

Müller Katharina

# Vorbeugendes und konstruktives Claim-Management

## Ein Ansatz zur konfliktvermeidenden und lösungsorientierten Abwicklung von Bauprojekten



Bauprojekte sind in der Regel komplex und erfordern technische, rechtliche und bauwirtschaftliche Kenntnisse auf Seiten beider Vertragspartner sowie ein ordentliches Projektmanagement. Bei der Abwicklung eines Bauprojekts kommt es darauf an, bei Auftreten von Leistungsabweichungen rechtzeitig zu steuern und zu agieren, statt erst in schwierigen Situationen Maßnahmen zu setzen. Mit einer fairen und vorausschauenden Vertragsgestaltung sowie konstruktiven Projektabwicklung können Probleme schon im Vorfeld erkannt, Leistungsabweichungen auf Basis des Vertrages bearbeitet und Konflikte vermieden werden. Dieser Beitrag gibt einen kurzen Überblick über Maßnahmen zur Einrichtung eines vorbeugenden und konstruktiven Claim-Management, insbesondere durch die korrekte und umfassende Beschreibung des Bau-Soll durch den Auftraggeber (in der Folge AG), sorgfältige Arbeitsvorbereitung und Dokumentation des Bau-Ist durch den Auftragnehmer (in der Folge AN) sowie den Einsatz von Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung zur Vermeidung von kosten- und zeitintensiven Bauprozessen.

### 1 EINLEITUNG

Claim-Management hat als Begriff in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die meisten Definitionen umschreiben Claim-Management als den Umgang mit Forderungen, die sich auf Abweichungen von ursprünglich geschuldeten Leistungsinhalten des abgeschlossenen Bauwerkvertrages ergeben. Diese Abweichungen können das Ergebnis von Leistungsänderungen oder Leistungsstörungen sein. [1] Claims können in allen Phasen eines Projektes entstehen; Claim-Management zieht sich daher als Querschnittsfunktion durch das gesamte Bauprojekt und stellt eine interdisziplinäre Aufgabe dar. Die Hauptaufgabe des Claim-Management ist es, Leistungsabweichungen zeitnah zu erkennen, zu analysieren und auf Basis des Vertrages Ansprüche daraus geltend zu machen oder auch abzuwehren. Diese Aufgabe muss auf der Auftraggeberseite und auf der Arbeitnehmerseite wahrgenommen werden. Es handelt sich daher um eine projektübergreifende Funktion, die mit der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen und der Kalkulation beginnt und erst nach Ende der Gewährleistung endet. Dabei können un-

terschiedliche Ansätze gewählt werden. Oberndorfer unterscheidet zunächst vorbeugendes und aktives Claim-Management und differenziert weiters zwischen aggressivem und defensivem Claim-Management. [2] In Weiterentwicklung dieses Ansatzes kann zusätzlich der Begriff des konstruktiven Claim-Management eingeführt werden. Dabei steht ein präventiver und lösungsorientierter, auf Konsens gerichteter Zugang im Vordergrund. Ziel ist es, Leistungsabweichungen rechtzeitig zu erkennen, auf Basis des Vertrages daraus Forderungen abzuleiten sowie für komplexe Fragestellungen einvernehmlich für beide Vertragspartner akzeptable Lösungen zu finden. Voraussetzung ist der Wille der Vertragspartner auf einander zuzugehen und Kompromissbereitschaft zu zeigen. Kompromisslose Zugänge führen in der Regel zu Eskalation und letztlich langwierigen Rechtsstreitigkeiten. [3]

Der lösungsorientierte Zugang des konstruktiven Claim-Management fordert die Mitwirkung von AG und AN. Der AG ist primär gefordert, das Bau-Soll sorgfältig zu beschreiben und eine korrekte und vollständige Leistungsbeschreibung herzustellen, sofern der hier als Regelfall

unterstellte Fall vorliegt, dass die Leistungsbeschreibung in Form eines Leistungsverzeichnisses vom AG stammt.

Der AN ist gefordert, den Vertrag in der Angebotsphase soweit im Rahmen der Kalkulation sachgerecht und möglich zu analysieren, das Bau-Soll im Angebot möglichst korrekt zu bewerten und während der Ausführung einen laufenden Soll-Ist Vergleich durchzuführen sowie eine ÖNORM konforme Dokumentation zu erstellen. Der AG seinerseits zeigt die Bereitschaft, mit Nachträgen sachlich umzugehen, Nachtragsforderungen rasch und fundiert zu prüfen sowie im Rahmen der Vertragsfortschreibung auch zu beauftragen. [4]

> Abb. 1

### 2 BESCHREIBUNG DES BAU-SOLL DURCH DEN AG

Claims sind in der Regel das Resultat von Leistungsabweichungen infolge von Leistungsänderungen oder Störungen der Leistungserbringung. [6] Darunter werden in der Diktion der ÖNORM B 2110 Abweichungen vom Leistungsumfang

(Synonym für Bau-Soll) verstanden, die den AN zur Geltendmachung von Mehrkosten berechtigen. Die klare und richtige sowie vollständige Beschreibung des Bau-Soll im Bauvertrag ist ein wesentlicher Faktor, um Claims in der Folge zu vermeiden. Leistungsänderungen sind nämlich oft die Folge einer unklaren oder unvollständigen Leistungsbeschreibung. Störungen der Leistungserbringung hingegen haben ihre Ursache regelmäßig in einem unzureichenden Projektmanagement des AG und seiner Erfüllungsgehilfen (ÖBA, Generalplaner..).

