag hier ein geeignetes Ordnungsmittel darstellen kann, ist hingegen wiederum klar mit „Ja“ zu beantworten. Mit Hinweis auf die aktuellen Diskussionen über die notwendigen Regelungsinhalte von Gesetzen und Verträgen in Deutschland [14] und Österreich [15] verdeutlicht dies.

So können aus Sicht des Verfassers disponible Regelungen im Bauvertrag [16] vorgesehen werden, wie Leistungsänderungen, Mengenänderungen oder auch zusätzliche Leistungen zu vergüten sind. Gleiches gilt für die strittige Frage zur Anordnung zur Bauzeit. Vor dem Hintergrund des Äquivalenzgedankens des Bauvertrages ist eine Leistung eng mit einer adäquaten Vergütung verknüpft; - allerdings bedarf es im Grundsatz zweier übereinstimmender Willenserklärungen für die Vereinbarung der Leistung und der Vergütung. [17] Aus Sicht des Verfassers werden solche Regelungen vielfach in Bauverträgen nicht aufgenommen, so dass über die Höhe der Vergütung gerade bei Leistungsänderungen, zusätzlichen Leistungen, Mengenänderungen, unplausiblen Kalkulationsgrundlagen strittige Standpunkte entstehen.

An dieser Stelle sei ein kurzer Exkurs in die Vertragstheorie erlaubt: Diese sieht zunächst eher abstrakt eine „optimale Ausgestaltung von Verträgen zwischen Wirtschaftssubjekten, die einen gemeinsamen Überschuss zunächst erwirtschaften und anschließend untereinander aufteilen müssen.“ [18] Dies mag vor der aktuellen Diskussion des

partnerschaftlichen Bauens reizvoll klingen, jedoch verweist die Vertragstheorie frühzeitig auf die strategische Interaktion der Entscheidungsträger, wobei nach der Theorie der individuellen Rationalität nicht unbedingt der gemeinsame Nutzen im Vordergrund steht. Dieses Dilemma wird dann augenfällig, wenn asymmetrische Informationen vorliegen. Demnach trägt ein optimaler Bauvertrag dieser Problematik Rechnung, indem die vertraglichen Regelungen so gestaltet werden, dass eine Verhaltenssteuerung erreicht wird, die zu einer optimalen Allokation der verfügbaren Ressourcen sowie, unter Unsicherheit, einer optimalen Risikoteilung führt.“ [19]

Das Vertragsverhältnis im Bauwerkvertrag lässt sich zwar mit mathematischen Formeln darstellen, jedoch ist es notwendig, die essentiellen asymmetrischen Informationen vorerst zu beschreiben:
Zunächst besitzt der Ausschreibende durch die Erstellung des Vertragswerkes idR mehr Informationen, aber durch die Kenntnis – beispielsweise zu den vorgesehenen Bauverfahren oder der zur Handhabung des Baugrundes – kehrt sich diese rasch in Richtung des Bieters/Auftragnehmers um. Eine Asymmetrie bleibt grundsätzlich vorerst bestehen.

Dies mag zunächst abstrakt anmuten, jedoch sind die Ansätze der Vertragstheorie dort zu sehen, wo asymmetrische Informationen Anreizprobleme entstehen lassen. Übertragen auf die Bauwirtschaft müssten folglich geeignete Entlohnungs- oder Anreizmechanismen geschaffen werden.

Grundvoraussetzung ist für alle Verträge – und das gilt insbesondere für Bauverträge – ein Ausgleich der bestehenden asymmetrischen Information zwischen den Vertragspartnern. Diese Überlegungen fußen auf dem außerordentlichen Informationsungleichgewicht. [20]
In der Bauwirtschaft findet diese Überlegung beispielsweise in der deutschen VOB/A § 9 (1) Niederschlag: „Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.“ Weiter heißt es unter (2): „Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“ Im BVergG wird dies so umschrieben, dass die Leistungs- und Funktionsanforderungen so ausreichend präzisiert werden müssen, „dass sie den Bewerbern eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln“ (BVergG § 96 (2)).

