

*bau*aktuell

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

**Schwerpunkt:
Baukalkulation**

Interview mit Artur Doppelmayr

Die Zukunft innerstädtischer Verkehrssysteme

Erich Pühringer

Baukalkulation und Preisermittlung nach ÖNORM B 2061

Eberhard Schubert

Kalkulationsrisiken

Wolfgang Oberndorfer

Ein Beitrag zu den Grundlagen der Baupreisbildung

Rainer Kurbos

Die rechtliche Bedeutung der K-Blätter

Katharina Müller

Sorgfaltspflichten des Kalkulanten

Arnold Tautschnig/Georg Fröch/Philip Sander

Erfahrungen mit probabilistischen Kostenermittlungen im Hochbau

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos

Sorgfaltspflichten des Kalkulanten bei Vorliegen einer vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung

Katharina Müller

Kalkuliert der Bieter sein Angebot auf Basis einer vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung, so stellt sich die Frage nach dem Umfang allenfalls bestehender Prüf- und Warnpflichten. Darf der Kalkulant eines Bieters auf die Angaben des Auftraggebers blind vertrauen? Oder muss der Kalkulant die ihm zur Kalkulation zur Verfügung gestellten Unterlagen eingehend überprüfen? Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, ob die vom Kalkulanten im Zuge der Preisermittlung durchgeführte Angebotsbearbeitung ausreicht, um allenfalls bestehende vorvertragliche Pflichten des Bieters zu erfüllen, und welchen Pflichten der Kalkulant in Zusammenhang mit der Ermittlung des Leistungsinhalts und der Leistungsstände nachkommen muss. Abschließend werden Konsequenzen der Verletzung von Sorgfaltspflichten durch den Kalkulanten auf Vergütungs- und Schadenersatzansprüche dargestellt.



DDr. Katharina Müller ist Rechtsanwältin in Wien mit dem Schwerpunkt Bau- und Vergaberecht sowie Claim-Management, Vortragende und Autorin zum Bauvertragsrecht.

1. Vorvertragliche Prüf- und Warnpflichten des Bieters

Die Sorgfaltspflichten des Kalkulanten sind rechtlich im Wesentlichen vor dem Hintergrund bestehender vorvertraglicher Prüf- und Warnpflichten sowie der Vertragsauslegung zu analysieren. Die vertragliche Prüf- und Warnpflicht des § 1168a ABGB greift in vollem Ausmaß zwar erst nach Vertragsabschluss, sie ist aber Ausfluss der Interessenwahrungspflicht des Werkunternehmers, weswegen sie nach ständiger Rechtsprechung auch schon *in contrahendo* bestehen kann.¹ Eine solche Aufklärungspflicht besteht allerdings schon ganz allgemein und ist daher keine Besonderheit des Werkvertragsrechts. Es besteht nach herrschender Auffassung zwar keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung einen Einfluss haben können, doch ist sie dann zu bejahen, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.² Die vorvertraglichen Pflichten entstehen unmittelbar aufgrund des Gesetzes und zwar unabhängig davon, ob es später zum Vertragsabschluss kommt.³ Man spricht von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, aber mit Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten.⁴ Da nach der nunmehr herrschenden Auffassung eine Ausschreibung nicht als Auslobung anzusehen ist, sondern als Einladung zur Anbotsstellung,⁵ entsteht das vorvertragliche Schuldverhältnis spätestens mit Anfordern der Ausschreibungsunterlagen.⁶ Die erhöhte Sorgfaltspflicht besteht jedoch auch schon vor diesem Zeitpunkt für jene Handlungen, die für den

geschäftlichen Kontakt bestimmt sind.⁷ Der potenzielle Vertragspartner ist daher vor Vertragsabschluss etwa über die Beschaffenheit des in Aussicht genommenen Leistungsgegenstands oder eine Gefährdung der Erfüllung sowie über Hindernisse aufzuklären.⁸

Solche Nebenpflichten treffen auch den Auftraggeber *in contrahendo*. Neben der Verpflichtung, taugliche Pläne zu liefern⁹ und zuverlässige Gutachten beizustellen,¹⁰ hat auch der Auftraggeber den Auftragnehmer im Rahmen seiner (vor)vertraglichen Aufklärungspflichten über alle Umstände zu informieren, aus welchen Gefahren für das Gelingen des Werkes hervorgehen können.¹¹

Die Tiefe und das Ausmaß der vorvertraglichen Pflichten des Kalkulanten werden in der Literatur regelmäßig als „kalkulationsbezogene Plausibilitätsprüfung“ umschrieben.¹² Der Kalkulant ist in der Regel ein kalkulationsgeschulter Angestellter des Bieters, der auf Basis von Erfahrungswerten und unter Berücksichtigung der einschlägigen ÖNORMEN die Positionen eines auszupreisenden Leistungsverzeichnisses bewertet und als Erfüllungsgehilfe des Bieters vor Vertragsabschluss tätig wird. Ihm kommt die Aufgabe zu, die Preise zu ermitteln. Zu diesem Zweck muss er sich mit der Ausschreibung als Grundlage der Preisfindung beschäftigen und sie in gewissem Ausmaß auch prüfen. Was aber bedeutet das in Zusammenhang mit der Erfüllung der bestehenden vorvertraglichen Pflichten des Bieters?

2. Die Tätigkeit des Kalkulanten – Preisermittlung unter Wettbewerbs- und Zeitdruck

Um die Sorgfaltspflichten, die den Kalkulanten treffen, beurteilen zu können, ist es notwendig, die Situation des Bieters bzw des Kalkulanten in der Angebots-

1 OGH 15. 2. 1990, 8 Ob 579/90, JBI 1990, 656 (Dullinger) = ecolex 1990, 409; 26. 1. 1995, 8 Ob 1587/94; 10. 5. 1994, 4 Ob 539/94, ecolex 1994, 675; 11. 5. 1993, 1 Ob 550/93, JBI 1994, 174 (M. Gruber) = ecolex 1993, 518 (Wilhelm); 29. 1. 1992, 1 Ob 628/91, ecolex 1992, 316 (Wilhelm) = JBI 1992, 784 uva. Ständige Rechtsprechung: RIS-Justiz RS0014811, RS0016390.
2 OGH 15. 12. 1997, 1 Ob 377/97s mwN; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 17; zum deutschen Recht Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I⁴ (1987) 109.
3 OGH 24. 1. 2008, 6 Ob 104/06x, JBI 2008, 450; weiters RIS-Justiz RS0049409; Welser, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 83, ders., Das Verschulden beim Vertragsabschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281.
4 OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88, SZ 61/90 = WBI 1988, 342 mwN; BGH 8. 9. 1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636.
5 OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87, WBI 1988, 433; BGH 8. 9. 1998, X ZR 48/97; 7. 6. 2005, X ZR 19/02 mwN.

