universität wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Vergleich der FIDIC-Standardbedingungen mit der ÖNORM B 2110 und dem ABGB“

Verfasser

Dipl.-Ing. (FH) Mag. iur. Thomas Anderl

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS **1**

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS **7**

VORWORT **11**

1 EINLEITUNG **13**

1.1 DIE FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN – GRUNDSÄTZLICHES 13

1.1.1 Hintergrund und Bedeutung der FIDIC-Standardbedingungen 13

1.1.1.1 Bedarf an internationalen Standardbedingungen 13

1.1.1.2 Die Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) 14

1.1.1.3 Hintergrund der FIDIC-Standardbedingungen 14

1.1.1.4 Bedeutung der FIDIC-Standardbedingungen 15

1.1.2 Besonderheiten der FIDIC-Standardbedingungen 17

1.1.2.1 Grundlagen und Grundsätze des Common Law 17

1.1.2.2 Schriftlichkeit der Handlungen der Vertragsparteien 18

1.1.2.3 Begriffsdefinitionen 18

1.1.2.4 Sprachliche Besonderheiten 19

1.2 DIE ÖNORM B 2110 – GRUNDSÄTZLICHES 20

1.2.1 Hintergrund und Zweck der ÖNORM B 2110 20

1.2.2 Bedeutung der ÖNORM B 2110 20

1.2.3 Entstehung der ÖNORM B 2110 22

2 ANWENDUNGSBEREICH **23**

2.1 ANWENDUNGSBEREICH DER FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 23

2.1.1 Das „Red Book“ 23

2.1.2 Das „Yellow Book“ 24

2.1.3 Das „Silver Book“ 25

2.1.4 Das „Green Book“ 26

2.1.5 Das „Pink Book“ 26

2.1.6 Das „White Book” 27

2.1.7 Das „Gold Book” 27

2.1.8 Das „Blue Book“ 28

2.2 DER ANWENDUNGSBEREICH DER ÖNORM B 2110 28

3 AUFBAU UND BESTANDTEILE **29**

3.1 AUFBAU UND BESTANDTEILE DER FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 29

3.2 AUFBAU UND BESTANDTEILE DER ÖNORM B 2110 31

3.2.1 Aufbau der ÖNORM B 2110 31

3.2.2 Bestandteile des Bauvertrags 31

4 RECHTSNATUR 33

4.1 DIE RECHTSNATUR DER FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 33
4.1.1 Die FIDIC-Standardbedingungen als lex mercatoria oder Gewohnheitsrecht? 33
4.1.2 Die FIDIC-Standardbedingungen als internationaler Unternehmensbrauch? 35
4.1.3 Die FIDIC-Standardbedingungen als rechtsordnungsloser Vertrag? 36
4.2 DIE RECHTSNATUR DER ÖNORM B 2110 36
4.2.1 Die ÖNORM B 2110 als Gewohnheitsrecht? 37
4.2.2 Die ÖNORM B 2110 als Unternehmensbrauch? 37

5 INTERNATIONALPRIVATRECHTLICHE ASPEKTE DER FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 39

5.1 SACHRECHTSVEREINHEITLICHENDE ÜBEREINKOMMEN 40
5.1.1 Kein spezielles Einheitsrecht für internationale Bauverträge 40
5.1.2 CISG 40
5.2 DIE KOLLISIONSRECHTLICHE ANKNÜPFUNG DER STAATLICHEN GERICHTE 42
5.2.1 Der Grundsatz der freien Rechtswahl 43
5.2.1.1 Die Wahl staatlichen Rechts 45
5.2.1.2 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts 46
5.2.1.2.1 Anforderungen an (nichtstaatliches) Recht 47
5.2.1.2.2 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts vor der VO Rom I 51
5.2.1.2.3 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts in der Entstehungsgeschichte der VO Rom I 53
5.2.1.2.4 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts in der VO Rom I 55
5.2.2 Die objektive Anknüpfung 58
5.2.2.1 Die spezifizierten Vertragsarten des Art 4 Abs 1 VO Rom I 58
5.2.2.2 Ausweichung bei offensichtlich engerer Verbindung zu einem anderen Staat 60
5.2.2.3 Zweigniederlassung 63
5.3 DIE KOLLISIONSRECHTLICHE ANKNÜPFUNG NACH DEN FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 63
5.3.1 Die freie Rechtswahl 64
5.3.2 Die objektive Anknüpfung 65

6 DER ENGINEER 67

6.1 VOM CONSULTING ENGINEER DER ANGELSÄCHSISCHEN RECHTSTRADITION ZUM ENGINEER IN DEN FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 68
6.2 DAS KONZEPT DES ENGINEERS 69
6.2.1 Die Funktion des Engineers 69
6.2.2 Vertragliche Beziehungen des Engineers 70
6.2.3 Die Stellung des Engineers 71
6.2.4 Vorteile des Engineers 72
6.3 AUFGABEN UND BEFUGNISSE DES ENGINEERS 72
6.3.1 Vertreter des Bauherrn 73

6.3.1.1 Erstellung der Projektplanung und der Ausschreibung ... 73
6.3.1.2 Anordnungen ... 73
6.3.1.3 Ausübung des Leistungsänderungsrechts ... 74
6.3.1.3.1 Anfrage zur Vorlage eines Änderungsanbots ... 74
6.3.1.3.2 Anordnung einer Leistungsänderung ... 75
6.3.1.3.3 Schranken zur Anordnung einer Leistungsänderung ... 75
6.3.1.3.4 Ausführung einer Leistungsänderung durch den Auftragnehmer ... 78
6.3.1.3.5 Berechtigter zur Anordnung einer Leistungsänderung ... 79
6.3.1.3.6 Möglicher Inhalt einer Leistungsänderung ... 80
6.3.1.4 Mitteilung des Baubeginns ... 81
6.3.1.5 Überwachung der Bauausführung ... 81
6.3.1.5.1 Prüfung des Bauzeitplanes ... 81
6.3.1.5.2 Überwachung des Baufortschritts ... 82
6.3.1.5.3 Vergleich mit der Funktion der Örtlichen Bauaufsicht ... 83
6.3.2 Certifier bzw Contract-Administrator ... 84
6.3.2.1 Ausstellung von Zahlungsbescheinigungen ... 84
6.3.2.2 Ermittlung der ausgeführten Mengen ... 84
6.3.2.3 Mitwirkung an der Übernahme ... 85
6.3.3 Quasi-Schiedsrichter ... 85
6.3.3.1 Treffen von Entscheidungen (determinations) gem Sub-Clause 3.5 ... 86
6.3.3.2 Verbindliche Vertragsauslegung ... 87
6.3.4 Gegenüberstellung des Engineers mit dessen österreichischen Pendant ... 88
6.3.5 Grenzen der Befugnisse des Engineers ... 90
6.3.5.1 Vertragsänderung ... 90
6.3.5.2 Entbindung der Vertragsparteien von Vertragspflichten ... 90
6.3.5.3 Entlassung des Auftragnehmers aus seiner vertraglich festgelegten Haftung ... 91
6.3.5.4 Abhängigkeit der Befugnisse von der Zustimmung des Auftraggebers ... 91
6.4 VERTRETUNG UND AUSWECHSLUNG DES ENGINEERS ... 93
6.4.1 Vertretung des Engineers ... 93
6.4.2 Auswechslung des Engineers ... 93
6.5 HAFTUNG DES ENGINEERS ... 94
6.6 DER EMPLOYER'S REPRESENTATIVE ... 95
7 DIE ÜBERNAHME ... 97
7.1 ÜBERBLICK ... 97
7.2 DIE TESTS ON COMPLETION ... 98
7.2.1 Ablauf der Tests on Completion ... 99
7.2.2 Verzögerung der Tests on Completion ... 100
7.2.2.1 Verzögerung durch den Auftraggeber ... 100
7.2.2.2 Verzögerung durch den Auftragnehmer ... 101
7.2.3 Nichtbestehen der Tests on Completion ... 101

7.3 DAS TAKING OVER DURCH DEN AUFTRAGGEBER 102
7.3.1 Die vertragsgemäße Fertigstellung der Bauarbeiten 102
7.3.2 Die Ausstellung des Taking-Over Certificate 104
7.3.2.1 Exkurs: Die Übernahmeformen der ÖNORM B 2110 105
7.3.2.1.1 Die förmliche Übernahme 105
7.3.2.1.2 Die fiktive Übernahme 106
7.3.2.1.3 Die formlose Übernahme 107
7.3.2.2 Die förmliche Ausstellung des Taking-Over Certificate 108
7.3.2.3 Die fingierte Ausstellung des Taking-Over Certificate 109
7.3.2.4 Übernahme von Teilen der Leistung 110
7.3.2.5 Ingebrauchnahme von Teilen der Leistung 111
7.3.3 Die Rechtsfolgen des Taking Over 113
7.3.3.1 Gefahrenübergang 114
7.3.3.2 Beginn des Laufs der Defects Notification Period 114
7.3.3.3 Legung der vorläufigen Schlussrechnung 115
7.3.3.4 Fertigstellung der noch ausstehenden Arbeiten 116
7.3.3.5 Räumung der Baustelle 116
7.3.3.6 Fälligkeit eines Teiles der Rechnungseinbehalte 116
7.3.3.7 Änderung des zu versichernden Risikos 116
7.3.3.8 Vermeidung oder Ende einer Vertragsstrafe 117
7.3.3.9 Wegfall des Leistungsänderungsrechts? 117
7.4 DIE DEFECTS NOTIFICATION PERIOD 117
7.4.1 Die Pflicht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung 118
7.4.2 Kostentragung der Mängelbeseitigungsarbeiten 121
7.4.3 Verlängerung der Defects Notification Period 122
7.4.4 Folgen der Verletzung der Verbesserungspflicht 123
7.5 TESTS AFTER COMPLETION 125
7.5.1 Ablauf der Tests after Completion 125
7.5.2 Verzögerung der Tests after Completion 126
7.5.2.1 Verzögerung durch den Auftraggeber 126
7.5.2.2 Nichterscheinen des Auftragnehmers 126
7.5.3 Folgen des Nichtbestehens der Tests after Completion 127
7.6 DAS PERFORMANCE CERTIFICATE 128
7.6.1 Die Bedeutung des Performance Certificate 128
7.6.2 Die Ausstellung des Performance Certificate 128
7.6.3 Die Rechtsfolgen des Performance Certificate 129
7.6.3.1 Anerkennung der vertragsgemäßen Erfüllung 129
7.6.3.2 Rückgabe der Performance Security 129
7.6.3.3 Legung der endgültigen Schlussrechnung 130
7.6.3.4 Endgültige Räumung der Baustelle 130
7.6.3.5 Fälligkeit der noch offenen Rechnungseinbehalte 130

7.6.4 Auswirkungen des Performance Certificate auf das Vertragsverhältnis 131
7.6.4.1 Die Bedeutung der Vorschrift der Sub-Clause 11.10 131
7.6.4.2 Pflicht des Auftragnehmers zur gesetzlichen Mängelgewährleistung? 132
7.6.4.2.1 Vertragsstatut: Common Law 132
7.6.4.2.2 Vertragsstatut: kein Common Law 133
7.6.4.2.3 Die Verjährung der gesetzlichen Gewährleistung 134

8 CLAIM MANAGEMENT 139

8.1 DIE BEDEUTUNG DES CLAIM MANAGEMENTS 139
8.1.1 Was ist ein Claim? 139
8.1.2 Was ist Claim Management? 139
8.1.3 Aufbau dieses Kapitels 139
8.2 GELTENDMACHUNG VON ANSPRÜCHEN BEI EINEM ABGB-BAUVERTRAG 140
8.2.1 Ansprüche gem § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB 140
8.2.1.1 Vom Auftraggeber angeordnete Leistungsänderungen 140
8.2.1.2 Andere in der Sphäre des Auftraggebers liegende Ereignisse 140
8.2.2 Das Prozedere der Geltendmachung einer Erhöhung des Werklohns 141
8.2.2.1 Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Gewährleistung für seine Richtigkeit 141
8.2.2.2 Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit 142
8.2.2.3 Umstände der Kostenüberschreitung aus der Sphäre des Auftraggebers 142
8.3 GELTENDMACHUNG VON ANSPRÜCHEN BEI EINEM ÖNORM-BAUVERTRAG 143
8.3.1 Die Leistungsabweichung als Grundlage eines Anspruchs nach der ÖNORM B 2110 143
8.3.2 Die Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers 144
8.3.3 Das Prozedere der Geltendmachung von Ansprüchen in der ÖNORM B 2110 144
8.3.4 Anmeldung dem Grunde nach 145
8.3.4.1 Die Anmeldung dem Grunde nach bei Leistungsänderungen 146
8.3.4.2 Die Anmeldung dem Grunde nach bei Störungen der Leistungserbringung 147
8.3.4.3 Entbehrlichkeit der Anmeldung bei Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers? 147
8.3.4.4 Anspruchsverlust 148
8.3.5 Vorlage eines Zusatzangebots (Anmeldung der Höhe nach) 150
8.3.5.1 Ermittlung der Bauzeitverlängerung 151
8.3.5.2 Ermittlung der Erhöhung des Entgelts 151
8.4 GELTENDMACHUNG VON ANSPRÜCHEN IN DEN FIDIC-STANDARD-BEDINGUNGEN 152
8.4.1 Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftragnehmer 152
8.4.1.1 Anzeige des Claims (Anmeldung dem Grunde nach) 152
8.4.1.2 Substantiierung des Claims (Einreichung der Höhe nach) 154
8.4.1.3 Entscheidung über den Anspruch durch den Engineer bzw Auftraggeber 155
8.4.1.4 Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers in den FIDIC-Standardbedingungen 155
8.4.2 Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftraggeber 157
8.4.2.1 Das Prozedere der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftraggeber 157

8.4.2.2 Entscheidung über den Anspruch durch den Engineer bzw Auftraggeber 158
8.4.2.3 Anspruchsgrundlagen des Auftraggebers in den FIDIC-Standardbedingungen 158

9 DIE VERTRAGSSTRAFE 161

9.1 DIE VERTRAGSSTRAFE IN DER ÖNORM B 2110 UND DEM ABGB 161
9.1.1 Begriff der Vertragsstrafe 161
9.1.2 Zweck der Vertragsstrafe 162
9.1.3 Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe 162
9.1.3.1 Eintritt eines konkreten Schadens ist nicht erforderlich 162
9.1.3.2 Verschulden 162
9.1.3.3 Vertragsstrafe bei Rücktritt vom Vertrag? 163
9.1.3.4 Vertragsstrafe bei einvernehmlicher Auflösung des Vertrages? 163
9.1.4 Umfang der Vertragsstrafe 163
9.1.4.1 Die Höhe der Vertragsstrafe 163
9.1.4.2 Richterliches Mäßigungsrecht 164
9.1.4.3 Sittenwidrigkeit einer Vertragsstrafe 164
9.1.4.4 Erstreckung der Vertragsstrafe auf Zusatzaufträge 165
9.1.4.5 Vertragsstrafe bei Verlängerung der Leistungsfrist 165
9.1.4.6 Berechnung der Vertragsstrafe 166
9.1.5 Ende der Vertragsstrafe 166
9.2 DIE VERTRAGSSTRAFE IN DEN FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN 167
9.2.1 Exkurs: Die Regelung der Vertragsstrafe in den Common Law-Staaten 167
9.2.2 Die Regelung der Vertragsstrafe in den FIDIC-Standardbedingungen 169
9.2.3 Die Höhe der Vertragsstrafe 169
9.2.4 Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe 171
9.2.4.1 Geltendmachung durch den Auftraggeber 171
9.2.4.2 Eintritt eines konkreten Schadens ist nicht erforderlich 171
9.2.4.3 Verschulden des Auftragnehmers ist nicht erforderlich 171
9.2.5 Ende der Vertragsstrafe 171

LITERATURVERZEICHNIS 173

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG 181

ENGLISH ABSTRACT 185

LEBENSLAUF 187

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art	Artikel
BauKG	Bauarbeiten-Koordinationsgesetz
bbl	Baurechtliche Blätter
BGBL	Bundesgesetzblatt
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf, BGBl 1988/96
dh	das heißt
E	Entscheidung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl	eventuell
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
f	und der, die folgende
ff	und die folgenden
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
Fn	Fußnote
gem	gemäß
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IBR	Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht
ICC	International Chamber of Commerce
ICE	Institution of Civil Engineers
ICLR	The international construction law review
idR	in der Regel
IHK	Internationale Handelskammer
inkl	inklusive
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

iSd	im Sinne de (-s, -r, -m)
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
krit	kritisch
L	Lehre
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MietSlg	„Mietrechtliche Entscheidungen“
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Pkt	Punkt
PPP	Public Private Partnership
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIBA	Royal Institute of British Architects
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rsp	Rechtsprechung
s	siehe
sog	sogenannt (-e, -er, -es)
stRspr	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderem
uä	und ähnliche (s)
udgl	und dergleichen
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
VO Rom I	Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Zahl, Ziffer
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil
zul	zuletzt
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

VORWORT

Seit der Öffnung der osteuropäischen Märkte haben sich die bereits weltweit bekannten FIDIC-Standardbedingungen auch in Europa rasant verbreitet. Vor allem aufgrund von zahlreichen Förderungsprogrammen der Europäischen Union, bei denen die Verwendung der FIDIC-Standardbedingungen idR verbindlich vorgeschrieben ist, sind sie in Polen, Tschechien, Ungarn, Rumänien, Albanien, Bulgarien, aber auch in den baltischen Staaten, Russland und der Türkei, mittlerweile häufig in Gebrauch. In Mitteleuropa sind die FIDIC-Standardbedingungen hingegen noch weitestgehend unbekannt. Dementsprechend spärlich ist auch die deutschsprachige Literatur zur FIDIC, umfassende Bearbeitungen und Auseinandersetzungen stammen hauptsächlich aus dem angelsächsischen Rechtsraum. In Österreich wurden die FIDIC-Standardbedingungen aus juristischer Sicht bis dato, abgesehen von wenigen Aufsätzen zur Streitbeilegung, hingegen noch gar nicht bearbeitet.

Aufgrund der zahlreichen Bauprojekte im osteuropäischen Raum und dem daran – schon aus geografischen Gründen – bestehenden Interesse österreichischer Bauunternehmen ist eine Bearbeitung der FIDIC-Standardbedingungen aus österreichischer Sicht mE aber dringend gegeben. Die von den FIDIC-Standardbedingungen durch deren Verwendung ausgehende „Gefahr“ wird von den österreichischen Bauunternehmen unterschätzt, die Folge ist häufig ein unfreiwilliger Verzicht auf zusätzliche Bauzeit- oder Entgeltsansprüche.

Das Ziel dieser Dissertation ist daher die Ausarbeitung der ersten umfassenden Bearbeitung der essentiellen Regelungsbereiche eines FIDIC-Bauvertrags der österreichischen Rechtswissenschaft. Die einerseits von den FIDIC-Standardbedingungen und andererseits von der ÖNORM B 2110 bzw dem ABGB für diese essentiellen Regelungsbereiche vorgesehenen Bestimmungen sollen gegenübergestellt und bestehende Unterschiede aufgezeigt und hervorgehoben werden. Daraus hervorgehend soll auf etwaiges Gefahrenpotenzial für die Vertragsverfassung als auch für die Vertragsabwicklung hingewiesen werden. Daneben sollen selbstverständlich auch die internationalprivatrechtlichen Aspekte eines Bauvertrags sowie der FIDIC-Standardbedingungen ausführlich beleuchtet werden.

Ich bin mir meiner „ausgerissenen“ Themenwahl natürlich bewusst, freue mich aber umso mehr, hier echte Pionierarbeit geleistet zu haben. Ich würde es sehr begrüßen, sollten die

FIDIC-Standardbedingungen auch noch Thema weiterer juristischer Arbeiten Österreichs werden und stehe daran interessierten Kolleginnen und Kollegen für Fragen und Anregungen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Großer Dank gilt an dieser Stelle meinem ehemaligen Kollegen, Herrn Dipl.-Ing. Heinz Petrasch, meinem – um seinen eigenen Worten zu folgen – „Senior Engineer“, der mich bei meinen ersten Schritten mit den FIDIC-Standardbedingungen begleitet hat und dabei stets ein offenes Ohr für mich hatte.

Danaben darf ich mich auch bei Herrn RA Dr. Wolfgang Breyer bedanken, durch den die Idee dieser Dissertation in einigen Gesprächen erst konkrete Gestalt annahm.

Ich bedanke mich außerdem bei Frau Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud für die Übernahme der Dissertationsbetreuung und der Erstbegutachtung.

Ebenso danke ich Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M. für die Zusage zur Vornahme der Zweitbegutachtung.

Wien, im April 2011

1 EINLEITUNG

1.1 Die FIDIC-Standardbedingungen – Grundsätzliches

1.1.1 Hintergrund und Bedeutung der FIDIC-Standardbedingungen

1.1.1.1 Bedarf an internationalen Standardbedingungen

Internationale Großbauvorhaben, wie etwa die Herstellung von Staudämmen, Tunnels, Brücken, Flughäfen oder schlüsselfertigen Industrieanlagen, haben Berührungspunkte zu mehreren verschiedenen Rechtsordnungen, da die Beteiligten eines solchen Bauprojekts idR zumeist sowohl aus dem Baustelleninland als auch aus dem Baustellenausland stammen und (Bau-)Leistungen am Baustellenort wie auch Lieferleistungen aus anderen Staaten erbracht werden.

In der Praxis wird häufig die Rechtsordnung des Bauherrn (Auftraggebers) als das für den Bauvertrag eines solchen Bauvorhabens zugrunde liegende Recht gewählt. Da die Rechtsordnung des Auftraggebers oftmals mit der Rechtsordnung des Baustellenortes identisch sein wird, kann sich der Auftragnehmer eines solchen internationalen Bauvorhabens somit idR nicht auf sein Heimatrecht einrichten. Vielmehr muss er seine Leistungen unter einer ihm fremden Rechtsordnung kalkulieren, anbieten, erbringen und abrechnen.[1]

Durch die damit verbundene Einarbeitung in die konkreten Ausschreibungsunterlagen **und** die technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen einer anderen Rechtsordnung wären die den bauausführenden Unternehmen (in concreto deren Juristen, Kalkulanten und Projekt- bzw Bauleitern) erwachsenden Aufgaben sehr komplex. Hinzu kommt, dass die einzelnen staatlichen Rechtsordnungen oder die üblicherweise vorhandenen nationalen Bauvertrags-Standardbedingungen[2] nur selten Bestimmungen enthalten, die die Durchführung von großen, grenzüberschreitenden und langfristigen Bau- und Anlagenbauprojekten erschöpfend und damit zufriedenstellend regeln. Darüber hinaus unterscheiden sich diese von Staat zu Staat erheblich.

Umfangreiche Vertragswerke sind somit unumgänglich. Es empfiehlt sich grundsätzlich aber wohl nicht, diese immer wieder neu zu formulieren. Daher besteht in der internationalen Baupraxis ein Bedarf an Standardbedingungen, die die Bedürfnisse der

---

[1] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 77.

[2] wie zB die AIA-Bedingungen (U.S.A.), die JCT-Bedingungen (England), die AFNOR-Bedingungen (Frankreich), die SIA-Bedingungen (Schweiz), die VOB/B (Deutschland) oder die ÖNORMen (und hierbei insbesondere die ÖNORM B 2110 als Bauwerkvertragsnorm) in Österreich.

Risikokalkulation, der Koordination und Abwicklung des Baustellenbetriebs als auch der Verrechnung der erbrachten Bauleistungen unter einem internationalen und grenzüberschreitenden Ansatz betrachten und regeln.
Zu den bedeutsamsten solcher internationaler Standardbedingungen gehören seit Ende der 1950er-Jahre die Standardbedingungen der FIDIC.

1.1.1.2 Die Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)

FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, International Federation of Consulting Engineers) ist der Internationale (Dach-)Verband der beratenden Ingenieure; in ihm sind die einzelnen nationalen Verbände der beratenden Ingenieure organisiert. FIDIC wurde 1913 gegründet und hat heute seinen Sitz in Genf (Schweiz). FIDIC ist eine private Organisation und keine supranationale Einrichtung mit Rechtsetzungskompetenz. FIDIC versteht sich selbst als internationale Interessenvertretung des Berufsstandes der Beratenden Ingenieure und verfolgt das Ziel, international anerkannte Standardverträge für komplexe Bauvorhaben mit grenzüberschreitenden Bezügen herauszugeben und gegenüber der Weltbank und vergleichbaren Organisationen die Interessen der Industrie zu vertreten.
Da FIDIC ein weltweit anerkannter Berufsverband ist, spricht auch einiges dafür, dass dieser nicht einseitige Interessen der Auftraggeber oder der Auftragnehmer vertritt.
Seit der Gründung bemüht sich FIDIC ständig um die Aufnahme weiterer nationaler Verbände als neue Mitglieder. Heute zählt FIDIC 84 Mitgliederverbände aus ebenso vielen Staaten.[3] Österreich wird von der „Austrian Consultants Association“[4], Deutschland durch den „Verband Beratender Ingenieure“ (kurz: VBI) vertreten.

1.1.1.3 Hintergrund der FIDIC-Standardbedingungen

In Europa gehen (Versuche von) Vertragsbedingungen für Bauverträge bereits auf das 19. Jahrhundert zurück.[5] Der erste echte Durchbruch eines Standardbauvertrages gelang der ICE mit den im Dezember 1945 publizierten „General Conditions of Contract and Forms of Tender, Agreement and Bond for Use in Connection with Works of Civil Engineering Construction“ (kurz: sog „**ICE Form**”), in denen die zahlreichen, von diversen Auftraggebern vor und während des zweiten Weltkriegs entwickelten und verwendeten Standardbedingungen kombiniert und vereint wurden.[6]

---

[3] Stand 17.03.2010. Es kann allerdings nur ein Verband aus jedem Staat aufgenommen werden.

[4] Austrian Consultants Association c/o Fachverband Ingenieurbüros, 1040 Wien, Schaumburgergasse 20/1, www.aca.co.at.

[5] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 3.

[6] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 3.