Werden diese Anforderungen des Vergabegesetzes umfassend erfüllt, sollte sich kein Dissens aufgrund der Informationsasymmetrie ergeben. Dennoch, in praxi erfolgt in den Leistungspositionen oder deren Mengenansätzen oder gar der Verrechnungseinheit, aber noch mehr in den Vorbemerkungen der Leistungsbeschreibung im Sinne der Vertragstheorie ein Abweichen von der Pareto-Effizienz. Damit wird idR ein Verschieben der vertraglichen Risiken erwirkt, welches – isoliert betrachtet – noch kein Problem darstellt. Das Problem verwirklicht sich erst durch ein übermäßiges Überbürden von Risiken, die der Bieter/AN nicht mehr handhaben kann. In diesen unzähligen Einzelfällen des Vertrages [21] wird von dem höchsten Gut des „Treu-und-Glauben-Verhältnisses“ gezielt abgewichen.
Aus Sicht des Verfassers sollte an dieser Stelle zwingend eine Differenzierung zwischen dem privaten und öffentlichen Auftraggeber vorgenommen werden. Während dem öffentlichen AG durch das Vergaberegime die Hände gebunden sind, kann der private Bauherr im Rahmen seiner Privatautonomie die disponiblen Grenzen weiter ziehen.

Aus Sicht des Verfassers sind gerade die en vogue erscheinenden Verfahren zur Streitschlichtung für den öffentlichen Auftraggeber kritisch zu hinterfragen, da verfassungsrechtliche Bedenken noch nicht gänzlich ausgeräumt sind. Hierunter zählt auch die Adjudikation, wobei vermutlich der Rechnungshof seine Bedenken gegen etwaige „Schnellverfahren“ äußern wird. [22]

## VERTRAGLICHE SYMMETRIEN

Betrachtet man nun die beiden – im Detail sehr unterschiedlichen – Zugänge zur vertraglichen Symmetrie in Österreich und Deutschland bei öffentlichen Vergaben, ist ein weiterer Ansatz in den Forderungen des BVergG zu sehen. Hier wird zum Schutz der beiden Vertragspartner im 3. Unterabschnitt die Prüfung der Angebote beschrieben. Trotz der Existenz der Verfahrensnorm zur Preisermittlung für Bauleistungen (ÖNORM B 2061) und damit einhergehend einer Definition der kalkulatorischen Begriffe erscheint das österreichische Vergabeverfahren nicht minder komplex. Allein die K-Blätter der og Norm nehmen zwischen dem Vergabe- und dem Vertragsrecht eine wahre Zwitterrolle ein.

Grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber, K-Blätter von den Bietern im Rahmen des Vergabeverfahrens abzufordern. Daher hat auch er es in der Hand, die von Kropik beschriebene Relevanzabstufung in den Bauvertrag einzubringen. Welche Bedeutung diese Entscheidung nach sich zieht, beschreiben Oberndorfer/Straube wie folgt: „Es empfiehlt sich unter keinen Umständen, die Detailkalkulation der Vertragspreise zu einer Vertragsgrundlage zu machen. Die rechtlichen Konsequenzen wären unabsehbar: In so einem Fall würde ja die Wahl des Bauverfahrens und die damit verbundenen Leistungs- und Kostenansätze des Unternehmens Vertragsbestandteil werden! Eine derartige Vorgangsweise würde die Risikosphäre des Unternehmers in unsinniger Weise verkleinern.“ [23]

paradoxon

## ÜBERREGULIERTE SPIELREGELN

Während Kropik [24] eine Kaskade der Wertigkeit der K-Blätter darlegt, stellt sich immer wieder die Frage nach der Bedeutung der K-Blätter in den Projektphasen der Vertragsanbahnung und der eigentlichen Vertragsabwicklung. Aber auch in den beiden bereits zitierten Rahmenwerken, dem BVergG und den Bauvertragsnormen, wird dieses Spannungsfeld nicht gelöst.