7 Welser, ÖJZ 1973, 286; Larenz, Schuldrecht I⁴, 109; BGH 12. 6. 2001, X ZR 150/99, NJW 2001, 3698; 5. 11. 2002, X ZR 232/00, NZBau 2003, 168.
8 Statt aller Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 17 mwN.
9 OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m, ZVB 2010/38 (Mickl); RIS-Justiz RS0021646; Karasek, ÖNORM B 2110² (2009) Rz 409.
10 OGH 27. 4. 1987, 1 Ob 42/86, WBI 1987, 219.
11 OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m; RIS-Justiz RS0021655.
12 K. Müller, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, in FS 30 Jahre ÖGEBAU (2008) 261 (267); Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 138; Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers³ (2007) 148; Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (1999) 182; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag I⁶ (2006) Rz 210 mwN.

phase zu betrachten: Der Bieter muss das Angebot im Regelfall unentgeltlich erstellen, ohne zum Zeitpunkt der Kalkulation schon zu wissen, ob er den Auftrag überhaupt erhalten wird.¹³ Darüber hinaus wird dem Bieter in der Regel nur ein relativ kurzer Zeitraum zur Verfügung stehen, um sein Angebot zu vorzulegen. Dieser kurzen Angebotszeit geht zumeist eine lange Planungsphase des Auftraggebers voraus. Schon aus dieser zeitlichen Komponente ergibt sich, dass die geschuldete Sorgfalt für Bieter/Kalkulanten und Auftraggeber nicht gleich hoch angesetzt werden kann.¹⁴

Grundsätzlich trägt der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit der von ihm erstellen Ausschreibung.¹⁵ Für den Bereich des Vergaberechts hält § 96 Abs 1 BVergG 2006 ausdrücklich fest, dass die Leistungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben sind. Diese Anforderungen gelten analog auch außerhalb des Vergaberechts.¹⁶ Als Grundregel gilt daher, dass der Bieter und daher auch sein Kalkulant auf die Angaben des Auftraggebers vertrauen dürfen.¹⁷ Dies resultiert aus den vorvertraglichen Pflichten des Auftraggebers in Zusammenhang mit der Gestaltung der Ausschreibung, mit der er sich an die Bieter wendet. Der Bieter darf davon ausgehen, dass der Auftraggeber diese Pflichten eingehalten hat. Im Wesentlichen trifft eben den Auftraggeber die Pflicht zur vollständigen, neutralen, eindeutigen und sorgfältigen Leistungsbeschreibung,¹⁸ sodass der Bieter über alle kalkulationsrelevanten Umstände informiert ist und sein Kalkulant die Leistung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken kalkulieren kann. Der Bieter darf davon ausgehen, dass die Planung der Leistung und die daraus resultierende Leistungsbeschreibung in diesem Sinn fehlerfrei und zur Preisermittlung geeignet sind. Dies gilt umso mehr, wenn sich der Auftraggeber sachverständiger Erfüllungsgehilfen bedient.¹⁹

Der Bieter kennt nur das Ergebnis der Planung des Auftraggebers in Form des meist detaillierten Leistungsverzeichnisses, das oft auf Basis standardisierter Leistungsbeschreibungen²⁰ erstellt wurde. Er hat in aller Regel keine Informationen über den Entstehungsprozess der Leistungsbeschreibung, etwa die Motive des Planers und des Konstrukteurs. Daraus ergibt sich ein deutlicher Informationsvorsprung des Auftraggebers, der bei der Beurteilung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten berücksichtigt wer-

den muss.²¹ Aus der oben angesprochenen Trennung von Planung und Ausführung ergibt sich, dass der Bieter die auszuführende Leistung nicht noch einmal planen und konzipieren muss.²² Vielmehr beschränkt sich seine Rolle auf die Bewertung der beschriebenen Leistung im Rahmen der Preisfindung.²³ Der Kalkulant hat die vom Auftraggeber erstellte Planung und Leistungsbeschreibung kostenmäßig zu bewerten. Der Kalkulant muss dazu die Ausschreibung, insbesondere die dort enthaltene Leistungsbeschreibung, heranziehen. Dabei ist der objektive Empfängerhorizont des Bieters in der Angebotsphase maßgeblich – wie er die Ausschreibung verstehen muss.²⁴

Das Sorgfaltsmaß, das der Kalkulant bei Erfüllung der vorvertraglichen Bieterpflichten schuldet, richtet sich nach den Anforderungen an den Bieter, der sich um ein spezifisches Bauprojekt bewirbt und damit die dafür erforderlichen Kenntnisse zu prästieren hat; auch im Bereich der Kalkulation.²⁵ Deshalb erfordert etwa ein komplexes Bauwerk einen kompetenteren Fachmann als Kalkulanten als ein weniger komplexes Projekt. Diese Anforderungen sind aber objektiv und fachspezifisch zu ermitteln, Maßstab ist die notwendige Fachkenntnis.²⁶ Abzustellen ist immer auf eine Durchschnittsbetrachtung, nämlich die Maßstäbe, die ein *durchschnittlicher*, ordentlicher Bieter/Auftragnehmer zu erfüllen und an die Auswahl seines mit der Angebotsbearbeitung und Kalkulation befassten Personals zu stellen hat.²⁷

Liegt ein auf Basis einer standardisierten Leistungsbeschreibung erstelltes Leistungsverzeichnis vor, darf der Kalkulant die Kalkulation im Wesentlichen automationsgestützt auf Basis von unternehmensinternen Datenbanken zur Ermittlung der Kalkulationsansätze durchführen.²⁸ In diesem Fall muss er überhaupt nur die sogenannten Z-Positionen im Detail prüfen und einzeln kalkulieren. In der fachlichen Praxis bedeutet die Verwendung standardisierter Leistungsbeschreibungen nämlich, dass der Kalkulant ohne umfangreiches Studium von Vorbemerkungen und Positionstexten weiß, welchen Leistungsinhalt er zugrunde zu legen hat, weil abweichende Positionsbeschreibungen durch ein „Z“ zu kennzeichnen sind (worauf der Kalkulant auch vertrauen darf).