Diese ICE-Conditions waren jedoch nur für den inländischen Gebrauch innerhalb Großbritanniens gedacht. Das zu dieser Zeit jedoch bestehende Bedürfnis nach gleichartigen Standardbedingungen für internationale Bauverträge ließ die Association of Consulting Engineers (ACE) in 1956, mit Unterstützung der Export Group for the Construction Industries und Zustimmung der ICE, die „Conditions of Contract for Overseas Work mainly of Civil Engineering Construction" (kurz: sog „**ACE Form**" oder „Overseas Form") ausarbeiten. Die ACE-Conditions stellten zwar, soweit ersichtlich, die ersten Standardbedingungen für internationale Bauverträge dar, sie unterschieden sich in Layout und Inhalt jedoch nur geringfügig von der (zu dieser Zeit herausgebrachten und, wie angeführt, nur für den nationalen Geltungsbereich gedachten) vierten Auflage der ICE-Conditions.[7]

Die ACE-Conditions waren gerade erst ein Jahr in Verwendung, als von der FIDIC in Kooperation mit der Fédération Internationale du Bâtiment et des Travaux Public (FIBTP)[8] die „Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction" im August 1957 publiziert wurden. Für die FIDIC-Standardbedingungen wurden die ACE-Bedingungen zum Vorbild genommen und nur wenig abgewandelt, da sich FIDIC bei der Erstauflage gescheut hat, eine vollkommen neue Regelung zu konzipieren, sondern auf bewährte Regelungen zurückgreifen wollte.[9] Aufgrund des roten Einbandes etablierte sich für diese Standardbedingungen schon bald die Kurzbezeichnung „Red Book".

1.1.1.4 Bedeutung der FIDIC-Standardbedingungen

Das Hauptziel der FIDIC-Standardbedingungen ist die Errichtung des vereinbarten Bauwerks in einem fairen Interessensausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Die FIDIC-Standardbedingungen folgen dabei insb der – aus dem Common Law stammenden – Philosophie einer allgemeinen Bauförderungspflicht des Bauunternehmers, wonach der Auftragnehmer eines Bauvertrags Vertragserfüllung schuldet, was immer auch geschieht („whatever happens").[10] Der Auftragnehmer ist also angehalten, die Errichtung des Bauwerks ohne Verzögerung und mit der gebotenen

---

[7] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 4 ff.

[8] Heute bekannt als International European Construction Federation (FIEC).

[9] *Goedel*, RIW 1982, 81 (82); zu den Abänderungen im Einzelnen vgl *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 6 f.

[10] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 68. Dies zeigt sich in den FIDIC-Standardbedingungen ua bei der Vertragskündigung durch den Auftragnehmer in Sub-Clause 16.1 iVm 16.2: der Auftragnehmer muss, mit Ausnahme von wesentlichen Vertragsverletzungen des Auftraggebers, dem Auftraggeber zunächst den Kündigungsgrund anzeigen, erst nach 21 Tagen darf er die Arbeiten einstellen und erst nach (zumindest) weiteren 21 Tagen den Vertrag kündigen.

Geschwindigkeit auszuführen, selbst wenn sich die Umstände der Ausführung ändern oder Streitigkeiten mit dem Auftraggeber entstehen sollten.[11]

Den Verwendern der FIDIC-Standardbedingungen kommt insb zu Gute, dass deren Mustertexte von sachverständigen Experten[12] unter Berücksichtigung der vertragstypischen Praxis überarbeitet werden. Daher beschäftigen sich Experten eines bestimmten „Lebensverhältnisses" mit der Überarbeitung und nicht – wie bei nationaler Legislativarbeit – Experten auf einem bestimmten Rechtsgebiet. Dadurch wird bereits im Vorfeld Rechtssicherheit geschaffen. Aus dem Kreise der FIDIC wird daher immer wieder betont, dass die FIDIC-Standardbedingungen „von der Praxis für die Praxis" sind.

Da die FIDIC-Standardbedingungen ursprünglich aus den Standardbedingungen der englischen ACE entwickelt wurden, sind sie in einem nachvollziehbaren und sprachlich einwandfreien Englisch gehalten. Das erleichtert zwar das wechselseitige Verständnis, setzt allerdings bei Vertragsparteien, deren Muttersprache nicht Englisch ist, einen erheblichen Einarbeitungsaufwand voraus, da die FIDIC-Standardbedingungen in ihrer Terminologie und ihren Grundsätzen auf dem Common Law des anglosächsischen Rechtsraumes basieren.[13]

Besondere Bedeutung haben die Klauselwerke der FIDIC Anfang 1995 durch die Übernahme der Bestimmungen des Red Book (in der Fassung des Nachdrucks 1992 der vierten Auflage) durch die Weltbank in deren – zu dieser Zeit erstmalig herausgebrachten – Standardvertrag für die Vergabe von Bau- und Anlagenprojekten („Standard Bidding Document for the Procurement of Works of Civil Engineering Construction"). Die Vereinbarung dieses Standardvertrags wurde zur Bedingung für alle von der Weltbank finanzierten Bau- und Anlagenprojekten mit einem Volumen von mehr als zehn Millionen US-Dollar gemacht. Mittlerweile werden die FIDIC-Standardbedingungen neben der Weltbank auch von anderen multilateralen Entwicklungsbanken, der Kreditanstalt für den Wiederaufbau und der Europäischen Union für die von ihnen geförderten bzw finanzierten Vorhaben (das sind jährlich immerhin ca 25 bis 40 Mrd USD!) vorgeschrieben und sind Teil ihrer Standardverträge. Diese Akzeptanz der FIDIC-Standardbedingungen zeigt in besonderem Maße, dass die Konzeption der FIDIC von einem internationalen Bauvertrag auch von dritter, unabhängiger Stelle als fair und ausgewogen angesehen wird.

Die FIDIC-Standardbedingungen waren schon während des 20. Jahrhunderts weltweit – zB ua in Pakistan, Japan, Vietnam, Kanada und der Türkei – verbreitet. Seit der Öffnung

---

[11] vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 176. Vgl dazu auch den Wortlaut der Sub-Clause 8.1 Abs 2: „The Contractor shall […] proceed with the Works with due expedition and without delay."

[12] hauptsächlich von sog Quantity Surveyors, das sind Bauingenieure mit sowohl rechtlicher als auch betriebswirtschaftlicher Ausbildung.

[13] vgl *Uff*, Construction Law[9] (2005) 337 f. Da sich FIDIC zu einem Weltverband entwickelt hat, lässt sich mittlerweile aber auch ein erheblicher Einfluss des kontinentaleuropäischen Civil Law feststellen.

der osteuropäischen Märkte haben sich die FIDIC-Bedingungen auch in Europa rasant verbreitet. In Polen, Tschechien, Ungarn, Rumänien, Albanien, Bulgarien, aber auch in den baltischen Staaten und Russland sind sie häufig in Gebrauch und werden dort auch bei frei finanzierten Investitionen häufig genutzt.[14] In Mitteleuropa hingegen sind die FIDIC-Bedingungen (noch) weitestgehend unbekannt.

1.1.2 Besonderheiten der FIDIC-Standardbedingungen

Die konzeptionelle und sprachliche Verwandtschaft der FIDIC Books mit dem Rechtskreis des Common Law lässt es an dieser Stelle sinnvoll erscheinen, kurz einige der Besonderheiten des Common Law und daraus resultierende Besonderheiten der FIDIC-Standardbedingungen zu erläutern.

1.1.2.1 Grundlagen und Grundsätze des Common Law

Das anglo-amerikanische Common Law hat sich früh vom kontinentaleuropäischen Rezeptionsgedanken gelöst und verdankt seine Entwicklung der durch reisende Richter des Königs zur Festigung seiner Autorität ausgeübten Entscheidungspraxis. So ist es aus einer Sammlung von Urteilen entstanden, der man gemeinsame Gedanken zu entnehmen versucht hat – daher auch „Common" Law genannt. Daraus ergibt sich die kasuistische, unsystematische Suche nach bereits entschiedenen, ähnlichen Fallgestaltungen, aus denen eine Stütze für die anstehende Problemlösung entnommen wird.[15]

Heute basieren Common Law-Rechtsordnungen auf Gerichtsentscheidungen (sog Equity bzw case law), (delegierter und untergeordneter) Gesetzgebung (sog statute law), internationalen Verträgen und Gebräuchen – im Vordergrund steht jedoch nach wie vor das „Case Law". Dabei ist ein entscheidendes Gericht an frühere Entscheidungen eines übergeordneten Gerichts gebunden (sog rule of precedent bzw Grundsatz des „stare decisis").[16]

Diese Bindung an Fallrecht und der Mangel an (ganze Rechtsgebiete deckende) Kodifikationen, die abstrakte Formulierungen enthalten, führt den angelsächsischen Juristen dazu, kasuistisch zu denken und möglichst viel aufzuzählen, anstatt einen abstrakten Grundsatz zu formulieren. Angelsächsische Verträge sind deshalb wesentlich detaillierter.

In diesem Zusammenhang ist auch die Parol Evidence Rule zu erwähnen. Wurde der Vertrag schriftlich geschlossen, können keine anderen Dokumente oder mündliche

---

[14] FIDIC gibt eine Auswahl von 17 Sprachen für die verschiedenen Werke an, wobei allerdings nicht jedes Werk in allen Sprachen verfügbar ist.

[15] *Döser*, NJW 2000, 1451 (1452) mwN.

[16] *Döser*, NJW 2000, 1451 (1451) mwN.

Aussagen als für die Parteien verbindlich betrachtet werden. Die wörtliche Auslegung stellt somit die primäre Interpretationsmethode dar und genießt Vorrang vor der teleologischen; die historische Auslegung sowie die Heranziehung außerhalb der Gesetze bestehender Umstände (zB Vorverhandlungen) sind im Wesentlichen gar ausgeschlossen.[17]

Es ist somit wichtig, alles zu Regelnde in den Vertrag aufzunehmen. Aufgrund dieser Notwendigkeit wird der Vertrag im anglo-amerikanischen Recht als sog legally binding agreement betrachtet, dh inter partes wird mit Abschluss des Vertrages für den zu regelnden Fall quasi eine eigene autonome Rechtsordnung geschaffen, wodurch Verträge grundsätzlich Gesetzeskraft erhalten und mithin streng einzuhalten sind.[18] Die Entlassung aus den vertraglichen Verpflichtungen (discharge) kann erfolgen durch (a) Erfüllung (performance), (b) einvernehmliche Vertragsaufhebung, (c) Unmöglichkeit (frustration) der Vertragserfüllung und (d) Vertragsbruch (breach of contract). Breach of contract ist die Verletzung vertraglicher Pflichten. IdR führt breach of contract zu Schadenersatzansprüchen oder zur Vertragsaufhebung (repudiation). Vertragserfüllung kann nur im Ausnahmefall verlangt werden (specific performance oder injunction).[19]

1.1.2.2 Schriftlichkeit der Handlungen der Vertragsparteien

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen aufgrund ihres Ursprungs aus dem Common Law grundsätzlich ein förmliches Vorgehen der Vertragsparteien vor. Die gesamte Kommunikation hat, von nur wenigen Ausnahmen abgesehen, auf schriftlichem Wege zu erfolgen (vgl Sub-Clause 1.3[20]). Auch die Bescheinigung von Zahlungsansprüchen oder der Übernahme sowie die Anordnung von Leistungsänderungen sind von der schriftlichen Ausfertigung abhängig und werden erst mit dieser für die Gegenseite verbindlich.

1.1.2.3 Begriffsdefinitionen

Als logische Folge der nicht als lückenloses Auffangsystem angesehenen Gesetzgebung, des Vorrangs der wörtlichen Auslegung und der nur beschränkten Zulassung vertragsfremder Umständen zur Ausfüllung oder Auslegung werden im Common Law außerordentlich detaillierte Verträge aufgesetzt, die sich gegenüber kontinentaleuropäischem Verständnis va durch zahlreiche Definitionen vertraglicher Begriffe auszeichnen. Zumeist werden in einem Abschnitt zu Beginn des Vertrags alle im Vertragswerk öfter vorkommenden, vertragswichtigen Begriffe und Begriffsgruppen in

---

[17] *Döser*, NJW 2000, 1451 (1452) mwN.

[18] *Döser*, NJW 2000, 1451 (1452 f) mwN.

[19] *Hök*, ZfBR 2005, 332 (334) mwN.

[20] Sub-Clause 1.3 Abs 1: „Wherever these Conditions provide for the giving or issuing of approvals, certificates, consents, determinations, notices and requests, these communications shall be in writing [...]".

alphabetischer Reihenfolge definiert. Im Verlauf des Vertrags wird die Definition durch Hervorhebung, zB durch Großschreibung, als solche kenntlich gemacht.[21]

Solche Begriffsdefinitionen finden sich in den FIDIC-Standardbedingungen in Clause 1 der General Conditions. Die dort definierten Begriffe werden im Lauf des gesamten Klauselwerks einschließlich der Besonderen Vertragsbedingungen in Großschreibung verwendet, um deutlich zu machen, dass an der jeweiligen Stelle der verwendete Begriff so zu verstehen ist, wie er in Clause 1 definiert wurde. Diese definierten Begriffe müssen als Auslegungshilfe herangezogen werden. Wird ein definierter Begriff daher in Kleinschreibung verwendet, besteht im Umkehrschluss die Vermutung, dass dieser eine andere Bedeutung als der eingangs definierte Begriff hat.

1.1.2.4 Sprachliche Besonderheiten

Die englische Sprache ist kompliziert und traditionsbelastet. Aufgrund des Strebens nach Vollständigkeit wird in anglo-amerikanischen Verträgen häufig das, was regelungsbedürftig erscheint, mit einander nahe stehenden Synonymen ausgedrückt, in der Hoffnung, der Adressat werde so wenigstens einen der verwendeten Begriffe verstehen.[22] Dies ist kontinentaleuropäischen Verträgen fremd – daher ist, gerade wenn deutschsprachige Vertragsparteien die englische Sprache verwenden, die Gefahr besonders groß, dass sie nicht das ausdrücken bzw das verstehen, was davon vom englischen Sprachgebrauch tatsächlich umfasst ist. Wenn aber das Gewollte und das Ausgedrückte nicht miteinander korrespondieren, treten Risiken auf.[23]

Mithin ist das Lesen und ein etwaiges Übersetzen der FIDIC-Standardbedingungen nur auf den ersten Blick eine einfache und risikolose Angelegenheit.[24] Dies zeigt sich besonders bei dem in den FIDIC-Standardbedingungen häufig verwendeten Begriff „shall". „Shall" drückt in Vertragstexten nicht ein Sollen der Vertragsparteien im Sinne von „may" aus (wie zB das Schriftformgebot der ÖNORM B 2110, welches als bloße Ordnungsvorschrift verstanden wird). Vielmehr hat sich „shall" aus dem altenglischen „sculan" entwickelt, dessen Bedeutung letztlich mit Schulden zusammenhängt. Das „Sollen" stellt somit in erster Linie eine Verpflichtung bzw ein „Schuld"-Verhältnis zwischen Personen dar. **In englischen Vertragstexten drückt „shall" daher eine Verpflichtung einer Vertragspartei aus**.[25]

---

[21] *Döser*, NJW 2000, 1451 (1452 f) mwN.

[22] *Hök*, ZfBR 2005, 332 (334) mwN.

[23] vgl *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 118, der in diesem Zusammenhand Konfuzius zitiert: „Wenn Sprache nicht korrekt ist, dann ist das, was gesagt wird, nicht das was gemeint ist […]."

[24] *Hök*, ZfBR 2005, 332 (336 f) zum Übersetzungsrisiko ua für die Begriffe Damages, Taking-over Certificate, Performance Certificate, Defets Notification Period, Force Majeure.

[25] *Hök*, ZfBR 2005, 332 (338).

1.2 Die ÖNORM B 2110 – Grundsätzliches

1.2.1 Hintergrund und Zweck der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 trägt die Bezeichnung „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm".

Zweck dieser Werkvertragsnorm ist es, die wenigen und zudem naturgemäß sehr allgemein gehaltenen Bestimmungen des ABGB über den Werkvertrag (§§ 1165 bis 1171 ABGB) den Besonderheiten des Bauwerkvertrags anzupassen und auf die für das Baugeschehen typische Unternehmermehrheit abzustimmen. Den Beteiligten soll so ein bewährtes, fachlich einwandfreies Vertragsmuster zur Verfügung stehen.

ÖNORMen zum gegenständlichen Thema blicken auf eine lange Historie zurück. Bereits im Jahre 1926 erschien die ÖNORM B 2002 „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen", welche bis 1939 gültig war. Zwischen 1939 und 1947 galt die deutsche VOB. Die ÖNORM B 2110 wurde erstmals 1947 (als Überarbeitung der ÖNORM B 2002) aufgelegt und 1967 und 1973 überarbeitet. 1983 wurde die ÖNORM B 2110 als spezielle Ergänzung für Bauleistungen zur allgemeinen Werkvertragsnorm A 2060 herausgegeben, so dass beide Normen zusammen zu lesen waren. 1995 erfolgte wieder eine Zusammenführung zur ÖNORM B 2110, welche 2000 und 2002 abermals überarbeitet wurde. 2009 wurde die ÖNORM B 2110 vollständig überarbeitet. Sie ersetzt nicht nur die Vorauflage (vom 01.03.2002), sondern auch die ÖNORM B 2117 sowie die ONR 22117, die eingearbeitet wurden.[26]

Das allgemeine Ziel der ÖNORM B 2110 ist die **Vereinheitlichung**. Es wird mittels paritätischer und ausgewogener Besetzung des ÖNORM-Komitees[27] versucht, die ÖNORM sachgerecht und ausgewogen zu gestalten, um eine faire Regelung der Bauwerkvertragsmaterie zu erreichen. Zudem soll die ÖNORM B 2110 als **„Nachschlagewerk"** für den in rechtlichen Belangen im Allgemeinen nicht bzw nur ungenügend geschulten Baupraktiker (zB durch teilweise wortgleiche Übernahme des Gesetzestextes – ua für die Gewährleistung in Pkt 12.2) und als **Handbuch für die Baupraxis** (zB durch Aufnahme von rechtlich belanglosen Bestimmungen – ua das Gebot der Schriftlichkeit für Verträge und deren Änderungen) fungieren.[28]

1.2.2 Bedeutung der ÖNORM B 2110

In Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge kommt der ÖNORM B 2110 aufgrund der sog „Normenbindung" öffentlicher Auftraggeber besondere Bedeutung zu, weil sie als

---

[26] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 5; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/57.

[27] s unten 1.2.3.

[28] *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/45 ff.

„geeignete Leitlinie“ gem § 99 Abs 2 BVergG[29] für die Vertragsbestimmungen von Bauleistungen heranzuziehen ist.[30]

Aufgrund dieser Normenbindung für öffentliche Auftraggeber sind in deren Ausschreibungsunterlagen Abweichungen von der ÖNORM B 2110 lediglich „in einzelnen Punkten“ zulässig, ein gänzliches Abgehen ist nicht erlaubt. Der Auftraggeber kann also ein derartiges Regelwerk nicht schlicht und einfach beiseite schieben und die Ausschreibung völlig losgelöst davon vornehmen.

Der Auftraggeber hat diese Abweichungen von den geeigneten Leitlinien in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend kenntlich zu machen, will er nicht einen möglichen Verstoß gegen § 864a ABGB riskieren.[31]

Es sind allerdings nur solche Abweichungen von den Leitlinien zulässig, die sachlich gerechtfertigt sind.[32] Argumentiert wird dies mit einer Anwendung der gröblichen Benachteiligung des § 879 Abs 3 ABGB auf eine öffentliche Ausschreibung, da § 879 Abs 3 ABGB nicht nur in Fällen der Verwendung „klassischer“ allgemeiner Geschäftsbedingungen anwendbar ist, sondern auch in vergleichbaren Ungleichgewichtslagen, worunter auch eine öffentliche Ausschreibung aufgrund ihres Machtgefälles zwischen Auftraggebern und Bietern fällt.[33] Die wichtigste Fallgruppe des § 879 Abs 3 ABGB sind Verschlechterungen der Rechtsposition des Vertragspartners des Verwenders von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Abweichungen vom dispositiven Recht.[34] Dieser Gedanke greift auch in Fällen der Abweichung von geeigneten Leitlinien, da auch diese gerade deshalb zur Heranziehung empfohlen werden, weil sie von dritter Seite ausgearbeitet worden sind und die Vermutung für sich haben, interessengerecht und ausgewogen zu sein[35], womit ihnen die gleiche Funktion wie dem dispositiven Recht zukommt. Sie stellen somit ein Indiz für die „Richtigkeitsgewähr" eines Vertrags dar, von dem Abweichungen zugunsten des Auftraggebers daher zu missbilligen sind, wenn sie nicht sachlich begründet werden

---

[29] § 99 Abs 2 BVergG: „Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“

[30] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 152.

[31] *Krejci*, ÖZW 2006, 2 (9).

[32] *Krejci*, ÖZW 2006, 2 (14).

[33] *Krejci*, ÖZW 2006, 2 (12).

[34] *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2000) § 879 Rz 240 mwN.

[35] vgl OGH 31.05.1988, 4 Ob 406/87 in SZ 61/134 = WBl 1988,433, wo erörtert wird, dass rechtliche ÖNORMen aufgrund der ausgewogenen Zusammensetzung der Normungsausschüsse, in denen alle relevanten Gruppen vertreten sind, und wegen des dort herrschenden Einstimmigkeitsprinzips bei der Beschlussfassung als faires und ausgewogenes Regelwerk anzusehen sind; s dazu auch *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 177.

können.[36] Die Unwirksamkeit der Abweichung führt dazu, dass die Regelungslücke in den Ausschreibungsunterlagen anhand der Leitlinien geschlossen wird.[37]

Bei Bauaufträgen von Sektorenauftraggebern sowie bei privaten Bauaufträgen besteht eine solche gesetzliche Beschränkung der Privatautonomie zwar nicht, doch gehört es zur „good practice", die ÖNORM B 2110 als Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Bauvertrag mit einzubeziehen.[38]

1.2.3 Entstehung der ÖNORM B 2110[39]

Rechtsgrundlage des Normungswesens ist in Österreich Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG sowie das Normengesetz 1971 (BGBl 1971/240). Das Normengesetz 1971 sieht vor, dass der Bundesminister für Bauten und Technik (nunmehr Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) einem Verein, dessen Zweck die Schaffung und Veröffentlichung von Normen ist, die Befugnis verleihen kann, die von ihm geschaffenen Normen als „Österreichische Normen" („ÖNORMen") zu bezeichnen. Eine solche Befugnis wurde mit Bescheid vom 08.03.1972 dem „Österreichischen Normungsinstitut" (ON) verliehen. Das Österreichische Normungsinstitut ist in Österreich alleinberechtigt, ÖNORMen herauszugeben.
Innerhalb des Normungsinstituts werden die ÖNORMen von Komitees geschaffen, die sich aus Experten aus den von der jeweiligen Norm betroffenen Kreisen zusammensetzen. Diese Experten stehen weder in einem Dienstverhältnis zum Normungsinstitut, noch erhalten sie für ihre Tätigkeit von diesem ein Entgelt.
Die ÖNORM B 2110 fällt in den Wirkungsbereich des Komitees 015 „Verdingungswesen", dem Vertreter folgender Interessentenkreise angehören: Bauindustrie (4), Baugewerbe (5); öffentliche Auftraggeber (9), private Auftraggeber (1); Lehre und Forschung (6); Ministerien und Kammern (6); Sonstige (6).

---

[36] *Krejci*, ÖZW 2006, 2 (13 f).

[37] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 164.

[38] *Gölles*, ZVB 2010, 24 (24).

[39] *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/10 ff; *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 3 ff.

2 ANWENDUNGSBEREICH

2.1 Anwendungsbereich der FIDIC-Standardbedingungen

Mittlerweile hat FIDIC eine größere Anzahl verschiedener Vertragsbedingungen herausgegeben, deren umgangssprachlicher Name sich, wie schon bei der ersten Auflage des „Red Book“, nach der Farbe des jeweiligen Buchumschlages richtet. Daraus ist wohl auch die Bezeichnung des im Jahre 1999 von FIDIC publizierten Satzes von Vertragsbedingungen als „Rainbow-Edition“ – bestehend aus dem Red Book, Yellow Book, Silver Book und Green Book – zu erklären.
Diese Klauselwerke der 1999er-Auflage sind sicherlich die in der Praxis am häufigsten verwendeten Standardbedingungen der FIDIC.

2.1.1 Das „Red Book“

Das FIDIC Red Book („Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer”) ist der älteste und gleichzeitig auch bekannteste Mustervertrag der FIDIC. Nach der ersten Auflage im Jahre 1957 folgten weitere Auflagen in den Jahren 1969 (2. Auflage), 1977 (3. Auflage), 1987 (4. Auflage mit Nachdrucken in 1988 und 1992) und eben schließlich 1999. Beim aktuellen Red Book aus 1999 handelt es sich jedoch nicht um eine 5. Auflage, sondern um eine abermalige Erstauflage. Die Bezeichnung als 1. Auflage soll die Intention der FIDIC zeigen, dass mit dieser Auflage konzeptionell Neues geschaffen wurde und es sich um neue Standardvertragsbedingungen handelt, die lediglich auf den bisherigen Klauseln und den mit ihnen gesammelten Erfahrungen aufbauen.
Das Red Book ist nach seiner Zielsetzung[40] in erster Linie auf solche Projekte zugeschnitten, bei denen die Planungs- und Projektierungsleistungen grundsätzlich nur durch den Auftraggeber (bzw von diesem beauftragten Planungsbüros) erbracht werden und der Auftragnehmer anhand dieser Vorgaben als Generalunternehmer fungiert und somit im Wesentlichen nur reine Bauleistungen schuldet.[41] Das Red Book geht von einer konstruktiven Leistungsbeschreibung aus und ist als Einheitspreisvertrag konzipiert. Es sieht den institutionalisierten Engineer[42] vor.

---

[40] vgl dazu das Vorwort der FIDIC-Standardbedingungen; sowie *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 6 ff.

[41] Auch wenn die Verwendung des Red Book für Bauvorhaben, die vom Auftraggeber geplant werden, vorgesehen ist, anerkennt es allerdings auch die Notwendigkeit mancher Planungsleistungen durch den Auftragnehmer (vgl Sub-Clause 4.1).

[42] Zum Engineer siehe unten 6.

Das FIDIC Red Book eignet sich va für größere Bauvorhaben und Bauvorhaben mit großem Ingenieurbauanteil.