Wird die aufgedeckte Kalkulation im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung (BVergG § 125) in einem Maß überbeansprucht, ist in der zivilrechtlichen Vertragsabwicklung die Bedeutung der K-Blätter auf nachstehende Formulierung reduziert: „Die Ermittlung der neuen Preise hat auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen." (ÖNORM B 2110 Pkt. 7.4.2)

Betrachtet man Auswüchse im Rahmen der Prüfungen der Preisangemessenheit - beispielsweise beim Preisaufschlag- und -nachlassverfahren, so haben die überbordenden Forderungen sich von der bauwirtschaftlichen Forschung und Lehre nicht nur distanziert, die geforderten Nachweise sind gar betriebswirtschaftlich und definitorisch falsch. Im konkreten Beispiel des Preisaufschlag- und –nachlassverfahrens haben sowohl Kropik [25] als auch Oberndorfer [26] bereits kritisch darauf hingewiesen, dass ein pauschaler Nachlass auf einzelne Leistungsgruppen unzulässig sei. Dieses Beispiel soll verdeutlichen, dass vielfach eine Überregulierung durch die Vergabekontrollbehörden stattgefunden hat.

Neue Nahrung bekommt die vertiefte Preisprüfung allerdings durch ein aktuelles Urteil des EuGH. [27] Demnach darf der Auftraggeber Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen erst ausschließen, nachdem er den Bieter zur Aufklärung der Einzelposten aufgefordert hat. Auftraggeber müssen die Einzelposten eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes überprüfen und sind verpflichtet, die Bieter schriftlich aufzufordern, alle erforderlichen Belege für die Seriosität ihrer Angebote vorzulegen.

Aus Sicht des „optimalen" Bauvertrages wird die im Vergabeverfahren auf angemessene Preise überprüfte Kalkulation „in den Bauvertrag überführt". Inwieweit dieses Vorgehen sinnvoll ist, mag aufgrund der ständigen Diskussionen über die angesetzten Aufwands- und Leistungswerte, aber auch Geräte- und Mannschaftstärken in der Kalkulation angezweifelt werden. Duve führt zur Verdeutlichung dieser Problematik die Begriffe des „internen" und „externen" Bau-Solls ein. [28]

Er veranschaulicht, dass die Kalkulation des Bieters nur für den Zeitpunkt des Erstellens, evtl. sogar zum Abgabezeitpunkt, in etwa den zu erwartenden Verhältnissen entspricht. Gerade bei länger dauernden Bauzeiten, sich verändernden Marktbedingungen oder auch nur einem verspäteten Vergabezeitpunkt entsprechen die Angaben der Urkalkulation uU nicht mehr der Realität. Gleichzeitig ist es dem Charakter des Werkvertrages immanent, dass der Werkunternehmer für den Werkerfolg alleine einsteht. Da der Weg dorthin – gerade bei der Erarbeitung eines Leistungsverzeichnisses – durch die Festlegung der Bauverfahren, der eingesetzten Materialien, dem geplanten Bauablauf uä in engen Grenzen vorgegeben ist, bleiben dem Auftragnehmer nur noch sehr wenige Elemente der Dispositionsfreiheit. Auch die durch die Vergabegesetzgebung sehr streng gesetzten Grenzen des Offerierens von Alternativ- oder Abänderungsangeboten wirken sich auf die Innovationsfreude der Bieter aus. Da sich bei Alternativ- oder Abänderungsangeboten erhebliche Schwierigkeiten der Vergleichbarkeit der Angebote ergeben, scheuen die meisten Auftraggeber eine solche Öffnung, obwohl dies aus wirtschaftlichen Erwägungen durchaus sinnvoll wäre.
Eine Möglichkeit allerdings hat sich für den öffentlichen Auftraggeber etabliert: Die österreichische Besonderheit des „Value Engineerings" [29] wird trotz aller Chancen allein aus vergaberechtlicher Sicht als „problemtisch" angesehen. Hier wird zwar eine Öffnungsklausel für „Value Engineerings" im Werkvertrag verankert, allerdings kann beispielsweise bei einer Substituierung von Leistungen das Gleichbehandlungsgebot zugunsten der anderen Bieter [30] verletzt werden. Im Extremfall kann es sogar zu einer Besserstellung des Auftragnehmers führen, andererseits sind vom Auftraggeber initiierte „Values" vor dem Hintergrund der Privatautonomie kritisch zu betrachten. Eine Vereinbarung über die Auswirkungen bei der Vergütung sollte vor der Ausführung angestrebt sein, ebenso wie Fragen zur Risikobehandlung, um das vertragliche Gleichgewicht zwischen Vergütung und Leistung resp. Risiko beizubehalten.

