

# 1. Einführung in das Anti-Claim-Management

## 1.1. Definitionen

### 1.1.1. Claim-Management

Claim-Management ist erst seit einigen Jahren ein geläufiger Begriff, der sich, ursprünglich unter dem Begriff Nachtragsmanagement<sup>1</sup>, als eigenständiger Bereich insbesondere aus dem Projektmanagement sowie dem Contract Management entwickelt hat.

Unter Claim-Management wird das „Management von Ansprüchen und Gegenansprüchen“ verstanden und als wesentlicher Bestandteil eines ergebnisorientierten Projektmanagements betrachtet<sup>2</sup>.

Der Rechnungshof (RH) definiert Claim-Management in Anlehnung an *Oberndorfer*<sup>3</sup> als Methode, Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten zu erkennen und Ansprüche daraus geltend zu machen und durchzusetzen. Diese Methode kann grundsätzlich sowohl von AG als auch AN eines Projektes angewendet werden. In der Regel versteht man aber unter Claim-Management das Bestreben des AN, anhand von Niedrigstpreisangeboten („Unterpreispolitik“) zunächst den Auftrag zu erhalten und gleichzeitig alles daran zu setzen, allfällige Ausschreibungsmängel aus der Angebotsphase zu benutzen, um die in der Regel knapp kalkulierte Angebots- bzw Auftragssumme später während der Bauausführung im Wege von umfangreichen und komplex aufgebauten MKF zu verbessern<sup>4</sup>.

### 1.1.2. Anti-Claim-Management

Unter dem Begriff Anti-Claim-Management wird die Gegenbewegung zum Claim-Management, die Bemühungen des AG, die Claim-Intentionen des AN möglichst einzudämmen, verstanden. Ursprünglich wurde der Begriff (Anti-) Claim-Management im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Prüfung von MKF (also in der Regel bereits in einem fortgeschrittenen Stadium des Projekts)

---

1 Wikipedia, „Nachtragsmanagement“, <http://de.wikipedia.org/wiki/Nachforderungsmanagement> (abgefragt am 21.10.2013).

2 *Gregorc/Weiner*, Claim Management 32.

3 *Oberndorfer*, Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag 22.

4 RH, Mehrkostenforderungen/Claim Management bei der Abwicklung von Bauvorhaben der öffentlichen Hand, Bund 2006/12, 60.

## 1. Einführung in das Anti-Claim-Management

---

verwendet. Das Abwehren von Claims wird auch als Anti-Claiming bezeichnet und ist eine reine Schadensbegrenzung und keine frühzeitige und vorausschauende Tätigkeit, die das Entstehen von Claims erschwert oder verhindert.<sup>5</sup>

Mittlerweile geht das Verständnis von Anti-Claim-Management weit über die sorgfältige Prüfung von MKF hinaus.

Der RH beschreibt die Tätigkeiten des Anti-Claim-Managements<sup>6</sup> als:

**Die vertragskonforme Prüfung und Abwicklung von AN-Nachträgen sowie die Abwehr unberechtigter Vergütungsansprüche durch den AN.**

Der Begriff Anti-Claim-Management hat sich aber auch wertungsmäßig vom ursprünglich neutralen Begriff des Nachtragsmanagements entfernt. Unter einem Nachtrag wird in der Regel eine zwischen AG und AN abgestimmte Vertragsänderung verstanden.

Wird ein Nachtrag hingegen als Claim bezeichnet, deutet das eher darauf hin, dass es sich um einen zwischen den Vertragsparteien strittigen Anspruch handelt<sup>7</sup>. Das einem Claim eigene Konfliktpotential haben auch die öffentlichen Kontrolleinrichtungen erkannt. So forderte der Landesrechnungshof Tirol „*Härte des Auftraggebers, den Bemühungen der Auftragnehmer, die Mehrkosten durchzusetzen, entgegenzutreten.*“ und kritisierte fehlenden Mut, es auf einen Rechtsstreit bei der Abwehr von MKF ankommen zu lassen<sup>8</sup>.