2.1.2 Das „Yellow Book“

Das FIDIC Yellow Book („Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical works and for Building and Engineering Works designed by the Contractor”) wurde 1963 erstmals veröffentlicht und wurde ursprünglich va für Projekte über die Errichtung elektro-mechanischer Industrieanlagen konzipiert. Es folgten weitere Auflagen in den Jahren 1980 (2. Auflage), 1987 (3. Auflage) und 1999, wobei es sich bei letzterer, wie beim Red Book, um eine neuerliche Erstauflage handelt.

Da weder das Red Book noch das alte Yellow Book auf Vertragsverhältnisse zur schlüsselfertigen Erstellung eines Werkes (sog „Turnkey Contracts“) zugeschnitten waren, in der Wirtschaft aber ein Bedürfnis nach derartigen Vertragsgestaltungen bestand, veröffentlichte FIDIC 1995 das Orange Book („Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey”), das eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur schlüsselfertige Errichtung des Bauvorhabens vorsah.

Dieser Grundgedanke wurde im 1999er-Yellow Book weiterentwickelt. Der Auftragnehmer verpflichtet sich in diesem zur Lieferung einer schlüsselfertigen Anlage (auch wenn dies nicht bereits aus dem Titel oder dem Vorwort des Yellow Book hervorgeht[43]), wodurch das 1999er-Yellow Book nunmehr an die Stelle des alten Yellow Book und des Orange Book tritt.[44] Auch wenn das 1999er-Yellow Book auf die Errichtung schlüsselfertiger Anlagen zugeschnitten ist, kann es grundsätzlich bei allen Projekten angewendet werden, bei denen dem Auftragnehmer sowohl Planungs- als auch Ausführungsverantwortlichkeit obliegt.[45] Diese Vertragsgestaltung wird international als „design-build-Vertrag“ bezeichnet – der Auftragnehmer fungiert dabei als Totalunternehmer und übernimmt neben der Bauausführung auch die (teilweise oder vollständige) Planung.

Das FIDIC Yellow Book geht von einer funktionalen Leistungsbeschreibung aus und ist als Pauschalpreisvertrag (sog „lump sum“) konzipiert. Es sieht ebenso wie das Red Book die Funktion des Engineera vor.

Das FIDIC Yellow Book eignet sich gleichermaßen für aufwendige anlagentechnisch-mechanische Arbeiten wie auch für Ingenieurarbeiten.

---

[43] Die Bezeichnung „Design-Build“ wird häufig mit Turnkey-Verträgen synonym verwendet, s *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 84 mwN.

[44] *Booen*, ICLR 1999, 5 (6); *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 13.

[45] Daher auch der Titel „Design-Build“, wobei Design für die gesamte Konstruktions, Planungs- und Projektierungsarbeit steht.

2.1.3 Das „Silver Book“

Das FIDIC Silver Book („Conditions of Contract for EPC[46]/Turnkey Projects”) ist, im Gegensatz zum Red Book und dem Yellow Book, nicht auf frühere Klauselwerke der FIDIC zurückzuführen, sondern stellt gänzlich neue Standardvertragsbedingungen dar. Während der Reformarbeiten zum Red Book und Yellow Book stellte sich heraus, dass Bedarf an einem weiteren, konzeptionell abweichenden Mustervertrag bestand; Bedürfnisse des Marktes, va die steigende Zahl von privat finanzierten Infrastrukturprojekten nach BOT[47] bzw vergleichbaren Modellen, führten in weiterer Folge zur Entwicklung des Silver Book.

Beim FIDIC Silver Book handelt es sich um einen rein zweiseitigen Vertrag ohne Verwendung eines Engineers. Der Auftraggeber hat zwar einen Employer’s Representative zu benennen, doch handelt es sich dabei nicht, wie beim Engineer, um einen unabhängigen Dritten.

Wie das Yellow Book ist auch das Silver Book ein Design-Build-Vertrag, bei dem der Auftragnehmer als Totalunternehmer die Lieferung einer schlüsselfertigen Bauleistung auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu einem Pauschalpreis schuldet. Es ist auf größere Bau- und Anlagenbauvorhaben zugeschnitten und soll nach der Intention von FIDIC va für die schlüsselfertige Erstellung von Energie- oder Produktionsanlagen, Fabriken oder sonstiger Infrastruktureinrichtungen dienlich sein.

Das Silver Book orientiert sich inhaltlich an den Bedürfnissen solcher Auftraggeber, die großen Wert auf Preis- und Terminsicherheit legen, wodurch der Auftragnehmer erheblich mehr Risiken als beim Red Book und Yellow Book zu übernehmen hat.[48] Ebenso übernimmt der Auftraggeber die Aufgaben des Engineers, womit auch ein von dritter, neutraler Stelle gehandhabtes Streitmanagementsystem wegfällt. Das Silver Book ist somit scheinbar gewollt unausgewogen.[49]

Als Ausgleich dafür sind Auftraggeber solcher Bauvorhaben nach Auffassung der FIDIC bereit, eine entsprechend höhere Vergütung für die ihnen gebotene Preis- und Terminsicherheit zu bezahlen.

---

[46] EPC = Engineering, Procurement, Construction.

[47] BOT = Build, Operate, Transfer.

[48] Der Auftragnehmer trägt das Risiko für unvorhergesehene Schwierigkeiten (ua auch das Baugrundrisiko, vgl Sub-Clause 4.12) sowie für die Richtigkeit der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen (Employer’s Requirements; vgl Sub-Clause 1.9), wodurch dementsprechend auch die Möglichkeiten des Auftragnehmers zur Vertragsanpassung reduziert sind (vgl Sub-Clause 8.4, in der für den Auftragnehmer weniger Gründe für eine Verlängerung der Baufertigstellungsfrist vorgesehen sind). Ebenso sieht Sub-Clause 17.3 weniger vom Auftraggeber zu tragende Risiken vor.

Zu den wesentlichsten Unterschieden zwischen Silver Book und Yellow Book, siehe ferner *Totterdill*, FIDIC users’ guide[2] (2006) 17f.

[49] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 150; *Kus/Markus/Steding*, ICLR 1999, 533 (533 f); *Gaede*, ICLR 2000, 477.

Nach FIDIC's eigener Auffassung[50] ist die Anwendung des Silver Book aber nicht geeignet, wenn

- die Bieter nicht ausreichend Zeit haben, um die funktionale Leistungsbeschreibung des Auftraggebers zu überprüfen oder entsprechende Risikoevaluierungen durchzuführen;
- Untergrundarbeiten oder Arbeiten in Gebieten den Schwerpunkt bilden, die nicht untersuchbar sind;
- der Auftraggeber sich intensive Kontrollmöglichkeiten vorbehalten will; oder
- die Höhe von Teilzahlungen durch einen unabhängigen Dritten festgelegt werden soll.

2.1.4 Das „Green Book"

Auch das FIDIC Green Book („Short Form of Contract") hat keine Vorgängerversion und stellt insofern eine Innovation der FIDIC dar.
Das Green Book sieht grundsätzlich vor, dass die Planung vom Auftraggeber vorgenommen wird, doch kann es auch als Design-Build-Vertrag verwendet werden. Auf die Funktion des Engineers wird im Green Book verzichtet; stattdessen ist vorgesehen, dass der Auftraggeber eine für ihn handelnde Person (Employer's Representative) ernennt, die allerdings nicht die Aufgaben eines „klassischen" Engineer erfüllt, es sei denn, dies wird ausdrücklich vereinbart.
Während das Red Book, das Yellow Book und das Silver Book auf Großbauvorhaben zugeschnitten sind, eignet sich das Green Book für kleinere Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen bis zu US$ 500.000 (wobei aber ein höheres Auftragsvolumen der Anwendung des Green Book grundsätzlich nicht im Weg steht), für einfache oder wiederholte Arbeiten oder für Bauvorhaben mit kurzer Baufertigstellungszeit von knapp 6 Monaten.[51] In der Praxis wird das Green Book auch gerne als Subunternehmervertrag eingesetzt.

2.1.5 Das „Pink Book"

Das FIDIC Pink Book („Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer – Multilateral Development Bank Harmonised Edition") wurde erstmals im Jahre 2005 und abermals, mit einigen Änderungen, im März 2006 veröffentlicht. Es darf nur jenen Projekten zugrunde gelegt

[50] vgl Introductory Note to First Edition der Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.
[51] *Wade*, ICLR 2000, 5 (15 ff).

werden, die von einer Bank finanziert werden, die an der Ausarbeitung dieser Bedingungen mitgewirkt hat.[52]

Es folgt dem Aufbau und den Ideen des 1999er-Red Book. Die diesem gegenüber vorgenommenen Änderungen waren einerseits aufgrund der Beteiligung der Entwicklungsbanken notwendig und basieren andererseits auf Erfahrungen aus Einsätzen der Rainbow-Edition.[53]

2.1.6 Das „White Book"

Das FIDIC White Book (Client/Consultant Model Services Agreement) regelt die Vertragsbeziehung zwischen dem Engineer und dem Auftraggeber im Hinblick auf alle Leistungen, die von einem Engineer gefordert werden können. Die erste Auflage erschien 1990, die aktuelle vierte Auflage stammt aus dem Jahre 2006. Der Engineer schuldet nach dem FIDIC White Book Dienstleistungen (Services). Für deren Nichterfüllung haftet er aber – anders als in den anderen FIDIC-Vertragsmustern, in denen eine im Sinne des englischen Rechts verschuldensunabhängige Haftung (sog „strict" liabilty) vorgesehen ist[54] – lediglich für angemessene Fähigkeiten, Rücksicht und Sorgfalt (reasonable skill, care and diligence).[55]

2.1.7 Das „Gold Book"

Beim FIDIC Gold Book (Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects) handelt es sich um ein junges (erste Auflage im Jahre 2008), in der Praxis noch selten verwendetes Vertragsmuster. Darin schuldet der Auftragnehmer neben der Planungserstellung und der Bauausführung auch noch den Betrieb des von ihm errichteten Projekts für die im Vertrag vereinbarte Dauer, womit sich das Gold Book insb für langjährige PPP-Modelle eignet. Der Auftragnehmer wird für seine Leistungen mit einem Pauschalpreis bezahlt, so dass er keine besonderen Betriebsrisiken übernimmt und auch die Vorfinanzierung Sache des Auftraggebers bleibt. Im FIDIC Gold Book wurde der Engineer zwar durch den Employer's Representative ersetzt, doch stellt dies (anders als im Silver Book) keine Änderung gegenüber dem Engineer des Red Book und dem Yellow Book dar, da der Employer's Representative mit denselben Aufgaben wie der Engineer beauftragt ist und ebenso als unabhängiger Dritter fungieren soll.

---

[52] Diese Banken sind: International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank), African Development Bank, Asian Development Bank, Black Sea Trade and Development Bank, Caribbean Development Bank, Council of Europe Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development, Inter-American Development Bank, Islamic Bank for Development, Nordic Bank for Development.

[53] *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 357.

[54] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract^3 (2005) 499.

[55] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 23 ff.

2.1.8 Das „Blue Book“

Das FIDIC Blue Book (Form of Contract for Dredging and Reclamation Works) wurde (nach einer 2001 erschienenen Testversion) im Jahre 2006 veröffentlicht. Es handelt sich dabei um ein auf die Bedürfnisse von Tiefbauunternehmen abgestimmtes Vertragsmuster für Bagger- und Erdbauarbeiten. Es zeichnet sich durch eine eher Auftragnehmerfreundliche, realistische und ausgewogene Risikoverteilung aus. Das Blue Book sieht die Institution des Engineer vor.

2.2 Der Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 enthält nach ihrem Pkt 1 („Anwendungsbereich“) allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauwerkverträge.

Unter einem Werkvertrag versteht man eine Vereinbarung, durch die sich der eine Vertragsteil (Werkunternehmer, Auftragnehmer) gegen Entgelt, in nicht abhängiger Arbeit gegenüber dem anderen Vertragsteil (Werkbesteller, Auftraggeber) zur Herstellung eines den Wünschen des Auftraggebers entsprechenden Werkes verpflichtet, das er entweder persönlich ausführt oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen lässt. Der Auftragnehmer schuldet dabei den Erfolg, nicht aber die Arbeit, das Bemühen oder den Dienst.[56]

Der Bauwerkvertrag stellt geradezu den typischen Werkvertrag dar, da bei einem solchen der Werkunternehmer Bauleistungen erbringt.[57] Er unterscheidet sich von der Mehrzahl der anderen Werkverträge dadurch, dass die Erstellung des Bauwerks außerhalb der ständigen Betriebsräume des Auftragnehmers erfolgt und die Kalkulation des Auftragnehmers von Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers abhängt, die notwendigerweise auf dessen Angaben beruhen.[58]

Für den Bauwerkvertrag ist es somit typisch, dass der Auftragnehmer (lediglich) zur Erbringung von Bauleistungen nach den Vorgaben (Plänen) des Auftraggebers verpflichtet ist. Der von der ÖNORM B 2110 vorgesehene Bauwerkvertrag entspricht daher dem Red Book der FIDIC-Standardbedingungen.

---

[56] *Karasek*, ÖNORM B 2110 Rz 13.

[57] Den Begriff der Bauleistungen definiert die ÖNORM B 2110 in Pkt 3.1 folgendermaßen: „Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, Landschaftsbau und sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik.“

[58] *Wenusch*: ÖNORM B 2110 Rz 1/2.

3 AUFBAU UND BESTANDTEILE

3.1 Aufbau und Bestandteile der FIDIC-Standardbedingungen

Die FIDIC-Standardbedingungen tragen den Besonderheiten des Bauvertrages dadurch Rechnung, dass sie als ein Gesamtvertragswerk, bestehend aus mehreren Bestandteilen, konzipiert sind. Sie enthalten einen Satz von vertragsrelevanten Dokumenten und bestehen im Wesentlichen aus drei Teilen[59]:

- den **Allgemeinen Bedingungen (General Conditions of Contract)**, die den Kern des Vertrages bilden und jedem Projekt unverändert zugrunde gelegt werden (sollten);
- der **Anleitung zur Vorbereitung der Besonderen Bedingungen (Guidance for the Preparation of the Particular Conditions)**, durch den die Erstellung der Besonderen Bedingungen (Particular Conditions), die Änderungen und zusätzliche Bestimmungen gegenüber den Allgemeinen Bedingungen enthalten, erleichtert wird; und
- **sonstigen Formblättern**, ua das Angebot des Bieters (Letter of Tender) nebst Anhang (Appendix to Tender), die Annahmeerklärung (Letter of Acceptance), die Vertragsurkunde (Contract Agreement) und anderen besonderen Anlagen (zB Garantieformblätter, Dispute Adjudication Agreement, usw).

Die FIDIC-Standardbedingungen beinhalten somit Dokumente bzw Unterlagen,

- die bearbeitet werden müssen (Letter of Tender, Appendix to Tender, Contract Agreement, Guarantees, Dispute Adjudication Agreement);
- die nicht mehr bearbeitet werden (General Conditions, General Conditions of Dispute Adjudication, Procedural Rules); und
- die eigens zu erstellen sind (Particular Conditions, Specification).

Das Kernstück der FIDIC-Standardbedingungen, wie auch der Untersuchung dieser Dissertation, stellen die Allgemeinen Bedingungen (General Conditions of Contract) dar.
Die Allgemeinen Bedingungen der drei wichtigsten FIDIC-Klauselwerke (Red Book, Yellow Book, Silver Book) sind in die folgenden 20 Klauseln (Clauses) gegliedert:

Clause 1	Allgemeine Bestimmungen (General Provisions)
Clause 2	Der Auftraggeber (The Employer)
Clause 3	Red Book, Yellow Book: Der Ingenieur (The Engineer) Silver Book: Verwaltungskräfte des Auftraggebers (The Employer's Administration)

[59] FIDIC (Hrsg): The FIDIC Contracts Guide, 2.

Clause 4 Der Auftragnehmer (The Contractor)
Clause 5 Red Book: Benannte Subauftragnehmer (Nominated Subcontractors)
Yellow Book, Silver Book: Planung (Design)
Clause 6 Personal und Arbeiten (Staff and Labour)
Clause 7 Anlagen, Material und technische Ausführung (Plant, Materials and Workmanship)
Clause 8 Beginn, Verzug und Einstellung (Commencement, Delays and Suspension)
Clause 9 Fertigstellungtests (Tests on Completion)
Clause 10 Übernahme durch den Auftraggeber (Employer's Taking over)
Clause 11 Mängelhaftung (Defects Liability)
Clause 12 Red Book: Aufmaß und Bewertung (Measurement and Evaluation)
Yellow Book, Silver Book: Tests nach Fertigstellung (Tests after Completion)
Clause 13 Leistungsänderungen und Anpassungen (Variations and Adjustments)
Clause 14 Vertragspreis und Bezahlung (Contract Price and Payment)
Clause 15 Kündigung durch den Auftraggeber (Termination by Employer)
Clause 16 Einstellung und Kündigung durch den Auftragnehmer (Suspension and Termination by Contractor)
Clause 17 Risiko und Haftung (Risk and Responsibility)
Clause 18 Versicherung (Insurance)
Clause 19 Höhere Gewalt (Force Majeure)
Clause 20 Ansprüche, Streitigkeiten und Schiedsgericht (Claims, Disputes and Arbitration)

Diese 20 Clauses sind wiederum in zahlreiche Unterklauseln (Sub-Clauses, zB 1.1, 1.2, 1.3, usw) unterteilt.

Die Allgemeinen Bedingungen des Red Book, Yellow Book und Silver Book sind von ihrem Aufbau und ihrem Layout ident und stimmen wörtlich miteinander überein, soweit nicht die unterschiedlichen Zielsetzungen bzw Inhalte der Klauselwerke Abweichungen erfordern (zB sind im Red Book aufgrund der vom Auftraggeber zur Verfügung zu stellenden Planung keine bzw kaum Regelungen zur Planungsverantwortung enthalten (vgl Clause 5), im Silver Book und im Yellow Book entfallen aufgrund des dort vorgesehenen Pauschalpreises die Regelungen zum Aufmaß[60] (vgl Clause 12), weiters entfallen im Silver Book aufgrund dessen Zweiseitigkeit die Bestimmungen zum Engineer (vgl Clause 3)). Dies bringt für den Nutzer der FIDIC-Standardbedingungen, der sich bereits mit einem Vertragsmuster der Rainbow-Edition beschäftigt hat, den großen Vorteil mit sich, dass er sich nicht in vollkommen neue Standardbedingungen einlesen muss. Er

[60] vom Auftragnehmer geplante Arbeiten werden grundsätzlich nicht nach Aufmaß abgerechnet, da sonst die Gefahr einer unwirtschaftlichen Planung durch den Auftragnehmer bestünde; vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 15 f.

hat grundsätzlich lediglich die Unterschiede in den Allgemeinen Bedingungen, die Besonderen Bedingungen und den Anhang zum Angebot aufzuarbeiten.

3.2 Aufbau und Bestandteile der ÖNORM B 2110

3.2.1 Aufbau der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110:2009 besteht aus den nachfolgend genannten 12 Abschnitten:

Abschnitt 1	Anwendungsbereich
Abschnitt 2	Normative Verweisungen
Abschnitt 3	Begriffe
Abschnitt 4	Verfahrensbestimmungen
Abschnitt 5	Vertrag
Abschnitt 6	Leistung, Baudurchführung
Abschnitt 7	Leistungsabweichung und ihre Folgen
Abschnitt 8	Rechnungslegung, Zahlung, Sicherstellungen
Abschnitt 9	Benutzung von Teilen der Leistung vor der Übernahme
Abschnitt 10	Übernahme
Abschnitt 11	Schlussfeststellung
Abschnitt 12	Haftungsbestimmungen

Die ÖNORM B 2110 sieht allerdings vor, dass lediglich die Abschnitte 5 bis 12 – eine dementsprechende Vereinbarung der Vertragsparteien vorausgesetzt – zum Vertragsinhalt werden sollen.[61]

3.2.2 Bestandteile des Bauvertrags

Dass ein Bauvertrag auch in Österreich nicht nur aus der schriftlichen Vertragsurkunde selbst besteht, sondern vielmehr ein Konvolut aus mehreren Dokumenten darstellt, zeigt sich schon in der Bestimmung des Pkt 5.1.3, in dem eine Reihenfolge der Vertragsbestandteile für den Fall von Widersprüchen festgelegt wird. In diesem werden ua auch die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis (Z 2), Pläne, Zeichnungen und Muster (Z 3), die Baubeschreibung (Z 4), die besonderen Bestimmungen für den Einzelfall (Z 5), die allgemeinen Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten Auftraggebers oder Auftragnehmers (Z 6) und die Richtlinien technischen Inhalts (Z 10) als Vertragsbestandteile genannt.
Daneben sieht Pkt 5.1.1 ausdrücklich vor, dass mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 auch folgende ÖNORMen als Vertragsbestandteil gelten[62]:

---

[61] s dazu das Vorwort der ÖNORM B 2110:2009.

[62] Pkt 5.1.1 letzter Satz schränkt allerdings die automatische Geltung dieser ÖNORMen im Fall eines Verbrauchergeschäfts ein und sieht vor, dass diese bei einem solchen ausdrücklich vereinbart werden müssen.

- alle in Betracht kommenden, im ÖNORMen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes (Z 1);
- alle ÖNORMen mit vornormierten Vertragsinhalten (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile der Leistung diese Sachgebiete betreffen[63] (Z 2); und
- die ÖNORM B 2111 „Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen“ und die ÖNORM B 2114 „Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechung von Bauleistungen“ (Z 3).

[63] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 284 bezeichnet diese Bestimmung zurecht als rechtlich bedenklich, da hierdurch Normen mit mehreren tausend Seiten Inhalt vereinbart werden, die den Vertragsparteien gar nicht bekannt sind.

4 RECHTSNATUR

4.1 Die Rechtsnatur der FIDIC-Standardbedingungen

Bei den FIDIC-Standardbedingungen handelt es sich um Mustervertragsbedingungen, die von einer unabhängigen Stelle, der FIDIC, in einem Drafting Comittee entwickelt, international diskutiert und in einem langwierigen Prozess abgestimmt und beraten wurden. Nach *hM*[64] stellen die FIDIC-Standardbedingungen eine Art „Vertragsschablone" dar und sind somit nach österreichischem Verständnis als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren. Sie enthalten keinen eigenen Anwendungsbefehl und gelten im jeweiligen Vertragsverhältnis somit nur aufgrund einer entsprechenden Willensübereinstimmung der Parteien.[65]

4.1.1 Die FIDIC-Standardbedingungen als lex mercatoria oder Gewohnheitsrecht?

Die beachtliche geografische Verbreitung des Red Book (und die scheinbar damit einhergehende Vereinheitlichung transnationalen Rechts) rückt die FIDIC-Standardbedingungen immer wieder in das Interesse der Vertreter einer neuen lex mercatoria.[66] Dabei wird vom weitestgehenden Verständnis der lex mercatoria als dritte Rechtsmasse neben dem nationalen Recht und dem Völkerrecht, und damit von einem allgemeingültigen, transnationalen bzw überstaatlichen Welthandelsrecht mit universellem Geltungsanspruch, ausgegangen.[67] Bei der lex mercatoria soll es sich also um eine eigenständige und autonom geltende Rechtsordnung handeln, die über den nationalen Rechtsordnungen steht, die für internationale Sachverhalte Vorrang beansprucht, ohne dass ein Kollisionsrecht befragt werden müsste, und die mit einem immanenten, an den Fallentscheider gerichteten Anwendungsbefehl ausgestattet ist.[68]

---

[64] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 5 Rz 14ff; *ders* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 8; *Kus/Markus/Steding*, ICLR 1999, 533 (535); *Atzpodien / Müller*, RIW 2006, 331 (335); *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 56; *ders*, RIW 2000, 532 (533).

[65] Die FIDIC-Standardbedingungen werden regelmäßig durch eine standardisierte Verweisungsklausel in den Vertrag inkorporiert. Die von FIDIC hiefür vorgeschlagene Formulierung lautet: „The Conditions of Contract comprise the ‚General Conditions', which form part of the ‚Conditions of Contract for …' First Edition 1999 published by the Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), and the following ‚Particular Conditions', which include amendments and additions to such General Conditions." Die präzise Verwendung dieser Klausel beugt Missverständnissen vor.

[66] vgl ua *Stein*, Lex mercatoria (1995) 38 mwN.

[67] *Berger*, IPRax 1993, 281 (281) mwN.

[68] *Berger*, IPRax 1993, 281 (283) mwN; zur Darstellung der drei vertretenen Hauptrichtungen zum Verhältnis der lex mercatoria zu den anderen Rechtsquellen: vgl *Martiny* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (2004) Rz 72 f mwN.

Konkret geht es hier also um die Frage, ob die FIDIC-Standardbedingungen (bzw einzelne ihrer Klauseln) eine lex mercatoria darstellen und dadurch auch Vertragsverhältnisse beeinflussen können, in denen diese nicht (explizit) vereinbart wurden, und in diesem Umfang nationales Recht verdrängen.

Für die Qualifikation von international gebräuchlichen Musterverträgen, Standardbedingungen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen als lex mercatoria wird man den **Maßstab des Handelsgewohnheitsrechts** anlegen müssen, da einem bloßen Handelsbrauch unter keinen Umständen nationales Recht ersetzende Geltung beigemessen werden kann.[69]

Voraussetzung für die Entstehung bzw Anerkennung von Gewohnheitsrecht ist eine langandauernde, allgemeine und gleichmäßige Übung, die von der Überzeugung getragen sein muss, dass die angewendeten Regeln Recht seien (sog opinio iuris).[70]

Die FIDIC-Standardbedingungen werden seit ihrer erstmaligen Auflage im Jahre 1957 weltweit sehr häufig bei Großbauprojekten verwendet, was auf den ersten Blick nach **ständiger Übung** aussieht. Es darf in diesem Zusammenhang allerdings nicht übersehen werden, dass gerade Änderungen und insbesondere Neuauflagen international üblicher Branchen-Musterbedingungen der Etablierung von Einheitsrecht entgegenlaufen, indem sie eine für die Entstehung von Handelsgewohnheitsrecht zu fordernde ständige Übung unterbrechen.[71] FIDIC hat im Zeitraum seit 1957 fünf Auflagen des Red Book mit jeweils nicht unerheblichen Änderungen herausgegeben. Zuletzt wurden mit der sog „Rainbow-Edition“ aus dem Jahre 1999 mitunter tief greifende Neuerungen eingeführt. Diese von FIDIC regelmäßig herausgegebenen Neuauflagen verhindern wohl das Entstehen einer ständigen Übung. Ebenso muss bedacht werden, dass bei größeren Bau- und Anlagenprojekten nicht nur die FIDIC-Standardbedingungen zur Anwendung kommen, sondern es weltweit eine Reihe anderer Vertragsmuster gibt. Diese bieten zur Lösung bestimmter Probleme unterschiedliche Regelungen, so dass es auch aus diesem Gesichtspunkt an einer Übereinstimmung und somit an einer ständigen Übung mangelt.[72] Dies wurde auch in einem Verfahren vor einem Schiedsgericht der ICC bestätigt, wo die Schiedsrichter eine hinreichend einheitliche Verwendung von Klauseln hinsichtlich Höherer Gewalt verneinten und zu dem Ergebnis kamen, dass für diese Thematik kein hinreichend verfestigter Handelsbrauch festzustellen war.[73] Ferner spricht gegen eine ständige Übung auch die Praxis, einzelne Klauseln individualvertraglich zu ändern.