Aufbauend zu den vorherigen Ausführungen stehen dem Auftragnehmer lediglich im Rahmen seines internen Bau-Solls Möglichkeiten einer Optimierung zur Verfügung, wie dies Duve nachfolgend skizziert hat. Er untersucht die baubetrieblichen Prozesse und führt aus, dass der Auftragnehmer im Auftragsfall zu einem kontinuierlichen Verbesserungsprozess im Stande ist. Die „Freiheit" zur Optimierung sind allerdings durch die Vorgaben des externen Bau-Solls beschränkt. Dennoch greifen Optimierungsmaßnahmen im Bereich der Grobplanung und Feinplanung, selbst in den sogenannten Einarbeitungseffekten, die sich kalkulativ in den seltensten Fällen greifen lassen.

> *Abb. 3*

Sind dem Auftragnehmer durch ein starres Festhalten an eine hinterlegte Kalkulation, Aufklärungsgespräche in der Vergabephase oder anderweitige ver-

tragliche Regelungen zu enge Schranken gesetzt, kann weder für den AG noch den AN eine positive Vertragsabwicklung ermöglicht werden. Aus diesem Grund können – im nicht-öffentlichen Bereich – auch leichter grundlegende Vertragsanpassungen vorgenommen werden, da das Grundverständnis, nämlich das Erzielen einer Win-win-Situation nicht durch strenge gesetzliche Maßnahmen begrenzt ist.

Überregulierte Vertragswerke mit sich teilweise widersprechenden Regelungen sind aus dem Verständnis der Vertragstheorie kein adäquates Hilfsmittel, um asymmetrischen Informationen zu begegnen. Im Gegenteil! Sicherlich obliegt es dem Auftraggeber, möglichst alle Informationen dem Bieter zur Preisbildung kund zu tun, allerdings sollten die Formulierungen eindeutig sein, um Risiken eindeutig zu benennen und zu verteilen.

## VERTRAGLICHE VERGÜTUNGSMECHANISMEN

Insbesondere dem vertraglichen Umgang mit den Kalkulationsformblättern kommt an dieser Stelle eine besondere Bedeutung zu. Werden sie einerseits in der Vergabephase durch den Auftraggeber detailliert überprüft, spielen sie bei Leistungsabweichungen in der Vertragsabwicklung eine entscheidende Rolle. Während im Rahmen des disponiblen Rechts in Verträgen sehr unterschiedliche Zugänge zu den K-Blättern existieren, ist selbst aus einem baubetrieblich-wissenschaftlichen Blickwinkel kaum eine einheitliche Vorgehensweise anzutreffen. An dieser Stelle wird auf die ausführlichen und differenzierenden Darstellungen von Duve [32] verwiesen. Vor dem Hintergrund eines optimalen Bauvertrages kann beiden Vertragsparteien nur angeraten werden, die Methoden zur Bestimmung einer Vergütung bei Änderungen des vertraglichen Leistungsumfanges zu regeln. Nach Duve haben alle Systeme Vor- und Nachteile, wobei sich die Methode der Fortschreibung von Vertragspreisen nach Kalkulationsangaben unter Berücksichtigung der Plausibilität dieser Angaben eingeführt und in der Praxis bewährt hat, wenn die gängigen Werksvertragsnormen vereinbart oder vergleichbare Klauseln vereinbart sind. [33]