### 1.2. Präventives und aktives Anti-Claim-Management

Grundsätzlich ist es bei Bauvorhaben in den ersten Projektphasen, vor allem in der Entwicklungs- und Vorbereitungsphase, am einfachsten, Einfluss auf den Kostenverlauf zu nehmen. Auch noch in der Vorentwurfphase und der Entwurfsphase ist die Einflussmöglichkeit hoch. Ab dem Zeitpunkt des Grundstückskaufes steigen die Kosten sprunghaft an. In den kommenden Phasen wird die Beeinflussbarkeit der Kosten bis zum Baubeginn immer geringer. Besonders ab Vertragsabschluss ist ein Eingreifen in die Kosten nur mehr sehr schwer möglich. **Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass die Kosten umso weniger beeinflussbar sind, je höher das Projektwissen ist.**

Auf demselben Gedanken basiert die aus dem Qualitätsmanagement bekannte „Zehner-Regel“, die besagt, dass sich die Kosten eines Fehlers mit jeder Lebenszyklusphase, die zwischen Fehlerentstehung und Fehlerentdeckung vergeht, verzehnfachen. Die Suche nach Fehlern sollte daher bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt starten, optimalerweise bei der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen.

---

5 Vgl. *Schladminger*, Risikomanagement nach ISO 31.000 zur Vermeidung von Mehrkostenforderungen 185.

6 RH, Anti-Claimmanagement und Korruptionsbekämpfung bei Straßen- und Bahnbauprojekten 139.

7 *Gregorc/Weiner*, Claim Management 16.