Im Rahmen eines vorbeugenden Claim-Management-Konzepts sollten AG daher der Formulierung des Bau-Soll (bereits in der Projektvorbereitung) besonderes Augenmerk schenken. Der Begriff des Bau-Soll (Leistungsumfanges) ist im

ABGB nicht definiert. Nach dem Konzept des Werkvertragsrechtes schuldet der AN die Herstellung des vertraglich vereinbarten Werkes. Das Werk selbst wird im Gesetz nicht weiter beschrieben, die Vereinbarung des konkreten Werkes hat daher im Werkvertrag zu erfolgen. Regelmäßig enthält der Werkvertrag daher die Beschreibung des Leistungsumfanges. Weiters müssen die Vertragspartner eine Einigung dazu finden, auf welche Weise das geschuldete Werk herzustellen ist. Der AN verpflichtet sich letztlich zur Herstellung eines bestimmten Erfolges. Dabei hat er bestimmte Risiken zu tragen. Allerdings treffen manche Risiken auch den AG, sodass bei deren Verwirklichung die Erfolgshaftung des AN durchbrochen wird (beispielsweise das Baugrundrisiko). [7]

Die ÖNORM B 2110 konkretisiert die gesetzlichen Regelungen; unter dem Bau-Soll (synonym wird der Begriff des Leistungsumfanges verwendet) werden alle Leistungen, die sich letztlich aus den dem Vertrag zugrundeliegenden Unterlagen ergeben, zusammengefasst. Weiters werden aber auch die aus den Unterlagen abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umstände der Leistungserbringung als Vertragsinhalt angeführt. Die Basis der vertraglich vom AN geschuldeten Leistung und damit der vom AN beim ÖNORM B 2110 Vertrag geschuldete Erfolg ist daher das Bau-Soll. Punkt 7.2.1 der ÖNORM B 2110 regelt dementsprechend auch, dass das vertraglich vereinbarte Entgelt die Erbringung des Bau-Soll abdeckt. Kommt es zu Abweichungen vom Bau-Soll (Leistungsabweichungen), so hat der AN einen Anspruch auf Mehrentgelt. Um Leistungsabweichungen rechtzeitig zu erkennen und Mehrkosten geltend machen zu können, ist es von erheblicher Bedeutung, dass das Bau-Soll klar und eindeutig beschrieben und in der Folge als Ausgangspunkt für die Leistungserbringung herangezogen wird.

Die Pflicht zur sorgfältigen Beschreibung des Bau-Soll trifft den AG, wenn dieser die Leistungsbeschreibung beistellt.[8] Der AG trägt das Beschreibungs- und Vollständigkeitsrisiko und darf nicht davon ausgehen, dass eigene Fehler bei der Beschreibung des Bau-Soll den Bietern im Zuge der Kalkulation auffallen müssen und diese zur umfassenden Prüfung der Ausschreibungsgrundlagen verpflichtet sind.

Prinzipiell kann ein Bieter den Angaben in der Ausschreibung/den Anbotsunterlagen nämlich vertrauen und muss im Zuge der Kalkulation nicht prüfen, ob diese unklar, widersprüchlich, falsch oder lückenhaft sind. Zu berücksichtigen ist auch der Informationsvorsprung des AG, der genaue Kenntnisse über die zu erbringende Leistung hat, sowie die Verpflichtungen, die den AG bei der

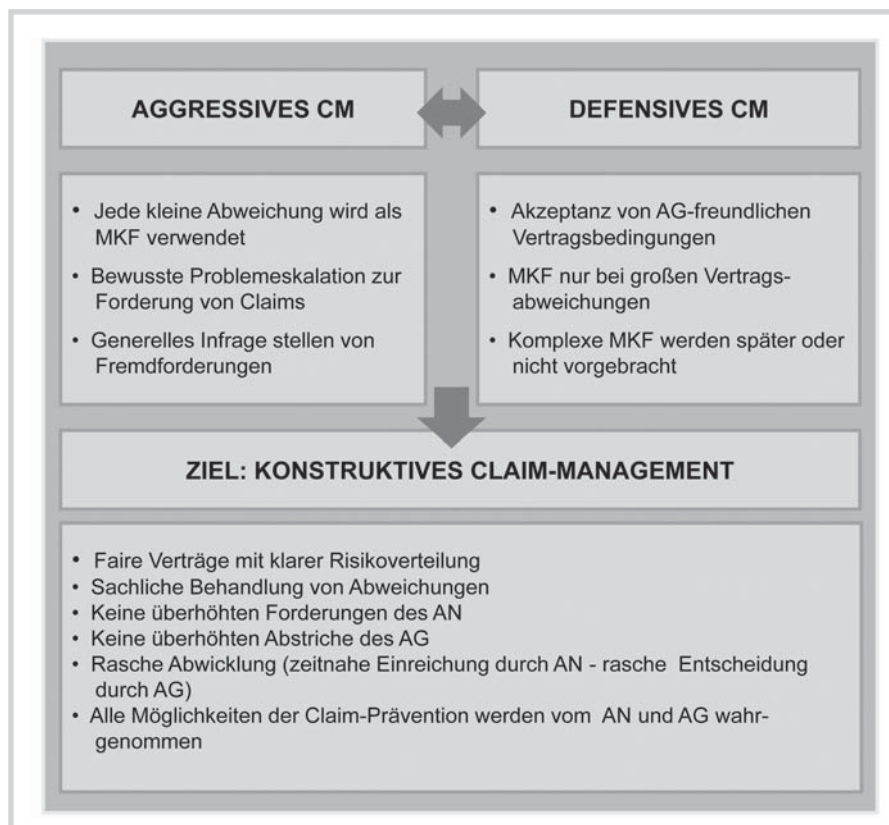


Abb. 1: Claim-Management-Strategien [5]

Beschreibung der Leistung und der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses aufgrund des Bundesvergabegesetzes, aber auch der ÖNORMEN treffen. An die Prüf- und Warnpflicht des Bieters sind daher keine überspannten Anforderungen zu stellen; sie dürfen in Bezug auf die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen nicht überspannt werden. [9] Der AN darf demnach grundsätzlich den Angaben des AG vertrauen, sofern er nicht im Rahmen der vorvertraglichen Prüfpflicht der Ausschreibungsunterlagen offensichtlich unrichtige Angaben als solche erkennen kann. [10]

Im Rahmen eines vorbeugenden Claim-Management hat der AG diese Grundsätze zu berücksichtigen und daher der sorgfältigen und ordentlichen sowie vollständigen Beschreibung des Bau-Soll im Zuge der Ausschreibungsvorbereitung besondere Bedeutung zuzumessen.