## DER „OPTIMALE“ BAUVERTRAG

Ein Bauvertrag kann in einer sehr fein gegliederten Projektorganisation nur ein notwendiges Hilfsmittel sein, um die am Bauprozess beteiligten Gruppen zu einem Team zu bündeln. Gerade dem öffentlichen Auftraggeber sind aufgrund der gesetzlichen Regelungen, angefangen beim Vergaberecht bis hin zur Streitregulierung, Fesseln angelegt, die sich zwischen zwei privaten Vertragspartnern nicht ergeben. Zudem kann „Partnering“ als Managementansatz nicht gesetzlich vorgeschrieben werden, denn dazu setzt es ein gemeinsames Definieren der Projektziele und das notwendige Vertrauen voraus, welches weit über das verankerte Kooperationsgebot hinaus geht. Sicherlich sind kooperative Organisationsstrukturen notwendig, die von beiden Partnern Mut verlangen. Das von Demuth und Alexander beschriebene Modell beim Neubau der Konzernzentrale des ADAC geht mit einer ARGE zwischen dem Bauherrn und der ausführenden Unternehmung zweifelsohne sehr weit. [34] Diese zweistufigen Modelle mit der Möglichkeit eines Vertragsausstieges für beide Partner beinhalten in den meisten Fällen nach einer intensiven Planungsphase eine Ausstiegsoption, so dass der Mehrwert des Projektes in der Bündelung von Nutzer-, Betreiber- und Interessen der bauausführenden Unternehmen liegt. Nach einer weitgehend abgeschlossenen Planung ist das Errichtungsrisiko für beide Vertragspartner gering. Das Konzept der „open books“ setzt bei allen Vertragspartien höchstes Vertrauen voraus, da alle Prozesse ein hohes Maß an Transparenz aufweisen.

Das Beispiel aus München verdeutlicht abermals, dass ein Projekt nicht durch einen guten Vertrag zu einem guten Projekt mutiert, sondern die Basis dafür in der Projektorganisation, der Planung und einem gerechten Preis liegt. Ein allzu hart umkämpfter Angebotspreis wird naturgemäß zu einem harten Ringen um einzelne Positionen führen. Die Folge sind gerade beim öffentlichen Auftraggeber Mechanismen, die ein Projekt zum Scheitern verurteilen. [35]

Der Bauvertrag wird in der Praxis häufig für das Scheitern der Projekte mitverantwortlich angesehen. Die These gilt nur eingeschränkt, denn wie im vorstehenden Beitrag aufgezeigt, sind es zahlrei-

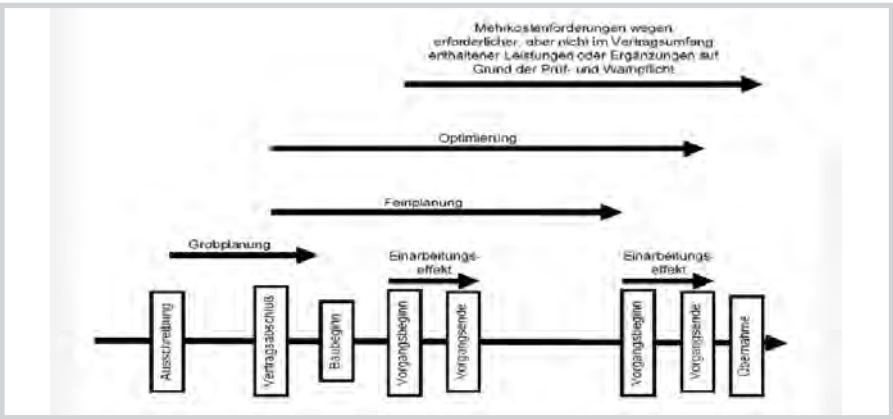


Abb. 3: Bestimmung des internen Bau-Solls durch die Arbeitsvorbereitung des Auftragnehmers [31]