8 Landesrechnungshof Tirol, Umfahrung Brixen im Thale, LR-1020/21, 15.12.2008, 23.

## 1.2. Präventives und aktives Anti-Claim-Management

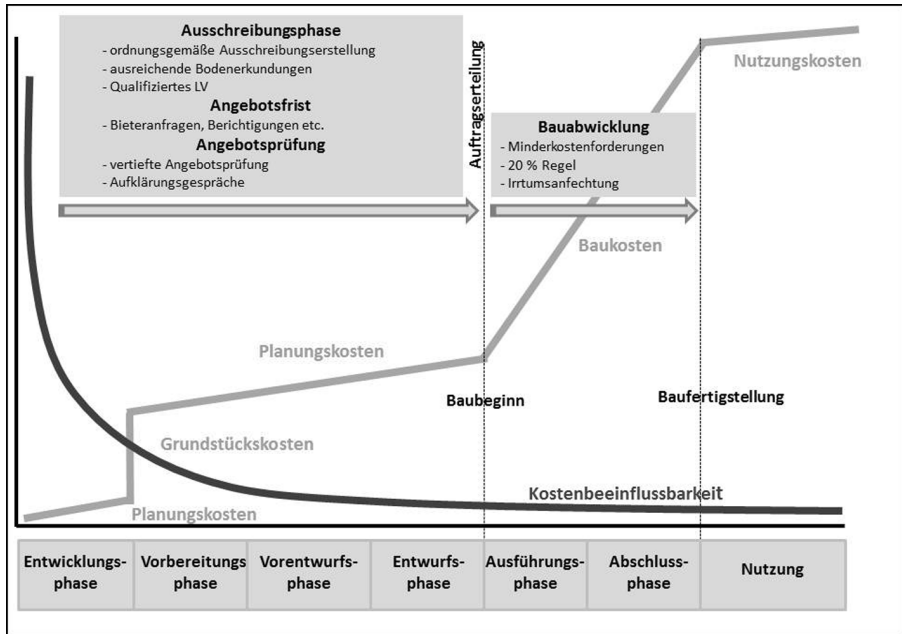


Abb 1: Kostenbeeinflussbarkeit in den Projektphasen gemäß ÖNORM B 1801-1:2009

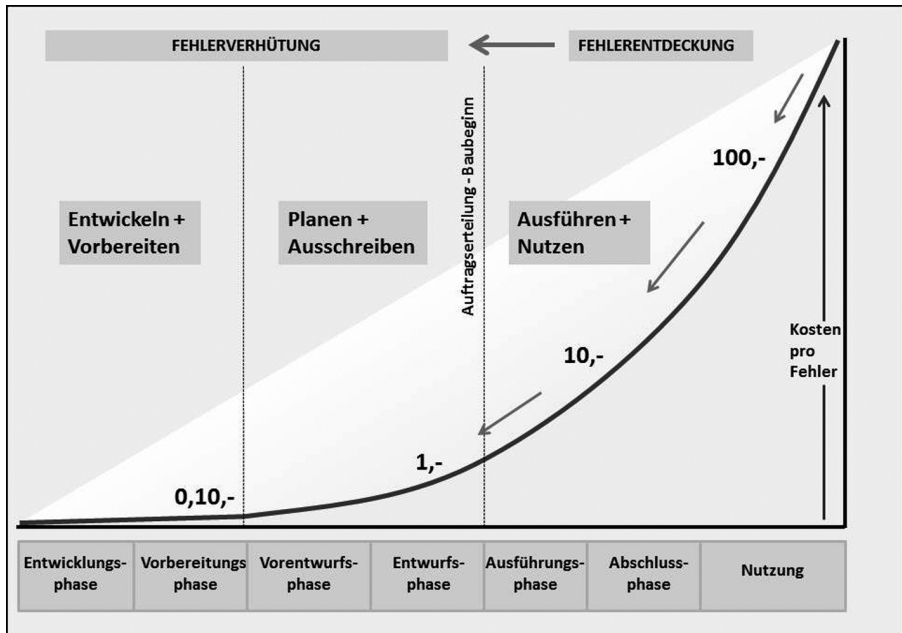


Abb 2: „Zehner-Regel“

## 1. Einführung in das Anti-Claim-Management

Dieselben Überlegungen gelten für das Anti-Claim-Management. Ein erfolgreiches Anti-Claim-Management setzt bereits sehr früh in der Vorbereitungsphase bzw Vorentwurfsphase bei den wesentlichen Projektentscheidungen an.

Unter diesem Aspekt kann man zwischen präventivem Anti-Claim-Management und aktivem Anti-Claim-Management unterscheiden, je nachdem, in welcher Phase des Projekts das Anti-Claim-Management zur Anwendung kommt.

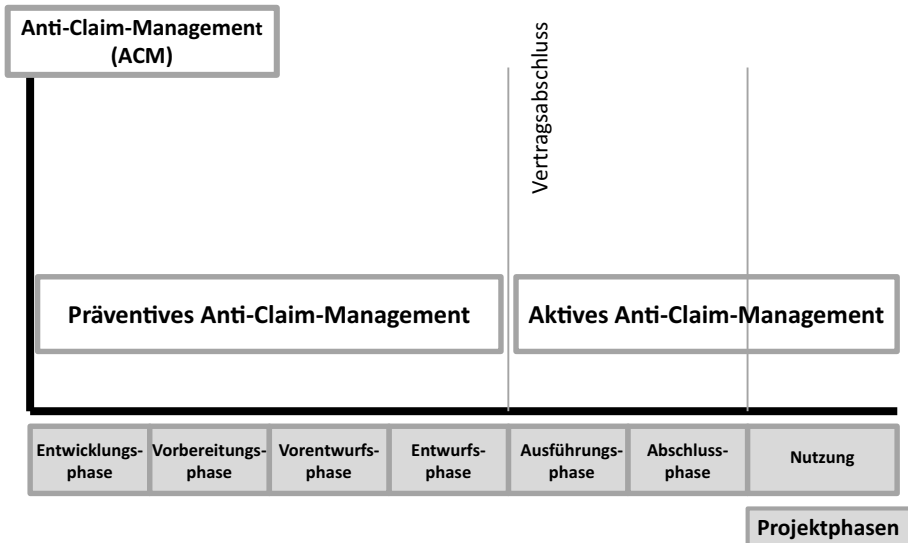


Abb 3: Präventives ACM und aktives ACM

In der Grafik sind die einzelnen Projektphasen laut ÖNORM B 1801-1:2009 abgebildet. Die Grafik zeigt, in welcher dieser Phasen man noch präventiv und damit vergleichsweise einfach gegensteuern kann und ab welchem Moment aktives Anti-Claim-Management gefragt ist.

### 1.3. Entwicklung und Ursachen des (Anti-)Claim-Managements

Als Ursache für die rasche Entwicklung des Claim-Managements werden die verschärfte internationale Wettbewerbssituation, das rasche Steigen der Baupreise, das immer komplexer werdende Projektumfeld<sup>9</sup>, aber auch die Tendenz von AG, Aufträge mehrheitlich nach dem Billigstbieterprinzip zu vergeben, genannt. Bauprojekte haben folgende spezielle Eigenschaften:

<sup>9</sup> Gregorc/Weiner, Claim Management 15.

- Jedes Bauprojekt ist ein Prototyp – keine Serienfertigung möglich;
- die Rahmenbedingungen wie Witterung und Baugrund sind nicht vorhersehbar;
- der Marktpreis bildet sich bei jedem Bauvorhaben neu;
- die Kalkulation (Schätzung) des Angebotspreises erfolgt aufgrund eines unfertigen Planstandes.