### 3 EINRICHTUNG EINES PROJEKTMANAGEMENT-SYSTEMS UND WAHRNEHMUNG DER KOORDINATIONSFUNKTION DURCH DEN AG

Bauablaufstörungen, die zu Claims führen, sind oft die Folge eines unzureichenden Projektmanagement durch den AG. Den AG trifft sowohl nach dem ABGB als auch nach den einschlägigen ÖNORMEN [11] die Nebenpflicht aus dem Werkvertrag, die einzelnen Leistungen der bei der Werkherstellung tätigen Unternehmer zeitlich und den Erfordernissen des technischen Ineinandergreifens der Werkleistungen entsprechend zu koordinieren. [12] Es folgt schon aus dem im Bauwesen typischen Zusammenwirken von Bauherrn und bauausführenden Unternehmen die Pflicht des Bauherrn, die Werkunternehmer zu koordinieren. [13]

Diese Koordinationspflicht dient der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung und eines geordneten Gesamtablaufs. Dabei müssen die einzelnen

aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt. [14] Im Rahmen dieser Koordinationspflicht ist der AG berechtigt und verpflichtet, die Ausführung zu überwachen und Weisungen zu erteilen. [15] Nur er ist in der Lage, das Risiko verspäteter oder mangelhafter Vorleistungen weitgehend zu vermeiden. Der AG muss die Rahmenbedingungen schaffen, die dem AN eine Ausführung seiner Leistungen auf Basis der Vorgaben des Vertrages (und seiner eigenen Kalkulation) erlaubt. Koordinationsverpflichtung heißt demnach primär, dass der AG seinen Verpflichtungen professionell und entsprechend den allgemein anerkannten Standards nachzukommen hat. Ablaufstörungen und daraus resultierende Nachteile, die auf die mangelnde Koordination zurückzuführen sind, entspringen daher der Sphäre des AG [16]. Dem AN gebührt daher gemäß § 1168 Abs 2 ABGB, aber auch Punkt 7. der ÖNORM B 2110 zusätzlich zum Werklohn eine angemessene Entschädigung, wenn eine Verzögerung der Ausführung seines Gewerkes durch Koordinationsmängel verursacht wird.

Auch Punkt 6.2.5 der ÖNORM B 2110 sieht ausdrücklich vor, dass der AG mehrere AN koordinieren muss. Der Projektablauf ist so zu gestalten, dass den einzelnen Werkunternehmern innerhalb der ihnen vorgegebenen Fristen ein kontinuierliches Arbeiten ermöglicht wird. Der AG hat insbesondere auch dafür zu sorgen, dass die einzelnen Verträge mit den Professionisten so abgeschlossen werden, dass keine Schnittstellenprobleme entstehen. [17] Er ist für die Vollständigkeit der Gesamtleistung verantwortlich. In diesem Sinn schuldet der AG insbesondere auch die Einrichtung eines ordentlichen Projektmanagementsystems zur Steuerung des Bauablaufs mit allen seinen Komponenten.

Die Koordinationspflicht ist folglich eine Kernpflicht eines jeden AG. Die ver-

tragliche Verpflichtung zur Koordination der am Bau Beteiligten kann daher nur in einem gewissen Ausmaß auf den AN überwältigt werden. Eine pauschale Überwälzung der Koordinationspflicht scheitert bereits daran, dass der einzelne AN gegenüber den anderen AN regelmäßig keine rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung von Anordnungen hat, da zwischen den einzelnen AN kein Vertragsverhältnis besteht. Im Rahmen der eigenen Koordinationspflicht schuldet der AN lediglich das Bemühen, sich mit den anderen AN auch über den technischen Schulterschluss hinaus zu koordinieren; dies betrifft insbesondere die Koordination der Termin- und Montagepläne.

Der AG kommt seiner Koordinationspflicht dadurch nach, dass er für eine geeignete Projektorganisation nach den Grundsätzen des Projektmanagement, insbesondere eine funktionierende Projektsteuerung sorgt. [18] Damit schafft er auch die Grundlage für einen geordneten Bauablauf, sodass Mehrkosten wegen Störungen der Leistungserbringung möglichst vermieden werden können.

Im Rahmen eines vorbeugenden Claim-Management sollte der AG bei Projektstart das Projektmanagementsystem für die Ausführungsphase im Einvernehmen mit dem AN implementieren, Verantwortlichkeiten klar vergeben und kommunizieren und dafür sorgen, dass das System auch gelebt wird. Dazu gehört die Übergabe eines Projektmanagementhandbuchs an den AN, wobei die Details abgestimmt werden sollten. Ein ordentliches und funktionsfähiges Projektmanagementsystem kann nur funktionieren, wenn alle Projektteilnehmer ihre Kompetenzen und Pflichten kennen, wahrnehmen und im Sinne eines konstruktiven Miteinanders im Projekt konsequent umsetzen. [19]

# vorbeugen

## 4 ANGEBOTSERSTELLUNG, ARBEITSVORBEREITUNG UND CONTRACT MANAGEMENT

Das Kalkulationsrisiko des Bieters besteht darin, die aus der Ausschreibung ableitbaren objektiven Umstände der Leistungserbringung in richtiger Weise kalkulatorisch zu berücksichtigen und in diesem Zusammenhang die richtigen Schlüsse zu ziehen. [20] Auf Basis der im Vertrag vorgegebenen Umstände der Leistungserbringung darf der AN seine Kalkulation und die ihr zugrunde liegenden Annahmen hinsichtlich Leistungsintensität und Ressourceneinsatz optimieren. Im Sinne eines vorbeugenden Claim-Management sollte der AN bereits in der Phase der Angebotserstellung vorhersehbare Abweichungen des Bau-Soll vom Bau-Ist und deren Auswirkungen hinsichtlich Abrechnung und Vorsorge dafür im Bauvertrag abschätzen. [21] Erkennt der AN im Zuge der Angebotserstellung Fehler im Bau-Soll, hat er auf diese im Rahmen der vorvertraglichen Warnpflicht hinzuweisen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob in der vorvertraglichen Phase eine Prüfpflicht hinsichtlich der Ausschreibung besteht. Während die Existenz einer vorvertraglichen Warnpflicht von Lehre und Rechtssprechung uneingeschränkt bejaht wird, trifft dies für vorvertragliche Prüfpflichten nicht zu. Diese bestehen nur in sehr eingeschränktem Ausmaß, im Sinne einer eingeschränkten, kalkulationsbezogenen Prüfpflicht. Wurden die Ausschreibungs-/Anbotsunterlagen vom AG oder seinen Erfüllungsgehilfen erstellt und zur Kalkulation vor Anbotslegung zur Verfügung gestellt, darf jeder Bieter grundsätzlich darauf vertrauen, dass es sich dabei um eine korrekte, vollständige und zur Kalkulation geeignete Unterlagen handelt. [22] Er muss also nicht im Detail prüfen, ob diese Unterlagen unklar, widersprüchlich falsch oder lückenhaft sind. Dazu ist fest zu halten, dass sich der Bieter in der Anbotsphase ausschließlich vor dem Hintergrund der

