

# Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht

Mehr als 40 Teilnehmer aus Wissenschaft und Baupraxis diskutierten im Rahmen des 2. Baurechts-Jour-fixe von Willheim Müller Rechtsanwälte und SSP&E Consulting zum Thema „Vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht – Mythos und Wahrheit“. Im Mittelpunkt stand die Analyse der Pflichten des Auftragnehmers in der Angebotsphase. Sehr oft weisen Auftraggeber nach Auftragserteilung Mehrkostenforderungen der Auftragnehmer, die sich aus der Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Ausschreibung ergeben, mit dem Argument zurück, der Auftragnehmer hätte auf diese Fehler der Ausschreibung bereits in der Angebotsphase hinzuweisen gehabt. Im Vordergrund der Vorträge stand daher die Definition des Ausmaßes der die Auftragnehmer tatsächlich treffenden vorvertraglichen Pflichten in Zusammenhang mit der Prüfung der Ausschreibung in der Angebotsphase.

Katharina Müller präsentierte die spärlichen Rechtsgrundlagen der vorvertraglichen Pflichten und kam zu dem Schluss, dass diese nur in sehr eingeschränktem Ausmaß gegeben sind. Der Auftraggeber, der sich oft schon lange mit einem Projekt befasst, schuldet die Verfassung einer vollständigen und richtigen Ausschreibung. Grundsätzlich trägt daher der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit und Richtigkeit der Ausschreibung. Die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht ist in Form einer Aufklärungspflicht nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß gegeben. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass je qualifizierter der Auftraggeber und der Auftragnehmer sind, desto geringer auch die wechselseitigen Aufklärungspflichten sind. Nur soweit der Auftragnehmer im Rahmen

der ordentlichen Kalkulation Fehler erkennen muss, ist er verpflichtet, den Auftraggeber darauf hinzuweisen. Daran ändert auch ein kürzlich ergangenes OGH Urteil aus dem Jahr 2006 (OGH 13.9.2006, 3 Ob 122/05w) nichts, das ausdrücklich festhält, dass der Auftragnehmer, wenn ihm ein Fehler in der Ausschreibung bekannt wird, den Auftraggeber darauf hinzuweisen hat; andernfalls verliert er sämtliche Ansprüche auf die Abgeltung von Mehrkosten, die sich im Zuge der Projektabwicklung aufgrund dieses Fehlers ergeben. Dies gilt aber nur, wenn der Auftragnehmer bewusst auf erkannte Fehler nicht hinweist. Das Urteil bejaht aber keinesfalls das Vorliegen einer umfassenden vorvertraglichen Prüfpflicht.

## Echte und unechte Pauschalverträge

Wolfgang Hussian, Porr Projekt und Hochbau AG, ging insbesondere auf den Aspekt der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht bei Pauschalverträgen ein und berichtete aus seiner langjährigen Praxis. Er schloss sich der Meinung an, dass die vorvertraglichen Prüf- und Warnpflichten in Bezug auf die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls nicht überspannt werden dürfen. Dies gilt auch bei Pauschalverträgen, insbesondere wenn die Pauschalierung am Ende einer Vergabeverhandlung erkennbar ohne tief greifende Prüfung der Ausschreibung erfolgt. In diesem Fall ist im Zweifel jedenfalls davon auszugehen, dass lediglich die Abrechnung pauschaliert wurde, nicht aber die Leistung. Er ging auch auf die Unterscheidung zwischen echten und unechten Pauschalverträgen ein. Wenn die Leistungsbeschreibung detailliert vom Auftraggeber vorge-

geben ist und der Auftragnehmer auf Basis dieser Leistungsbeschreibung sein Angebot erstellt, dann ergibt sich auch bei einer Pauschalierung daraus der Leistungsumfang. Jede Änderung führt dann zu Mehrkosten. Das Vollständigkeitsrisiko trägt in diesem Fall auch bei einem Pauschalvertrag der Auftraggeber, der die Ausschreibung erstellt hat.

Gerd Sommerauer brachte es im Abschlussreferat auf den Punkt: „Bei der Vielzahl an Vertragsunterlagen, die ein Auftragnehmer im Zuge der Anbotserstellung durchzusehen hat, und der Tatsache, dass nur jedes 20. Angebot zu einem Auftrag führt, kann man nicht verlangen, dass sämtliche Angebotsunterlagen auf Fehler und Unvollständigkeiten überprüft werden. Es besteht kein Grund, dass der Auftragnehmer die Arbeit des Auftraggebers, Ausschreibungsunterlagen sorgfältig zu erstellen, unentgeltlich übernimmt“, so Sommerauer. Die Verpflichtung zur Erstellung vollständiger und richtiger Ausschreibungsunterlagen ergibt sich im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe im Übrigen schon aus dem Bundesvergabegesetz. Er verwies auf die Notwendigkeit einer ordentlichen Kalkulation im Vorfeld der Anbotslegung und die Institutionalisierung eines Kalkulationsprozederes mit Kick-off und Projekthandbuch bei komplexen Projekten. Ein Großteil der Verluste bei einem Projekt wird bereits in der Angebotsphase programmiert; in diesem Zusammenhang verwies Sommerauer auch auf eine internationale Studie, die diesen Zusammenhang belegte.

**DDr. Katharina Müller**

Willheim Müller Rechtsanwälte  
www.wmlaw.at

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

**SCHALUNG + GERÜSTE: [www.ringer.at](http://www.ringer.at)**