---

[69] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 35.

[70] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht[13] I (2006) 40.

[71] *Mallmann*, RIW 2000, 532 (533) mwN.

[72] *Atzpodien / Müller*, RIW 2006, 331 (335); *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 41.

[73] ICC-Schiedsspruch 8873/1997, zust *Seppälä* in ICLR 1999, 339 (358).

Das Erstarken der FIDIC-Standardbedingungen zu internationalem Handelsgewohnheitsrecht scheitert überdies an der fehlenden Überzeugung der Beteiligten von ihrer Gültigkeit (sog **opinio iuris**). Die an einem internationalen Bauprojekt beteiligten Parteien wenden die Vorschriften der FIDIC-Standardbedingungen ja nicht an, weil sie von deren Rechtsverbindlichkeit überzeugt sind. Vielmehr vollziehen die Parteien ihren Vertrag nach den Regeln, die sie vorher dafür explizit vereinbart haben. Es müsste somit belegt werden, dass die am Bau beteiligten Kreise auch ohne explizite Vereinbarung der FIDIC-Bedingungen von der Geltung der darin enthaltenen Regelungen überzeugt wären. Dieser Nachweis wird praktisch kaum zu erbringen sein.

Gegen die Qualifikation der FIDIC-Standardbedingungen als lex mercatoria spricht ferner der Vergleich mit dem CISG (UN-Kaufrecht). Während die Geltung der FIDIC-Standardbedingungen in ihrer Eigenschaft als Mustervertragsvertragsbedingungen ausdrücklich vereinbart werden müssen, beansprucht das CISG im Rahmen seines (sachlichen und räumlichen) Anwendungsbereiches von sich aus Geltung. Überdies ist das UN-Kaufrecht in seinen Vertragsstaaten nationales Recht (und kommt somit ggf auch qua kollisionsrechtlicher Verweisung zur Anwendung, es sei denn, es wird ausdrücklich ausgeschlossen).[74]

Trotz der immer wieder aufflackernden Diskussion um ein internationales einheitliches Handels- oder Wirtschaftsrecht, vielfältiger interessanter Ansätze, eines gewissen Bedürfnisses und unbestreitbarer Vorteile ist diesbezüglich der hA zu folgen, dass sich weder im Baurecht noch im Handelsrecht eine internationale lex mercatoria durchgesetzt hat.[75] Auch für die Eigenschaft der FIDIC-Standardbedingungen als lex mercatoria fehlt es, wie erörtert, hierzu an den grundlegenden Voraussetzungen, die in der internationalen Baubranche wohl erst dann gegeben sind, wenn es sich um ein Regelwerk handelt, das sich aufgrund seiner Schlichtheit und Vorhersehbarkeit quasi aufdrängt.[76]

4.1.2 Die FIDIC-Standardbedingungen als internationaler Unternehmensbrauch?

Art 17 Z 2 der ICC-Schiedsordnung[77] weist das Schiedsgericht an, bei ihrer Entscheidung neben den Bestimmungen des Vertrags bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen.[78]

---

[74] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006) 13.

[75] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 13 mwN; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 56.

[76] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 115 mwN; *Hök*, ZfBR 2008, 741 (747).

[77] Art 17 Z 2 ICC-Schiedsordnung: „In jedem Falle hat das Schiedsgericht die Bestimmungen des Vertrags und die Handelsbräuche zu berücksichtigen." – "In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.".

Nach ganz überwiegender Meinung stellen die FIDIC-Standardbedingungen per se keinen internationalen Unternehmensbrauch dar. Jedoch können einzelne ihrer Klauseln zu einem internationalen Unternehmensbrauch werden, wenn sich – insb auch in vergleichbaren, internationalen Mustervertragsbedingungen – eine hinreichende Übung feststellen lässt.[79]

4.1.3 Die FIDIC-Standardbedingungen als rechtsordnungsloser Vertrag?

Teilweise wird in der Literatur vertreten, es gäbe Verträge, die ohne anwendbares Recht auskämen und somit von jeglicher Rechtsordnung losgelöst sind (sog self-executing bzw self-enforcing contracts). Gerade die FIDIC-Standardbedingungen könnten hier als Beispiel dienen, da es sich um ein extrem detailliertes und umfassendes Vertragswerk handelt, das nur wenige Fragen offen lässt.

Hiergegen wendet sich allerdings die international ganz überwiegende Meinung[80], nach der es keine Verträge außerhalb einer Rechtsordnung gibt, da jeder Vertrag seine Gültigkeit und Wirkungskraft aus einem nationalen Recht beziehen muss und sich die Vertragsparteien nicht ohne weiteres von zwingenden Rechtsvorschriften freizeichnen können. Ferner darf die bei Bauverträgen bestehende enge Verbindung zum Baustellenstaat, insb aufgrund der Bestimmungen der lokalen Bauvorschriften, des internationalen Sachenrechts oder des Arbeitsschutzes, nicht übersehen werden.

4.2 Die Rechtsnatur der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 gehört zur Gruppe der sog ÖNORMen mit vornormierten Vertragsinhalten (diese werden auch als Vertragsnormen, rechtliche ÖNORMen oder als ÖNORMen des Verdingungswesens bezeichnet). Als solche ist sie (wie auch die FIDIC-Standardbedingungen, sowie die ÖNORM B 2111, die ÖNORM B 2114 und die ÖNORMen der Serie B 22xx und H 22xx) ein „vornormierter Vertrag“ bzw eine „Richtlinie“, die als Bestandteil von Einzelverträgen konzipiert wird. Sie stellt somit rechtlich nichts anderes als eine Vertragsschablone oder Allgemeine Geschäftsbedingungen dar.[81]

Die ÖNORM B 2110 hat keine Gesetzesqualität und wird daher – ihrer Rechtsnatur als Allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechend – nur dann zum Vertragsgegenstand,

---

[78] Auf internationaler Ebene sind Unternehmensbräuche streng vom transnationalen Recht und dem Gewohnheitsrecht zu trennen. Unternehmensbräuche stellen selbst kein Recht dar, können aber als Vorstufe für die Entwicklung von Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (und damit auch für die lex mercatoria) dienen.

[79] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 56 mwN.

[80] *Martiny* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (2004) Rz 74 mwN; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 47 mwN. *Stoll*, RIW 1981, 808 (809); *Atzpodien / Müller*, RIW 2006, 331 (335).

[81] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 239, 246 mwN; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/26.

wenn sie die Vertragsparteien vereinbart haben.[82] Eine konkludente Vereinbarung ist möglich; ob eine bestimmte ÖNORM als Ganzes oder Teile davon zum Vertragsbestandteil wurde, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des § 914 ABGB.[83] Die bloße Erwähnung der ÖNORM B 2110 bedeutet aber nicht bereits, dass diese zur Gänze Vertragsinhalt wird.[84]

4.2.1 Die ÖNORM B 2110 als Gewohnheitsrecht?

Selbst wenn der OGH die ÖNORM B 2110 als „in Österreich generell akzeptiert"[85] bezeichnet und festhält, dass ÖNORMen wiedergeben, was branchenüblich ist[86], stellt die ÖNORM B 2110 kein Gewohnheitsrecht dar. Eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung von rechtlichen Normen scheidet nämlich schon deshalb aus, da dies sonst zu einer unzulässigen Rechtsetzungsbefugnis durch die Normungsorganisation führen würde.[87]

4.2.2 Die ÖNORM B 2110 als Unternehmensbrauch?

ÖNORMen bzw einzelne ihrer Regelungen können aber, va im technischen Bereich, durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Unternehmensbrauch oder zur Verkehrssitte erstarken und wären damit bei der ergänzenden Vertragsauslegung heranzuziehen.[88] Im Allgemeinen wird ein Unternehmensbrauch bei ÖNORMen mit vornormierten Vertragsinhalten jedoch nicht anzunehmen sein; von der Rsp wurde dies, soweit ersichtlich, auch noch nie angenommen.[89] Die ÖNORM B 2110 stellt daher – (zumindest) per se – weder Unternehmensbrauch noch Verkehrssitte dar.[90]

---

[82] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 249 mwN; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/24.

[83] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 249 mwN.

[84] OGH 27.04.1999, 1 Ob 359/98w.

[85] OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85 in RdW 1985,305 = EvBl 1986/27 S 109 = SZ 58/41.

[86] OGH 20.08.1998, 10 Ob 212/98v in SZ 71/133 = ecolex 1999,32.

[87] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 247 mwN.

[88] OGH 17.06.1986, 4 Ob 356/86 in RdW 1986,272 = SZ 59/101.

[89] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 248 mwN.

[90] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 248; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz E/24.

5 INTERNATIONALPRIVATRECHTLICHE ASPEKTE DER FIDIC-STANDARDBEDINGUNGEN

Nationale Standardvertragsbedingungen (wie die ÖNORM B 2110) sind ungeeignet, grenzüberschreitende Bauvorhaben im notwendigen Ausmaß zu regeln, da diese idR nur in der nationalen Landessprache erhältlich sind, keine Regelung über typischerweise bei grenzüberschreitenden Bauvorhaben auftretenden Problemen enthalten (zB Kontrahierung bzw die Zusammenarbeit eines aus dem Baustellenausland kommenden Auftragnehmers mit lokalen Subunternehmern) sowie den Einfluss von internationalen Übereinkommen und auf den Bauvertrag anwendbaren nationalen Rechtsordnungen nicht berücksichtigen.

Gerade der auf den Bauvertrag anwendbaren nationalen Rechtsordnung, dem sog Schuld- bzw (Bau)Vertragsstatut, kommt bei internationalen Bauverträgen große Bedeutung zu, da diese grundsätzlich für alle Aspekte des Vertragsverhältnisses – insb für dessen Zustandekommen, Inhalt, Wirkungen, Änderung, Übertragung, Abschwächung und Untergang; mit Ausnahme der Stellvertretung und Form – maßgebend ist (sog Grundsatz des einheitlichen Vertragsstatuts).[91]

Aufgrund des hohen Detailgrades der FIDIC-Standardbedingungen verdrängen deren Regelungen die entsprechenden dispositiven Bestimmungen der einzelnen Rechtsordnungen. Die Bestimmungen des Bauvertragsstatuts kommen damit lediglich in jenen Bereichen zur Anwendung, wo dieses zwingende Normen enthält oder wo die FIDIC-Standardbedingungen **Regelungslücken** aufweisen. Erkennbar ungeregelt geblieben sind in den FIDIC-Standardbedingungen ua die Verjährung (insb der Gewährleistungsansprüche, siehe unten 7.4), die deliktische Haftung, der Umfang der vertraglichen Haftung, die Regelung der Eigentumsverhältnisse sowie die Regelungen zur Vertragsauslegung.[92] Darüber hinaus beurteilt sich das **Zustandekommen und die Wirksamkeit des Bauvertrags oder einzelne seiner Bestimmungen** (insb der Rechtswahlklausel und der Schiedsklausel)[93] nach dem Vertragsstatut. Außerdem hat das anzuwendende nationale Recht Einfluss auf die **Vertragsauslegung**[94], enthält zwingende Normen und stellt Vorschriften für die Inhaltskontrolle zur Verfügung[95].

Vor der kollisionsrechtlichen Ermittlung des Vertragsstatuts sind jedoch zunächst verbindliche völkerrechtliche Vereinbarungen, die selbst Sachrecht enthalten (sog

---

[91] vgl Art 10 Abs 1 VO Rom I; *Posch*, Bürgerliches Recht VII[4] (2008) Rz 15/1.

[92] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006) 102 ff.

[93] vgl Art 10 Abs 1 VO Rom I.

[94] vgl Art 12 Abs 1 lit a VO Rom I; so auch ausdrücklich: *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 60.

[95] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 118.

internationales Einheitsrecht bzw lois uniformes), auf deren Anwendbarkeit auf den Vertrag zu untersuchen (s dazu sogleich 5.1). Erst im zweiten Schritt stellt sich die Frage nach dem auf den FIDIC-Vertrag anzuwendenden nationalen Recht, das durch das Internationale Privatrecht ermittelt wird (s dazu unten 5.2).

An dieser Stelle vorwegzunehmen ist, dass die FIDIC-Standardbedingungen in Sub-Clause 20.6 eine Schiedsklausel enthalten, die für die zur Entscheidung berufenen Schiedsgerichte eine kollisionsrechtliche Anknüpfung nach den Bestimmungen der Schiedsordnung der ICC[96] vorsieht, nach denen die Schiedsrichter mangels Rechtswahl jenes Recht anzuwenden haben, das sie für angemessen erachten.[97] Trotzdem wird im Folgenden der Darstellung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nach der VO Rom I für staatliche Gerichte ausreichend Platz gewidmet, da auch das Schiedsgericht grundsätzlich nicht irgendein Vertragsstatut wählen wird, sondern sich auch hier an bestehenden und bereits gefestigten Regeln „orientieren“ wird.

Dabei gilt primär der Grundsatz der Parteiautonomie, dh die Vertragsparteien können das auf ihren Vertrag anzuwendende nationale Recht vereinbaren (s dazu unten 5.2.1 und 5.3.1). Nur wenn eine solche Rechtswahl durch die Vertragsparteien unterbleibt, werden die Regelungen zur objektiven Anknüpfung herangezogen (s dazu unten 5.2.2 und 5.3.2).

5.1 Sachrechtsvereinheitlichende Übereinkommen

5.1.1 Kein spezielles Einheitsrecht für internationale Bauverträge

Speziell für den Bausektor gibt es, soweit ersichtlich, keine rechtlich verbindlichen sachrechtsvereinheitlichenden Konventionen oder Übereinkommen, die eine Klärung der vom Internationalen Privatrecht zu lösenden Frage nach dem anzuwendenden nationalen Recht überflüssig macht.[98]

5.1.2 CISG

Für Verträge, denen die FIDIC-Standardbedingungen zugrunde gelegt werden, kommt grundsätzlich eine Anwendung des CISG in Betracht.

Das CISG ist auf Kaufverträge über Waren, die zu gewerblichen Zwecken vertrieben werden (vgl Art 2 lit a CISG), zwischen Parteien (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit) anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn

---

[96] International Chamber of Commerce, Rules of Arbitration. Die aktuelle Fassung datiert vom 01.01.1998.

[97] vgl Art 17 Abs 2 ICC-Schiedsgerichtsordnung; s dazu genauer unten 5.3.2.

[98] Die Institutionen, die sich mit der Vereinheitlichung internationalen Wirtschafts- und Handelsrecht befassen (ua zB UNIDO, UNCITRAL), haben bisher lediglich Musterverträge oder Ratgeber zur Erstellung von Bau- und Anlagenbauverträgen publiziert.

- diese Staaten Vertragsstaaten sind (Art 1 Abs 1 lit a CISG);
- die Regeln des internationalen Privatrechts auf das Recht eines Vertragsstaates verweisen (Art 1 Abs 1 lit b CISG, sog Vorschaltlösung); oder
- die Vertragsparteien (mittels Rechtswahl) die Anwendbarkeit des Rechts eines Vertragsstaates vereinbaren.[99]

Art 3 Abs 1 CISG erweitert dessen Anwendungsbereich auf Verträge über die Lieferung herzustellender oder erzeugender Waren, es sei denn, dass der Werkbesteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Durch Art 3 Abs 2 CISG werden allerdings solche Verträge ausgenommen, bei denen der überwiegende Teil der Vertragspflichten jener Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht.

Es ist also zu hinterfragen, ob FIDIC-Verträge in den sachlichen Anwendungsbereich des CISG fallen.

Bei reinen Bau(werk)verträgen – wie dem Red Book – scheidet die Anwendung des CISG gem Art 3 Abs 2 CISG aus, da der Werkunternehmer bei einem solchen, geradezu typischen Werkvertrag als Hauptvertragspflicht die Herstellung eines Bauwerks am Baustellenort schuldet, womit idR die zu erbringenden Arbeits- bzw Dienstleistungen gegenüber den Lieferpflichten des Werkunternehmers überwiegen werden.[100]

Anlagenlieferverträge – wie das Yellow und das Silver Book – sollen nach überwiegender Ansicht nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich des CISG fallen, vielmehr soll es auf das Wertverhältnis zwischen kaufvertraglichen und kauffremden Pflichten bzw diesbezüglichem Parteiinteresse ankommen.[101] Die komplexen Regelungen, die die FIDIC-Standardbedingungen gerade für die Arbeiten vor Ort bereit halten, zeigen aber, dass Verträge, denen die FIDIC-Bedingungen zugrunde gelegt werden, wohl kaum als Lieferverträge qualifiziert werden können[102]. Zahlreiche Klauseln würden sonst ins Leere laufen[103] (vgl insb die Clauses 6 bis 8).

Für die FIDIC-Standardbedingungen kommt dem CISG daher grundsätzlich keine Bedeutung zu. Freilich darf der mit einem konkreten Projekt bzw Vertrag befasste Rechtsanwender das CISG aber nicht gänzlich aus den Augen verlieren, sondern muss dessen Anwendbarkeit zumindest gedanklich durchprüfen.[104]

---

[99] vgl *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 182 f mwN.

[100] *Magnus* in Staudinger, BGB[13] (2001) Art 3 CISG Rz 28.

[101] *Magnus* in Staudinger, BGB[13] (2001) Art 3 CISG Rz 27 mwN.

[102] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 72.

[103] Daher kommt den FIDIC-Standardbedingungen auch für Verträge über die reine Lieferung von Anlagen, die beim Werkunternehmer nahezu vollständig hergestellt werden, keine Bedeutung zu.

[104] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 72.

5.2 Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der staatlichen Gerichte

Nationale Gerichte ermitteln das anwendbare Recht nach ihrem nationalen Kollisionsrecht, den **Regelungen des Internationalen Privatrechts** (sog lex fori).

Für die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, und damit auch für jene Österreichs, ist für die kollisionsrechtliche Anknüpfung von privatrechtlichen Verträgen primär die **VO Rom I**[105] relevant. Diese ist seit dem 17.12.2009 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mit Ausnahme Dänemarks, in Geltung (räumlicher Anwendungsbereich), da auch das Vereinte Königreich und Irland von ihrer opting-in Möglichkeit Gebrauch gemacht haben.

Als ihren sachlichen Anwendungsbereich bestimmt die VO Rom I (und auch das EVÜ) in Art 1 Abs 1 „vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen".[106]

Die VO Rom I ersetzt mit 17.12.2009 das bisher gültige *EVÜ*[107], das in Österreich zum 01.12.1998 in Kraft getreten war. Für alle vor dem 17.12.2009 geschlossenen Schuldverträge gilt aber selbstverständlich noch das EVÜ.

Nach Aufbau und Inhalt knüpft die VO Rom I an das EVÜ an. Während dieses aber als völkerrechtliches Übereinkommen unter den EG-Mitgliedstaaten zu qualifizieren war und nur kraft eines innerstaatlichen Umsetzungsbefehls galt, handelt es sich bei der VO Rom I um eine Verordnung iSd Art 249 Abs 2 EGV.[108] Als solche hat sie allgemeine Geltung, ist in all ihren Teilen für die Mitgliedstaaten als auch für Individuen verbindlich und ist in den Mitgliedstaaten als unmittelbar geltendes Recht anzuwenden, ohne dass die Legislativorgane des Staates diese Geltung (gesondert) anordnen müssen. Aus der unmittelbaren Geltung folgt insb, dass die Verordnung - ohne ihren Charakter als Gemeinschaftsrecht zu verlieren - Bestandteil der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung wird und gegenüber kollidierenden nationalen Bestimmungen Anwendungsvorrang genießt.[109]

Mit der VO Rom I wird ein einheitliches Kollisionsrecht für vertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Gemeinschaft geschaffen. Der Gedanke, der dahinter steht, ist, den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten vorhersehbarer zu machen und die Sicherheit in Bezug auf das anzuwendende Recht sowie den freien Verkehr gerichtlicher Entscheidungen zu

---

[105] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 der Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

[106] Ausnahmen hiervon werden, ua für Schiedsvereinbarungen, in Art 1 Abs 2 VO Rom I normiert.

[107] Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BGBl III 1998/208.

[108] Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 endgültig, 2.

[109] *Streinz*, Europarecht[7] (2005) Rz 426 ff.

fördern. Zu diesem Zweck müssen die in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen im Interesse eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts unabhängig von dem Staat, in dem sich das Gericht befindet, bei dem der Anspruch geltend gemacht wird, dasselbe Recht bestimmen.[110]

5.2.1 Der Grundsatz der freien Rechtswahl

Nach beinahe allen Rechtsordnungen gilt im internationalen Schuldvertragsrecht der Grundsatz der Privatautonomie. Die Parteien eines Vertrages sollen die Möglichkeit haben, ihre rechtlichen Beziehungen zueinander nach ihrem eigenen Willen und ihren eigenen Vorstellungen zu gestalten, was diesen auch die Wahl des Vertragsstatuts erlaubt (sog Grundsatz der Parteiautonomie).

Auch in der VO Rom I ist die Privatautonomie (wie auch bereits im EVÜ) eines der Kernprinzipien[111]; sie bezeichnet die freie Rechtswahl der Parteien gar als einen ihrer Ecksteine.[112] Den Vertragsparteien steht es daher gem **Art 3 Abs 1 und 2 VO Rom I** (bzw Art 3 Abs 1 und 2 EVÜ) offen, jenes Recht, das auf ihren Vertrag oder einen Teil des Vertrags angewendet werden soll, vor, mit oder nach Abschluss des betreffenden Vertrages frei zu wählen und von ihrer Rechtswahl jederzeit wieder abzuweichen.

Eine Rechtswahl kann gem Art 3 Abs 1 Satz 2 VO Rom I ausdrücklich oder schlüssig erfolgen, beide Alternativen sind gleichwertig. Eine ausdrückliche Rechtswahl setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus, die auf die Maßgeblichkeit eines bestimmten Rechts gerichtet sind. Zu denken ist dabei nicht nur an eine individuell ausgehandelte Klausel, auch AGB oder die Bezugnahme auf eine Rechtswahl in einem anderen Vertrag reichen aus.[113] Fehlt eine ausdrückliche Rechtswahl, so ist zu untersuchen, ob die Parteien das Vertragsstatut schlüssig (stillschweigend) gewählt haben. Die Schlüssigkeit einer Rechtswahl misst die VO Rom I nicht bloß – wie bisher das EVÜ – an dem Kriterium der „hinreichenden Sicherheit“, sondern verlangt vielmehr, dass sich die Rechtswahl „eindeutig“ aus den Vertragsbestimmungen oder aus den Umständen des Falles ergeben muss.

Die schlüssige Rechtswahl ergibt sich aus dem Zusammenspiel verschiedener Indizien unter Berücksichtigung einer Abwägung im Einzelfall.[114] So kann bereits der Hauptvertrag selbst entsprechende Hinweise enthalten, wie zB eine Gerichtsstandsvereinbarung zur

---

[110] vgl Erwägungsgrund Nr (6) VO Rom I.

[111] vgl Vorschlag KOM (2005) 650 endgültig, 5.

[112] vgl Erwägungsgrund Nr (11) VO Rom I.

[113] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) Art 3 EVÜ Rz 5.

[114] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) Art 3 EVÜ Rz 6.

Schaffung eines ausschließlichen Gerichtsstandes[115], eine Schiedsklausel[116], die Bezugnahme auf eine Rechtsordnung, die Bezugnahme auf einzelne nationale Vorschriften oder Bedingungswerke, die Vereinbarung eines Erfüllungsortes, uU auch die Anlehnung an einen anderen Vertrag.[117]

Der Verweis auf Bestimmungen des Bauplanungs- oder Bauordnungsrechtes eines bestimmten Staates (sog Compliance-Regelungen), wie dies in Sub-Clause 1.6[118] des Green Book als auch in Sub-Clause 1.13[119] des Red, Yellow und Silver Book erfolgt, stellt idR allerdings kein Indiz für eine Rechtswahl dar. Solche Regelungen verpflichten den Auftragnehmer lediglich dazu, seine Leistungen in Übereinstimmung mit dem Recht des Baustellenlandes und/oder anderer Rechtsordnungen zu erfüllen, und sollen den Auftragnehmer für den Verstoß gegen jede der zu beachtenden Rechtsnormen haftbar machen[120]. Es soll damit lediglich eine Inbezugnahme öffentlich-rechtlicher Vorschriften erreicht werden, die aber ohnehin unabhängig vom Willen der Parteien anzuwenden sind und somit auch ohne vertragliche Einbeziehung gelten. Wer also auf solche Vorschriften verweist, akzeptiert lediglich rechtliche Gegebenheiten, wählt aber nicht das auf den Vertrag anwendbare Schuldrecht.[121]

Ebenso wird vertreten, dass bei einer unterlassenen ausdrücklichen Rechtswahl, aber einer Vereinbarung von Vertragsbestimmungen bzw Standardbedingungen, die auf den Grundprinzipen des Common Law und den Gebräuchen der Common Law-Vertragspraxis aufbauen, die Umstände des Falles eine schlüssige Rechtswahl einer Common Law-Rechtsordnung „ergeben".[122] Diese Idee würde für den Fall der Vereinbarung der FIDIC-Standardbedingungen zu einer schlüssigen Rechtswahl der englischen Rechtsordnung führen. Die FIDIC-Bedingungen wurden zwar ursprünglich aus englischen

---

115 vgl Erwägungsgrund (12) der VO Rom I: Eine Vereinbarung zwischen den Parteien, dass ausschließlich ein Gericht oder mehrere Gerichte eines Mitgliedstaats für Streitigkeiten aus einem Vertrag zuständig sein sollen, sollte bei der Feststellung, ob eine Rechtswahl eindeutig getroffen wurde, einer der zu berücksichtigenden Faktoren sein.