Preisfindung mit den Anbotsunterlagen zu befassen hat. Die Durchdringungstiefe des Bieters ist daher wesentlich geringer als die des AG; eine Plausibilitätsprüfung der Ausschreibungsunterlagen wird daher ausreichend sein, um eine ordentliche Kalkulation durchzuführen. [23] Dem AN kann jedenfalls nicht zugemutet werden, in der kurzen Phase der Angebotsfrist kostspielige und aufwändige Untersuchungen anzustellen, um sich selbst taugliche Anbotsgrundlagen zu erarbeiten. Es ist jedoch anerkannt, dass der AN soweit mitzudenken hat, wenn er die Ausschreibungsunterlagen durcharbeitet, dass er den AG über erkennbare Fehler oder Widersprüche und Unvollständigkeiten informiert und aufklärt. [24]

Nach Auftragsvergabe beginnt die Phase der Arbeitsvorbereitung für den AN, in deren Verlauf das Bau-Soll zu dokumentieren, der Detailterminplan in Abstimmung mit dem AG erstellt und eine sorgfältige Ressourcenplanung durchgeführt werden muss. Ziel des vorbeugenden Claim-Management ist es, die vorhersehbaren Abweichungen des Bau-Ist vom Bau-Soll zu evaluieren und die Schwerpunkte für das laufende Controlling im Projekt und die Dokumentation des Bau-Ist zu setzen. [25]

Im Rahmen des Contract Management ist ein juristisches Projektmanagement zu etablieren, mit dem Ziel den vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere Warn- und Hinweispflichten sowie Anmeldepflichten zur Durchsetzung von Nachtragsforderungen, nachkommen zu können. Die Schulung der Projektleiter bei Projektstart und die genaue Analyse des Vertrages, die Erstellung von Checklists und die Festlegung der Anforderungen an eine ordentliche Dokumentation sind wesentliche Teile des juristischen Projektmanagement, mit dem Ziel durch Transparenz und klare Verantwortlichkeiten ein konstruktives Claim-Management in der Projektentwicklung sicherzustellen. Die laufende rechtliche

Unterstützung des Projektleiters führt dazu, dass Claims auf Basis des Vertrages rechtssicher und lösungsorientiert abgewickelt werden können. Damit wird auch der Überforderung des Projekt-/Bauleiters vorgebeugt, die in der Regel zu einer Emotionalisierung im Projekt führt. Genau das Gegenteil ist das Ziel: eine sachliche, vorausschauende, vertragskonforme und lösungsorientierte Behandlung von Leistungsabweichungen und daraus resultierenden Claims.

Im Rahmen des konstruktiven Claim-Management ist Transparenz und Klarheit gefragt, um Abweichungen rasch zu erkennen und auf Basis des Vertrages sachlich zu bearbeiten. Dazu tragen die sorgfältige Arbeitsvorbereitung und die fundierte Auseinandersetzung mit den vertraglichen Grundlagen unter Beiziehung von Experten bei.

## 5 DOKUMENTATION DES BAU-IST [26]

Dokumentation ist keine lästige Pflicht, sie gehört zu den Routineaufgaben des AN im Rahmen eines Bauprojektes. Eine gute Dokumentation hat schon so manchen Bauprozess vermieden; liegen die Fakten gut dokumentiert auf dem Tisch, wird sich der Vertragspartner mit gutem Grund überlegen, ob er tatsächlich ein Gericht bemüht oder nicht doch lieber versucht, ohne erhebliche Sachverständigen- und Gerichtskosten eine Einigung über Mehrkosten herbeizuführen. Abhängig von der Ursache der Mehrkostenforderung (MKF) und dem zugrunde liegenden Bauwerkvertrag müssen zum Zweck der Anspruchsdurchsetzung unterschiedliche Tatsachen bewiesen werden. Die Baudokumentation soll die nötigen Beweismittel schaffen. Zweck der Dokumentation ist es, Tatsachen nachweisbar und vor allem beweisbar zu machen. In den ÖNORMEN und den einzelnen Werkverträgen sind verschiedene Pflichten zur Dokumentation festgeschrieben. Daneben gibt es die ge-

setzlichen Regelungen der Beweislastverteilung in Bauprozessen. Daher ist eine vollständige und fachgerechte Dokumentation die Grundlage jeder MKF, um Ursachen-Wirkungs-Zusammenhänge nachzuweisen.

Inhalt der Dokumentation sollen ausschließlich Tatsachen zum Beweis der geltend gemachten Ansprüche sein, nicht aber rechtliche Beurteilungen. Die ÖNORM B 2110 spricht im Punkt 6.2.7.1 allgemein von Vorkommnissen und benennt diese beispielhaft mit Tatsachen, Anordnungen und getroffenen Maßnahmen. Damit wird einerseits auf die Gegebenheiten abgestellt, andererseits auf Eingriffe des AG sowie die Reaktionen des AN darauf. Der AN muss in Abhängigkeit von der ihn treffenden Beweislast dokumentieren. Dabei ist es wichtig, nicht nur die Ursachen von Leistungsabweichungen, sondern insbesondere auch die Folgen zu dokumentieren und damit beweisbar zu machen.

Die ÖNORM B 2110 nennt als **Dokumentationsmittel** in Punkt 6.2.7.2 ausdrücklich das Baubuch und die Bautagesberichte. Daneben stehen aber vielfältige andere Methoden der Dokumentation zur Verfügung, wie Fotodokumentation, Filmdokumentation, Beweisaufnahmen durch Sachverständige, Planeingangslisten, Behinderungsanzeigen, Baubesprechungsberichte, Baubesprechungsprotokolle, Aktenvermerke – etwa über Telefonate – sowie die gesamte Korrespondenz.

Die Dokumentation sollte immer unter dem Aspekt ihres **Zwecks**, nämlich unter Anderem der **Schaffung von Beweisen für MKF**, geführt werden. Der „Hausverstand“ ist ein guter Ratgeber, die mit der Dokumentation betrauten Mitarbeiter sollten immer vor Augen haben, warum sie gewisse Tatsachen festhalten. Da in vielen Fällen der Nachweis des Ursachen-Wirkungs-Zusammenhangs gefordert wird, sind eben die Ursache, beispielsweise geänderte Baugrundver-

hältnisse, und die Auswirkungen, etwa mehr Personal- und Maschinenstunden, zu dokumentieren. Auch die Wahrung von Hinweispflichten muss dokumentiert werden.