paradoxon

che, voneinander zum Teil abhängige Einflussfaktoren, die das moderne Bauen „komplexer“ machen. Die Frage sei erlaubt, ob der Bauvertrag – eingebettet in einen gesetzlichen Rahmen – überhaupt alle an ihn gestellten Erwartungen erfüllen kann. Zur Weiterentwicklung des Bauvertragsrechtes stehen die nachfolgenden interdisziplinären Fragestellungen im Vordergrund:

> Anordnungsrechte des AG
> Bedeutung der Kalkulation und der K-Blätter in der Angebots- und Ausführungsphase
> Vergütung von Leistungsabweichungen in der Vertragsabwicklung
> Alternative Streitbeilegung und deren Bindungswirkung
> Zulassung von Alternativ- oder Abänderungsangeboten zur Förderung der Innovation

<<

FUSSNOTEN/ QUELLEN

[1] Siehe hierzu auch der Eröffnungsvortrag des österreichischen Betontages 2012 von Vavrovsky, G.: Systemische Krise am Bau?. Heft 71, Schriftenreihe der Österreichischen Bautechnik Vereinigung, 2012. [2] Haghsheno, S.; Kaben, T.: Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten eine empirische Untersuchung. S. 267. In: Jahrbuch Baurecht 2005. Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges. Hrsg. Klaus D. Kapellmann und Klaus Vygen. Köln 2005.

[3] Vgl. Haghsheno, S.; Kaben, T.: a.a.O.

[4] Vgl. Haghsheno, S.; Kaben, T.: a.a.O.–

[5] Gralla, Mike; Sundermeier, Matthias: Adjudikation – außergerichtliche Streitlösungsverfahren für Baukonflikte auf gesetzlicher Basis? – Eine empirisch-baubetriebliche Betrachtung. S. 240. In: Bauingenieur. Band 83. Mai 2008

[6] Vavrovsky, G.: Systemische Krise am Bau?. Heft 71, Schriftenreihe der Österreichischen Bautechnik Vereinigung, 2012

[7] Gugler, K.: Ökonomische Auswirkungen von Bau-Arbeitsgemeinschaften in Österreich. In: bau aktuell 1-2012, S. 6

[8] Strukturwandel bezeichnet eingetretene Veränderungen oder angestrebte Anpassungen, die nicht nur äußerlich sichtbar sind oder in Details umgesetzt werden, sondern grundsätzlicher Natur sind, d.h. völlig neue Beziehungen (zwischen den einzelnen Elementen) herstellen oder eine völlig neue Ordnung verlangen. Der Begriff wird vorwiegend im wirtschaftlichen Sinne verwendet und bedeutet hier, dass sich a) die bisherigen Beziehungen innerhalb der einzelnen Wirtschaftsbranchen (sektoraler S.) bzw. innerhalb einzelner Regionen (regionaler S.) drastisch ändern oder b) dass sich das Verhältnis zwischen eingesetztem Kapital (Maschinen, Automaten, Robotern) und notwendiger menschlicher Arbeitskraft drastisch ändert. Aus: Schubert/Klein: Das Politiklexikon, Bonn. J.H.W. Dietz, 2001

[9] weiterentwickelt aus Syben, G.: Die Baustelle der Bauwirtschaft. 1999, S. 28.

[10] Daten der Statistik Austria, www.statistik.at

[11] Auf eine Definition „komplexer Projekte“ wird an dieser Stelle verzichtet. Reduziert man die Komplexität auf das Bauwerk als solches, dann können Subsysteme wie der Rohbau, die Gebäudehülle, der Ausbau und die TGA definiert werden. Schleicher entwickelt daraus eine Komplexitätszahl als Quotient aus der Anzahl der Schnittstellen und der Anzahl der Gewerke. (in: Schleicher, M.: Komplexitätsmanagement bei der Baupreisermittlung im Schlüsselfertigbau. Uni Kassel. 2011.