Aufgrund dieser speziellen Eigenschaften und aufgrund der Komplexität und Größe der einzelnen Projekte kommt es im Bauwesen immer wieder zu Änderungen und „Störungen“ in den Projekten. Das Ergebnis sind zusätzliche Aufwendungen, die die Vertragsparteien jeweils nicht selbst übernehmen wollen.

AG reagieren daher ebenfalls mit Anti-Claim-Management-Maßnahmen. Der Budgetdruck einerseits, bei öffentlichen AG aber vor allem auch die Vorgaben und Empfehlungen des RH, machen Anti-Claim-Management-Maßnahmen unumgänglich.

Im Falle von öffentlichen AG resultiert die Verpflichtung zu einem professionellen Anti-Claim-Management aus dem allgemeinen Prinzip, dass öffentliche Gelder „sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig“ einzusetzen sind. Diese ganz allgemeine haushaltsrechtliche Vorgabe findet sich bei einigen öffentlichen AG, die in Österreich zu den wichtigsten AG im Baubereich zählen, auch in ihren jeweiligen Gründungsgesetzen verankert<sup>10</sup>.

Hinzu kommt, dass in der öffentlichen Wahrnehmung besonders die Errichtungskosten eines öffentlichen Bauvorhabens eine Rolle spielen, weniger die späteren Kosten der Nutzung (obwohl diese idR 90% der gesamten Projektkosten ausmachen). Anti-Claim-Management kann gerade in der Errichtungsphase, wie bereits oben dargestellt wurde, die Kosten wesentlich beeinflussen<sup>11</sup>.

## 1.4. Anti-Claim-Management aus Sicht öffentlicher Kontrolleinrichtungen

### 1.4.1. Grundlage

Die öffentlichen Kontrolleinrichtungen überprüfen im Rahmen ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereiches die Gebarung von Gebietskörperschaften und öffentlichen Unternehmen hinsichtlich ihrer Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl zB §§ 12 ff RHG).

---

<sup>10</sup> Vgl zB § 5 Abs 4 ASFINAG-Gesetz.

<sup>11</sup> *Neunzehn*, Freiburger Arbeitspapiere Nr 2/2013, 1.

### 1.4.2. Schlüsselfaktoren des Anti-Claim-Managements

Bei der Überprüfung der Anti-Claim-Management-Systeme (Prozesse, Funktionen und Verantwortlichkeiten) einiger öffentlicher AG definierte der RH<sup>12</sup> folgende Schlüsselfaktoren, die für die Erkennung, Bearbeitung und Abwehr von Claims der AN von besonderer Bedeutung sind:

- Vier-Augen-Prinzip,
- Genehmigungsregeln,
- Wertgrenzen für Zuständigkeiten bei Leistungsänderungen,
- Regelungen zur Gegenrechnung entfallener Leistungen bei der Beauftragung von Zusatzleistungen in Bezug auf Wertgrenzen für deren Genehmigung (Saldierung),
- Fristen für die Abwicklung von Leistungsänderungen (Zusatzleistungen) sowie
- Analyse von Abweichungen bei der Abrechnung durch Soll-Ist-Vergleiche.

Jeder dieser Schlüsselfaktoren kann nach Ansicht des RH für ein wirkungsvolles Anti-Claim-Management bedeutsam sein.

Die seitens der Kontrolleinrichtungen geforderten Maßnahmen, die zur Durchführung eines den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechenden Bauvorhabens zu ergreifen sind, gehen oft auch über die Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen der Auftragsvergabe<sup>13</sup> hinaus. So fordert der RH auch unter dem vergaberechtlichen Schwellenwert, unter dem die Direktvergabe von Leistungen zulässig ist<sup>14</sup>, die Einholung von mehreren Vergleichsangeboten. Der Verzicht auf Vergleichsangebote ist unabhängig vom Auftragswert nur in vor der Auftragsvergabe nachvollziehbar dokumentierten Fällen zulässig. Andernfalls kann die Preisangemessenheit und damit die Wirtschaftlichkeit eines Angebots (Hauptangebot oder Angebot über spätere Zusatzleistungen) nicht beurteilt werden<sup>15</sup>.

## 1.5. Rechtliche Grundlagen des Anti-Claim-Managements

### 1.5.1. Allgemeines

Bei der Abwicklung eines Bauvorhabens werden zahlreiche Verträge unterschiedlicher rechtlicher Qualität geschlossen. Zivilrechtlich sind die Hauptverträge bei einem Bauvorhaben, der Architektenvertrag (Planung) sowie der

---

12 RH, Anti-Claimmanagement und Korruptionsbekämpfung bei Straßen- und Bahnbauvorhaben 140 f.

13 Vgl Kapitel 1.5.3.

14 Zur Zulässigkeit der Direktvergabe vgl § 41 Abs 2 BVergG iVm § 1 Z 1 Schwellenwertverordnung 2012, BGBl II 2013/262 (bis 31.12.2014).