Checklisten und Formulare erleichtern die Dokumentation auf der Baustelle und helfen Bauleitern zu erkennen, was zu dokumentieren ist. Die Anforderungen und die Art der Dokumentation sollten am Projektbeginn unter Berücksichtigung der vertraglichen Regelungen, wenn möglich einvernehmlich, mit dem AG abgestimmt werden. Dokumentation dient einerseits dem Nachweis erbrachter Leistungen sowie der Darstellung bauwirtschaftlicher Folgen von Leistungsabweichungen; andererseits ist die Dokumentation auch die Grundlage eines laufenden Projektcontrollings, also eines Soll-Ist-Vergleichs, der es ermöglicht, den AG rasch über Abweichungen zu informieren und damit einen Beitrag zu einer konsensorientierten und kostenmindernden Abwicklung von Leistungsabweichungen unter Wahrung der Dispositionsmöglichkeiten des AG zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Mitteilungs- und Anmeldepflichten in der ÖNORM B 2110 (Punkt 7) hinzuweisen. Aber auch in den Bauverträgen finden sich regelmäßig Hinweis- und Anmeldepflichten für den AN.

Im Rahmen des juristischen Projektmanagement ist vor allem die Wahl der konkreten Anspruchsgrundlage von MKF infolge von Leistungsabweichungen zu prüfen. Die zu beweisenden Tatsachen und Zusammenhänge sind unter Umständen bei Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs andere als bei Geltendmachung von Mehrkosten auf Basis der ÖNORM B 2110 oder des § 1168 ABGB. [27]

Eine sorgfältige Dokumentation des Bau-Ist sowie die Erfüllung vertraglicher Hinweis – und Anmeldepflichten durch

den AN stellen wesentliche Säulen des konstruktiven Claim-Management dar. Im Gegenzug ist der AG gefordert, Nachtragsforderungen rasch zu prüfen und auf Störungen der Leistungserbringung umgehend zu reagieren.

## 6 BAUBEGLEITENDE STREITBEILEGUNGSMETHODEN ZUR VERMEIDUNG VON KONFLIKTEN [28]

Insbesondere große Bauprojekte sind durch komplexe Vorgänge und juristische Feinheiten geprägt. Die Verrechtlichung der Bauabwicklung beginnt mit der Ausschreibung und endet häufig in kostspieligen und zeitintensiven Bauprozessen. Claims treten, insbesondere bei Großprojekten, nicht erst mit Legung der Schlussrechnung auf, sondern zeichnen sich bereits in der Ausführungsphase ab. Aus diesem Grund ist ein von allen Parteien getragener Konsens über das Bestehen von Forderungen von entscheidender Bedeutung für den weiteren Verlauf des Projektes. Dieser Konsens ist bei Einleitung eines Gerichtsverfahrens nicht mehr gegeben und kann auch kaum mehr herbeigeführt werden.

Im Rahmen eines vorbeugenden und konstruktiven Claim-Management verfolgen die Vertragspartner dasselbe Ziel, nämlich eine verbindliche Einigung über das Bestehen oder Nichtbestehen bzw. die Höhe einer Forderung zu erzielen. Beide Parteien sind in der Regel an einer raschen, rechtsverbindlichen Erledigung interessiert. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, bereits in Bauverträgen die Grundlagen für den Einsatz alternativer, außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren, wenn möglich schon begleitend zur Ausführung, zu schaffen.

Die Vorteile alternativer Streitbeilegungsverfahren lassen sich am besten anhand der Nachteile eines Gerichtsverfahrens aufzeigen. Diese sind, neben der ungewissen und oftmals, bedingt durch den Instanzenzug, sehr langen Verfahrens-

# vorbeugen

dauer, die hohen Kosten. Dazu kommt, dass der Rechtsstreit oftmals von materienfremden Richtern entschieden wird, den Parteien wenig Einfluss auf die Sachverständigenbestellung zukommt und es im Laufe von Gerichtsprozessen oftmals zu einer Eskalation der Emotionen kommt. Aus diesem Grund bietet das ON-Bauschiedsgericht ein außergerichtliches **Schlichtungsverfahren** gemäß der Schlichtungsordnung ONR 22113 [29] an.

Das Schlichtungsverfahren soll eine möglichst einfache, unbürokratische und rasche Streitbeilegung erzielen. Im Fall des

Scheiterns des Verfahrens steht den Parteien ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten offen. Die ONR 22113 sieht explizit für den Fall eines nachfolgenden Gerichtsverfahrens vor, dass die von den Parteien im Rahmen des Schlichtungsverfahrens abgegebenen Erklärungen weder bindend noch präjudiziell sind. Die Parteien können den Schlichter, die Rahmenbedingungen sowie Ablaufdauer und Ort der Verhandlung frei vereinbaren. Als Schlichter fungiert in der Regel ein in der Mediatorenliste der Geschäftsstelle des ON-Bauschiedsgerichtes eingetragener Mediator. Dieser verfügt über einschlägige fachliche Qualifikationen

sowie über Zusatzausbildungen im Bereich der Baumediation.

Die Vereinbarung der Schlichtungsordnung ONR 22113 kann bereits im Bauvertrag oder aber auch im Zuge von Claims vereinbart werden. Für die Dauer des Schlichtungsverfahrens tritt eine Hemmung der Verjährung der strittigen Ansprüche ein. Die Parteien können die Ausfertigung dieses Schlichtungsvorschlages beantragen, dieser stellt gemäß § 1 EO einen vor inländischen Gerichten vollstreckbaren Exekutionstitel dar.

> Abb. 2

In der Schlichtungsordnung ONR 22113 sind weiters zwei Sonderverfahren geregelt: Das Baustellen-Schnellverfahren und die projektbezogene, begleitende Baumediation.