116 aA *Magnus* in Staudinger, BGB[13] (2001) Art 27 EGBGB Rz 69, der vertritt, dass es keine stillschweigende Rechtswahl darstellt, wenn die Parteien die Schiedsgerichtsbarkeit der ICC vereinbaren. Vgl dazu auch *Hök* in ZfBR 2008, 741 (750).

117 *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 6 ff; *Wenner*, RIW 1998, 173 (175) mwN. Solche Indizien reichen für sich alleine jedoch noch nicht für eine gültige schlüssige Rechtswahl, dafür bedarf es außerdem jedenfalls eines realen (konkreten) Rechtswahlwillens als auch des Bewusstseins, eine rechtlich relevante Erklärung abzugeben (sog Erklärungsbewusstsein).

118 Sub-Clause 1.6 des Green Book: „The Contractor shall comply with the laws of the countries where activities are performed."

119 Sub-Clause 1.13 des Red, Yellow und Silver Book: „The Contractor shall, in performing the Contract, comply with applicable Laws." („Der Auftragnehmer hat bei der Vertragserfüllung das anwendbare Recht zu beachten.")

120 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 72.

121 vgl *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 29; *Wenner*, RIW 1998, 173 (175).

122 *Döser*, NJW 2000, 1451 (1451).

Standardbedingungen entwickelt und sind damit dem Common Law sehr nahe, dieser Ansatz übersieht mE allerdings deren internationalen, von einer nationalen Rechtsordnung gewollt unabhängigen Charakter.[123] Aus der Vereinbarung der FIDIC-Standardbedingungen kann daher nicht bereits ein Wille der Vertragsparteien zugunsten einer Wahl der englischen Rechtsordnung abgeleitet werden.[124]

5.2.1.1 Die Wahl staatlichen Rechts

Die Vertragsparteien können jede geltende Rechtsordnung wählen. Ein Bezug des gewählten Rechts zum Sachverhalt muss nicht vorliegen; die Parteien können also auch eine neutrale Rechtsordnung, die weder das Heimatrecht der einen noch das der anderen Partei darstellt, wählen.[125] Als zu wählendes Recht kommt bei einem Bauvertrag somit das Recht am Sitz des Auftraggebers, am Sitz des Auftragnehmers, des Baustellenstaates oder eines dritten (neutralen) Staates in Betracht.

Die Rechtswahl bezieht sich grundsätzlich auf die Sachnormen des gewählten Rechts einschließlich seiner zwingenden Vorschriften. Wenn die Rechtswahl auch die Kollisionsnormen einschließen soll, muss dies entsprechend zum Ausdruck gebracht werden.[126]

Das Vertragsstatut gilt allerdings nicht grenzenlos, Art 3 Abs 3 und 4 VO Rom I bestimmen allgemein die zulässigen Grenzen einer Rechtswahl. Mangelt es an einer Auslandsberührung, sind also, bis auf die Rechtswahl selbst, alle Teile des Sachverhalts im Rechtswahlzeitpunkt in einem einzigen Staat belegen (man spricht vom sog „reinen Inlandsfall"), bleiben die bei objektiver Anknüpfung maßgeblichen zwingenden Vorschriften von der Rechtswahl unberührt. Die Rechtswahl bewirkt in diesem Fall also bloß eine materiellrechtliche Verweisung (Art 3 Abs 3 VO Rom I bzw Art 3 Abs 3 EVÜ).[127]

Ähnlich regelt Art 3 Abs 4 VO Rom I die „reinen Binnenmarktfälle": Weist der Sachverhalt, mit Ausnahme der Rechtswahl, ausschließlich Bezugspunkte zu einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf, so können die zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, gegebenenfalls in der von den Mitgliedstaaten umgesetzten

---

[123] vgl *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 126 mwN.

[124] vgl *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 28, § 18 Rz 126: Vielmehr wäre Voraussetzung einer konkludenten Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts, dass die Parteien mit Erklärungsbewusstsein auf die Vorschriften der englischen Rechtsordnung Bezug nehmen oder sie auf bestimmte Anforderungen der englischen Rechtsordnung Rücksicht nehmen.

Die vereinbarten Standardbedingungen sind aber jedenfalls im Lichte der ihnen zugrunde liegenden Rechtssprache auszulegen.

[125] *Posch*, Bürgerliches Recht VII[4] (2008) Rz 15/5; *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 16.

[126] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 17.

[127] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 2.

Form, durch die Wahl eines drittstaatlichen Rechts nicht abbedungen werden. In solchen Fällen ist das zwingende Binnenmarktrecht rechtswahlfest.[128]

Welches Recht schließlich gewählt wird, hängt in der Praxis va von den Verhandlungspositionen der Parteien ab. Bei der gegenwärtigen wirtschaftlichen Weltmarktlage ist idR der Auftraggeber in der stärkeren Position. Etwas anderes gilt allenfalls für Auftragnehmer, die hochspezialisierte Technologien anbieten und eine monopolähnliche Anbieterstellung innehaben. Die verhandlungsstärkere Vertragspartei wird zumeist auf der Vereinbarung ihres Heimatrechts bestehen, da dieses der Partei bzw ihren Beratern am besten bekannt ist (selbst wenn dieses nicht immer das für sie günstigste Recht darstellt). Neutrale Rechtsordnungen werden zumeist dann gewählt, wenn eine andere Einigung nicht zustande kommt.

Eine Vereinbarung des Vertragsstatuts ist im internationalen Wirtschaftsverkehr stets dringend anzuraten. Sie dient va der Vorhersehbarkeit. Da nämlich die kollisionsrechtliche objektive Anknüpfung weltweit in den Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt ist, hängt bei einer fehlenden Rechtswahl das anwendbare Recht von der Wahl des entscheidenden Gerichts ab. Dies führt zu dem unter dem Stichwort „forum shopping" diskutierten Effekt der Wahl des Staates durch den Kläger, in dem sich dieser das beste Resultat seiner Klage erhofft.[129]

5.2.1.2 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts

Die Wirksamkeit einer Rechtswahl wird grundsätzlich davon abhängig gemacht, ob das gewählte Recht Rechtsqualität aufweist (vgl Art 3 Abs 1 1.Satz EVÜ bzw VO Rom I: „Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten **Recht**").[130] Ist die Rechtsqualität gegeben, wird das gewählte Recht insgesamt berufen und verdrängt das bei objektiver Anknüpfung maßgebliche Recht einschließlich seiner zwingenden Normen (sog **kollisionsrechtliche** Wirkung der **Rechtswahl**).[131] Ist die Rechtsqualität hingegen nicht gegeben, kann staatliches Recht nicht schlechthin abbedungen werden; es liegt lediglich eine sog **materiellrechtliche** Wirkung der **Rechtswahl** vor, bei der das gewählte Recht lediglich die dispositiven, nicht aber die zwingenden Regelungen des kraft objektiver Anknüpfung berufenen nationalen Rechts verdrängt.[132]

An dieser Stelle zeigt sich jedoch bereits das erste Problem, das sich einer kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Normmaterials in den Weg stellt. Schon die Frage, ob nichtstaatliches Recht Rechtsqualität beansprucht bzw welche Kriterien es

---

[128] *Rudolf*, ecolex 2009, 1116 (1118).

[129] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 76.

[130] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) Art 3 EVÜ Rz 20.

[131] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) § 11 IPRG Rz 1.

[132] *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) § 11 IPRG Rz 1, Art 3 EVÜ Rz 20.

dafür erfüllen muss, kann nicht beantwortet werden. Was soll die Untergrenze für Rechtsqualität sein bzw ab wann soll etwas Rechtsqualität haben? Welchen Mindestumfang muss man verlangen? Reichen schon einzelne Ausschnitte oder ist zumindest eine Teilkodifikation erforderlich?[133]

Eine Antwort könnte die Diskussion über das Verständnis des Art 3 Abs 2 Vorschlag zur VO Rom I[134] geben, in der inhaltliche Anforderungen an nichtstaatliche Regelwerke entwickelt wurden, wie diese beschaffen sein müssen, um mit staatlichem Recht auf eine Stufe gestellt werden zu können.[135] Diese Anforderungen orientieren sich am Begriff des Rechts, insb an dessen Fundamentalprinzipien **Gerechtigkeit**, **Rechtssicherheit** und **Zweckmäßigkeit**.[136]

Im Folgenden werden die sich aus diesen Fundamentalprinzipien ergebenden Anforderungen des Rechts erörtert und untersucht, ob diese von den FIDIC-Standardbedingungen erfüllt werden und die FIDIC-Standardbedingungen damit nichtstaatliches Recht sind.

5.2.1.2.1 Anforderungen an (nichtstaatliches) Recht

5.2.1.2.1.a Inhaltliche Ausgewogenheit

Aus dem Prinzip der Gerechtigkeit folgt, dass von (nichtstaatlichem) Recht verlangt wird, dass es inhaltlich ausgewogen ist und die Interessen beider Vertragsparteien ausreichend berücksichtigt. Bei staatlichem Recht besteht die Vermutung für eine ausgewogene und gerechte Regelung unter Einbeziehung des Schutzes der Schwächeren – dies sei aber bei Kodifikationen von Interessensverbänden und Institutionen des Handels und der Industrie gerade nicht gewährleistet[137], da diese idR schon aus Standesüberlegungen einseitig die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen und selbst die Beteiligung weiterer Marktseiten keineswegs Ausgewogenheit der Interessen garantiere.[138]

Die FIDIC-Standardbedingungen werden weder von Vertretern der Auftraggeber noch von Vertretern der Auftragnehmer, sondern vom Internationalen Verband der Beratenden Ingenieure herausgegeben. Beim (Consulting) Engineer handelt es sich um eine zwischen

---

[133] vgl *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (94 f).

[134] s dazu unten 5.2.1.2.3.

[135] Daneben wurden in dieser Diskussion über den Art 3 Abs 2 Vorschlag zur VO Rom I Gründe für und gegen eine Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts mit kollisionsrechtlicher Wirkung herausgearbeitet, die auch für eine solche Wählbarkeit der FIDIC-Standardbedingungen wichtige Anhaltspunkte lieferte. S dazu unten 5.2.1.2.3.

[136] *Jud*, JBl 2006, 695 (700 f).

[137] *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (764) mwN; *Jud*, JBl 2006, 695 (697); *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (96 f).

[138] *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (96 f).

Auftraggeber und Auftragnehmer stehende, und damit neutrale, Institution.[139] Dieser Umstand eines neutralen Herausgebers hat mE bereits eine gewisse Indizwirkung für Fairness und Ausgewogenheit der FIDIC-Standardbedingungen.

In der Literatur findet sich zwar häufig inhaltliche Kritik am Silver Book[140] und gelegentlich auch am Yellow Book[141] aufgrund der in einzelnen Bestimmungen vorgenommenen Verschiebung von Vertragsrisiken zu Lasten des Auftragnehmers, als gesamtes Klauselwerk können die FIDIC-Standardbedingungen jedoch als fair und ausgewogen bezeichnet werden.[142] Dies zeigt sich va durch die Übernahme der Bestimmungen des FIDIC Red Book in die Standardbedingungen der Weltbank und anderer Entwicklungsbanken und deren Weiterentwicklung zum FIDIC Pink Book.[143] Gerade Banken nehmen eine neutrale Position ein und haben als Geldgeber ein Interesse an einer raschen und reibungslosen Projektverwirklichung; eine Empfehlung oder gar Übernahme eines Klauselwerks durch eine solche neutrale Instanz spricht mE doch eine deutliche Sprache für die inhaltliche Ausgewogenheit der FIDIC-Standardbedingungen.

5.2.1.2.1.b Bestimmtheit

Nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit muss nichtstaatliches Recht entsprechend dem Bestimmtheitsgrundsatz ausreichend präzise und klar sein; unpräzise und unklare Regelungen würden zu Rechtsunsicherheit führen. Gerade der Wortlaut der FIDIC-Standardbedingungen wird in der Literatur immer wieder als äußert präzise gelobt.[144] Gründe dafür sind deren mittlerweile über 50-jährige Historie und die in dieser Zeit durchgeführten Überarbeitungen. Außerdem fördert die Aus- und Überarbeitung der FIDIC-Standardbedingungen durch Bauexperten einen starken Bezug zur Praxis, die ja selbst an klaren und eindeutigen Bestimmungen interessiert ist. Zusätzlich existieren zahlreiche Publikationen und Aufsätze zu den Klauselwerken der FIDIC, darüber hinaus gibt FIDIC selbst ergänzende Literatur zu ihren Standardbedingungen heraus, um zu deren besseren Verständnis beizutragen. Des Weiteren führen die in regelmäßigen Abständen (bisher ungefähr alle 10 Jahre) herausgebrachten Neuauflagen zu einer Weiterentwicklung der FIDIC-Standardbedingungen, womit zu einem präzisen und klaren Klauselwerk beigetragen und gleichzeitig auch die sonst bei „klassischem“ internationalen

---

[139] s dazu unten 6.

[140] vgl ua *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 13; *Kus/Markus/Steding*, ICLR 1999, 533 (536 ff); *Sandberg*, ICLR 2000, 47 (49 ff); *Corbett*, ICLR 2000, 253 (253 f); *Rosener*, ICLR 2000, 102; *Gaede*, ICLR 2000, 477.

[141] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 18.

[142] vgl ua *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (97).

[143] s dazu bereits oben 1.1.1.4 und 2.1.5.

[144] vgl ua *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 12.

Einheitsrecht mit dem Alter bestehende Gefahr des „Versteinerns“[145] verhindert wird. FIDIC ist dabei insb bemüht, sich an den Bedürfnissen der Praxis zu orientieren und versucht das richtige Verhältnis zwischen Modernisierung und Beibehaltung von Regelungen zu schaffen, da es ganz bestimmt nicht im Sinne der Praxis wäre, wenn alle 2 bis 3 Jahre neue Standardvertragsbedingungen erschienen.

5.2.1.2.1.c Publizität

Ebenso muss nichtstaatliches Recht zugänglich sein; nur wenn es Publizitätsanforderungen
genügt, kann es Geltung entfalten. Das Kriterium der Publizität wird von den FIDIC-Standardbedingungen mE problemlos erfüllt, da FIDIC selbst als privater Normsetzer ein starkes Eigeninteresse an entsprechender Vermarktung und Steigerung des Bekanntheitsgrades ihrer Klauselwerke hat. Dies zeigt sich ua dadurch, dass FIDIC über ihre Homepage (http://www.fidic.org) den Erwerb der unterschiedlichen FIDIC Books sowie ergänzender Literatur anbietet, regelmäßige Trainings und Seminare zu FIDIC-Themen veranstaltet und ständig an der Weiterentwicklung ihrer Bedingungen interessiert ist.

5.2.1.2.1.d Vollständigkeit

Mit der Bestimmtheit eng verknüpft ist die Frage, welchen Grad der Vollständigkeit ein nichtstaatliches Regelwerk erreichen muss. Diese Anforderung stellt gleichzeitig auch die größte Hürde für die Qualifikation der FIDIC-Standardbedingungen als (nichtstaatliches) Recht dar.
In der Literatur wurden und werden nichtstaatliche Regelwerke zumeist als nicht vollständige und in sich geschlossene Rechtsordnungen mit meist unklarem, ungreifbarem und lückenhaftem Inhalt dargestellt, womit aufgrund deren Ergänzungsbedürftigkeit idR auf staatliches Recht zurückgegriffen werden müsse.[146] Die daraus resultierende Anwendung mehrerer Rechtsquellen nebeneinander erschwere die Rechtsanwendung und führe zu Rechtsunsicherheiten und einer Mehrbelastung der Gerichte, da diese ihren Entscheidungen eine größere Bandbreite von Rechtsquellen zugrunde legen müssten.[147] Auch die FIDIC-Standardbedingungen enthalten, wie bereits erörtert, Regelungslücken, womit ein Rückgriff auf staatliches Recht idR unvermeidbar ist.

---

[145] *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (89 f).
[146] *Heiss*, JBl 2006, 750 (755); *Jud*, JBl 2006, 695 (697); *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (95).
[147] *Wagner*, IPRax 2008, 377 (380).

Die hinsichtlich den FIDIC-Standardbedingungen bestehende hM[148] argumentiert ähnlich und spricht diesen aufgrund ihrer Regelungslücken und der daraus resultierenden mangelnden Vollständigkeit die Rechtsqualität ab. Begründet wird dies va mit dem Wortlaut der Sub-Clause 1.4 („Der Vertrag unterliegt dem Recht des Gesamt- oder Bundesstaates, das im Anhang zum Angebot genannt ist."), die ja offensichtlich von einer Rechtswahl durch die Vertragsparteien ausgeht. Ein Vertrag, dem die FIDIC-Standardbedingungen zugrunde liegen, komme somit nicht ohne nationale Rechtsordnung aus, in die er „eingebettet" ist – die FIDIC-Standardbedingungen stellen daher kein abschließendes Regelwerk dar, das ausschließlich aus sich selbst heraus verstanden und abgewickelt werden kann.

Dem wird allgemein entgegengehalten, dass auch nichtstaatliches Recht zunehmend kodifiziert wird und hinsichtlich seiner Abgeschlossenheit staatlichem Recht grundsätzlich nicht nachsteht, womit nichtstaatliches Recht nur in seltenen Fällen unklar ist und kein nicht geschlossenes System darstellt.[149] Dies zeigt sich auch bei den FIDIC-Standardbedingungen. Diese wurden von Auflage zu Auflage detaillierter und weisen nunmehr nur noch einige wenige Regelungslücken auf, die im Hinblick auf eine bestmögliche Anpassung an die nationalen Bestimmungen und Gegebenheiten teilweise aber auch bewusst offen gelassen wurden. Nach *Jud*[150] ist ein vollständig geschlossenes Regelwerk auch gar nicht erforderlich; es muss aber zumindest jener Vollständigkeitsgrad erreicht werden, bei dem eine sinnvolle Lückenfüllung (wie zB in Art 7 Abs 2 CISG oder in Art 3 Abs 2 Satz 2 Vorschlag zur VO Rom I) angewendet werden kann. Um eine sinnvolle Rechtsanwendung zu gewährleisten, muss das nichtstaatliche Regelwerk daher den Grenzen der Teilrechtswahl entsprechend eine abspaltbare Frage, dh ein Rechtsgebiet oder eine Rechtsfrage mit gewisser Selbständigkeit, regeln.[151]

Die FIDIC-Standardbedingungen regeln mE die von ihnen behandelten Rechtsbereiche in ausreichendem Umfang, insb können die Regelungen der Übernahme und der Gewährleistung[152] als für sich abgeschlossen geregelt betrachtet werden. Dass einzelne Bestimmungen einer Auslegung nach dem Vertragsstatut bedürfen bzw ein sonstiger Rückgriff auf Bestimmungen des Vertragsstatuts grundsätzlich sinnvoll wäre, ändert mE nichts an der grundsätzlichen Abgeschlossenheit und Vollständigkeit der FIDIC-

---

[148] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 127f; *ders* in ZfBR 2008, 741 (747); *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 59, 69; *Atzpodien / Müller*, RIW 2006, 331 (335).

[149] *Jud*, JBl 2006, 695 (698).

[150] *Jud*, JBl 2006, 695 (700 f).

[151] *Jud*, JBl 2006, 695 (698) mwN; *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) Art 3 EVÜ Rz 14; *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (762).

[152] Gewährleistung wird hier iSd Defects Notification Period, unabhängig von einer allenfalls bestehenden gesetzlichen Gewährleistung, verstanden. S dazu 7.4.

Standardbedingungen, da diese grundsätzlich auch ohne einen solchen Rückgriff funktionieren und gelebt werden können.
Die FIDIC-Standardbedingungen können daher mE als vollständiges Regelwerk angesehen werden.

5.2.1.2.1.e Conclusio

ME erfüllen die FIDIC-Standardbedingungen die Anforderungen der inhaltlichen Ausgewogenheit, der Bestimmtheit, der Publizität sowie der Vollständigkeit und sind daher nichtstaatliches Recht.
Eine Vereinbarung der FIDIC-Standardbedingungen als anwendbares Recht ist daher als Teilrechtswahl aufzufassen, womit die gleichgelagerten Bestimmungen des nationalen Rechts verdrängt werden. Ob diese Verdrängung auch für zwingende nationale Bestimmungen gilt, wird im Folgenden untersucht. Allfällige Lücken der mit der Vereinbarung der FIDIC-Standardbedingungen erfolgten Teilrechtswahl sind jedenfalls durch den Rückgriff auf nationales Recht – entweder aufgrund subjektiver Anknüpfung bei entsprechender Rechtswahl (vgl Sub-Clause 1.4) oder sonst aufgrund objektiver Anknüpfung – zu schließen.

5.2.1.2.2 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts vor der VO Rom I

Die Wahl nichtstaatlicher Normen wurde bisher nur dann als wirksam angesehen, soweit es sich um allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze oder internationale Klauselwerke – wie zB Incoterms, UNIDROIT Principles of international commercial contracts oder die einheitlichen Richtlinien über Dokumenten-Akkreditive – handelte.[153] Nach der zu diesem Zeitpunkt *hM*[154] kam einer von den Parteien getroffenen Wahl nichtstaatlichen Rechts lediglich materiellrechtliche, nicht aber kollisionsrechtliche Wirkung zu, was zur Konsequenz hatte, dass die Regelwerke inhaltlich vom objektiv anwendbaren nationalen Recht überprüfbar waren. Sofern also der Inhalt der gewählten nichtstaatlichen Regeln dem zwingenden staatlichen Recht widersprach, wurden sie von diesem verdrängt. Ein von den Parteien gewähltes nichtstaatliches Recht war somit nicht anders zu behandeln als einem Vertrag zugrunde gelegte Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterlag somit der vollen inhaltlichen Kontrolle durch das kraft objektiver Anknüpfung anwendbare nationale Recht.[155]

---

153 *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 21.

154 *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 3 EVÜ Rz 21 mwN; *Heiss* in Czernich (Hg), EVÜ (1999) Art 3 Rz 45 mwN; *Magnus* in Staudinger, BGB[13] (2001) Art 27 EGBGB Rz 47 f mwN.

155 *Jud*, JBl 2006, 695 (698).

Eines der Argumente gegen die Rechtsqualität nichtstaatlichen Rechts war dessen demokratisch nicht legitimierte Entstehung[156] und die damit bewirkte Möglichkeit, das kollisionsrechtlich an sich geltende zwingende Recht auf einfache Weise umgehen zu können[157], da private „Normsetzer" grundsätzlich aus eigener Initiative quasi-legislativ, ohne entsprechender demokratischer oder plebiszitärer Legitimation, tätig werden. Würde man private Kodifikationen mit staatlichem Recht auf eine Stufe stellen, entließe man deren Schöpfer aus der Bindung an staatliches Recht. Ein nichtstaatliches Regelwerk könne daher lediglich Handelsbrauch oder, bei entsprechender richterlicher Anerkennung, Gewohnheitsrecht sein.[158] Hiergegen wurde vorgebracht, dass Kollisionsrecht gar nicht die Aufgabe hat, die Anwendung zwingender Normen des objektiven Vertragsstatuts abzusichern. Aufgrund der Möglichkeit der Wahl eines neutralen staatlichen Rechts, ohne dass dieses irgendwelchen inhaltlichen Anforderungen genügen muss und der weit reichenden Zulässigkeit einer Teilrechtswahl, können zwingende nationale Regeln ohnehin umgangen werden.[159] Ähnlich argumentiert auch *Schwimann*: Da es den Parteien unbestritten freisteht, mehrere staatliche Rechtsordnungen zu kombinieren, also ein Recht zu wählen, das so nirgends gilt, ist schlicht nicht einzusehen, warum die Parteien nicht auch privat kodifiziertes oder sogar selbst erfundenes Recht wählen können.[160]

Außerdem wurde gegen die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahlmöglichkeit nichtstaatlichen Rechts vorgebracht, dass dafür ein echtes **Bedürfnis der Praxis** auch gar nicht zu erkennen sei. Denn einerseits enthalten die wenigsten nationalen Rechtsordnungen für den internationalen Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmen zwingende Normen in größerem Umfang, womit eine nennenswerte Einschränkung und Überlagerung durch sachrechtlich zwingendes Recht der lex causae daher kaum stattfände. Soweit zwingendes Recht den Handelsverkehr reguliert, geht es idR um Eingriffsrecht, das sich auch gegen eine kollisionsrechtliche Rechtswahl durchsetzen würde. Andererseits wurde bis zum Jahre 2002 im Rahmen der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit nur in 0,8 % der Fälle nichtstaatliches Recht gewählt – und dies, obwohl in der Schiedsgerichtsbarkeit nichtstaatliches Recht zu diesem Zeitpunkt schon wählbar war und somit mit staatlichem Recht in Konkurrenz stand.[161] Nach den Befürwortern der Zulassung der Wahl nichtstaatlicher Rechtsregeln haben Parteien allerdings sehr wohl das Bedürfnis, nichtstaatliches Recht zu wählen, da dieses

---

[156] *Wagner*, IPRax 2008, 377 (379); *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (95).

[157] *Wagner*, IPRax 2008, 377 (379) mwN.

[158] *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (95 f).

[159] *Magnus* in Staudinger, BGB[13] (2001) Art 27 EGBGB Rz 28 f; *Jud*, JBl 2006, 695 (697); *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (768 f) mwN.

[160] *Schwimann*, Internationales Privatrecht[3] (2001) 104.