15 RH, Bundesimmobiliengesellschaft, Bund 2013/5, 162 ff.

Bau(projekt)vertrag idR als Werkverträge iSd §§ 1165 ff ABGB zu qualifizieren, unter Umständen auch als Bevollmächtigtungsvertrag (§§ 1002 ff ABGB) oder als „gemischter“ Vertrag (Planung und örtliche Bauaufsicht)<sup>16</sup>. Die genannten Bestimmungen des ABGB<sup>17</sup>, in den diese Verträge geregelt sind, existieren seit mittlerweile über 200 Jahren relativ unverändert. Die Rechtsprechung entwickelt die Bedeutung der Rechtsgrundlagen laufend weiter und wendet sie auf Sachverhalte an, die der Gesetzgeber vor 200 Jahren noch nicht vor Augen hatte. Die Grundprinzipien (zB die Sphärentheorie<sup>18</sup>) sind aber über die Jahre unverändert geblieben.

Auf der anderen Seite gab es in Rechtsbereichen, wie zB im Bundesvertragsgesetz, insbesondere seit dem EU-Beitritt Österreichs Entwicklungen, die zu einer Vervielfachung der rechtlichen Vorgaben für AG und Auftragnehmer geführt haben und in den nächsten Jahren auch noch weiter führen werden. Auch die ÖNORM B 2110 veränderte sich in den letzten Jahren häufiger und stärker als in den Jahrzehnten seit ihrer erstmaligen Veröffentlichung im Jahr 1947.

### 1.5.2. ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118<sup>19</sup>

#### 1.5.2.1. Allgemeines

Bei den ÖNORMEN B 2110 und B 2118 handelt es sich um sogenannte Werkvertragsnormen, also ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten (vgl zB ÖNORM B 2110, Pkt 4.2.2). Ist der AG öffentlicher AG iSd § 3 BVergG, ist er verpflichtet, die ÖNORM B 2110 als geeignete Leitlinie seinen Bauwerkverträgen zugrunde zu legen<sup>20</sup>.

Sektorenauftraggeber oder AG, die das BVergG nicht anwenden müssen („nicht öffentliche“ oder „private AG“), können Werkvertragsnormen vereinbaren, sind aber nicht dazu verpflichtet.

**Werden Werkvertragsnormen nicht vereinbart, gelten sie nicht automatisch oder subsidiär für den Fall, dass keine andere vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, wie zB das ABGB<sup>21</sup>.**

---

16 OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d.

17 Das ABGB verwendet im Zusammenhang mit dem Werkvertrag nicht die Begriffe Auftraggeber und Auftragnehmer, sondern die Begriffe „Besteller“ und „Unternehmer“ (vgl zB § 1168 ABGB). Dieses Buch bleibt bei der in der Praxis gebräuchlichen Bezeichnung.

18 Vgl Kapitel 2.2. und Kapitel 4.1.

19 Die Bestimmungen der ÖNORM B 2118 werden nur dann gesondert erwähnt, wenn sie in ihrer Bezeichnung oder inhaltlich von denjenigen der ÖNORM B 2110 abweichen.

20 Vgl Kapitel 1.5.3.

21 Insbesondere gelten Werkvertragsnormen, wie die ÖNORM B 2110 und die ÖNORM B 2118, nicht als Gebrauch im Geschäftsverkehr iSd § 346 UGB.

Technische Normen gelten ebenfalls nicht automatisch, es sei denn, sie werden durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt<sup>22</sup>. Im Streitfall beurteilt der vom Gericht beigezogene Sachverständige, welche technischen Normen als Maßstab für die Anforderungen an ein Bauwerk heranzuziehen sind. Technische Normen können die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ wiedergeben, sie können aber auch hinter diesen zurückbleiben<sup>23</sup>.

