

Wehren gegen unfaire Vertragsbedingungen

Was sind unfaire Vertragsbedingungen? Diese Frage stand im Mittelpunkt des 3. Jour fixe von Willheim Müller Rechtsanwältin und SSP&E Consulting zum Thema „Bekämpfung unfairer Vertragsbedingungen“. Rund 40 Teilnehmer diskutierten über Möglichkeiten für Auftragnehmer, sich gegen unfaire Vertragsbedingungen zu wehren. Vor allem die Überbindung unkalkulierbarer Risiken auf die Auftragnehmer wurde kritisiert. Katharina Müller, Willheim Müller Rechtsanwältin, wies in ihrem Vortrag darauf hin, dass das Vergaberecht die Möglichkeit bietet, Ausschreibungen, die unkalkulierbare Risiken übertragen, bei den Vergabekontrollbehörden vor Anbotsabgabe anzufechten. Müller rief dazu auf, von dieser Möglichkeit öfter Gebrauch zu machen. Das Bundesvergabeamt hat mehrfach Ausschreibungen wegen der Überbindung unkalkulierbarer Risiken als vergaberechtswidrig aufgehoben. So wurde etwa das Fehlen sämtlicher kostenwirksamer Faktoren in einer Ausschreibung ebenso als unkalkulierbares Risiko qualifiziert wie die fehlende Angabe zu Mindestmengen bei einem ausgeschriebenen Rahmenvertrag (VKS 31. 10. 2003, VKS 7924/03; BVA 25. 9. 2004, 15 N-69/04-21; BVA 24. 5. 2006, 25 N-BVA/04/2006-28). Auch zivilrechtlich können unkalkulierbare Risiken wegen Sittenwidrigkeit aufgegriffen werden, unabhängig davon, ob es sich um eine Ausschreibung öffentlicher oder privater Auftraggeber handelt. In diesem Zusammenhang kann insbesondere auch auf § 879 Abs 3 ABGB zurückgegriffen werden, wonach Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichtig sind, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigte Abweichungen vom dispositiven Recht darstellen und einen Vertragsteil gröblich benachteiligen. Der OGH hat sowohl Ausschreibungen privater als auch öffentlicher Auftraggeber als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert, da es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte, einseitig vorgegebene Vertragsbedingungen handelt (OGH 12. 08. 2004, 1 Ob 144/04). Als Richtschnur für die Beurteilung einer Klausel als gröblich benachteiligende Abweichung zieht der OGH die

ÖNorm B 2110 heran (OGH 25. 02. 1996, 6 Ob 320/98 x). So hat der OGH eine von der ÖNorm B 2110 abweichende Bauschadensklausel, wonach der Auftragnehmer einen pauschalen Abzug akzeptieren muss, selbst wenn er zum Zeitpunkt des Eintritts eines Bauschadens nicht mehr auf der Baustelle tätig war, als sittenwidrig qualifiziert (OGH 25. 02. 1996, 6 Ob 320/98 x).

Nachweise und Unterlagen

Als unfair wurden auch die Nachweise, die manche öffentliche Auftraggeber im Zuge der Ausschreibung verlangen, kritisiert, wenn etwa K7-Blätter für zahlreiche Positionen schon bei Anbotsabgabe – bei sonstigem Ausscheiden – beigelegt werden müssen. Bernhard Kall, Willheim Müller Rechtsanwältin, wies darauf hin, dass das Bundesvergabegesetz exakt regelt, welche Nachweise und Unterlagen der Auftraggeber von den Auftragnehmern bei Anbotsabgabe verlangen darf; der Auftraggeber darf weiters nur jene Nachweise verlangen, die er in der Bekanntmachung oder der Ausschreibung gefordert hat. Wehrt sich der Auftragnehmer aber nicht rechtzeitig gegen gesetzwidrige Anforderungen, so wird die Ausschreibung bestandsfest und kann vergaberechtlich nicht mehr bekämpft werden. Der Auftraggeber ist in der Folge bei der Prüfung der Angebote an die vergaberechtswidrige Ausschreibung gebunden (BVA 30. 09. 2002, N-41/02-27; BVA 5. 6. 2003, 12 N-32/03-17; u. a.). Nur wenn die Bestbieterermittlung aufgrund der rechtswidrigen Ausschreibung nicht möglich ist, ist diese zu widerrufen (BVA 31. 08. 2006, N/0062-BVA/12/2006-22, ZVB 2006/85; u. a.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass unfaire Ausschreibungen vor Anbotsabgabe innerhalb der vorgegebenen Fristen (drei Tage vor Anbotsöff-

nung im Unterschwellenbereich, sieben Tage im Oberschwellenbereich) angefochten werden müssen.

Unkalkulierbare Risiken erkennen

Gerd Sommerauer (SSP&E Consulting) gab im Schlussreferat Tipps, wie man unkalkulierbare Risiken im Zuge der Anbotsprüfung erkennt. Unkalkulierbare Risiken sind einerseits Resultat rechtlich unbilliger Risikozuweisungen, andererseits Folge widersprüchlicher, technisch falscher und unvollständiger Ausschreibungen. Sommerauer empfiehlt Auftragnehmern, ein Kalkulations-Kick-off zu etablieren, in dem auf Basis des Projekts-, Ausschreibungs-, Partner- und Vertragstypus Kalkulationsmaximen aufgestellt und Risikoanalysen durchgeführt werden. Im Rahmen eines präventiven Claim-Management sind die Risiken zu bewerten und die Kalkulationsannahmen zu dokumentieren. Durch professionelle und gezielte Bieterfragen sollte im Zuge öffentlicher Ausschreibungen vor Anbotsöffnung auf unkalkulierbare Risiken hingewiesen werden, um eine Änderung der Auftragsbedingungen und die Aufklärung der Mitbewerber über unkalkulierbare Risiken in der Ausschreibung zu erreichen. Bei privaten Anbietern müssen unkalkulierbare Risiken gezielt in der Vergabeverhandlung angesprochen und die Kalkulation offengelegt und zur Vertragsgrundlage gemacht werden.

Dr. Katharina Müller
Willheim Müller Rechtsanwältin
Naglergasse 2 Top 11
A-1010 Wien
T +43(1)5358008
www.wmlaw.at



Jede Woche neu ... **ÖSTERREICHISCHE bau.zeitung**