Das **Baustellen-Schnellverfahren** soll dazu dienen, Meinungsverschiedenheiten, die im Zuge der laufenden Baudurchführung auf der Baustelle entstehen, keine allzu komplexen Sach- oder Rechtsfragen aufwerfen und einen in der Regel verhältnismäßig niedrigen Streitwert haben, umgehend auf zügige Art und Weise zu bereinigen. Dies soll eine Beeinträchtigung des Baufortschritts und das Anwachsen eines größeren Konfliktpotentials verhindern. [31] Bei diesem Schnellverfahren hat der Schlichter unter Beiziehung der Parteien binnen 3 Wochen einen Lösungsvorschlag zu erarbeiten. Das Verfahren ist vor allem auf der Baustelle durchzuführen. Der Lösungsvorschlag ist für die Parteien nur dann bindend, wenn sie ihm mit Rechtsfolgenwillen zustimmen, die Parteien also die aus dem Lösungsvorschlag resultierenden Rechtsfolgen herbeiführen möchten. [32]

Die projektbezogene begleitende Mediation ist dadurch gekennzeichnet, dass das Bauprojekt laufend durch einen Mediator begleitet wird. Der beim ON-Bauschiedsgericht zu stellende Einlei-

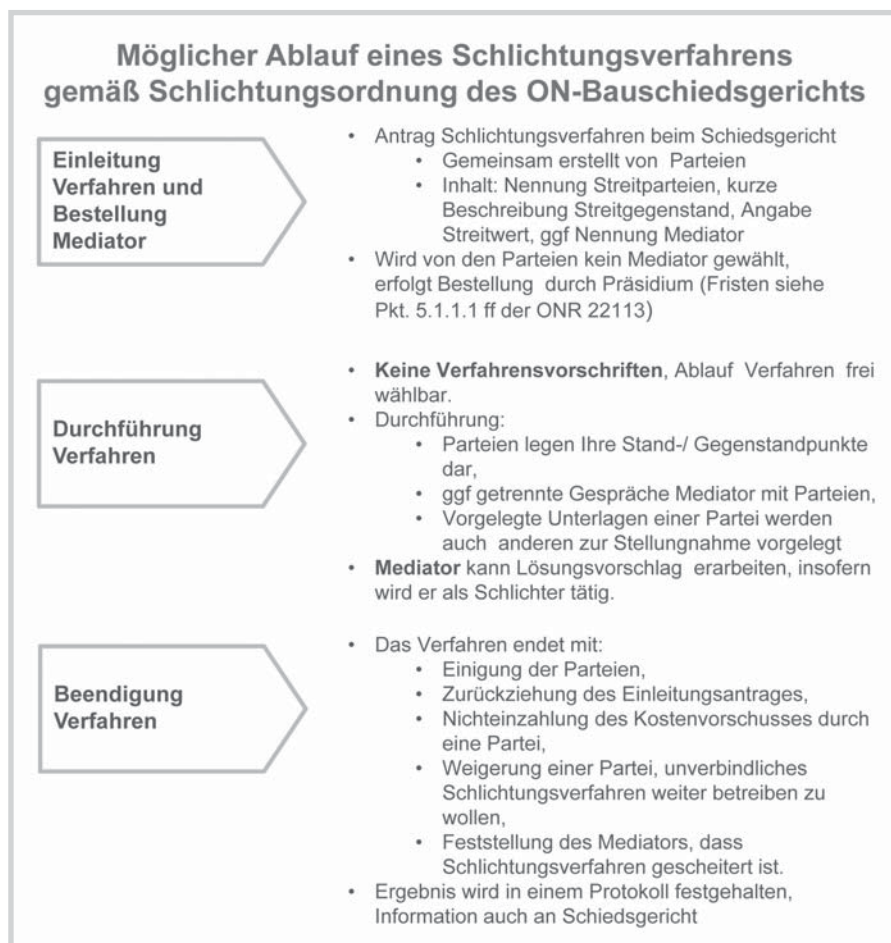


Abb. 2: Möglicher Ablauf eines Schlichtungsverfahrens gemäß Schlichtungsordnung ONR 22113 vor dem ON-Bauschiedsgericht [30]

tungsantrag muss vor Entstehen eines Streitfalles eingebracht werden. Dadurch soll der Mediator bei Ausbruch eines Konflikts unverzüglich eingreifen können. Der Mediator soll weiters als Streitprophylaxe dienen, er soll beim ersten Auftreten eines Problems noch vor Ausbruch eines Konfliktes aufklären, ordnen und kalmieren.

Als weiteres Instrument der Streitbeilegung können **Schiedsgutachterverfahren** bereits im Bauvertrag verankert werden. Im Vertrag werden Schiedsgutachter für bestimmte fachliche Bereiche oder Gewerke festgelegt, an die stritti-

ge Fragen zur verbindlichen Entscheidung, auch schon während der Ausführung herangetragen werden können. Im Schiedsgutachtervertrag bestellen die Parteien einen oder mehrere Schiedsgutachter, die eine Grundlage für eine Streitbereinigung durch die Parteien schaffen sollen. Die Parteien treffen eine Schiedsgutachterabrede. Diese ist auf die Feststellung einzelner bestimmter Rechtsfolgen auslösender Tatsachen (also die Feststellung der Höhe eines Schadens oder das Vorliegen eines Mangels), auf die Ergänzung, Abänderung oder den Ersatz des Parteiwillens oder die Klärstellung des Vertragsinhalts gerichtet.

Der Schiedsgutachter ist nicht berechtigt, die Rechtsfolgen aus einem Sachverhalt abzuleiten. Er entscheidet daher nicht, was zwischen den Parteien rechtens ist, sondern schafft bloß die Grundlagen für eine solche Entscheidung oder eine Streitbereinigung durch die Parteien selbst. [33]

Das Schiedsgutachterverfahren ist gesetzlich nicht geregelt. Es ist daher ratsam, einen detaillierten Schiedsgutachtervertrag abzuschließen, in welchem die Aufgaben und Rechte des Schiedsgutachters definiert sind. Weiters sollte eine Mitwirkungspflicht der Parteien