[161] *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (92 f) mwN.

internationalen, grenzüberschreitenden Problemen besser gerecht werde als nationales Recht, das primär auf innerstaatliche Verhältnisse ausgerichtet ist.[162] Deshalb laufe es diesem Bedürfnis zuwider, wenn das gewählte Regelwerk durch das zwingende staatliche Recht begrenzt wird, da dadurch gerade eben nicht das von den Parteien gewollte Recht zur Anwendung komme.[163] Zudem wird darauf hingewiesen, dass die (materiellrechtliche) Vereinbarung nichtstaatlichen Rechts zwischen grenzüberschreitend tätigen, privaten Vertragsparteien bereits gängige Praxis sei. Da bei Verträgen zwischen Staaten und privaten Personen der staatliche Vertragspartner als Gesetzgeber die nationale Rechtsordnung nach seinen Interessen anpassen kann und der private Vertragspartner diese Gefahr grundsätzlich wohl nicht in Kauf nehmen wollen und somit versuchen wird, solche Verträge den Fesseln staatlichen Rechts zu entziehen, bestehe bei solchen Verträgen auch ein Bedürfnis nach der Wahl nichtstaatlichen Rechts.[164] Ebenso wird betont, dass die materiellrechtliche Verweisung keine taugliche Alternative zur Wahl mit kollisionsrechtlicher Wirkung darstelle. Die bloß materielle Wirkung habe ja zur Konsequenz, dass die zwingenden Regeln des anwendbaren nationalen Rechts vorgehen und damit eben gerade nicht das von den Parteien gewollte Recht zur Anwendung kommt. Gerade das Verständnis solcher Regelwerke als Allgemeine Geschäftsbedingungen unterwirft sie der dafür im jeweiligen nationalen Recht geltenden Inhaltskontrolle, die aber, je nach Rechtsordnung, uU sehr strengen Anforderungen unterliegt.[165]

5.2.1.2.3 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts in der Entstehungsgeschichte der VO Rom I

Bereits in dem am 14.01.2003 von der Kommission vorgelegten **Grünbuch zur VO Rom I**[166] wurde die Frage gestellt, ob es zukünftig möglich sein sollte, nichtstaatliches Recht, internationale Übereinkommen oder gar allgemeine Rechtsgrundsätze wählen zu können.[167] Die Kommission wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Vereinbarung von nichtstaatlichem Recht im internationalen Handel bereits gängige Praxis und vor Schiedsgerichten möglich wäre.[168] Eine fortsetzende Ablehnung einer

---

[162] *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (769) mwN; krit *Mankowski* in Leible (Hg), Grünbuch (2004) 63 (89).

[163] *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (769) mwN.

[164] *Martiny* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (2004) Rz 70.

[165] *Jud*, JBl 2006, 695 (697).

[166] vgl Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung vom 14.01.2003, KOM (2002) 654 endgültig, 27f.

[167] vgl Grünbuch KOM (2002) 654 endgültig, 28.

[168] vgl Art 17 Abs 1 1.Satz ICC-Schiedsordnung. S dazu später unten 5.3.1.

kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts vor staatlichen Gerichten hätte nur eine weitergehende Verfestigung der Spaltung zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit zur Folge, was auch den Interessen der Parteien zuwider laufen würde. Auch in der Lehre wurde vermehrt vorgebracht, dass eine sachliche Rechtfertigung für eine Unterscheidung zwischen Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten hinsichtlich der Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts nicht ersichtlich wäre.[169] Vielmehr sollte den staatlichen Gerichten eine Streitentscheidung ermöglicht werden, die sich ebenso an den Bedürfnissen des internationalen Handelsverkehrs orientieren kann wie dies in der Praxis der Schiedsgerichte geschieht.[170]

In dem am 15.12.2005 veröffentlichten **Vorschlag zur VO Rom I**[171] sah dessen Art 3 Abs 2 vor, dass die freie Rechtswahl der Parteien nicht nur auf staatliches Recht beschränkt sein soll, sondern eröffnete den Parteien die Möglichkeit, als anzuwendendes Recht auch *„auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts“* zu wählen. Mit dieser Möglichkeit, als anzuwendendes Recht ein nichtstaatliches Recht wählen zu können, wollte die Kommission das Kernprinzip des Übereinkommens, die Parteiautonomie, weiter stärken. Zu den „auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannten Grundsätzen und Regeln des materiellen Vertragsrechts“ zählte der Kommissionsvorschlag insb die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT-Prinzipien), die Principles of European Contract Law (PECL oder Lando-Prinzipien) und etwaige Regelungen eines noch auszuarbeitenden (optionalen) EU-Instruments.[172] Die Wahl von privaten Kodifikationen, die von der internationalen Gemeinschaft nicht hinreichend anerkannt sind, oder der lex mercatoria sollte allerdings nicht ermöglicht werden.[173]

Der Vorschlag zur VO Rom I sah damit die Möglichkeit vor, nichtstaatliche Regelwerke kollisionsrechtlich zu wählen. Demnach sollte das nichtstaatliche Recht auch die zwingenden Bestimmungen des nach objektiver Anknüpfung berufenen nationalen Rechts verdrängen. Lücken im gewählten Regelwerk sollten gem Art 3 Abs 2 2.Satz des Vorschlags zur VO Rom I, der nach dem Vorbild des Art 7 Abs 2 CISG formuliert wurde[174], durch die diesem zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze oder, in Ermangelung dieser Grundsätze, durch das mangels Rechtswahl nach Maßgabe der VO Rom I anwendbare Recht geschlossen werden.

---

169 *Roth* in Mansel (Hg), Festschrift für Erik Jayme (2004) 757 (760); *Jud*, JBl 2006, 695 (696). Vgl hierzu auch den Wortlaut des § 607 ZPO: „Der Schiedsspruch hat zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.“

170 vgl Grünbuch KOM (2002) 654 endgültig, 27.

171 vgl Vorschlag KOM (2005) 650 endgültig.

172 vgl Vorschlag KOM (2005) 650 endgültig, 5f.

173 vgl Vorschlag KOM (2005) 650 endgültig, 5f.

174 vgl Vorschlag KOM (2005) 650 endgültig, 6.

Im Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007[175] zeichnete sich jedoch bereits ab, dass die Wahlmöglichkeit nichtstaatlichen Rechts, wie sie in Art 3 Abs 2 des Vorschlags zur VO Rom I vorgesehen war, wohl nicht erlassen wird. Für die Wahl nichtstaatlichen Rechts haben sich va die Kommission und das Europäische Parlament stark gemacht. Der Rat und die Mehrheit der Mitgliedstaaten, darunter auch Österreich, waren jedoch überwiegend der Auffassung, dass die Wahl nichtstaatlichen Rechts nur mit materiellrechtlicher, nicht aber mit kollisionsrechtlicher Wirkung zulässig sein sollte.[176]
Schließlich wurde als Folge eines Kompromisses zwischen Rat und Europäischem Parlament in der am 17.06.2008 erlassenen **VO Rom I** der Art 3 Abs 2 in der vorgesehenen Form gestrichen und als „Ausgleich" dafür die Erwägungsgründe (13) und (14) aufgenommen.[177]

5.2.1.2.4 Die Wahl nichtstaatlichen Rechts in der VO Rom I

Diese in die VO Rom I aufgenommenen Erwägungsgründe lauten wie folgt:
Erwägungsgrund (13): *„Diese Verordnung hindert die Parteien nicht daran, in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen."*
Erwägungsgrund (14): *„Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen, festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden."*
Es stellt sich nun die Frage der Bedeutung dieser beiden Erwägungsgründe. Kann nach der VO Rom I nunmehr nichtstaatliches Recht kollisionsrechtlich gewählt werden oder nicht?
Nach der *hM*[178] soll es nicht möglich sein, nichtstaatliches Recht mit kollisionsrechtlicher Wirkung zu wählen; zulässig sei lediglich eine materiellrechtliche Verweisung in den Grenzen des zwingenden Rechts.
Als Hauptargument hiefür wird das Scheitern der Kommission mit Art 3 Abs 2 Vorschlag zur VO Rom I angeführt. Dieses lege den Schluss nahe, dass eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts nicht gewollt sei, da die Ablehnung der Kodifizierung eine klare Ablehnung des verfolgten Ansatzes indiziere, woraus nun ein deutlicher

---

[175] Europäisches Parlament: Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 21.11.2007, A6-0450/2007.

[176] *Wagner*, IPRax 2008, 377 (380) mwN.

[177] *Wagner*, IPRax 2008, 377 (380) mwN.

[178] *Rudolf*, ecolex 2008, 1169 (1070 f); *dies*, ecolex 2009, 1116 (1117); *Wagner*, IPRax 2008, 377 (380); *Mankowski*, IHR 2008, 136 (137); *ders* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (394 ff); *Leible / Lehmann*, RIW 528 (533).

Umkehrschluss zu ziehen sei.[179] Man könnte darin gegenüber dem EVÜ sogar eine Stärkung der Argumente gegen die Möglichkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts sehen.[180]

Hinzu tritt, dass Erwägungsgrund (13) in seiner englischen Fassung in Hinblick auf ein nichtstaatliches Regelwerk bzw internationales Übereinkommen von „incorporating by reference" und nicht von „chosing" spricht. Auch die deutsche Fassung verwendet „Bezug nehmen", nicht „wählen". Es werde also nicht die Art 3 Abs 1 VO Rom I oder eine kollisionsrechtliche Rechtswahl prägende Terminologie verwendet. Man bleibe vielmehr darunter und verwende offenere und weniger verbindliche Ausdrücke. Die Terminologie ähnle weitaus mehr der in Art 3 Abs 3 als der in Art 3 Abs 1 VO Rom I verwendeten, da in den Vertrag zu inkorporieren eigentlich typisch für die Technik der materiellrechtlichen Verweisung ist.[181]

Ebenso sei das Nebeneinander von Erwägungsgrund (13) und Erwägungsgrund (14) der VO Rom I zu beachten, das in die systematische Auslegung des Erwägungsgrundes (13) einfließen sollte. Denn würde Erwägungsgrund (13) eine kollisionsrechtliche Wahl regeln, wäre Erwägungsgrund (14) eigentlich überflüssig. Erwägungsgrund (14) sei somit als eine Absicherung anzusehen, der es nicht bedürfte, wenn Erwägungsgrund (13) wirklich tragfähig wäre.[182] Natürlich handle es sich bei diesen beiden Argumenten um ein enges Verständnis des Erwägungsgrundes (13). Eine solche sei aber gerechtfertigt, weil wenn nach einer langen und intensiven Diskussion in einem Punkt nicht mehr als ein Satz Erwägungsgründe heraus kommt, dann hat es dieser Satz verdient, ernst genommen und Wort für Wort, Silbe für Silbe, Nuance für Nuance analysiert zu werden.[183]

Erwägungsgrund (13) kann aber auch durchaus dahingehend interpretiert werden, dass er eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts ermöglichen will. Denn immerhin wurde er in die VO Rom I aufgenommen – die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts kommt aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes (13) zwar nicht unmittelbar zum Ausdruck, kann aber dennoch vom europäischen Gesetzgeber gewollt sein. Für eine materiellrechtliche Verweisung auf nichtstaatliche Regelwerke hätte es des Aufwandes eines eigenen Erwägungsgrundes gar nicht bedurft, da eine materiellrechtliche Wirkung bereits vor der VO Rom I als zulässig angesehen wurde. Erwägungsgrund (14) kann als (unschädliche) „Sicherheitsmaßnahme" neben Erwägungsgrund (13) angesehen werden,

---

[179] *Mankowski*, IHR 2008, 133 (135) mwN; *ders* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (397); *Leible / Lehmann*, RIW 528 (533).

[180] *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (397).

[181] *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (398); *Pfeiffer*, EuZW 2008, 622 (624); *Leible / Lehmann*, RIW 528 (533).

[182] *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (399); *Pfeiffer*, EuZW 2008, 622 (624).

[183] vgl *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (400).

der in diesem Zusammenhang die Wahlmöglichkeit eines in Zukunft geschaffenen fakultativen Vertragsrechts noch einmal verstärkt zum Ausdruck bringen wollte. Bei diesen Argumenten darf allerdings nicht vergessen werden, dass sie alle auf den wahren, eigentlichen Willen des europäischen Gesetzgebers abstellen und ein solcher erst belegt werden müsste.[184]

Die Streichung des ursprünglich geplanten Art 3 Abs 2 sowie die damit einhergehende Einführung der Erwägungsgründe (13) und (14) fanden sich erstmals im Bericht des Europäischen Parlaments vom 21.11.2007.[185] Begründet wurde diese Änderung im Bericht damit, dass auf nichtstaatliche Rechtsorgane (wie UNIDROIT) in einer Erwägung, und nicht im verfügenden Teil, hinzuweisen wäre.[186] Keineswegs wurde aber erwähnt, dass nichtstaatliches Recht nicht wählbar sein soll. Erwägungsgrund (13) kann somit durchaus auch dahingehend interpretiert werden, dass der Gesetzgeber mit diesem die kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts keineswegs ausschließen wollte, sondern vielmehr aus formellen Gründen in die Erwägungen „vorgelagert" hat.

Auch der Wortlaut des Art 3 VO Rom I steht der Wahl nichtstaatlichen Rechts nach wie vor nicht entgegen – schließlich ist in Art 3 Abs 1 1.Satz VO Rom I nur von „Recht", nicht aber von „staatlichem Recht" die Rede, und das obwohl, die VO Rom I an drei Stellen (vgl Art 3 Abs 3, Art 5 Abs 2 und Art 7 Abs 3) die Rechtswahl mit staatlichem Recht als Objekt verknüpft.[187]

Grundsätzlich ist es bedauerlich, dass sich der Gesetzgeber in der VO Rom I nicht eindeutig für oder gegen eine Wahlmöglichkeit nichtstaatlichen Rechts ausgesprochen hat.

Wie bereits erwähnt, gibt es durchaus auch Argumente, die eine Interpretation der VO Rom I dahingehend zulassen, dass eine kollisionsrechtliche Wahl zulässig ist. Nach der hM ist es im Rahmen der VO Rom I aber jedenfalls nicht möglich, nichtstaatliches Recht – und damit mE auch die FIDIC-Standardbedingungen – mit kollisionsrechtlicher Wirkung zu vereinbaren. ME ist diesbezüglich der hM zu folgen; die Nichtaufnahme des Art 3 Abs 2 in der im Vorschlag zur VO Rom I vorgesehenen Form spricht eine klare Sprache gegen die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts.

---

[184] *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (399).

[185] Europäisches Parlament: Bericht vom 21.11.2007, A6-0450/2007. Im Bericht trugen die Erwägungsgründe (13) und (14) noch die Nummerierung (8b) und (8c).

[186] Europäisches Parlament: Bericht vom 21.11.2007, A6-0450/2007, 11 f.

[187] vgl Leible/Lehmann, RIW 528 (533); *Mankowski* in Schmidt-Kessel (Hg), Der gemeinsame Referenzrahmen (2009) 389 (396). Beide Autoren sprechen sich allerdings in weiterer Folge gegen eine kollisionsrechtliche Wahlmöglichkeit nichtstaatlichen Rechts aus.

5.2.2 Die objektive Anknüpfung

Es muss zwar grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass gerade große Bauvorhaben wohl immer einem vereinbarten Recht unterworfen werden, doch oftmals können sich die Vertragsparteien auf eine Rechtsordnung nicht einigen oder es unterbleibt die Rechtswahl aus anderen Gründen, die mitunter auch taktisch motiviert sein können.

Wenn es die Vertragsparteien unterlassen haben, in ihrem Vertrag eine Rechtswahl zu treffen, bestimmt das Gericht das Vertragsstatut nach den Regeln der objektiven Anknüpfung.

Die FIDIC-Standardbedingungen selbst befassen sich nicht mit der internationalprivatrechtlichen Frage. Vielmehr lassen sie dieses Problem offen und enthalten keine kollisionsrechtlichen Bestimmungen für den Fall, dass eine Wahl des anwendbaren Rechts durch die Vertragsparteien unterbleibt.

Die objektive Anknüpfung erfolgt nach den im Internationalen Privatrecht vorgesehenen Regelungen, dh in Österreich und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nach der Bestimmung des **Art 4 VO Rom I**. Diese wurde gegenüber ihrem Vorbild des Art 4 EVÜ gänzlich neu formuliert. Während das EVÜ in seinem Art 4 Abs 1 vorsah, dass bei Fehlen einer Rechtswahl durch die Parteien der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist, und in Art 4 Abs 2 die Vermutung aufstellte, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw ihre Hauptverwaltung hat, weist Art 4 VO Rom I einen konkreter und kasuistisch formulierten Wortlaut auf, da sich in seinem **Abs 1** nach Vertragstypen differenzierte **Anknüpfungen** finden, der für den Vertrag **charakteristischen Leistung** in **Abs 2** nur mehr subsidiäre Bedeutung zukommt und die **engste Verbindung** in **Abs 4** nur mehr ausnahmsweise herangezogen wird.

5.2.2.1 Die spezifizierten Vertragsarten des Art 4 Abs 1 VO Rom I

Von den Anknüpfungen des Art 4 Abs 1 VO Rom I sind für Bau- und Anlagenbauverträge die Bestimmungen der lit b (Dienstleistungsverträge) und der lit c (Verträge über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen).

Nach lit c unterliegen Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, dem Recht des Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist (sog lex rei sitae). Wenngleich „klassische“ Bauverträge ganz ersichtlich nicht erfasst werden, kann doch in Vertragsgeflechten zur Erstellung von Infrastrukturprojekten, insb bei sog BOT-Projekten („build-operate-transfer“) im Zuge einer PPP, die eine oder andere Vertragsbeziehung von

der Anknüpfung der lit c erfasst werden.[188] Die in solchen Verträgen enthaltene Pflicht zum Betrieb der Anlage („operate“) ist idR miet- oder pachtvertraglich ausgestaltet. Darüber hinaus kann die Bauverpflichtung zugleich die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung am Baugrundstück, an der Anlage oder des Projekts an den Auftraggeber enthalten („transfer“), die dingliche Wirkung hat.

Nach lit b unterliegen Dienstleistungsverträge dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese Bestimmung erscheint auf den ersten Blick für Bau(werk)verträge nicht relevant zu sein, da nach österreichischem Verständnis der Bau(werk)vertrag gerade keinen Dienstleistungsvertrag darstellt, sondern vielmehr von diesem strikt zu unterscheiden ist. Gem Erwägungsgrund (17)[189] der VO Rom I ist der Begriff „Erbringung von Dienstleistungen“ allerdings nach Art 5 EuGVVO, und damit autonom, ohne Rücksicht auf die lex causae, auszulegen.[190] Danach versteht man unter einem Dienstleistungsvertrag einen Vertrag, der die entgeltliche Herbeiführung eines bestimmten faktischen Erfolgs und in Abgrenzung zum Arbeitsvertrag nicht nur die schlichte Verrichtung einer Tätigkeit zum Gegenstand hat.[191] Der Begriff der Dienstleistungsverträge iSd Art 5 Z 1 EuGVVO ist somit weit zu verstehen und umfasst daher auch alle Arten von Werkverträgen.[192] **Folglich ist das Bauvertragsrecht in Art 4 Abs 1 lit b VO Rom I ausdrücklich geregelt.** Es findet danach das Recht des Staates Anwendung, in dem der „Dienstleister“ – dh der Werkunternehmer beim Bau- und Anlagenbauvertrag und der Architekt beim Architektenvertrag – seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Im Ergebnis ergibt sich für die kollisionsrechtliche Anknüpfung des Bau- bzw Anlagenbauvertrags nach der VO Rom I somit kein Unterschied gegenüber der Anknüpfung des EVÜ, wo an die vertragscharakteristische Leistung als die den Vertrag im wirtschaftlichen Erscheinungsbild prägende Leistung, dh bei gegenseitigen, entgeltlichen Verträgen grundsätzlich jene Leistung, die nicht in einer Geldschuld besteht[193], angeknüpft wurde.[194]

---

[188] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 76. Dies zeigt va, dass bei solch mehrgliedrigen Vertragsverhältnissen eine einheitliche Rechtswahl getroffen werden sollte, um eine Auseinanderfallen der einzelnen Rechtsbeziehungen zu verhindern.

[189] Erwägungsgrund (17): Soweit es das mangels einer Rechtswahl anzuwendende Recht betrifft, sollten die Begriffe „Erbringung von Dienstleistungen“ und „Verkauf beweglicher Sachen“ so ausgelegt werden wie bei der Anwendung von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, soweit der Verkauf beweglicher Sachen und die Erbringung von Dienstleistungen unter jene Verordnung fallen.

[190] *Leible / Lehmann*, RIW 528 (535); *Hök*, ZfBR 2008, 741 (748).

[191] OGH 18.11.2003, 1 Ob 63/03a in ZfRV 2004/27.

[192] OGH 24.01.2008, 2 Ob 192/07k.

[193] *Schwimann*, Internationales Privatrecht^3 (2001) 129; *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2004) Art 4 EVÜ Rz 16 f; *Czernich* in Czernich (Hg), EVÜ (1999) Art 4 Rz 58 ff mwN; *Magnus* in Staudinger, BGB^{13} (2001) Art 28 EGBGB Rz 142 ff mwN; *Thode* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (2004)

5.2.2.2 Ausweichung bei offensichtlich engerer Verbindung zu einem anderen Staat

In Art 4 Abs 3 VO Rom I[195] ist aber (wie bisher auch in Art 4 Abs 5 Satz 2 EVÜ) eine sog **Ausweichklausel** vorgesehen.[196] Diese relativiert die primären Anknüpfungskriterien des Art 4 Abs 1 und Abs 2 VO Rom I und ermöglicht, unter Bedachtnahme darauf, dass der Vertrag nach der Gesamtheit der Umstände eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist, eine flexiblere Bestimmung des anzuwendenden Rechts.[197] Art 4 Abs 3 VO Rom I betont den Ausnahmecharakter der Ausweichklausel allerdings stärker, als dies nach dem EVÜ der Fall war, da nunmehr eine „offensichtlich" engere Verbindung zu einem anderen Staat bestehen muss.[198]

Fraglich ist, wann die Verbindungen zu einem Staat offensichtlich enger als zu einem anderen sind. Nach hA darf von den Anknüpfungen des Art 4 Abs 1 und 2 VO Rom I (bzw Art 4 Abs 2 bis 4 EVÜ) nur dann auf das Recht eines anderen Staates ausgewichen werden, wenn die hierfür maßgeblichen Anknüpfungspunkte gegenüber jenen der sonst anzuwendenden Vermutungsregel deutlich überwiegen. Wann diese Anknüpfungspunkte deutlich überwiegen, bedarf einer Abwägung im Einzelfall. Ausschlaggebend soll nicht das numerische Übergewicht der Anknüpfungspunkte, sondern der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses sein. Dabei können für vertragliche Schuldverhältnisse an sich nachrangige Kriterien, wie zB der Ort des Vertragsabschlusses, die Vertragssprache, die Währung, die Nationalität der Vertragsparteien, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln oder eine etwaige Beteiligung der öffentlichen Hand Kriterien für eine Ausweichung sein[199] sowie auch der Erfüllungsort, der Sitz beider Vertragsparteien oder der Lageort des Vertragsobjektes.[200]

Der Bau- bzw Anlagenbauvertrag hat eine besonders starke Beziehung zum Baustellenstaat, da er grundsätzlich am Ort der Baustelle auszuführen ist und der Werkunternehmer nun mal um die Einhaltung des öffentlichen Baustellenrechts und der

---

Rz 1108. Vgl auch OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g; OGH 18.01.2007, 2 Ob 287/06d; OGH 09.12.2008, 5 Ob 184/08g.

194 *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 4 EVÜ Rz 59 ff mwN; für den Bauvertrag vgl OGH 07.09.1994, 3 Ob 549/94 in JBl 1995, 116 u IPRax 1995,326; für den Architektenvertrag vgl *Wenner*, RIW 1998, 173 (176).

195 Art 4 Abs 3 VO Rom I: „Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Absatz 1 oder 2 bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden."

196 Eine solche Ausweichklausel war im Vorschlag der Kommission zur VO Rom I nicht enthalten. Dies stieß auf Kritik in der Lehre und des Wirtschafts- und Sozialausschusses des Europäischen Parlaments, die sich der europäische Gesetzgeber schlussendlich zueigen gemacht hat.

197 Posch: Bürgerliches Recht VII[4], Rz 15/11.

198 *Hök*, ZfBR 2008, 741 (748).

199 *Verschraegen* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2004) Art 4 EVÜ Rz 40 f mwN; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 76 mwN.

200 *Schwimann*, Internationales Privatrecht[3] (2001) 132.

örtlichen Vorschriften nicht herum kommt.[201] Es gibt daher immer wieder Stimmen in der Literatur, die (über die Ausweichklausel) eine Anknüpfung des Bau- bzw Anlagenbauvertrags an das Recht des Baustellenstaates vertreten, da eine Lokalisierung des Bauvertrags am Sitz des Werkunternehmers diesem nicht gerecht werde.[202]

Insb wird dabei argumentiert, dass bei der Ermittlung des auf den Bau- bzw Anlagenbauvertrag anwendbaren Rechts unbedingt dessen **Natur und die damit einhergehenden Umstände** zu berücksichtigen seien.[203] Überwiegend wird ein lokaler Bauleiter bestellt, der die Koordinierung und Überwachung der Bauleistungen übernimmt. Die eigentliche Vertragsabwicklung geschieht also vor Ort, nicht vom Hauptsitz des Bauunternehmens aus. Die Tätigkeit des Bauleiters wird vom lokalen öffentlichen Baurecht beeinflusst; ebenso übernimmt er, zB im Rahmen der Baustellensicherheit, häufig quasi hoheitliche Aufgaben. Ein Teil des Werklohns wird häufig unmittelbar im Baustellenstaat zum Zwecke des Einkaufs von Dienstleistungen und Waren lokaler Anbieter verwendet. Selbst wenn der Vertrag zulässigerweise einem anderen Recht als dem Baustellenstaates unterstellt wird, bleibt letzteres oftmals bestehen, zB in Staaten mit der sog Décennale-Haftung.[204]

Die Komplexität großer Bauvorhaben und deren arbeitsteilige Abarbeitung gebieten ein hohes Maß an Koordinierung und Abstimmung. Eine solche wird dadurch erschwert, wenn unterschiedliche Rechtsordnungen über die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien entscheiden, was va dann vorkommt, wenn die Baubeteiligten – der Auftraggeber beschäftigt neben dem bauausführenden Betrieb auch Planer, Projektsteuerer, Bauüberwacher usw – aus verschiedenen Staaten auf der Baustelle zusammentreffen, deren Verträge im Falle des strengen Festhaltens an Art 4 VO Rom I jeweils nach ihrem Heimatrecht beurteilt werden müssen. Dies werde der Interessenlage auf der Baustelle nicht gerecht, wo alle Einzelleistungen einem Ziel, der Herstellung des Bauwerks, verpflichtet sind.[205] Darüber hinaus würde die Berücksichtigung unterschiedlicher Gewährleistungsfristen, Beweislastvorschriften und Haftungsansätze für jeden dieser Beteiligten zu chaotischen Verhältnissen und unkontrollierbaren Arbeitsabläufen führen.[206] Es kann daher insb bei Verträgen für Arbeitsgemeinschaften oder Joint Ventures **aus praktischen Überlegungen** durchaus sinnvoll sein, den

---

[201] Ein Bauvorhaben in der Türkei kann nun mal nicht nach der Bauordnung für Wien ausgeführt werden, wenn am Baustellenort anders lautende bauordnungsrechtliche Vorschriften bestehen.