Der Kalkulant wird gut daran tun, zur Preisfindung die vorliegende Leistungsbeschreibung mit allen ihren Bestandteilen in Abhängigkeit von deren Gestaltung zu bearbeiten, keinesfalls aber muss er das geplante Werk erneut planen, konzipieren oder die Planung auf Durchführbarkeit und Richtigkeit über-

13 *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen, 185; *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 267.

14 *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 267; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 138; *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht³, 149.

15 *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 265.

16 *Aicher* in *Straube/Aicher*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I (2006) 2.6.4.

17 *Kropik/Krammer*, Mehrkostenforderungen, 184 unter Verweis auf OGH 23. 10. 1974, 5 Ob 177/74 (5 Ob 178/74); *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 266; *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 132.

18 Vgl auch Punkt 5 der ÖNORM B 2050; Punkt 4 der ÖNORM B 2110; §§ 79 und 96 BVergG 2006.

19 *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 267.

20 Unter standardisierten Leistungsbeschreibungen werden Regelwerke verstanden, die wie ÖNORMEN um einen sachgerechten und ausgewogenen Vertragsinhalt bemüht sind. Die ÖNORM B 2062 bezeichnet standardisierte Leistungsbeschreibungen (LB) als eine Sammlung von Texten zur Beschreibung von standardisierten Leistungen, und zwar für rechtliche und technische Bestimmungen (Vertragsbestimmungen) und für Positionen eines Leistungsverzeichnisses.

21 *Aicher* in *Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, 2.6.4; *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 266; *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht³, 149.

22 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 137.

23 *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten, 267.

24 OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 69/99m; BGH 18. 4. 2002, VII ZR 38/01, NJW-RR 2002, 1096.

25 Vgl etwa BGH 25. 6. 1987, VII ZR 107/86, NJW-RR 1987, 1306.

26 *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht³, 61 mwN; anderer Ansicht *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 137.

27 *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁵, Rz 217; BGH 25. 6. 1987, VII ZR 107/86.

28 Vgl dazu die unveröffentlichte und nicht rechtskräftige Entscheidung des OLG Graz vom 14. 10. 2009, 3 R 112/09, und *Kurbos*, Bau-Ziel > Bau-Soll: Claim Management oder vorvertragliche Aufklärungspflicht, in *Heck/Lechner*, 3. Grazer Betriebs- und Baurechtsseminar. Tagungsband 2010 (2010) 111.

prüfen. Es besteht kein Zweifel darüber, dass der Auftragnehmer und sein Kalkulant grundsätzlich nicht zu Sekundärplanungsverantwortlichen und Sekundärausschreibungsverantwortlichen gemacht werden können.²⁹ Er muss auch die Leistungsbeschreibung nicht auf Übereinstimmung mit der Planung prüfen.³⁰ Vom Kalkulanten kann auch nicht verlangt werden, dass er Spezialkenntnisse hat, die üblicherweise nur ein Sonderfachmann hat. Er hat daher Gutachten von Sonderfachleuten (etwa die Statik oder ein Bodengutachten) nicht im Detail zu überprüfen, sondern nur im Rahmen der Kalkulation zu interpretieren.³¹ Der Verfasser des Leistungsverzeichnisses, also der Planer, hat das Bauwerk gedanklich darzustellen, planerisch niederzulegen und dann im Rahmen der Ausschreibung textlich darzustellen.³²

Der Bieter schuldet dem Auftraggeber grundsätzlich keine sorgfältige Kalkulation; wie er den Preis ermittelt, bleibt letztlich ihm überlassen. Für die Beurteilung des Verschuldens bei der Verletzung vorvertraglicher Prüfpflichten wird es aber zu berücksichtigen sein, wie die Preisfindung erfolgt ist. Wer die Leistungsbeschreibung nicht auslegt, um den Leistungsinhalt zu ermitteln, kann über diesen auch nicht irren. Die Berufung auf einen Irrtum wird ihm daher später nicht offenstehen. Wer die Ausschreibung im Zuge der Preisermittlung nicht heranzieht, prüft nicht und kann auch geringen Prüfpflichten daher keinesfalls entsprechen.

Mit Kalkulation ist im vorliegenden Zusammenhang immer die Vorkalkulation, also die Kalkulation in der Angebotsphase, gemeint.³³ Der Kalkulant ermittelt zunächst jene Kosten, die dem Unternehmen für die beschriebene Bauleistung mit den zur Verfügung stehenden Produktionsfaktoren entstehen („Angebotskalkulation“) und passt diese dann unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation an („Abgabekalkulation“).³⁴ Daraus ermittelt sich der Preis, den der potenzielle Auftragnehmer dem Auftraggeber anbietet. Die maßgebliche Norm ist in diesem Bereich die ÖNORM B 2061 – Preisermittlung für Bauleistungen. Diese enthält im Wesentlichen Definitionen, eine Aufzählung von fünf konkreten Kostenartengruppen sowie eine Gruppe „Sonstige Kosten“, denen Kostenbegriffe zugeordnet sind. Grundprinzip ist die Zuschlagskalkulation, die Kalkulationsschritte sind formalisiert. Die ÖNORM B 2061 sieht auch die Verwendung sogenannter Kalkulationsformblätter vor (in der Folge K-Blatt genannt).³⁵ Das K3-Blatt dient der Herleitung und Darstellung des Mittellohnpreises, des Gehalts sowie des Gesamtzuschlags, die eigentliche Kalkulation (Bildung der Einheits- oder Pauschalpreise für einzelne Positionen) wird im K7-Blatt dargestellt. Diesen beiden K-Blättern kommt im Rahmen der Angebotskalkulation sowie

der Frage, was letztlich Vertragsinhalt wird, zentrale Bedeutung zu.³⁶

Aufgabe des Kalkulanten ist es nun, sich zu überlegen, welche Aufwandswerte je ausgeschriebener Teilleistung aufzuwenden sind. Dabei hat er auf Erfahrungswerte, oft auch in unternehmenseigenen Datenbanken eingepflegt, zurückzugreifen und diese an die konkreten Umstände der Leistungserbringung – wie sie sich aus der zu kalkulierenden Ausschreibung ableiten lassen – anzupassen. Den Leistungsinhalt und die Umstände der Leistungserbringung hat er der konkreten Ausschreibung zu entnehmen, wobei er darauf vertrauen kann, dass diese die Leistung selbst und die Umstände der Leistungserbringung abschließend und vollständig vorgibt. Der Auftraggeber hat ja die Leistung sowohl hinsichtlich des Leistungsinhalts als auch der Leistungsumstände klar und eindeutig zu beschreiben.³⁷