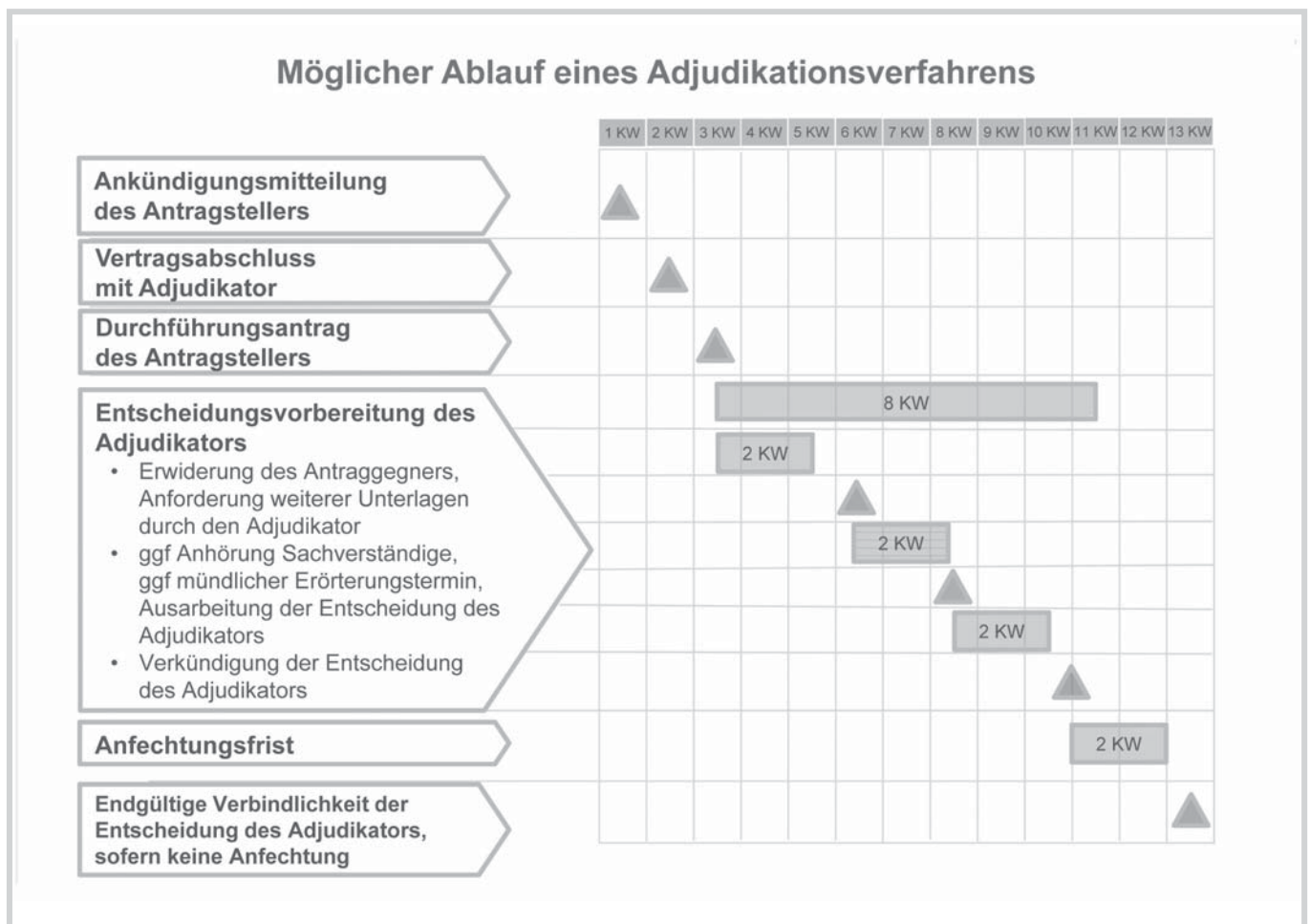


Abb. 3: Möglicher Ablauf eines Adjudikationsverfahrens nach C.J. Diederichs [38]

# vorbeugen

festgeschrieben werden und eine Regelung hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Ergebnisse des Verfahrens getroffen werden. Es ist ratsam, für die Dauer des Schiedsgutachterverfahrens eine Verjährungshemmung zu vereinbaren.

Die Judikatur fordert für das rechtswirksame Zustandekommen eines Schiedsgutachtens die Einhaltung bestimmter Verfahrensgrundregeln, die sind insbesondere die Unabhängigkeit des Schiedsgutachters von den Parteien und die Wahrung des rechtlichen Gehörs. Ein Schiedsgutachten stellt keinen Exekutionstitel dar, die Tatsachenfeststellungen sind jedoch für einen Folgeprozess grundsätzlich materiell-rechtlich bindend. Sollten gewisse Verfahrensgrundregeln nicht eingehalten werden, kann die Partei bei Gericht die Unwirksamkeit des Schiedsgutachtens beantragen. Ein Schiedsgutachten ist weiters nicht bindend, wenn der Schiedsgutachter die ihm von den Parteien übertragenen Aufträge überschreitet, etwa wenn das Schiedsgutachten zusätzlich zur Feststellung der Schadenshöhe und der Haftungsquoten auch einen Leistungsbefehl enthält [34], oder wenn es eine ergänzende Vertragsauslegung vor nimmt. [35]

Das **Adjudikationsverfahren** ist ein weiteres außergerichtliches, auch baubegleitend einsetzbares Streitbelegungsverfahren, in dem bauerfahrene neutrale Dritte aufgrund einer summarischen Sachverhalts- und Rechtsprüfung innerhalb kürzester Fristen zu einer Entscheidung mit vorläufiger Bindungswirkung/Umsetzungsverpflichtung kommen sollen. Diese ist durch die staatlichen Gerichte bzw durch ein Schiedsgericht korrigierbar. [36] Dadurch soll eine sofortige Sachverhaltsklärung durch die Bewältigung der Komplexität mittels Zwischenentscheidungen herbeigeführt werden. Weiters soll Planungssicherheit für weitere Bauarbeiten und die Schaffung einer Basis für Vergleichsgespräche erzielt werden. Auch dieses Verfahren zielt auf eine möglichst rasche Streitbeilegung

ab. Die in Deutschland seit Juli 2010 in Kraft stehende Verfahrensordnung für Adjudikationen enthält gemäß § 17 die Bestimmung, dass Entscheidungen innerhalb von 4 Wochen nach der mündlichen Verhandlung bzw nach Eingang des letzten Schriftsatzes, spätestens jedoch 5 Monate nach Verfahrensbeginn, es sei denn, beide Parteien haben eine Verlängerung zugestimmt, gefällt werden sollen. [37] Das Verfahren sieht eine Hemmung der Verjährung vor.