[202] vgl *Hök*, in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 12; *ders*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 50 ff; *Hök*, ZfBR 2006, 741.

[203] *Hök*, ZfBR 2006, 741 (745).

[204] vgl *Hök*, ZfBR 2008, 741 (748 f). Zu diesen Staaten gehören ua Ägypten, Algerien, Angola, Belgien, Frankreich, Kamerun, Libanon, Luxemburg, Malta, Marokko, Philippinen, Rumänien, Tunesien, Vereinigte Arabische Emirate sowie viele Staaten Südamerikas.

[205] *Hök*, ZfBR 2008, 741 (749).

[206] *Hök*, ZfBR 2006, 741 (745).

Baustellenort als objektives Anknüpfungsmoment heranzuziehen, da in einem solchen Konsortium nicht ohne weiteres auf den Sitz der beteiligten Unternehmen abgestellt werden kann, da diese oftmals aus verschiedenen Staaten stammen.[207] Dies dürfte mE auch die Aussage des Erwägungsgrundes (20)[208] der VO Rom I sein, nach dem für die Bestimmung des Ausweichstaates ua berücksichtigt werden soll, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht.

Darüber hinaus wird vorgebracht, dass in Frankreich beim Bauvertrag traditionell gar das Baustellenrecht bevorzugt wird, da die Anziehungskraft des Baustellenortes so stark sei, dass der Bauvertrag eine Immobilienoperation wird, auf die die lex rei sitae Anwendung findet. Auch die englischen Gerichte tendieren dahin, bei Bauverträgen die Ausweichklausel ernsthafte Alternative zu prüfen.[209] Auch in einer Empfehlung[210] der ICC, die darauf abzielt, den Grad der Vorhersehbarkeit des anzuwendenden materiellen Rechts bei unterlassener Rechtswahl durch die Parteien zu erhöhen, wird bei Austauschverträgen zwar grundsätzlich auf das Recht jener Partei abgestellt, die die vertragscharakteristische Leitung erbringt, gleichzeitig wird aber in Art 6 für Werkverträge über die Errichtung von Gebäuden oder (Fabrik)-Anlagen vorgeschlagen, dass diese ihre engste, kennzeichnende Verbindung mit dem Recht desjenigen Landes haben soll, in dem die Werkleistung ausgeführt wird.[211] Ebenso enthalten einige angelsächsische Vertragsmuster eine allgemeine Rechtswahlklausel zugunsten des Baustellenrechts.[212]

Außerdem wird argumentiert, dass durch die fortschreitende Globalisierung der **Sitz einer Vertragspartei seine prägende Bedeutung verliert**, da die Ansiedlung von Unternehmen zunehmend nach objektiven Kriterien, wie zB nach der mit der Ansiedlung verbundenen Steuerlast, beurteilt wird, und zwar unbeschadet des Umstandes, dass das Unternehmen seine Leistungen auf einem völlig anderen Markt erbringt.[213]

Die hM argumentiert hiergegen insb, dass der Umstand, dass der Schwerpunkt der Leistung auf der Baustelle erbracht wird, als ein Umstand unter vielen nicht die Abweichung von der Vermutung des Art 4 Abs 1 lit b (bzw Art 4 Abs 2) VO Rom I rechtfertigt. Es darf nicht übersehen werden, dass die Leistung des Werkunternehmers

---

[207] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 50.

[208] Erwägungsgrundes (20): Weist ein Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem in Artikel 4 Absätze 1 und 2 genannten Staat auf, so sollte eine Ausweichklausel vorsehen, dass das Recht dieses anderen Staats anzuwenden ist. Zur Bestimmung dieses Staates sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht.

[209] *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 4 Rz 50 mwN.

[210] Draft Recommendations of Law applicable to International Contracts.

[211] *Lando* in Bernstein (Hg), Festschrift Zweigert (1981) 157 (173 ff).

[212] *Hök*, ZfBR 2008, 741 (749) mwN.

[213] *Hök*, ZfBR 2006, 741 (746).

beim Bauvertrag, und noch viel mehr beim Anlagenliefervertrag, grundsätzlich nicht auf die Errichtung des Bauwerks selbst beschränkt ist, sondern va für einen General- bzw Totalunternehmer wesentlich umfangreicher ist, der darüber hinaus idR die Planung oder Transportleistungen schuldet.[214]

Ebenso darf der Wortlaut der VO Rom I keineswegs außer Acht gelassen werden, da subjektive Ansätze für die Ermittlung des anwendbaren Rechts in Art 4 VO Rom I unerwünscht sind und die Ermittlung des anwendbaren Rechts durch objektive Kriterien im Vordergrund steht[215]. Diese sieht nun mal in Art 4 Abs 1 lit b eine vorrangige Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Dienstleisters und die Ausweichklausel des Abs 3 nur als „Ausnahme" vor. Und gerade diese vorrangige Anknüpfung in **Art 4 Abs 1 lit b VO Rom I fragt nicht danach, wo die Leistung erbracht wird, sondern von wem**. Eine generelle „Auflockerung" dieses Prinzips zugunsten des Baustellenrechts würde zweifellos der Intention des europäischen Gesetzgebers zuwiderlaufen.

Von einer engeren Beziehung des Bauvertrags zum Recht des Baustellenlandes kann daher nicht generell gesprochen werden, womit der hM zu folgen ist und bei Bauverträgen gem Art 4 Abs 1 lit b VO Rom I an den Sitz des Werkunternehmers (als Dienstleister), unabhängig davon, wo dieses Bauwerk errichtet wird, anzuknüpfen ist.[216]

5.2.2.3 Zweigniederlassung

Wird der Vertrag allerdings mit einer Zweigniederlassung des Bauunternehmens im Bauausführungsstaat geschlossen oder ist eine solche Zweigniederlassung für die Erfüllung des Vertrages, zB durch Erbringung von Bauleitungstätigkeiten, verantwortlich, so ist gem Art 19 Abs 2 VO Rom I auf einen solchen Vertrag das Recht des Baustellenstaates anzuwenden.

5.3 Die kollisionsrechtliche Anknüpfung nach den FIDIC-Standardbedingungen

Die FIDIC-Standardbedingungen enthalten in Sub-Clause 20.6 Abs 1[217] eine Schiedsvereinbarung. Diese sieht (nach einer gescheiterten gütlichen Einigung) für den Fall einer nicht endgültig und verbindlich gewordenen Entscheidung des Dispute Adjudication Board ein Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht vor und verhindert, dass über Streitigkeiten aus FIDIC-Verträgen nationale Gerichte entscheiden.

---

[214] *Thode* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht (2004) Rz 1111.

[215] *Hök*, ZfBR 2006, 741 (746).

[216] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 76 f mwN.

[217] vgl Sub-Clause 20.6 Abs 1 1.Satz: Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration.

Internationale Schiedsgerichte haben, anders als nationale Gerichte, keine zwingende lex fori, deren Anwendung für sie verbindlich wäre.[218] Das von ihnen anzuwendende materielle Recht ermitteln institutionelle Schiedsgerichte vielmehr anhand der in den jeweiligen Schiedsordnungen enthaltenen kollisionsrechtlichen Vorschriften.

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen in Sub-Clause 20.6 Abs 1 lit a vor, dass das Schiedsverfahren, mangels anderer vertraglicher Vereinbarung, nach der Schiedsordnung der ICC[219] durchgeführt werden soll. Hinsichtlich des Schiedsgerichtsortes und des anwendbaren Rechts überlassen die FIDIC-Standardbedingungen den Parteien die Wahl.

Die ICC behandelt nach eigenen Aussagen Meinungsverschiedenheiten zwischen Unternehmen verschiedener Staaten schnell, unparteiisch, absolut vertraulich und juristisch einwandfrei. Der Internationale Schiedsgerichtshof der ICC wurde 1923 gegründet und versteht sich als die Institution, die weltweit Konflikte wirtschaftlicher Natur erledigt. Er entscheidet allerdings nicht in der Sache selbst, sondern überwacht nur die Anwendung seiner Verfahrensordnung durch das zu bestellende Schiedsgericht.[220]

Schiedssprüche der ICC sind nur schwer zugänglich. Sie werden hauptsächlich im „ICC International Court of Arbitration Bulletin“ veröffentlicht, der drei Mal jährlich erscheint.

5.3.1 Die freie Rechtswahl

Art 17 Abs 1 1.Satz der ICC-Schiedsordnung[221] weist die Schiedsrichter an, die von den Vertragsparteien gewählten „Rechtsregeln“ anzuwenden, und verweist damit – wie auch die VO Rom I – primär auf die Parteiautonomie. In den FIDIC-Standardbedingungen wird die freie Rechtswahl gem Sub-Clause 1.4 Abs 1[222] durch den entsprechenden Eintrag im Anhang zum Angebot (Appendix to Tender) im Red und Yellow Book (bzw durch die entsprechende Vereinbarung in den Besonderen Bedingungen (Particular Conditions) im Silver Book) ermöglicht.

Mit der Verwendung des Begriffs „Rechtsregeln“ („rules of law“, „règles du droit“) wird klargestellt, dass auch „einfache“ Regeln des Rechts, somit nicht nur mit staatlichem Rechtsanwendungsbefehl ausgestattete nationale Rechtsvorschriften, vereinbart werden können. Der Terminus „Rules of law“ ist insofern der weitere Begriff als etwa „the law of

---

[218] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 77 f; *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 12.

[219] International Chamber of Commerce, Rules of Arbitration. Die aktuelle Fassung datiert vom 01.01.1998.

[220] vgl Art 1 Abs 2 ICC-Schiedsordnung.

[221] Art 17 Abs 1 1.Satz ICC-Schiedsordnung: „Die Parteien können die Rechtsregeln frei vereinbaren, die das Schiedsgericht bei der sachlichen Entscheidung der Streitigkeit anwenden soll.“ – "The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute“.

[222] Sub-Clause 1.4 Abs 1, Red Book u Yellow Book: „Der Vertrag unterliegt dem Recht des Gesamt- oder Bundesstaates, das im Anhang zum Angebot genannt ist.“; Sub-Clause 1.4 Abs 1, Silver Book: „Der Vertrag unterliegt dem Recht des Gesamt- oder Bundesstaates, das in den Besonderen Bedingungen genannt ist.“

the state“[223] und umfasst nach internationaler hM auch nichtstaatliches Recht, insb auch die Rechtsgrundsätze der lex mercatoria.[224] Darüber hinaus können die Parteien gem Art 17 Abs 3 der ICC-Schiedsordnung auch eine Entscheidung nach Billigkeit beantragen.[225] Diese Möglichkeiten der Vereinbarung von nichtstaatlichem Recht sowie der Ermächtigung zu Billigkeitsentscheidungen ist von den Obersten Gerichten verschiedenster Staaten, so zB Deutschland, England, Frankreich und Italien, anerkannt. Auch der OGH liegt auf dieser Linie. So hat er in einer in der internationalen Praxis vielbeachteten Entscheidung[226] keine Überschreitung der Grenzen der Aufgaben eines Schiedsgerichts gesehen, das unter Ablehnung der Anwendung staatlichen Rechts und in Anwendung der lex mercatoria nach billigem Ermessen entschieden hat, ohne von den Parteien zu einer Billigkeitsentscheidung ermächtigt worden zu sein.[227]

5.3.2 Die objektive Anknüpfung

Die FIDIC-Standardbedingungen enthalten, außer dem Hinweis auf die zu treffende Rechtswahl durch die Vertragsparteien in Sub-Clause 1.4 Abs 1, keine kollisionsrechtlichen Vorschriften.[228] Für den Fall des Fehlens einer Rechtswahlklausel hat das Schiedsgericht gem Art 17 Abs 1 2.Satz[229] der ICC-Schiedsordnung vorzugehen und jenes Recht anzuwenden, das es für angemessen erachtet.[230]

Angesichts dieser offenen Formulierung ist dem Schiedsgericht ein weiter Ermessensspielraum eröffnet, der zu großer Rechtsunsicherheit führt. Hinsichtlich des auf einen Bau- bzw Anlagenbauvertrag anzuwendenden Rechts kann daher keine gesicherte Aussage gemacht werden. Erfahrungsgemäß lassen sich die Schiedsrichter bei der Bestimmung bzw Ermittlung des anwendbaren Rechts jedoch von zwei Aspekten leiten; einerseits werden sie von weithin anerkannten Kollisionsnormen bzw Kollisionsprinzipien ausgehen, so zB vom im EVÜ und in der VO Rom I vorgesehenen Prinzip der charakteristischen Leistung, andererseits lassen sich die Schiedsrichter oftmals von ihren

---

[223] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 42 mwN.

[224] *Stein*, Lex mercatoria (1995) 123; *Berger*, IPRax 1993, 281 (283) mwN.

[225] Art 17 Abs 3 ICC-Schiedsgerichtsordnung: „Das Schiedsgericht entscheidet nur dann nach billigem Ermessen (als amiable compositeur, ex aequo et bono), wenn die Parteien es dazu ermächtigt haben.

[226] OGH 18.11.1982, 8 Ob 520/82 = IPRax, 1984, 97.

[227] vgl *Berger*, IPRax 1993, 281 (285).

[228] Dies ist auch konsequent, da sich nämlich sonst ein Konflikt zwischen den in den FIDIC-Standardbedingungen enthaltenen Bestimmungen und den kollisionsrechtlichen Vorschriften der in Bezug genommenen Schiedsordnung ergeben könnte. Vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 78.

[229] Art 17 Abs 1 2.Satz: „Fehlt eine solche Vereinbarung, so wendet das Schiedsgericht diejenigen Rechtsregeln an, die es für angemessen erachtet.“

[230] Hierin liegt eine bewusste Abkehr von der Verweisung auf Kollisionsrecht in der Vorauflage; vgl deren Art 13 Abs 3 2.Satz: „Liegen keine Hinweise der Parteien über das anwendbare Recht vor, so wendet der Schiedsrichter das Recht an, das sich nach den Kollisionsnormen ergibt, die er für anwendbar hält.“

jeweiligen Heimatrechtsordnungen leiten („Heimwärtsstreben“), obwohl der Ort des Schiedsgerichtsverfahrens nicht zwangsläufig mit dem Heimatort der Schiedsrichter übereinstimmen muss.[231]

[231] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 78 f; *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 12 f.

6 DER ENGINEER

Bei der Ausführung von Bauvorhaben wird – sowohl im Baustelleninland als auch im Baustellenausland – neben den Parteien des Bauvertrages idR eine dritte Person mit der Aufgabe des baubegleitenden Vertragsmanagements am Baustellenort (insb als Projeksteuerer, Projektmanager, uä) betraut.

Bei österreichischen Bauvorhaben handelt es sich dabei, abhängig von der jeweiligen konkreten Aufgabenstellung und dem Bedarf des Bauvorhabens, va um die Funktion der Projektsteuerung, des Projektmanagements oder der Örtlichen Bauaufsicht. In Österreich ist all diesen Funktionen gemein, dass sie als Vertreter des Auftraggebers handeln.

Das System eines externen Vertragsmanagers ist im angloamerikanischen Rechtskreis besonders ausgeprägt. Hier wird bei idR jedem Bauvertrag die Einschaltung eines sog Consulting Engineers, der in den Vertrag zwischen Autraggeber und Auftragnehmer integriert wird, also weder Vertreter des einen noch des anderen ist, und weit reichende Aufgaben wahrnimmt, vorgesehen. Auch FIDIC sieht aufgrund seines angelsächsischen Ursprungs in den Standardbedingungen des Red Book und des Yellow Book, einen solchen (unabhängigen) beratenden Prüfingenieur vor und bezeichnet diesen schlicht als „Engineer“[232]. Die Funktion des Engineers stellt auch gleichzeitig einen der bedeutendsten Unterschiede zwischen den FIDIC-Standardbedingungen und der ÖNORM B 2110 bzw dem ABGB dar. Während die FIDIC-Standardbedingungen eine zentrale Stellung und umfassende Mitwirkung des Engineers vorsehen, wird in der ÖNORM B 2110 – wie auch in anderen österreichischen und den üblichen deutschen Bauvertragsbedingungen (VOB/B) – die Institution des beratenden Prüfingenieurs bzw Architekten nicht einmal erwähnt. Die umfangreiche Aufgabenstellung des Engineers hat in dieser Form in Österreich auch gar keine Entsprechung.

Aber auch das Silver Book und das Green Book, die den Engineer nicht kennen und damit lediglich ein zweiseitiges System zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorsehen, kommen nicht ohne Regelungen über einen „dritten“ Vertragsmanager aus. In diesem spricht man – wie bereits im Orange Book – vom Employer's Representative, wobei hier schon die Terminologie deutlich macht, dass es sich nicht um einen unabhängigen Dritten, sondern um einen „echten“ Vertreter des Auftraggebers handelt.[233] Auch im Gold Book und im Blue Book wird der Engineer durch den Employer's

---

[232] In den FIDIC-Standardbedingungen wird für den beratenden Prüfingenieur durchgängig die Bezeichnung „Engineer“ verwendet; in der englischen Baurechtsliteratur wird idR vom „Consulting Engineer“ gesprochen, (vermutlich) um dessen beratende Funktion zu betonen. Wegen der besonderen Stellung der Person bzw Institution des Engineers und dessen Herkunft aus dem angelsächsischen Rechtsraum wird in dieser Dissertation auch die englische Terminologie beibehalten.

[233] zum Employer's Representative, siehe unten 6.6.

Representative ersetzt, dabei handelt es sich jedoch inhaltlich um keine Änderung der Position eines unabhängigen Prüfingenieurs.
Mit der Funktion des Engineers noch am ehesten vergleichbar ist die bei österreichischen Bauvorhaben idR umfassende Planungstätigkeit (sowohl in der Vorentwurfs- bzw Entwurfsphase, wie auch später die Genehmigungs- und Ausführungsplanung) des Architekten bzw Planenden Baumeisters sowie die Ausübung der Bauüberwachung als sog Örtliche Bauaufsicht (s unten 6.3.1.5.2), die idR durch Architekten, Baumeister oder Ingenieurbüros ausgeübt wird. Bei diesen Tätigkeiten wird der Architekt (bzw Baumeister) im Verhältnis zu Statikern, zum Auftragnehmer und dessen Subunternehmern, etc aber stets als Vertreter des Bauherrn angesehen.

6.1 Vom Consulting Engineer der angelsächsischen Rechtstradition zum Engineer in den FIDIC-Standardbedingungen

Die Ende des 18. Jahrhunderts zunehmende Nachfrage nach komplexen Infrastruktureinrichtungen wird für die Trennung der Planung (Design) von der Ausführung (Construction) von Bauprojekten verantwortlich gemacht. Während dem Bauunternehmer allein die Bauausführung oblag, kam dem Engineer bzw Architekten die Planung und Überwachung der Arbeiten zu. Zunehmend sonderten sich in weiterer Folge die Ingenieure und Architekten von den anderen am Bau beteiligten Parteien ab und gründeten eigene Berufsverbände. Ihre Aufgaben im Zusammenhang mit der Projektausführung wurden zusehends erweitert, so dass ihre Rolle schließlich als „contract administrator“ bezeichnet werden konnte. Gegen Ende des 19.Jahrhunderts wurden den Engineers darüber hinaus erstmals umfassende Befugnisse zur Konfliktbeilegung und abschließenden Streitbeilegung an die Hand gegeben.[234]
In weiterer Folge wurde die Rolle des Engineers auch in die Standardbauverträge der zur damaligen Zeit einflussreichsten englischen Berufsverbände (ICE, RIBA) aufgenommen.
Die erste Auflage des FIDIC Red Book, die ja, wie bereits erörtert, weitgehend der damaligen Version der ICE-Standardbedingungen entsprach[235], übernahm die dort vorgesehene starke Stellung des Engineers. Erst die 1999er-Auflage des Red Book und des Yellow Book schwächte nach starker Kritik der Literatur und der Praxis die Position des Engineers, dies va im Hinblick auf seine Streitentscheidungsfunktion.

[234] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 97 f mwN.
[235] s dazu bereits oben 1.1.1.3.

6.2 Das Konzept des Engineers

6.2.1 Die Funktion des Engineers

Wie wesentlich die Funktion des Engineers in den FIDIC-Standardbedingungen ist, zeigt die Regelung der Sub-Clause 4.1 Abs 1, nach der der Auftragnehmer die Bauarbeiten in dem im Vertrag festgelegten Umfang planen, ausführen und in Übereinstimmung mit dem Vertrag und den **Anweisungen des Engineers** fertig stellen sowie sämtliche auftretende Mängel beseitigen muss.[236] Diese Bestimmung lässt bereits erkennen, dass der Umfang der vom Engineer übernommenen Aufgaben und die ihm zustehenden Befugnisse die Abwicklung eines Vertragsprojektes entscheidend beeinflussen.

Sub-Clause 1.1.2.4[237] definiert den Engineer als die vom Auftraggeber ernannte natürliche oder juristische[238] Person, die als beratender (Prüf-)Ingenieur für die Zwecke des Vertrages tätig werden soll und im Appendix to tender als solcher benannt ist, sowie jede andere natürliche oder juristische Person, die dem Auftragnehmer vom Auftraggeber als dessen Nachfolger angezeigt wird. Der FIDIC-Engineer stellt eine ganz spezielle Institution bzw Funktion der angelsächsischen FIDIC-Standardbedingungen dar, mit der eine Reihe von Befugnissen und Aufgaben in bautechnischer Hinsicht, im Bereich der Baukoordinierung und Bauleitung wie auch im Bereich der Streitschlichtung bzw Streitentscheidung verbunden sind. Der Engineer der FIDIC-Standardbedingungen darf aber keinesfalls mit dem Berufszweig des Bauingenieurs oder der österreichischen Standesbezeichnung des Ingenieurs verwechselt werden; ein FIDIC-Engineer kann zwar Bauingenieur bzw Ingenieur sein, muss es aber nicht.

Selbstverständlich darf man sich den Engineer nicht als eine natürliche Person vorstellen, die allgegenwärtig auf der Baustelle ist. Vielmehr wird diese Funktion zumeist von international operierenden, hochqualifizierten Ingenieurgesellschaften ausgeübt[239], diese sollten – zum Schutz des Auftragnehmers – dennoch eine natürliche Person benennen, die die Funktion des Engineers ausüben wird[240]. Von den Mitarbeitern des Engineers wird verlangt, dass diese qualifizierte Ingenieure oder andere (Bau)Experten sein müssen, die

---

[236] Sub-Clause 4.1 Abs 1: „The Contractor shall design (to the extent specified in the Contract) execute and complete the Works in accordance with the Contract and with the Engineer's instructions, and shall remedy any defects in the Works.

[237] vgl die Definition des Engineers in Sub-Clause 1.1.2.4: „'Engineer' means the person appointed by the Employer to act as the Engineer for the purposes of the Contract and named in the Appendix to Tender, or other person appointed from time to time by the Employer and notified to the Contractor under Sub-Clause 3.4 [Replacement of the Engineer]."

[238] vgl die Auslegungsvorschrift der Sub-Clause 1.1 Satz 2: „Words indicating persons or parties include corporations and other legal entities, except, where the context requires otherwise."

[239] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 118 mwN.

[240] *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 111.

die dem Engineer in den FIDIC-Standardbedingungen auferlegten Aufgaben wahrnehmen können.[241]

6.2.2 Vertragliche Beziehungen des Engineers

Der Engineer wird aber nicht Partei des Bauvertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Bei den in den FIDIC-Standardbedingungen angeführten Aufgaben und Befugnissen des Engineers[242] handelt es sich zunächst auch nicht um vertragliche Verpflichtungen des Engineers gegenüber dem Auftraggeber oder dem Auftragnehmer. Vielmehr entfalten diese Regelungen vorerst nur zwischen den Parteien des Bauvertrages Wirkung. Gem Sub-Clause 3.1 Satz 1 wird der Auftraggeber zur Beauftragung eines Engineers verpflichtet[243], der die in den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehenen Aufgaben erledigen soll.[244]

Erst eine solche Beauftragung des Engineers mit der Betreuung eines FIDIC-Bauvertrages durch den Auftraggeber in einem zwischen diesem und dem Engineer geschlossenen Vertrag löst die Verpflichtung des Engineers aus, die ihm nach dem im Bauvertrag jeweils vereinbarten FIDIC-Klauselwerk und individualvertraglichen Regelungen obliegenden Funktionen pflichtgemäß wahrzunehmen. Auch für einen solchen Vertrag zwischen Auftraggeber und Engineer stellt FIDIC ein Musterklauselwerk – das sog White Book – zur Verfügung.[245]

Der Engineer wird also in den FIDIC-Standardbedingungen mittels einseitigen Aktes des Auftraggebers ernannt und beauftragt; er steht somit nur mit dem Auftraggeber, nicht aber mit dem Auftragnehmer, in vertraglichen Beziehungen. Die Befugnisse und Aufgaben des Engineers innerhalb des Verhältnisses der Bauvertragsparteien werden aber allein durch die im Bauvertrag jeweils vereinbarten FIDIC-Standardbedingungen bestimmt und ausgestaltet. Die besondere Stellung des Engineer liegt somit darin, dass sie sich über einen Vertrag definiert, an dem er vertragsrechtlich nicht beteiligt ist und auf dessen Gestaltung er somit auch gar keinen Einfluss hat. Vertraglich gebunden und vergütet wird er jedoch lediglich durch seinen Vertrag mit dem Auftraggeber.[246]

---

[241] vgl Sub-Clause 3.1 Abs 1 Satz 2.