Letztendlich hat der Kalkulant das Bau-Soll zu kalkulieren. Das Bau-Soll ist der vertraglich geschuldete Leistungsumfang, der sich aus dem Vertrag mit allen seinen Bestandteilen und den daraus abzuleitenden objektiven Umständen der Leistungserbringung ergibt. Nur das Bau-Soll ist mit dem Angebotspreis abgegolten. Jede Abweichung vom Bau-Soll stellt eine Leistungsabweichung dar, die grundsätzlich zu einer Änderung des Preises (Mehr- oder Minderkostenforderung) führt.³⁸ Es ist daher nach objektiven Kriterien der Leistungsumfang festzustellen, wobei die Sicht des sorgfältigen Kalkulanten (als Empfänger im Sinne der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont) maßgeblich ist. Dieser Arbeitsprozess führt letztlich zur monetären Bewertung als Ergebnis der Umsetzung in Aufwands-, Leistungswerte und Mengenansätze. Darin besteht das eigentliche Kalkulationsrisiko, das immer in der Sphäre des Bieters und späteren Auftragnehmers liegt.³⁹ Diese Übersetzung ist die Kernaufgabe des Kalkulanten, die einschlägiger Erfahrung und Kalkulationskenntnisse bedarf. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die Beurteilung der Ausschreibung und des daraus abzuleitenden Leistungsumfangs immer eine *Ex-ante*-Betrachtung darstellt, die im Zeitpunkt der Anbotslegung erfolgt. Bei Prüfung von Nachträgen auf Basis der Urkalkulation ist zu berücksichtigen, dass Umstände, die zum Zeitpunkt der Ausführung evident werden, zum Zeitpunkt der Kalkulation nicht immer erkennbar waren.⁴⁰

Halten wir als Zwischenergebnis also fest: Der Kalkulant muss auf Basis der Ausschreibung das Bau-Soll hinsichtlich Leistungsinhalt und Leistungsumständen feststellen und die richtigen Aufwandswerte ermitteln. Die Anforderungen an eine ordentliche Kalkulation richten sich nach dem jeweiligen Projekt. Liegt eine Ausschreibung auf Basis einer standardisierten Leistungsbeschreibung vor, kann der Kalkulant sich dabei auf die Prüfung und Auslegung der Z-Positionen beschränken; bei den übrigen Positionen darf er bei Ermittlung des Bau-Solls vom typischen Leistungsinhalt laut standardisierter Leis-

29 Vgl nur *Motzke*, Parameter für Zusatzvergütung bei zusätzlichen Leistungen, NZBau 2002, 641 (643).

30 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 137.

31 *Karasek*, ÖNORM B 2110², Rz 137.

32 *Motzke*, NZBau 2002, 644.

33 Im Gegensatz dazu steht die sogenannte Nachkalkulation, bei der die Ist-Daten ausgewertet werden (Begriffe nach den Definitionen von *Wolkerstorfer/Lang*, *Praktische Baukalkulation*³ [2008] 13).

34 *Wolkerstorfer/Lang*, *Praktische Baukalkulation*³, 14 f.

35 *Wolkerstorfer/Lang*, *Praktische Baukalkulation*³, 36 f.

36 *Kropik*, Zur Bedeutung der K-Blätter bei Angebotsprüfung und Vertragsfortschreibung, in FS 30 Jahre ÖGEBAU (2008) 523 (524 f).

37 *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁵, Rz 156.

38 So auch Abschnitt 7 der ÖNORM B 2110.

39 So auch Punkt 7.2.2 der ÖNORM B 2110.

40 *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁵, Rz 156.

tungsbeschreibung und üblichen, aus seiner Sicht *ex ante* vorhersehbaren Bedingungen der Leistungserbringung ausgehen.

Was aber, wenn das Leistungsverzeichnis Leistungsinhalt und/oder die Umstände der Leistungserbringung nicht abschließend wiedergibt, sondern diese in anderen Unterlagen, wie Vertragsbestimmungen, projektspezifischen Bedingungen etc definiert werden? Was, wenn die Pläne, die der Ausschreibung beiliegen, im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis stehen? Welche Unterlagen hat der Kalkulant heranzuziehen und wie tief muss er diese prüfen? Was, wenn die Leistungsbeschreibung unvollständig, widersprüchlich oder mehrdeutig ist?

3. Das Leistungsverzeichnis als maßgebendes Dokument für den Kalkulanten

Maßgebendes Dokument für die Ermittlung des Leistungsumfangs durch den Kalkulanten ist – sofern vorhanden – primär das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis. Dies ergibt sich schon aus § 96 Abs 1 BVergG 2006, der ausdrücklich vorschreibt, dass die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis eindeutig zu beschreiben sind. Die ÖNORM B 2110 sagt ausdrücklich für Pläne, dass diese dem Leistungsverzeichnis nachgereicht sind, wenn sie zum Leistungsverzeichnis im Widerspruch stehen. Auch § 95 Abs 2 BVergG 2006 bringt dies zum Ausdruck, wenn es heißt, dass bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung die Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern sind. Erstellt der Auftraggeber daher ein detailliertes konstruktives Leistungsverzeichnis, das er den Bietern zur Auspreisung zur Verfügung stellt, so nimmt er in Kauf, dass die Bieter und deren Kalkulanten auf die Vollständigkeit und Fehlerfreiheit dieses Leistungsverzeichnisses als maßgebliches Dokument für die Kalkulation vertrauen dürfen.⁴¹