> Abb. 3

Wie dargestellt gibt es verschiedene Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung. Insbesondere im Bereich der baubegleitenden Streitbeilegung herrscht in Österreich allerdings noch erheblicher Aufholbedarf, trotz zahlreicher institutionalisierter Verfahren werden diese kaum genutzt. Insbesondere bei Großprojekten ist es ratsam, bereits in der Ausschreibung und in den Bauverträgen ein entsprechendes Streitbeilegungsverfahren vorzusehen. AG sollten von diesen Möglichkeiten vermehrt Gebrauch machen und dies als Teil des vorbeugenden Claim-Management institutionalisieren. Die Vorteile liegen auf der Hand: langwierige Bauprozesse können vermieden werden, das Projekt wird auf der operativen Ebene entlastet, da Konflikte von einer eigens dafür eingerichteten Stelle behandelt und gelöst werden, strittige Fragen können rasch und durch von beiden Seiten anerkannte Experten auf Basis des Vertrages und ohne Emotion gelöst werden. Die konstruktive Konfliktlösung steht im Vordergrund.

## 7 FAZIT

Im Rahmen eines vorbeugenden und konstruktiven Claim-Management versuchen AG und AN, das Bauprojekt partnerschaftlich aufgrund vorgegebener Regeln aus dem Vertrag und auf Basis eines klar definierten und dokumentierten Bau-Soll abzuwickeln. Leistungsabweichungen werden daher partnerschaftlich

und auf sachlicher Ebene dokumentiert und behandelt und als typisches Element in Bauprojekten verstanden. Auf die Notwendigkeit, faire Verträge zu gestalten und Risiken sachgerecht aufzuteilen, wird ausdrücklich hingewiesen. [39] Im Vordergrund steht der lösungsorientierte Umgang mit Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung, ohne Emotion und Konflikt. Können Leistungsabweichungen dennoch nicht einvernehmlich abgewickelt werden, kann das Problem an eine gesondert zur baubegleitenden Konfliktlösung eingerichtete Institution delegiert werden, die dann unter Einbeziehung aller Beteiligten eine einvernehmliche Lösung erarbeitet. Dadurch wird die operative Ebene im Projekt entlastet, die Abwicklung des Bauvorhabens wird nicht durch Konflikte und Emotionen belastet.

««

## FUSSNOTEN/QUELLEN

- [1] Zu den verwendeten Begriffen siehe auch die Definitionen in Punkt 3 der ÖNORM B 2110; zum Begriff des Claim-Management siehe auch Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claim-Management – Rechtliche und bauwirtschaftliche Lösungsansätze zur Abwicklung von Bauprojekten für Auftraggeber und Auftragnehmer (Handbuch Claimmanagement), Wien 2012, 35ff
- [2] Oberndorfer, Claim-Management und alternative Streitbeilegung im Bauvertrag<sup>2</sup> (Claimmanagement), 49
- [3] zum Begriff des Konstruktiven Claimmanagement siehe auch Müller/Stempkowski in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 40ff
- [4] siehe zur Vertragsfortschreibung im Detail etwa Punkt 7. der ÖNORM B2110
- [5] Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 38.
- [6] zu den Begriffen siehe Punkt 3. ÖNORM B 2110



- [7] zum Erfolg beim Werkvertrag siehe im Detail: Hussian, Der geschuldete Erfolg im Werkvertrag, in Tagungsband 3. Grazer Baubetriebs- und Baurechtseminar, 95ff
- [8] siehe zu den vorvertraglichen Pflichten des AG auch Müller in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 83ff
- [9] Schopf, Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers 149, Müller in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 87ff
- [10] SZ 35/42.
- [11] siehe etwa Punkt 6.2.5 der ÖNORM B 2110
- [12] OGH 1 Ob 769/83; Krejci in Rummel<sup>3</sup> § 1168 ABGB, Rz 11; Rebhahn in Schwimann<sup>3</sup> § 1165 ABGB Rz 69.
- [13] OGH 4 Ob 561/91 = ecolex 1992, 16.
- [14] RIS-Justiz RS0111710, zuletzt OGH 9 Ob 42/08d.
- [15] Karasek, Kommentar<sup>2</sup> ÖNORM B 2110, Rz 830.
- [16] Krejci in Rummel<sup>3</sup> § 1168 ABGB, Rz 11.
- [17] Karasek, Kommentar<sup>2</sup> ÖNORM B 2110, Rz 830.
- [18] Oberndorfer/Pfanner in Oberndorfer, Organisation und Kosten-Controlling von Bauprojekten, 70 ff.
- [19] siehe im Detail dazu Stempkowski in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 214ff
- [20] Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110<sup>2</sup>, 58f
- [21] Oberndorfer, Claimmanagement und alternative Streitbeilegung im Bauvertrag<sup>2</sup>, 36f
- [22] K. Müller, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, in: Österreichische Gesellschaft für Baurecht/Österreichisches Institut für Baurecht: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigem Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, 270.
- [23] Aicher in Straube /Aicher, I<sup>2</sup>: 78.
- [24] Schopf, Prüf- und Warnpflicht 148; Kropik/Krammer, Mehrkostenforderungen 184, 183 ff.
- [25] Oberndorfer, Claimmanagement, 38f
- [26] siehe dazu im Detail Müller/Sommerauer in Müller/Stempowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 336ff
- [27] siehe dazu im Detail Müller in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 403ff
- [28] siehe dazu im Detail Fleischhacker-Hofko/Wallner-Kleindienst in Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 620ff
- [29] ONR 22113, Schlichtungsordnung der ON-Bauschiedsgerichte, Wien, November 2011, 3.
- [30] ÖN: ONR 22113 Schlichtungsordnung des ON-Bauschiedsgerichts, Wien, November 2001; entnommen aus Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 627
- [31] Oberndorfer, Claim-Management<sup>2</sup> 168.
- [32] ONR 22113.5.2, Punkt 7 ff.
- [33] Rechberger / Simotta, Zivilprozessrecht<sup>7</sup> Rz 1153.
- [34] OGH 8 Ob 93/00k.
- [35] OGH 9 Ob 42/10g.
- [36] Diederichs, Notwendigkeit der Einführung der Adjudikation als außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren auch in Deutschland, Tagungsunterlage DVP Herbsttagung 2010, München 2010.
- [37] DIS: Verfahrensordnung für Adjudikation, Deutschland, Juli 2010.
- [38] Nach Diederichs, aaO, entnommen aus Müller/Stempkowski (Hrsg), Handbuch Claimmanagement, 630
- [39] Im Detail sei dazu auf den Beitrag „Fairer Umgang mit Verträgen und Vertragsrisiken“ von Thomas Kurz in diesem Tagungsband verwiesen.