Kropik Andreas

Claimmanagement in der Angebotsphase und dessen Bedeutung für die Vertragsabwicklung

Ein systematischer Zugang zu Claimmanagement bereits in der Angebotsphase erhöht die Chancen des Unternehmers auf Verbesserung seines Abrechnungsergebnisses.

Das aktive Claimmanagement (CM; Nachtragsmanagement) umfasst funktional die Summe aller bauwirtschaftlichen und rechtlichen Maßnahmen des Unternehmers zur Verbesserung seines Abrechnungsergebnisses. Umfassendes CM beginnt daher bereits in der Angebotsphase und setzt sich bei der Abwicklung des Vertrages fort. Dieser Beitrag beschäftigt sich vor allem mit jenen Mehrkostenforderungen des Unternehmers, deren Saat durch Festlegungen in der Kalkulation bereits bei der Angebotslegung ausgebracht wurde.

Typisch dafür sind Forderungen die der Unternehmer unter Berufung auf Ansätze von Umständen der Leistungserbringung und der dazugehörigen Preiskalkulation, dargestellt in seiner Kalkulation, stellt. Die Argumentation begründet sich in der Regel darauf, dass ihm, dem Unternehmer, zur konkreten und korrekten Preisbildung eine Einschätzung von Umständen notwendig war und dazu der Auftraggeber keine Angaben gemacht hätte. Beispiele dafür sind die Annahme gewisser Anteile von Bodenklassen bei einer Abrechnungsposition unabhängig der Bodenklassen, die Annahme einer Haupt- und Nebenbauzeit oder betreffend die Tauglichkeit oder Wiederverwendbarkeit von wegzuschaffenden Materialien usw. Stellt sich nun eine Annahme, die aus Sicht des Unternehmers seiner Preisbildung diente, als nicht zutreffend heraus, bestehe, so die Argumentation des Unternehmers, eine Abweichung des Bau-IST vom Bau-SOLL. Diese Abweichung löse einen Anspruch auf Vergütung der daraus resultierenden Kosten aus.

Bei öffentlichen Aufträgen, die nach den Regelungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG) abzuwickeln sind, erfolgt unterstützend der Hinweis darauf, dass die Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber gem. gesetzlicher Vorgaben so auszuarbeiten seien, dass die Preisbildung des Bieters ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken vorgenommen werden kann (§ 79 Abs 3 BVergG). Zweck dieser Regelung ist es, die aufgrund der Ausschreibung eingelangten Angebote vergleichen und daraus die besten Angebote auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist (vgl Materialien zum BVergG 2006).

Diese Regelung des BVergG richtet sich zwar an den Ausschreibenden jedoch bestehen dadurch grundsätzlich keine direkten zivilrechtlichen Auswirkungen auf die Vertragsabwicklung. Es gilt die Formulierung im BVergG zu beachten. Die Forderung, dem Bieter eine Preisbildung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu ermöglichen, ist nicht gleichbedeutend damit, alle Angaben liefern zu müssen um den Bieter von der Einschätzung sämtlicher ausführungsrelevanter Umstände zu entlasten. Nur gänzlich Unbekanntes und Unerwartbares an den Bieter abzuschieben ist in Anknüpfung an die §§ 879 Abs 1 und 879 Abs 3 (sittenwidrige bzw. gröblich benachteiligende Klauseln) verpönt. Es ist auch vom Unternehmer, wenn aus seiner Sicht eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, dieser Umstand dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen (§ 81 Abs 5 BVergG). Die Unkalkulierbarkeit einer Leistung zählt wohl dazu. Darüber hinaus hat sich der Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten (§ 81 Abs 1 BVergG). Dieser Aspekt verdient dann besondere Beachtung, wenn der Bieter von Vorgaben in der Ausschreibung durch eigene Annahmen in der Kalkulation abweichen will.

Vertragsabwicklung setzt die Bereitschaft zur Übernahme von Risiken voraus. Risikoübernahmen sind im Geschäftsleben nicht unüblich und aus rechtlicher Sicht grundsätzlich möglich. Jeder Risikoübernahme kann auch eine Chance inne wohnen, wenn sich das Risiko als nicht schlagend erweist. Auch ist als wesentlich zu beachten, dass der Bieter durch gewisse Kalkulationsannahmen, welche ihn im Wettbewerb preislich besser als die Konkurrenten erscheinen lassen, seine Chance auf Auftragserteilung vergrößert. Die Chance des Einen kann aber dann, wenn sich seine günstigen Annahmen die zum in der Vergabephase vorteilhaften Preis geführt haben nicht einstellen, nicht zum Nachteil des Anderen werden.