Daraus folgt weiters, dass Widersprüche zum Leistungsverzeichnis, die sich aus anderen der Ausschreibung beiliegenden Unterlagen ergeben, dem Kalkulanten nicht auffallen müssen, außer es handelt sich um offensichtliche, im Rahmen einer kalkulationsbezogenen Plausibilitätsprüfung auffallende Widersprüche oder im Leistungsverzeichnis selbst findet sich ein Hinweis auf zusätzlich zu beachtende, kalkulationsrelevante Vertragsbestimmungen. Dennoch sind bei Ermittlung der geschuldeten Leistungen alle Vertragsunterlagen zu berücksichtigen.⁴² Allerdings sind kalkulationsbezogene Angaben nicht an untypischer Stelle (etwa in den rechtlichen Vertragsbedingungen) zu vermuten; Unterlagen, die nach der Verkehrssitte keine kalkulationsrelevanten Inhalt haben, sind daher im Zuge der Preisermittlung unbeachtlich. Daher unterliegen sie auch nicht einer vorvertraglichen Prüfpflicht durch den Kalkulanten des Bieters. Um die kalkulationsbezogenen Plausibilitätsprüfung durchführen zu können, empfiehlt sich für den Bieter, eine Organisation zur Standardisierung der Angebotsbearbeitung einzurichten, die

den Anforderungen an die Kalkulation der zu kalkulierenden Projekte gewachsen ist (etwa durch die Verwendung von Checklisten oder die Schulung der Kalkulanten, welche Bestimmungen allenfalls stichprobenartig zu prüfen sind). Dies soll aber nicht im Sinne einer Ausweitung der Prüfpflicht verstanden werden; wie bereits dargestellt, darf die Prüfpflicht des Kalkulanten angesichts der geschilderten Ausgangslage keinesfalls überspannt werden. Es geht letztlich darum, einen Nachweis zu schaffen, dass die Kalkulation sorgfältig durchgeführt wurde und dennoch allenfalls später relevierte Unklarheiten und Fehler in der Leistungsbeschreibung nicht erkannt werden konnten.

An der eingeschränkten Prüfpflicht des Bieters kann im Übrigen auch die in Punkt 4 der ÖNORM B 2110 festgeschriebene Pflicht des Bieters, die Baustelle zu besichtigen, nichts ändern. Sie hat allerdings allenfalls in Zusammenhang mit den Rechtsfolgen einer Verletzung von Prüf- und Warnpflichten (etwa bei der Frage eines Mitverschuldens des Bieters bei einem Schaden wegen unvollständiger Leistungsbeschreibung oder der Beurteilung des Vorliegens eines relevanten Irrtums) Bedeutung (siehe dazu unten). Wenn der Bieter nämlich durch Erklärung im Anbot bestätigt, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen, so ist dies – wie der OGH hervorhob – nicht dahin auszulegen, dass damit eine Übertragung der Haftung für eine falsche, fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer zustande gekommen ist.⁴³

4. Das unvollständige und/oder fehlerhafte Leistungsverzeichnis

Unter Verweis auf obige Ausführungen ist zunächst nochmals festzuhalten, dass der Kalkulant auf die Vollständigkeit und Fehlerfreiheit des Leistungsverzeichnisses vertrauen darf und daher davon ausgehen kann, dass alle zur Herstellung eines gebrauchstauglichen Werkes erforderlichen Leistungen bei Erstellung der Leistungsbeschreibung auch berücksichtigt wurden. Er muss daher nicht akribisch prüfen, ob tatsächlich alle erforderlichen Leistungen im Leistungsverzeichnis dargestellt und beschrieben sind. Er hat aber im Rahmen der Kalkulation zur sorgfältigen Ermittlung der Preise auf Basis des Leistungsverzeichnisses die erforderlichen Leistungsansätze abzuleiten. Der Kalkulant muss daher zur Bewertung der einzelnen Positionen und zur Ermittlung der Einheitspreise das Leistungsverzeichnis durcharbeiten, sofern er nicht automationsgestützt kalkulieren darf, weil eine standardisierte Leistungsbeschreibung vorliegt. Er hat also zu überlegen, mit welchem Arbeits- und Materialeinsatz er rechnen muss, in welchem Zeitraum die Leistung zu erbringen ist, welche Umstände der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind. Fehlen Angaben im Leistungsverzeichnis, die der Kalkulant zur Ermittlung der Preise zwingend benötigt, so ist davon auszugehen, dass ihm deren Fehlen auffallen müssen (wenn etwa Mengenangaben

41 Karasek, ÖNORM B 2110², Rz 131 f.

42 So auch BGH 27. 7. 2006, VII ZR 202/04, NJW 2006, 3413 mwN.

43 OGH 17. 11. 2004, 9 Ob 41/04a, bbl 2005/58.

ben fehlen, kein Terminplan vorliegt, dem Maler Positionen zur Berücksichtigung der Raumhöhe fehlen, für den Bauunternehmer keine Statik/kein Bodengutachten vorhanden ist, dem Elektrogewerk Positionen zu den Kabeln fehlen oder Ähnliches). Dasselbe gilt, wenn die Leistungsbeschreibung erhebliche Fehler (etwa Verweise auf veraltete Normen) aufweist, die im Zuge der kalkulationsbezogenen Bearbeitung der Ausschreibung (die keine planerische Komponente enthält) auffallen.

Fehlen im Leistungsverzeichnis Angaben, die der Kalkulant zur ordentlichen Kalkulation für das konkrete Projekt benötigt, muss ihm diese Unvollständigkeit auffallen. Fehlen aber Leistungen, die nicht zwingend vom Bieter zu erbringen und daher im Zuge der Kalkulation auch nicht zu berücksichtigen sind, oder Angaben zu besonderen Umständen, die von den objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung abweichen, so muss deren Fehlen dem Kalkulanten nicht auffallen.

Wird die Kalkulation nicht sorgfältig durchgeführt, so stellt dies an sich zwar keine Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen dar; der Bieter wird sich aber allenfalls später, wenn sich herausstellt, dass die Leistungsbeschreibung fehlerhaft oder unvollständig ist und kein gebrauchstaugliches Werk beschreibt, den Vorwurf gefallen lassen müssen, dass ihm die Fehlerhaftigkeit auffallen hätte müssen, wenn er entsprechend sorgfältig kalkuliert hätte.

Auch im Fall des widersprüchlichen Leistungsverzeichnisses gilt im Wesentlichen dasselbe wie in Zusammenhang mit einem unvollständigen Leistungsverzeichnis. Soweit Widersprüche kalkulationsrelevante Fakten und Angaben betreffen, die der Kalkulant im Zuge der Kalkulation heranziehen und überprüfen muss, wird er diese zu erkennen haben. Allerdings sind in diesem Zusammenhang die Auslegungsregeln zu beachten, die sich aus dem Vertrag ergeben (so kann etwa geregelt sein, dass Positionstexte den Vorbemerkungen vorgehen).