**Es sprechen allerdings mehrere Gründe dafür, die Bauwerkvertragsnormen vertraglich zu vereinbaren oder zumindest bei der Gestaltung von Bauverträgen zu berücksichtigen.**

Ein Grund ist die Auslegung der Bauwerkvertragsnormen durch die Rechtsprechung, zu der es im Streitfall kommt.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes (OGH) sind ÖNORMEN weder Allgemeine Geschäftsbedingungen noch das Ergebnis von Vertragsverhandlungen und somit nicht nach der sogenannten „Unklarheitenregelung“ (§ 915 ABGB) zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sie verwendet, sondern objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen<sup>24</sup>. ÖNORMEN sind auszulegen wie Gesetze, dh sie sind so zu verstehen, wie sie ein durchschnittlicher Vertragspartner (im konkreten Fall also ein durchschnittlicher mit Bauprojekten befasster Unternehmer) verstehen würde<sup>25</sup>.

Ein zweiter Grund ist die Branchenüblichkeit der ÖNORMEN. Der Umstand, dass die Bauwerkvertragsnormen bei vielen Bauvorhaben verwendet werden, hat den praktischen Vorteil, dass sowohl die Vertragsparteien als auch das im Streitfall mit der Vertragsinterpretation befasste Gericht bereits mit Aufbau und Inhalt der ÖNORMEN vertraut sind. Zu den Bauwerkvertragsnormen besteht ein gewisser Grundstock an Judikatur, wenngleich diese nicht besonders umfangreich ist. Gerichtsentscheidungen sind leichter einschätzbar, wenn bereits vergleichbare Fälle bestehen, was bei Werkvertragsklauseln, die nur von einzelnen AG verwendet werden oder die das Ergebnis langer Vertragsverhandlungen waren, nicht der Fall ist.

**Jedenfalls geben auch die Werkvertragsnormen ÖNORM B 2110 und 2118 einen Hinweis auf die Branchenüblichkeit von Vertragsklauseln, wenn es keine ausreichenden Regelungen im vorhandenen Vertragswerk gibt.**

Ein weiterer Grund für die Verwendung ist die Rechtssicherheit der ÖNORM-Bestimmungen selbst. Da ÖNORMEN in paritätisch besetzten Ausschüssen in langwierigen Verfahren zustande kommen, geht die Rechtsprechung davon aus,

---

22 § 5 NormenG 1971.

23 JBl 2010, 709. Vgl zB die NÖ Bauordnung 1996 idF LGBl 8200-22 v 5.12.2013.

24 OGH 19.12.2007, 3 Ob 211/07m.

25 *Wenusch*, ÖNORM B 2110, Einleitung II 40.



dass ihr Inhalt alle denkbaren Interessen ausgewogen berücksichtigt und ÖNORM-Klauseln daher grundsätzlich nicht sittenwidrig sind<sup>26</sup>.

Umgekehrt hat der OGH bereits mehrfach ausgesprochen, dass das starke Abweichen von ÖNORM-Klauseln durchaus sittenwidrig sein kann. Dieser Umstand kann während der Vertragsverhandlungen als Argument dafür verwendet werden, die ÖNORM-Bestimmungen zu vereinbaren.

Allerdings geht die ÖNORM B 2110 teilweise selbst davon aus, dass die Vertragsparteien im Bauwerkvertrag noch detailliertere, über die ÖNORM-Klausel hinausgehende Regelungen treffen werden (vgl zB ÖNORM B 2110, Pkt 6.2.2: „Wichtige Gründe sind insbesondere jene, die gemäß 5.8 zum Rücktritt berechtigen würden sowie jene, die im Vertrag ausdrücklich angeführt sind“ oder Pkt 10.2.1: „Der AG hat, wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, die Leistung nach Erhalt der Aufforderung binnen einer Frist von 30 Tagen zu übernehmen“).

**Treffen die Vertragsparteien von der ÖNORM abweichende Regelungen, so gehen diese den Bestimmungen der ÖNORM vor (ÖNORM B 2110, Pkt 5.3.1.8). Wird die ÖNORM B 2110 vereinbart, geht sie – wie jede andere vertragliche Regelung, die dispositives Recht betrifft – der gesetzlichen Bestimmung vor.**

### 1.5.2.2. „Claim-relevante“ Bestimmungen der ÖNORMEN

Folgende Bestimmungen der ÖNORM B 2110 sind im Hinblick auf das Anti-Claim-Management für den AG von besonderer Bedeutung:

- Prüf- und Warnpflicht,<sup>27</sup>
- Leistungsänderungsrecht,<sup>28</sup>
- Dokumentation,<sup>29</sup>
- Abrechnung.<sup>30</sup>

Während die Rechtsprechung das starke Abweichen von Bestimmungen der ÖNORM B 2110 in einem Bauvertrag unter Umständen als sittenwidrig ansieht, erachtet der RH unabhängig von der vertraglichen Vereinbarung auch das faktische Abweichen von ÖNORM-Bestimmungen während des Bauablaufes als problematisch.