[12] Flybjerg, B.: Policy and Planning for Large Infrastructure Projects: Problems, causes, cures (Report). Policy Research Working Papers. 3781. World Bank Publications. pp. 4–5. WPS3781.

[13] So wurde beispielsweise das ICC 2011 in Innsbruck dem Titel „Werden unsere Bauprojekte von Kampf oder Kooperation dominiert?“ gewidmet.

[14]Siehe hierzu die Diskussion am 4. Baugerichtstag in Hamm am 12./13. Mai 2012.

[15] Siehe hierzu die Ausführungen verschiedener Verfasser in bau aktuell 3-2010.

[16] Dies gilt für den öffentlichen Auftraggeber mit Einschränkungen.

[17] Ausführlich dazu: Duve, H.: Rabatt bei Änderung! - Das Ende der Preisfortschreibung? In: arge baurecht, Berlin 2012. S. 7

[18] Bannier, C. E.: Vertragstheorie. Physica-Verlag 2005. S. 4.

[19] Bannier, C. E.: Vertragstheorie. Physica-Verlag 2005. S. 4.

20] Bannier, C. E.: Vertragstheorie. Physica-Verlag 2005. S. 4.

[21] Hierunter wird der Vertrag dezidiert mit all seinen Bestandteilen, aber auch seinen unzähligen Detailregelungen verstanden, beginnend bei den Zahlungsbedingungen, Pönalen, LV, Gutachten usw.

22] Dem Verfasser ist durchaus bewusst, dass es gute Gründe für den privaten Auftraggeber gibt, sich einer Adjudikation zu unterwerfen. Dennoch erscheint nur ein Vergleich mit England oder Australien zu kurz gegriffen, vor allem wenn man die erheblichen Kosten der ordentlichen Gerichtsverfahren in diesen Ländern vor Augen führt. Nach Informationen der Humboldt-Universität Berlin schließen sich die Partien in ca. 95 % aller Fälle dem Urteil der Adjudikation an.

[23] Oberndorfer / Straube (Hrsg.): Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen. ÖNORM B 2061. S. 2

[24] Kropik, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110. S. 278 ff.

[25] Kropik, A.: Das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren - Kalkulation, Preisfindung und Preisprüfung. In: ZVB 2009/81.

[26] Oberndorfer, W.: Preisangemessenheit – eine Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der angebotenen Preise. In: ZVB 2008/308.

[27] EuGH, Urteil vom 29.03.2012, Rs. C-599/10.

[28] Duve, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges - externes und internes Bau-Soll. In. Beiträge zum 4. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftsseminar 2011. S. 37 ff.

[29] Vertiefend und sehr ausführlich: Leißer G.: Value Engineering - die Alternative zur Alternative. In: Beiträge zum 2. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftsseminar 2009. S. 207 ff.

[30] wobei das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen ist

[31] Vgl. Duve, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges - externes und internes Bau-Soll. In. Beiträge zum 4. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftsseminar 2011. S. 41.

[32] Vgl. Duve, H.: Rabatt bei Änderung! - Das Ende der Preisfortschreibung? In: arge baurecht, Berlin 2012. S. 16 ff.

[33] Vgl. Duve, H.: Rabatt bei Änderung! - Das Ende der Preisfortschreibung? In: arge baurecht, Berlin 2012. S. 41.

[34] Demuth, O.;. Alexander, P.: Das ARGE Modell „Partnering-Abwicklungsmodell“ am Beispiel Neubau der Konzernzentrale ADAC in München. In: bau portal 04-2012. S. 2 ff.

[35] Dies verdeutlichte bereits das negative Beispiel von Louis Favre.