Es gilt daher in einem sphärentheoretischen Gedankenmodell zwischen dem vom Bieter zu tragenden Kalkulationsrisiko und dem Risiko einer Leistungsänderung, als Risiko in der Sphäre des Auftraggebers liegend, zu unterscheiden. Dieses Gedankenmodell ist vom Umstand überlagert, ob die Kalkulation als offen liegende Kalkulation oder nicht offen liegende Kalkulation vorliegt.

Von einer offen liegenden Kalkulation wird dann gesprochen, wenn sie vor Vertragsabschluss dem Auftraggeber zugeht. Wird die Kalkulation erst im Anlassfall während der Vertragsabwicklung vorgelegt, so liegt aus rechtlicher Sicht für das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer keine offen liegende Kalkulation vor. Auch eine offen liegende Kalkulation bedeutet noch nicht, dass damit eine Risikoüberwälzung des reinen Kalkulationsrisikos an den Auftraggeber erfolgt ist. Es bleibt auch bei einer offen liegenden Kalkulation grundsätzlich unbeachtlich, ob der Unternehmer bei der Projektausführung seine kalkulierten Leistungs- oder Aufwandswerte, seine vorweg in der Kalkulation angenommenen Kosten der Subunternehmer und Lieferanten, oder den kalkulierten Materialeinsatz erzielen bzw. erreichen konnte.

Was ist aber, und diese Frage sei anhand eines Beispiels gestellt, wenn ein Bieter in seiner Kalkulation der LV-Position Liefern und Verlegen von Baustahl, welche ohne Dimensionsbezug ausgeschrieben ist, detaillierte Annahmen über die einzelnen Bewehrungsdimensionen trifft und diese angenommene Verteilung der Bewehrungsstabdurchmesser sich in der Baurealität nicht einstellt? Es gilt, um solche Fragen zu beantworten, zu unterscheiden: Liegt die Kalkulation zwar offen und ist der Auftraggeber auf sie nicht eingegangen, so wird von einem gemeinsamen Verständnis über die Kalkulation und deren zugrunde liegenden Annahmen nicht auszugehen sein. Anders wenn zB. im Aufklärungsgespräch der Auftraggeber die getroffenen Annahmen ausdrücklich als plausibel bezeichnet, dies im Protokoll zum Aufklärungsgespräch festhält und das Protokoll im Auftragsschreiben als Vertragsgrundlage anführt. In diesem Fall ist von einem gemeinsamen Verständnis, mögen die Annahmen objektiv gesehen auch unplausibel sein, auszugehen (Anmerkung: Irrtumsrechtliche Fragen bleiben hier ausgespart).

Der erste Fall ist jedoch diffiziler zu betrachten. Nachweispflichtig für eine Änderung des Bau-IST gegenüber dem Bau-SOLL ist jener Vertragspartner, der eine Forderung darauf aufbaut. Behauptet der Auftragnehmer eine Leistungsabweichung, so obliegt ihm dafür die Beweislast. Der bloße Hinweis auf die offen liegende Kalkulation reicht dazu nicht aus. Er könnte hinter seinen Annahmen eine vordergründlich sachliche Begründung für einen spekulativen Preis verbergen, da er möglicherweise mit einer unzutreffend ausgeschriebenen Menge gerechnet und daraufhin seine Preisermittlung optimiert aufgebaut (spekuliert) hat. Ein Spekulationsangebot, wenn es betriebwirtschaftlich richtig erstellt ist, und das sei einem spekulierenden Bieter unterstellt, benötigt zu jeder preislich tief angebotenen Position (jene mit zuviel ausgeschriebener Menge) einen kalkulatorischen Gegenpol, der die Unterdeckung in dieser Leistung auffängt. Wird dem Unternehmer eine Preisanpassung aufgrund seiner Kalkulationsannahme gewährt, kann das daher zwangsläufig zu einer Doppelvergütung führen.

Aus diesen Überlegungen folgt die Verpflichtung des Unternehmers nachzuweisen, dass mit der von ihm getroffenen Annahme auch tatsächlich zu rechnen war. D.h. der Unternehmer ist dafür nachweispflichtig, dass seine getroffene Annahme reell, plausibel, nicht spekulativ und daher gerechtfertigt war.

Es steht der Nachweis im Vordergrund, dass es zu einer Leistungsänderung gekommen ist. Dafür reicht alleine der Nachweis, dass die Kalkulationsannahmen in der Baurealität nicht eingetreten sind, nicht aus. <<