Der RH<sup>31</sup> stellte zB kritisch fest, dass der AG die in der ÖNORM B 2118 festgelegten Regelfristen für die Einreichung und Prüfung von Mehr- bzw Minderkosten-

---

26 OGH 23.4.2009, 8 Ob 164/08p.

27 Vgl Kapitel 4.8.

28 Vgl Kapitel 4.6.

29 Vgl Kapitel 4.9. und Kapitel 10.

30 Vgl Kapitel 4.12. und Kapitel 6.

31 RH, ASFINAG Bau Management GmbH hinsichtlich der Errichtung der 2. Röhre des Tauerntunnels, Bund 2012/8, 201 f.

forderungen regelmäßig erheblich überschritten hat. Er bemängelte diesen Umstand, der durch Inhalt und Umfang der Mehr- und Minderkostenforderungen nicht gerechtfertigt war, sowie die fehlende durchgängige Dokumentation der Gründe für die Fristverlängerungen. Nach Ansicht des RH wurde der Intention der ÖNORM B 2118, nämlich die Anpassung von Entgelt und Leistung effizient und rasch zu vereinbaren, nicht entsprochen.

### 1.5.3. Bundesvergabegesetz

#### 1.5.3.1. Öffentliche Auftraggeber

Für öffentliche AG (§ 3 BVergG) ist das Bundesvergabegesetz (BVergG) die zentrale Rechtsgrundlage für die Gestaltung von Ausschreibungen.

##### § 3 Abs 1 BVergG

§ 3. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
  - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
  - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
  - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

#### 1.5.3.2. Sektorenauftraggeber

##### 1.5.3.2.1. Definition

Ausschreibungen im Rahmen von Sektorentätigkeiten (§§ 167–172 BVergG) unterliegen nur teilweise dem Anwendungsbereich des BVergG. Sektorentätigkeiten sind:

- Gas, Wärme und Elektrizität (§ 167 BVergG),
- Wasser (§ 168 BVergG),
- Verkehrsleistungen (§ 169 BVergG),
- Postdienste (§ 170 BVergG),
- Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen (§ 171 BVergG),
- Häfen und Flughäfen (§ 172 BVergG).

##### § 164 BVergG

§ 164. Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber.

Auch private Unternehmen können unter bestimmten Voraussetzungen Sektorenauftraggeber sein und haben dann die Bestimmungen des BVergG zu beachten, die für Sektorenauftraggeber relevant sind (§§ 163 ff BVergG).

### 1.5.3.2.2. Unterschiede zum „klassischen“ Vergabeverfahren

Für Sektorenauftraggeber gelten andere, größtenteils erleichterte Bestimmungen für die Abwicklung von Vergabeverfahren. Die aus Sicht des Anti-Claim-Managements wichtigsten Unterschiede<sup>32</sup> sind:

- Höhere Schwellenwerte,<sup>33</sup>
- kürzere Teilnahme- und Angebotsfristen,<sup>34</sup>
- vereinfachte Dokumentationspflichten, zB muss die Wahl des Vergabeverfahrens nicht in einem Aktenvermerk begründet werden,<sup>35</sup>
- vereinfachte Wahl zwischen Best- und Billigstbieterprinzip,
- mehr Spielraum bei der Preisgestaltung,<sup>36</sup>
- mehr Spielraum beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen,
- mehr Spielraum bei der Festlegung von Eignungsnachweisen,
- Möglichkeit, für die Eignungsprüfung ein Prüfsystem zu verwenden (§ 232 BVergG),
- Möglichkeit, eigene Ausscheidenstatbestände festzulegen,<sup>37</sup>
- mehr Spielraum beim Ausschluss von Angeboten,<sup>38</sup>
- keine Verpflichtung zur Anwendung geeigneter Leitlinien.

Sektorenauftraggeber, die öffentliche AG oder öffentliche Unternehmen (§ 165 BVergG) sind, sollten allerdings die Empfehlungen der Kontrollinstanzen im Auge behalten, die die gesetzlichen Freiheiten doch wieder etwas einschränken. So empfiehlt zB das Kontrollamt der Stadt Wien auch Sektorenauftraggebern, jeweils aktuelle standardisierte Leistungsverzeichnisse (an Stelle von eigenen „Projekt-Leistungsverzeichnissen“) heranzuziehen, auch wenn dazu nach dem BVergG keine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung besteht<sup>39</sup>.