Ein mehrdeutiges Leistungsverzeichnis liegt vor, wenn eine Formulierung mehrere Auslegungen zulässt oder auslegungsbedürftig ist, sodass unter Umständen bei Auftraggeber und Auftragnehmer ein unterschiedliches Verständnis des Leistungsumfanges gegeben ist. Dabei handelt es sich oft um pauschale Formulierungen wie „Behinderungen sind einzurechnen“ oder „Die Baugrube ist durch Wasserhaltungsmaßnahmen nach Wahl des Auftragnehmers trocken zu halten“.

Zwar ist die objektive Mehrdeutigkeit eine Kategorie des (verdeckten) Dissenses; wenn also jede Partei subjektiv unter einer vertraglichen Regelung oder Beschreibung etwas anderes versteht und sich das Verständnis beider mit dem objektiven Erklärungswert in Einklang bringen lässt.⁴⁴ Ein Vertrag käme dann mit dem vom Dissens betroffenen Teil gar nicht zustande. Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen kommt es aber darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise

der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt.⁴⁵

Ob der Kalkulant in diesem Fall von einem fehlerhaften Leistungsverzeichnis auszugehen hat oder auf Basis der Ausschreibung konkretisierende Kalkulationsannahmen treffen darf, soll unten in Zusammenhang mit dem Umfang der Warnpflicht dargestellt werden.

5. Rechtsfolgen der Verletzung der vorvertragliche Pflichten durch den Kalkulanten

5.1. Verletzung der Warnpflicht bei Erkennen der fehlerhaften Leistungsbeschreibung

Erkennt der Kalkulant im Zuge der Anbotsbearbeitung und Preisermittlung Fehler oder Widersprüche in der Leistungsbeschreibung oder stellt er fest, dass die Leistungsbeschreibung offensichtlich unvollständig ist, so hat er den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wenn der erkannte Fehler das Gelingen des Werkes gefährdet, weil die Gebrauchstauglichkeit nicht hergestellt werden kann, wobei der Begriff der Gebrauchstauglichkeit in diesem Zusammenhang weit zu verstehen ist (also auch den Fall fehlender Leistungen umfasst oder wenn Umstände gegeben sind, die die Herstellung des Werkes in der vorgesehenen Weise unmöglich machen). In diesem Fall stellt die unterlassene Warnung nach herrschender Lehre und Rechtsprechung⁴⁶ einen Verstoß gegen die auf Grundlage von § 1168a ABGB bestehende vorvertragliche Warnpflicht dar, der aufgrund einer *Culpa-in-contrahendo*-Haftung zu einem Verlust des Entgelts für daraus resultierende, allenfalls zusätzlich zu erbringende Leistungen führt. Ein Mitverschuldenseinwand gegenüber dem Auftraggeber, der seinerseits ja auch gegen vorvertragliche Pflichten verstoßen hat, geht ins Leere, da dem fahrlässigen Handeln des Auftraggebers ein vorsätzliches Handeln des Auftragnehmers gegenübersteht.

Schwieriger ist die Beurteilung einer Warn- und Hinweispflicht im Fall einer undeutlichen Ausschreibung. Die Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung führt dazu, dass der Bieter gewisse Leistungen oder Risiken nicht eindeutig kalkulieren kann. Man denke etwa an die (unbestimmte) Formulierung, der Bieter müsse mit Störungen im Ablauf rechnen. Muss der Bieter den Auftraggeber in so einem Fall darauf aufmerksam machen, dass die Leistungsbeschreibung undeutlich ist, oder kann er Annahmen – im Beispielfall über das Ausmaß der zu erwartenden Störungen – treffen und diese seiner Kalkulation zugrunde legen? Für den Abschluss eines Bauvertrages gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen über den Vertragsabschluss. Demnach kommt ein Bauvertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme – zustande.⁴⁷ Legt

45 OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 69/99m; vgl dazu auch OGH 24. 11. 1998, 1 Ob 121/98w mwN (Einlösungszusage nach dem Scheckeinlösungs-Abkommen).

46 OGH 13. 9. 2006, 3 Ob 122/05w, JBl 2007, 451 (Vonkilch) = eclex 2007/140; in dieser Entscheidung ging es allerdings um die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Vertragsklausel zum Ausschluss von Nachtragsforderungen aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Prüf- und Warnpflichten.

47 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I³, 96.

44 Vgl OGH 15. 2. 2006, 3 Ob 252/05p, bbl 2006/120; RIS-Justiz RS0014703; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³, § 869 Rz 12.

daher der Kalkulant seine Kalkulation und deren Grundlagen im Angebot offen und nimmt der Auftraggeber dieses Angebot an, so ist die Kalkulation Vertragsinhalt geworden, weil Einvernehmen besteht, dass das Geschäft auf dieser Basis erfolgen soll.⁴⁸ Im genannten Beispielfall würde dies bedeuten, dass der Auftragnehmer Mehrkosten verlangen kann, wenn er die üblicherweise zu erwartenden Störungen nachweislich einkalkuliert, die Kalkulation durch Übergabe der K-Blätter offengelegt hat und die tatsächlich eintretenden Störungen das erwartbare und kalkulierbare Ausmaß in der Folge übersteigen. Der Kalkulant darf in diesem Fall die unklare Bestimmung so auslegen, dass sie kalkulierbar wird, und muss das aufgrund von Erfahrungswerten erwartbare Ausmaß sorgfältig kalkulieren. Auch hier ist der Empfängerhorizont maßgeblich und die berechnete Erwartung des Kalkulanten, dass der Auftraggeber die Leistung ordentlich und kalkulierbar beschreibt. Wird daher etwa etwas Untypisches oder über das erwartbare Risiko Hinausgehendes verlangt, darf der Kalkulant ein typisches Verständnis zugrunde legen und sich auf die Kalkulation der erwartbaren Risiken beschränken. Insbesondere bei einer öffentlichen Ausschreibung muss der Kalkulant nicht davon ausgehen, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis auferlegen will. So hat der deutsche BGH judiziert, dass der Bieter das Leistungsverzeichnis im VOB/A-konformen Sinne verstehen darf, wenn ein Leistungsverzeichnis, das einer Ausschreibung nach VOB/A zugrunde liegt, auch so ausgelegt werden darf, dass es den Anforderungen von § 9 VOB/A entspricht.⁴⁹