Aus Sicht eines wirkungsvollen Anti-Claim-Managements kann es ebenfalls sinnvoll sein, den gesetzlichen Spielraum für Sektorenauftraggeber nicht voll aus-

32 Vgl im Detail die Gegenüberstellung der Bestimmungen in *Ertl/Heinisch*, Der Sektorenauftraggeber 23 ff.

33 [http://www.ztkammer.at/uploads/file/2013/Schwellenwerte%2001\\_01\\_2014.pdf](http://www.ztkammer.at/uploads/file/2013/Schwellenwerte%2001_01_2014.pdf) (abgefragt am 7.4.2014).

34 Zu den gesetzlichen Mindestfristen in Vergabeverfahren vgl den Fristenrechner der Wiener Zeitung: <https://www.pep-online.at/BC/periodswizard.aspx> (abgefragt am 31.3.2014).

35 *Ertl/Heinisch*, Der Sektorenauftraggeber 12.

36 ZB gilt § 24 Abs 7 BVergG, der festlegt, dass Festpreise für einen Zeitraum von maximal 12 Monaten vereinbart werden dürfen, im Sektorenbereich nicht.

37 *Ertl/Heinisch*, Der Sektorenauftraggeber 16.

38 Vgl § 68 BVergG („Der Auftraggeber hat auszuschließen“) und § 229 BVergG („Der Sektorenauftraggeber kann ausschließen“).

39 Kontrollamt der Stadt Wien, KA SWB-GU 230-1/12, 5.

zuschöpfen, sondern sich an den Regeln für klassische öffentliche AG zu orientieren.

### 1.5.3.3. Übersicht über die vergaberechtlichen Regelungen

Das BVergG enthält sowohl für AG als auch potentielle Auftragnehmer (Bieter) umfangreiche Regelungen. Grundsätzlich betreffen diese Regelungen den Aufbau von Ausschreibungsunterlagen, den ordnungsgemäßen Ablauf von Vergabeverfahren und die Rechtsschutzmöglichkeiten, die für Bieter im Zuge solcher Vergabeverfahren bestehen. Ein Vergabeverfahren endet entweder mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages (Zuschlagserteilung) oder mit dem Widerruf des Vergabeverfahrens (§ 135 BVergG), also der Beendigung des Verfahrens ohne Zuschlagserteilung an einen Bieter. Die gesetzlichen Wirkungen gehen aber weit über das tatsächliche Vergabeverfahren hinaus, weil es zahlreiche Vorgaben auch für die Gestaltung des Vertrages zwischen AG und AN enthält. Großteils richten sich diese gesetzlichen Vorgaben an den AG, aber es lassen sich auch einige Vorgaben für AN ableiten. Im Streitfall leitet das Gericht aus allen verfügbaren Rechtsgrundlagen etwaige Ansprüche der Vertragsparteien ab. Zu einem sorgfältigen Anti-Claim-Management öffentlicher AG gehört eine genaue Kenntnis der vergaberechtlichen Bestimmungen.

Private AG sind nicht verpflichtet, die Bestimmungen des BVergG einzuhalten. Aus der umfangreichen Rechtsprechung der Vergabebehörden lassen sich allerdings einige allgemeine Grundregeln ableiten, die auch für private Auftraggeber nützliche Rahmenbedingungen für die Abwicklung von Projekten bieten können.

#### **Forderung des RH<sup>40</sup>**

„Ungeachtet dessen, dass das Bundesvergabegesetz nicht anzuwenden ist, wären aus Gründen der Verfahrenstransparenz die Verfahrensgrundsätze des Bundesvergabegesetzes einzuhalten und gravierende Abweichungen zu begründen. Dies schafft Transparenz und wahrt die Chance, das dem Bieterwettbewerb innewohnende Potenzial – die wirtschaftlichste Lösung zu finden – auszuschöpfen.“

### 1.5.3.4. Grundsätze des Vergabeverfahrens

#### 1.5.3.4.1. Allgemeine Grundsätze

Die allgemeinen Grundsätze, die in einem Vergabeverfahren einzuhalten sind, sind in § 19 BVergG<sup>41</sup> geregelt:

#### **§ 19 Abs 1 BVergG**

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskri-

---

40 RH, Ländlicher Wegebau, geförderte Baumaßnahmen der Länder Burgenland, Niederösterreich und Oberösterreich, Bund 2012/9, 296.

41 Vgl auch Art 2 der RL 2004/18/EG.