Im Vergaberecht gilt zwar der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote. Der Bieter ist daher in diesem Bereich darauf beschränkt, das vorgegebene Leistungsverzeichnis auszufüllen, er kann in der Regel keine ergänzenden Annahmen treffen, da die Vergleichbarkeit der Angebote sonst nicht mehr gewahrt wäre. Den Bieter trifft gemäß § 106 Abs 6 BVergG 2006 die Verpflichtung, dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen, wenn aus seiner Sicht eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist. Der Auftraggeber hat eine Berichtigung gemäß § 90 BVergG 2006 durchzuführen. Aus meiner Sicht stellt aber die konkretisierende Vertragsauslegung durch den Bieter gerade keinen Fall der Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung dar, die eine Berichtigung erforderlich macht. Auch in anderen Bereichen der Kalkulation muss der Bieter Annahmen treffen, um den Preis zu ermitteln. Die Preisberechnung erfolgt immer individuell, weil jeder Bieter die bei ihm gegebenen Verhältnisse berücksichtigen muss und seine subjektiven Anschauungen über den konkret zu fordernden Preis hat.⁵⁰ Gerade durch die Offenlegung der Kalkulation in Form der K-Blätter (und damit der Auslegung der Ausschreibung) werden die Angebote letztlich vergleichbar.

48 Grundlegend OGH 9. 7. 1997, 3 Ob 2043/96d, JBl 1998, 178; vgl weiters *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³, 153.

49 Vgl dazu auch *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B¹⁷ (2010) § 7 VOB/A Rz 38; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I¹, Rz 232; BGH 9. 1. 1997, VII ZR 259/95, NJW 1997, 1577; 11. 11. 1993, VII ZR 47/93, NJW 1994, 850.

50 *Kratzenberg* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B¹⁷, § 7 VOB/A Rz 33.

Diese Vorgangsweise wird eher bei einer undeutlichen Beschreibung der Leistungsumstände möglich sein als bei einer undeutlichen Beschreibung des Leistungsinhalts selbst. Bei einer undeutlichen Beschreibung des Leistungsinhalts ist im Zweifelsfall von einer Unvollständigkeit auszugehen, die zur Rückfrage verpflichtet. Konkret wird es darauf ankommen, ob die in Frage stehende Bestimmung durch Auslegung konkretisiert werden kann und damit letztlich keine zur Rückfrage verpflichtende fehlerhafte Leistungsbeschreibung vorliegt, die zur Untauglichkeit des herzustellenden Werkes führt.

In beiden Fällen scheidet die Vertragsanpassung wegen Irrtums aus; der Kalkulant war ja zweifellos nicht im Irrtum über die Leistung.

5.2. Verletzung der Prüf- und Warnpflicht bei Nichterkennen der fehlerhaften Leistungsbeschreibung durch den Kalkulanten

Im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung und der sorgfältigen Angebotslegung stellen sich hinsichtlich der Rechtsfolgen der Verletzung von Sorgfaltspflichten insbesondere zwei Problemkreise: Zum einen kann jeder Bieter (auch derjenige, der den Auftrag letztlich nicht erhält) dem Auftraggeber aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis schadenersatzpflichtig werden. Umgekehrt kann auch der Auftraggeber aus *culpa in contrahendo* schadenersatzpflichtig sein, wenn er die Ausschreibung schuldhaft nicht ordentlich erstellt hat. Hier stellt sich für den Bieter die Frage, ob er diesen Ersatzanspruch verliert, weil ihm im Rahmen der Angebotsbearbeitung der Fehler hätte auffallen müssen.

Erkennt der Kalkulant eine Fehlerhaftigkeit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung nicht, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Nichterkennen das Resultat der Nichteinhaltung der verkehrstüblichen Sorgfalt bei der Kalkulation und damit schuldhaft, weil im Zuge einer kalkulationsbezogenen Prüfung erkennbar, ist. Nur dann ist allenfalls eine Haftung des Bieters aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen (*culpa in contrahendo*) zu prüfen. Selbst wenn man diese bejaht, wird es aber in diesem Fall immer zu einer Schadensquotierung im Sinne des § 1304 ABGB kommen, da den Auftraggeber jedenfalls – aufgrund der ihn treffenden vorvertraglichen Verpflichtungen in Zusammenhang mit der Erstellung der Ausschreibung – ein Verschulden am Vorliegen einer fehlerhaften oder unvollständigen Leistungsbeschreibung trifft. Im Übrigen hat der Auftragnehmer auch in diesem Fall keine Verpflichtung zur Tragung der Kosten, die dem Auftraggeber auch bei entsprechendem Hinweis vor Vertragsabschluss für die Erbringung der fehlerfreien oder vollständigen Leistung entstanden wären (Sowiesokosten); die Verletzung der Prüf- und Warnpflicht durch den Bieter war dafür nämlich nicht kausal. Ein Schaden des Auftraggebers ist insbesondere bei unvollständiger Leistungsbeschreibung überhaupt nur schwer vorstellbar; er kann nur dann entstehen, wenn die zusätzlich erforderlichen Leistungen teurer sind, als wenn der Auftragnehmer sie ursprünglich angeboten hätte (also die Mehrkosten, die aufgrund der Tatsache entstehen, dass die erforderlichen Mehrleistungen vom

Auftragnehmer und früheren Bieter nun als Nachtrag angeboten werden und nicht schon im Rahmen des ursprünglichen Angebots, auf das der Zuschlag erteilt wurde; auch dieser Schaden wird aufgrund des in der ÖNORM B 2110 verankerten Gebots, dass Nachträge auf Basis der Preisgrundlagen des Hauptauftrags zu kalkulieren sind, in der Regel gering ausfallen). Ein Schaden ist allenfalls vorstellbar, wenn nun statt des Auftragnehmers ein Dritter mit diesen Leistungen beauftragt wird. Das ist aber trotz Schadensminderungspflicht des geschädigten Auftraggebers nur dann zulässig, wenn die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer und früheren Bieter, den die Haftung trifft, unzumutbar ist.

Die kalkulationsbezogene Prüfung der Ausschreibung durch den Kalkulanten ist also für die Einhaltung vorvertraglicher Pflichten durch den Bieter von wesentlicher Bedeutung. Zum anderen ist es für den Auftragnehmer für seinen Entgeltanspruch entscheidend, welche konkreten Leistungen tatsächlich Vertragsinhalt geworden sind. Es zeigt sich in diesem Zusammenhang, dass der sorgfältigen Vertragsauslegung durch den Kalkulanten zumindest genauso viel Bedeutung zukommt wie der Prüfung der Leistungsbeschreibung auf Widersprüche und Fehler. Irrt der Kalkulant, also der Bieter über den Leistungsinhalt, zu dessen Erbringung er sich auf Basis seines Angebotes verpflichtet, so kann er den Vertrag unter den allgemeinen Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung anpassen; in diesem Zusammenhang kommt der Dokumentation der Annahmen, von denen der Kalkulant ausgegangen ist, insbesondere der Ausarbeitung der K-Blätter, zum Nachweis des Irrtums und auch der Frage, ob der Irrtum dem Auftraggeber bei Angebotsprüfung hätte auffallen müssen, Bedeutung zu. Erkennt der Kalkulant, dass die Leistungsbeschreibung zwar nicht fehlerhaft, aber mehrdeutig ist, so kommt ebenfalls der Dokumentation und Offenlegung der getroffenen Kalkulationsannahmen sowie deren sorgfältiger Herleitung auf Basis der Ausschreibung besondere Bedeutung zu.

Ist die Kalkulation (etwa durch Übergabe von K-Blättern) offengelegt geworden, so können die Vertragsparteien (sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer) bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 871 ABGB unterlaufene Fehler nämlich allenfalls über den Weg der Irrtumsanfechtung beseitigen. Fahrlässigkeit schadet in diesem Zusammenhang nicht, da das Vorliegen eines relevanten Irrtums auch bei schuldhaftem Irren zur Vertragsanpassung berechtigt. Auch ein Schadenersatzanspruch des Vertragspartners des schuldhaft Irrenden wurde bislang – soweit ersichtlich – von der Judikatur nicht bejaht.

Zusammenfassung

Den Bieter trifft vorvertraglich nur eine sehr eingeschränkte Prüf- und Warnpflicht in Hinblick auf die Vollständigkeit und Fehlerfreiheit der Leistungsbeschreibung zur Herstellung eines gebrauchstauglichen Werkes. Diese vorvertragliche Prüfpflicht darf nicht überspannt werden und ist insbesondere angesichts des Zeitdrucks in der Angebotsphase erheblich eingeschränkt.

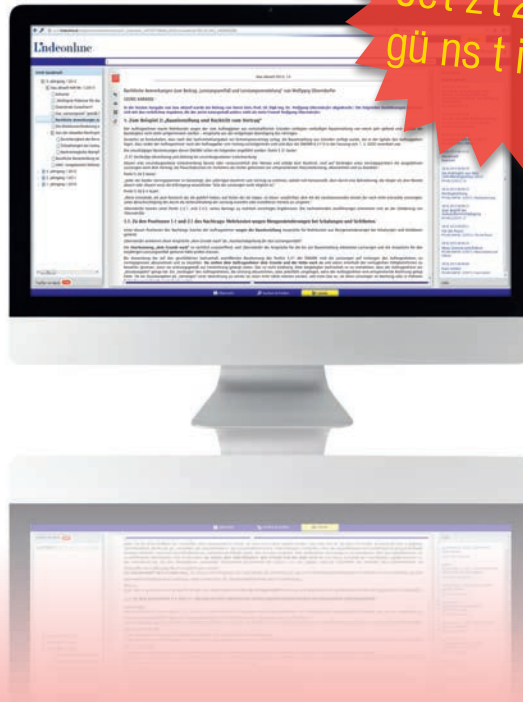
Die bei Erfüllung dieser Pflichten geschuldete Sorgfalt hängt von den für das konkrete Bauvorhaben vom durchschnittlichen Bieter zu erwartenden Fähigkeiten ab und ist daher im Einzelfall auf Basis einer Durchschnittsbetrachtung des sorgfältigen Bieters zu ermitteln. Die im Zuge einer verkehrsüblichen Kalkulation vom Kalkulanten durchgeführte Prüfung der Ausschreibung zur Bewertung des Bau-Solls und der Leistungsansätze wird im Regelfall ausreichend sein, um der vorvertraglichen Prüfpflicht zu entsprechen. Je komplexer das Projekt, desto höher sind die Anforderungen an die Fähigkeiten des vom Bieter bei der Angebotsbearbeitung eingesetzten Kalkulanten. Verletzt der Kalkulant als Erfüllungsgehilfe des Bieters fahrlässig bestehende Prüf- und Warnpflichten, haftet der Bieter für den entstandenen Schaden aus *culpa in contrahendo*, der Auftraggeber muss sich hinsichtlich des allenfalls eingetretenen Schadens den Mitverschuldenseinwand gefallen und die Sowiesokosten von einem allenfalls entstandenen Schaden abziehen lassen. Verletzt der Kalkulant vorsätzlich bestehende Warnpflichten, führt auch der Mitverschuldenseinwand nicht zu einer Schadensquotierung, der Bieter haftet vollumfänglich für den eingetretenen Schaden.

Bei der Bewertung der geschuldeten Leistung auf Basis der Leistungsbeschreibung ist der Empfängerhorizont des Bieters maßgeblich. Die auf Basis der Ausschreibung zu Leistungsinhalt und Leistungsständen getroffenen Kalkulationsannahmen sind vom Kalkulanten zu dokumentieren. Undeutlichen Bestimmungen darf der Kalkulant des Bieters einen Inhalt unterstellen, der von der Einhaltung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten des Auftraggebers bei Erstellung der Ausschreibung ausgeht. In diesem Fall sind auch die zur Konkretisierung der undeutlichen Bestimmung getroffenen Annahmen sorgfältig zu dokumentieren und offenzulegen (etwa durch Übergabe von K-Blättern). In diesem Zusammenhang kommt dem Kalkulanten erhebliche Verantwortung zu. Irrt der Bieter über den Leistungsinhalt, so steht ihm die Möglichkeit der Vertragsanpassung infolge von Irrtumsanfechtung nämlich nur zu, wenn er das Vorliegen des Irrtums und den Umstand beweisen kann, dass der Auftraggeber den Irrtum bei sorgfältiger Angebotsprüfung erkennen konnte bzw ihn hätte erkennen müssen.

bau aktuell-Jahr eSabo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum **Heft-download**

Aktion
Jetzt **20%**
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

bau aktuell-Jahresabonnement 2014 inkl. Onlinezugang und App
(5. Jahrgang 2014, Heft 1-6)

EUR 106,40
Statt EUR 133,-

Das Angebot gilt nur für Neuabonnements. Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53