[242] s dazu gleich 6.3.

[243] Sub-Clause 3.1 Satz 1: „The Employer **shall** appoint the Engineer who shall carry out the duties assigned to him in the Contract."

[244] Da die Funktion des Engineers eine solch zentrale Rolle bei der Gestaltung des Vertrages einnimmt, stellt die Nichtbenennung des Engineers eine wesentliche Vertragsverletzung des Auftraggebers dar, so dass in diesem Fall dem Auftragnehmer das Kündigungsrecht gem Sub-Clause 16.2 Abs 1 lit (d) zusteht; vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 116 f.

[245] s dazu bereits oben 2.1.6.

[246] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006) 43 u 48.

6.2.3 Die Stellung des Engineers

In den früheren Auflagen der FIDIC-Standardbedingungen sowie in vergleichbaren Standardbedingungen anderer, insb nationaler, englischer Branchenverbände (ICE, RIBA) war das idealtypische Bild des Engineers das eines hochqualifizierten, unabhängigen beratenden Ingenieurs, der – trotz seiner vertraglichen Beziehung zum Auftraggeber – zwischen den Parteien des Bauvertrages Mittlerfunktion wahrnimmt. Auch das 1987er-Red Book ging, ganz nach dem angelsächsischen Vorbild, von einem unabhängigen und unparteilichen Engineer aus.[247]

Das 1999er-Red Book und das 1999er-Yellow Book behandeln den Engineer nunmehr hingegen so, als ob er Vertreter des Auftraggebers wäre.[248] Mit dieser Wandlung trägt FIDIC nach eigenen Aussagen der Kritik an der Rolle des Engineers Rechnung und hat die Standardbedingungen insofern der tatsächlichen, in der Praxis beobachteten Lage angepasst, da der Engineer – zahlreichen Berichten zufolge – in der Rechtswirklichkeit nicht (mehr) unparteilich war.[249]

Trotz – oder wohl aufgrund – der Position des Engineers als Vertreter des Bauherrn schreiben die FIDIC-Standardbedingungen dem Engineer das Gebot der Fairness bei Ausübung seiner Befugnisse vor – insb bei seiner Entscheidungstätigkeit gem Sub-Clause 3.5, wie aber auch bei der Ausstellung von Payment Certificates gem den Sub-Clauses 14.6 und 14.13.

Eine allgemeine Neutralitäts- bzw Fairnesspflicht des Engineers wurde in den FIDIC-Standardbedingungen allerdings nicht vorgesehen. Dementsprechend wird in der Literatur verstärkt vertreten, die Vorschrift der Sub-Clause 3.5 als allgemeine Anforderung an die Tätigkeit des Engineers anzusehen, die immer gelten soll, wenn der Engineer handelt, da sonst die Gefahr bestünde, dass eine faire Entscheidung des Engineers nur dann gefordert werden kann, wenn ihn die FIDIC-Standardbedingungen ausdrücklich auf Sub-Clause 3.5 verweisen.[250] Auf die anlässlich einer bevorstehenden Entscheidung des Engineers gestellte Frage des Auftraggebers an den Engineer: „Are you or are you not my man?“ sollte daher von diesem *immer* sinngemäß mit der Aussage „My strength in your support depends upon me not being your man.“ beantwortet werden.[251]

---

[247] vgl Red Book idF 1987, Sub-Clause 2.6 lit d: „Wherever, under the Contract, the Engineer is required to exercise his discretion [...] **impartially** within the terms of the Contract and having regard to all the circumstances.”

[248] vgl Sub-Clause 3.1 Abs 5 lit a: „Except as otherwise stated in these Conditions, whenever carrying out duties or exercising authority, specified or implied by the Contract, **the Engineer shall be deemed to act for the Employer**.“

[249] vgl *Booen*, ICLR 1999, 5 (15).

[250] *Corbett*, ICLR 2000, 253 (255 f), *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 121.

[251] vgl *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 159.

Der Engineer ist somit Auftragnehmer des Bauherrn und soll zugleich als fairer Interessenmittler zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer agieren. Diese Zwitterstellung des Engineers war und ist immer wieder Gegenstand einer umfangreichen Diskussion und Kritik.[252]

6.2.4 Vorteile des Engineers

Die Vorteile des Einsatzes eines Engineers liegen auf der Hand[253]:

- Als Bauingenieur bzw Bauexperte ist er mit dem Themenkreis an Problemen, die auf einer Baustelle auftreten können, vertraut.
- Aufgrund seiner Nähe zum Bauvorhaben kann er kurzfristig über streitige Fragen entscheiden, ohne die Arbeiten zu verzögern[254].
- Darüber hinaus ist er nicht durch umfangreiche Verfahrens- und Beweisregeln gebunden, da seine Aufgabe „lediglich" darin besteht, seine Meinung zu den Tatsachen und Umständen zu äußern, über die sich die Parteien streiten.

6.3 Aufgaben und Befugnisse des Engineers

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass dem Engineer eine dreifache Rolle zukommt.[255] Er fungiert als Vertreter des Bauherrn (s 6.3.1), als Certifier bzw Contract-Administrator (s 6.3.2) wie auch als (Quasi-)Schiedsrichter (s 6.3.3).

Eine solche strikte Dreiteilung der Aufgaben und Befugnisse des Engineers findet sich so allerdings nicht in den FIDIC-Standardbedingungen und ist deshalb selbstverständlich auch nicht in Stein gemeißelt. Gerade zwischen den Rollen als Vertreter des Bauherrn und als Contract-Administrator verläuft die Grenze fließend; nicht zuletzt deshalb, als das 1999er-Red Book und das 1999er-Yellow Book (in Sub-Clause 3.1 Abs 5 lit a) nunmehr vorsehen, dass der Engineer bei Ausübung seiner Befugnisse als Vertreter des Auftraggebers fungiert.

ME ist aber gerade diese Dreiteilung dazu geeignet, jemandem, dem englische Bauverträge und die FIDIC-Standardbedingungen unbekannt sind, den weit reichenden Umfang der Aufgaben und Befugnisse des FIDIC-Engineers – im Vergleich mit denen eines Architekten, Baumeisters oder Ingenieurbüros bei nationalen österreichischen Bauvorhaben – vor Augen zu führen.

---

[252] vgl ua *Corbett*, ICLR 2000, 253 (255).

[253] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006), 19.

[254] was ja gerade das Hauptziel der FIDIC-Standardbedingungen darstellt; s dazu schon oben 1.1.1.4 u Sub-Clause 8.1 Abs 2.

[255] vgl *Goedel*, RIW 1982, 81 (82 f); *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract^3 (2005) 155 ff. Der Engineer wird darüber hinaus als Vertreter des Auftragnehmers angesehen, soweit es um die Auswahl von Subunternehmern oder Lieferanten als Nominated Subcontractors oder Suppliers geht.

6.3.1 Vertreter des Bauherrn

Diese Funktion umfasst grundsätzlich die Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers. Der Umfang der Befugnisse dieser Funktion variiert je nach dem jeweils gewählten FIDIC-Klauselwerk und hängt selbstverständlich auch von den getroffenen Vereinbarungen im Bauvertrag ab.

6.3.1.1 Erstellung der Projektplanung und der Ausschreibung

Die Aufgabe der Erstellung einer den Anforderungen des Auftraggebers entsprechenden Projektplanung, das sog Design, trifft den Engineer nur im Red Book. Die Projektplanung umfasst dabei aber nicht nur die Planung ieS (iSd der Baupläne (Drawings) als Vorentwurf-, Entwurf-, Einreich- oder Polierplanung), sondern auch die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (sog Bill of Quantities) sowie die Bestimmung der zu verwendenden Materialien. Im Yellow Book und im Silver Book hingegen ist es die Aufgabe des Engineers, die Leistungsbeschreibung (die sog Employer's Requirements) – also die Vorgabe jener Bedingungen des Bauvorhabens, das der (spätere) Auftragnehmer schlüsselfertig auszuführen hat – zu erstellen. In weiterer Folge erstellt der Engineer die Ausschreibungsunterlagen und wirkt idR auch bei der Durchführung des Vergabeverfahrens mit.
Dieser Aufgabenbereich deckt sich mit jenem eines Architekten bzw Planenden Baumeisters bei österreichischen Bauvorhaben. Diese werden vor Vertragsabschluss beauftragt, die für die Beauftragung eines Bauunternehmens notwendige Planung und das für die Vergabe relevante Leistungsverzeichnis bzw die Leistungsbeschreibung zu erstellen.

6.3.1.2 Anordnungen

Eine ganz zentrale Rolle spielt die Anordnungsbefugnis des Engineers gem Sub-Clause 3.3, nach der der Engineer jederzeit neue Anordnungen (instructions) erteilen oder zusätzliche oder geänderte Baupläne an den Auftragnehmer übergeben kann, soweit dies für die vertragsgemäße Ausführung der Arbeiten oder die vertragsgemäße Beseitigung von Mängeln erforderlich ist.[256]
Insoweit eine solche Anordnung eine Leistungsänderung oder -anpassung (sog Variation) darstellt, verweist Sub-Clause 3.3 Abs 1 letzter Satz den Auftragnehmer auf das Prozedere der Sub-Clause 13.3 bei Leistungsänderungen, wonach dieser dem Engineer ein Änderungsanbot vorzulegen hat, in dem er die Auswirkungen der Leistungsänderung

[256] vgl Red Book, Sub-Clause 3.3 Abs 1 Satz 1: „The Engineer may issue to the Contractor (at any time) instruction and additional or modified Drawings which may be necessary for the execution of the Works and the remedying of any defects, all in accordance with the Contract."

auf die Bauzeit und eventuelle Mehrkosten darstellt. Sollte der Engineer ein solches Änderungsanbot ablehnen, muss der Auftragnehmer zwar dennoch die Anordnung auszuführen, kann aber seine Ansprüche mittels Übermittlung eines sog „Claim“ an den Engineer (gem Sub-Clause 20.1) verfolgen.[257]

Im Yellow Book und im Silver Book ist die Möglichkeit zur Übergabe zusätzlicher oder überarbeiteter Baupläne aufgrund der grundsätzlichen Planungsverantwortung des Auftragnehmers nicht erwähnt. Vielmehr stellt in diesen Klauselwerken jede Anordnung und jeder zusätzliche oder geänderte Bauplan eine Leistungsänderung iSd Clause 13 dar.[258]

Eine Anordnung iSd Sub-Clause 3.3 hat grundsätzlich schriftlich zu ergehen. Im Yellow Book und im Silver Book sind mündliche Anordnungen des Engineers bzw des Auftraggebers gar nichtig und müssen daher vom Auftragnehmer auch nicht befolgt werden.[259] Im Red Book ist es aber auch ausreichend, wenn der Engineer auf ein ihm vom Auftragnehmer ausgestelltes Bestätigungsschreiben einer zuvor mündlich erteilten Anordnung – von der der Engineer aber nur so wenig wie möglich Gebrauch machen sollte[260] – innerhalb von zwei Tagen nicht reagiert. Dieses Bestätigungsschreiben soll sodann in weiterer Folge die schriftliche Anordnung darstellen.

6.3.1.3 Ausübung des Leistungsänderungsrechts

Der Engineer kann gem Sub-Clause 13.1 Abs 1 jederzeit vor Ausstellung des Taking-Over Certificate Leistungsänderungen (sog Variations[261]) veranlassen, und zwar entweder

- durch **Anfrage** (request) an den Auftragnehmer, ein entsprechendes **Änderungsanbot** (proposal) vorzulegen (Sub-Clause 13.3); oder
- durch **Anordnung** (instruction, iSd Sub-Clause 3.3) einer Leistungsänderung.

6.3.1.3.1 Anfrage zur Vorlage eines Änderungsanbots

Im Falle der Anfrage zur Vorlage eines Änderungsanbots hat der Auftragnehmer gem Sub-Clause 13.3 Abs 1 so schnell wie möglich schriftlich zu antworten und Gründe anzugeben, warum er dieser Anfrage nicht nachkommen kann, oder dem Engineer ein Änderungsanbot mit den notwendigen Anpassungen für den zu Baubeginn übergebenen Bauzeitplan und dem Aufmaß der geänderten bzw zusätzlichen Leistungen einzureichen.

---

[257] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 220 f.

[258] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 116.

[259] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 87.

[260] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 86.

[261] vgl die Definition der Sub-Clause 1.1.6.9: „Variation means any change to the Works, which is instructed or approved as a variation under Clause 13.”

Ein solches Anbot hat der Engineer nach dessen Erhalt so schnell wie möglich anzunehmen oder abzulehnen. Die Vorlage eines solchen Änderungsanbots hat jedoch keine aufschiebende Wirkung, der Auftragnehmer bleibt vielmehr zur Weiterarbeit verpflichtet. Die Anordnung zur Ausführung der vereinbarten Leistungsänderung erfolgt schließlich durch den Engineer gem der allgemeinen Vorschrift der Sub-Clause 3.3.
Der Zweck der in Sub-Clause 13.3 vorgesehenen Vorgehensweise ist va, etwaiges Streitpotenzial durch die Förderung einer Einigung zwischen den Vertragsparteien vor Anordnung der Leistungsänderung durch den Engineer zu reduzieren.[262]

6.3.1.3.2 Anordnung einer Leistungsänderung

Anders stellt sich die Situation bei einer (einseitigen) Anordnung einer Leistungsänderung durch den Engineer, ohne vorherige Einholung eines Änderungsanbots, dar. An eine solche ist der Auftragnehmer grundsätzlich gebunden und hat sie auszuführen, kann aber als Ausgleich dafür zu einer Verlängerung der Bauzeit und/oder Mehrkosten berechtigt sein.[263] Aufgrund dieser weitgehenden Folgen einer Anordnung empfiehlt FIDIC insofern auch, dass eine Anfrage des Engineers für ein Änderungsanbot des Auftragnehmers schriftlich ergehen, die Bezeichnung „request" tragen und einen Verweis auf Sub-Clause 13.3 enthalten sollte, um die Verwechslungsgefahr mit einer Anordnung auszuschließen.[264]

6.3.1.3.3 Schranken zur Anordnung einer Leistungsänderung

6.3.1.3.3.a FIDIC-Standardbedingungen

Zur Ausführung einer solchen Anordnung ist der Auftragnehmer nur dann nicht verpflichtet, wenn er dem Engineer unverzüglich anzeigt, die zur Umsetzung der Änderung erforderlichen Güter (iSv Goods[265], also die Ausrüstung des Auftragnehmers, die Materialien, Anlagen und Behelfsmaßnahmen) nicht rechtzeitig erlangen zu können, im Yellow Book, wie auch im Silver Book (aufgrund der dort geregelten weitergehenden (Planungs)Verantwortung des Auftragnehmers) außerdem, wenn die Leistungsänderung zu einer Verringerung der Sicherheit oder Eignung der Arbeiten führen wird oder wenn dadurch das Erreichen der garantierten Leistungsmerkmale negativ beeinflusst würde (vgl Sub-Clause 13.1 Abs 2). Erhebt der Auftragnehmer einen solchen „Widerspruch" gegen

---

[262] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 225 f.

[263] vgl Sub-Clause 3.3 Abs 1 letzter Satz: „If an instruction constitutes a Variation, Clause 13 [Variations and Adjustments] shall apply."

[264] vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 222:

[265] vgl die Definition in Sub-Clause 1.1.5.2: „Goods means Contractor's Equipment, Materials, Plant and Temporary Works, or any of the as appropriate."

die Anordnung, muss der Engineer die Anordnung zurücknehmen, bestätigen oder abändern. Ändert der Engineer seine Anordnung ab, handelt es sich dabei um eine neue Leistungsänderung, gegen die der Auftragnehmer neuerlich Widerspruch gem Sub-Clause 13.1 Abs 2 erheben kann.[266] Bestätigt der Engineer hingegen die ursprünglich angeordnete Leistungsänderung, trägt der Auftraggeber die Verantwortung für jene potenziellen Risiken, auf die der Auftragnehmer in seinem Widerspruch hingewiesen hat.[267]

Diese drei Sachverhalte stellen allerdings die einzigen Möglichkeiten des Auftragnehmers zum „Widerspruch" gegen die angeordnete Leistungsänderung des Engineer dar.[268] Anders als noch in der Vorauflage des Red Book kommt es auch nicht mehr auf die Notwendigkeit oder Angemessenheit der Leistungsänderung an.[269] Der Auftragnehmer kann der Leistungsänderung daher auch nicht wegen Problemen bei der Beschaffung von quantitativ und qualitativ geeignetem Personal widersprechen.

Die daraus resultierende nahezu schrankenlose Befugnis des Engineers, Leistungsänderungen anzuordnen, ist nicht unproblematisch. Eine solche einseitige Befugnis zur Anordnung von Leistungsänderungen ist idR zwar auch in nationalen Bauvertragsstandardbedingungen (ÖNORM B 2110, VOB/B) vorgesehen; sie stellt aber eine Ausnahme von dem allen Rechtsordnungen bekannten Konsensprinzip bei Schuldverträgen dar, nach welchem Änderungen des Vertrages die Zustimmung aller Vertragspartner benötigen.

6.3.1.3.3.b ABGB

Dies zeigt sich gerade bei einem österreichischen **ABGB**-Bauvertrag, dh also wenn weder die ÖNORM B 2110 vereinbart wurde, noch eine vom ABGB abweichende Regelung getroffen wurde. Dort ist der **Auftragnehmer nicht verpflichtet, andere als im Vertrag vorgesehene oder zusätzliche Leistungen zu erbringen**. Der Auftraggeber kann den Auftragnehmer nicht zu zusätzlichen Leistungen zwingen. Nach den Regelungen der §§ 1165 ff ABGB hat der Auftraggeber grundsätzlich auch kein Recht, nachträglich die Leistung zu ändern. Nachträgliche Weisungen des Auftraggebers binden den Auftragnehmer nur, wenn er dem Auftraggeber ein diesbezügliches Recht vertraglich

---

[266] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 218.

[267] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 223.

[268] Da dieser Sachverhalt bzw diese drei Sachverhalte, die den Auftragnehmer zur Ablehnung der angeordneten Leistungsänderung berechtigen, ausdrücklich im Wortlaut der Bestimmung genannt sind, folgt wohl argumentum e contrario, dass andere Gründe den Auftragnehmer nicht zum Widerspruch berechtigen.

[269] vgl Red Book idF 1987, Sub-Clause 51.1: „ The Engineer shall make any variation of the form, quality or quantity of the Works or any part thereof that may, in his opinion, be necessary and for that purpose, or if for any other reason it shall, in his opinion, be appropriate […]"

eingeräumt hat, sei es, dass dieses Recht bereits bei Vertragsabschluss vereinbart wurde; sei es, dass der Auftragnehmer im Zuge der Vertragserfüllung dem Auftraggeber ein solches Recht nachträglich gewährt.[270] IdR wird der Auftragnehmer zwar ein wirtschaftliches Interesse an der Erbringung von zusätzlichen Leistungen haben. Kommt allerdings eine Einigung über den Preis nicht zustande oder stehen dem Auftragnehmer nicht ausreichend Resourcen zur Verfügung, kann er die Ausführung der vom Auftraggeber gewünschten Leistungsänderung bzw zusätzlichen Leistungen sanktionslos ablehnen.[271]

6.3.1.3.3.c ÖNORM B 2110

Wie erwähnt, sieht auch die **ÖNORM B 2110** ein einseitiges Leistungsänderungsrecht vor. Gem deren Pkt 7.1 Abs 1 ist der Auftraggeber berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungsziels notwendig und dem Auftragnehmer zumutbar ist. Das **Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers** ist somit durch die Zumutbarkeit für den Auftragnehmer und die Notwendigkeit zur Erreichung des Leistungsziels zweifach eingeschränkt.

Inwieweit dem Auftragnehmer Änderungen des Leistungsumfanges **zumutbar** sind, kann nur im Einzelfall entschieden werden[272], wobei die Leistungsänderung dem Auftragnehmer sowohl objektiv als auch subjektiv zumutbar sein muss. Objektive Zumutbarkeit liegt dann vor, wenn eine Änderung sich nicht ökonomisch negativ auf den Auftragnehmer auswirkt, wobei aber auch auf die tatsächlich vorliegenden Gegebenheiten im Betrieb des Auftragnehmers abzustellen ist.[273] Subjektive Zumutbarkeit liegt dann vor, wenn ein Auftragnehmer die Änderungen aus anderen ökonomischen Gründen, nicht aber aus Willkür, nicht durchführen will.[274] Die Änderung der Leistung wird dem Auftragnehmer daher idR dann unzumutbar sein, wenn[275]

- sie einer grundlegenden Änderung des ursprünglichen Entwurfes darstellt, die einer Neuplanung nahekommt;
- sich die Auftragssumme deutlich erhöht und der Auftraggeber vereinbarte Sicherheiten nicht erhöhen will;
- der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, die geforderte technische Änderung durchzuführen, weil hierfür ein spezielles technisches Know-How notwendig ist;

---

[270] *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2007) §§ 1165,1166 Rz 88.

[271] *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1011.

[272] OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f in SZ 72/25 = ecolex 2000, 5 = RdW 1999, 462 = JBl 1999, 802 = EvBl 1999/144.

[273] *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/35.

[274] *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/36.

[275] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1243.

- der Auftragnehmer keine entsprechenden Kapazitäten zur Verfügung hat; ein Abziehen von Resourcen von anderen Baustellen ist idR nicht zumutbar, der Auftragnehmer ist ohne entsprechende Vereinbarung mit dem Auftraggeber auch nicht verpflichtet, zusätzliche Subunternehmer einzusetzen.

Neben der Zumutbarkeit der Leistungsänderung für den Auftragnehmer muss diese auch zur Erreichung des Leistungsziels, das die ÖNORM B 2110 in Pkt 3.9 als „der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers" definiert, **notwendig** sein.

Notwendigkeit und Zumutbarkeit sind insgesamt als bewegliches System zu betrachten, wobei das Interesse des Auftraggebers an einer Leistungsänderung gegen deren Vorhersehbarkeit und die Auswirkungen auf den Auftragnehmer abzuwägen ist.[276]

6.3.1.3.3.d Conclusio

Eine solche Begrenzung der Befugnis zur Leistungsänderung auf die Notwendigkeit und Zumutbarkeit erscheint interessensgerecht. Angesichts der wenigen Ablehnungsgründe des Auftragnehmers in den FIDIC-Standardbedingungen sollte mE in Vertragsverhandlungen eine Beschränkung der Befugnis des Engineers zum Gegenstand gemacht werden, da der Auftragnehmer sonst Gefahr laufen könnte, dass die Auftraggeberseite ausufernde Leistungsänderungen verlangt, die er – unter Bindung an die Einheitspreise im Leistungsverzeichnis und damit möglicherweise für ihn unwirtschaftlich – ausführen muss.

6.3.1.3.4 Ausführung einer Leistungsänderung durch den Auftragnehmer

Vor schriftlicher Anordnung oder Genehmigung einer Leistungsänderung durch den Engineer ist der Auftragnehmer allerdings nicht berechtigt, Veränderungen und/oder Modifizierungen der Baumaßnahmen vorzunehmen.[277] Hier zeigt sich das in den FIDIC-Standardbedingungen grundsätzlich vorgesehene Schriftformgebot[278]. Erst die schriftliche Anordnung der Leistungsänderung bzw die schriftliche Genehmigung des Änderungsanbots führt zur Vertragsänderung. Eine schlüssige Vertragsänderung wird dadurch jedenfalls ausgeschlossen.

Dies stellt einen weiteren, nicht unwichtigen Unterschied zwischen der ÖNORM B 2110 und den FIDIC-Standardbedingungen dar, da der Auftraggeber in der ÖNORM B 2110 die Anordnung ausdrücklich oder schlüssig (etwa als Ergebnis einer Abstimmung der

---

[276] vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/41.

[277] vgl Sub-Clause 13.1 Abs 4: „The Contractor shall not make any alteration and/or modification of the Permanent Works, unless and until the Engineer instructs or approves a Variation."

[278] vgl dazu bereits oben 2.2.2 u Sub-Clause 1.3.

Vertragspartner bei einem Baustellengespräch, durch Schweigen des Auftraggebers auf die Aufforderung durch den Auftragnehmer, eine erforderliche Anforderung zu erlassen[279] oder dadurch, dass der Auftragnehmer ein Änderungsanbot abgibt und mit den darin vorgesehenen Arbeiten beginnt, die vom Auftraggeber widerspruchslos entgegen genommen werden[280]) erteilen kann.

6.3.1.3.5 Berechtigter zur Anordnung einer Leistungsänderung

6.3.1.3.5.a FIDIC-Standardbedingungen

Es fällt auf, dass das **Leistungsänderungsrecht** in den **FIDIC-Standardbedingungen** nur dem **Engineer**, nicht, wie in der ÖNORM B 2110, dem Auftraggeber als Vertragspartner des Auftragnehmers, zusteht. Der Engineer kann eine solche Anordnung einer Leistungsänderung auch ohne Absprache mit dem Auftraggeber, ausstellen. Vielmehr noch: wenn der Auftraggeber eine Leistungsänderung, und damit eine Änderung des Bauvertrages, wünscht, muss er beim Engineer um die Ausstellung einer solchen Anordnung ansuchen.[281] Sollte der Auftraggeber dem Auftragnehmer direkt eine Anordnung erteilen, muss der Auftragnehmer vor Ausführung der Änderung beim Engineer um Bestätigung dieser Anordnung anfragen.[282]

6.3.1.3.5.b ÖNORM B 2110

In der **ÖNORM B 2110** steht dem **Auftraggeber** das Leistungsänderungsrecht zu. Bedient sich dieser bei der Abwicklung des Bauvorhabens eines fachlichen Vertreters (zB Architekten), ist er gut beraten, den Umfang der (Architekten-)Vollmacht, insb im Hinblick auf die Befugnis zur Anordnung von Leistungsänderungen, in den Verträgen mit den einzelnen Professionisten klar zu definieren. Dadurch können spätere Auseinandersetzungen darüber vermieden werden, zu welchen Handlungen der Vertreter berechtigt war. Steht allerdings fest, dass dem Architekten Vollmacht erteilt wurde und ist lediglich deren Umfang zweifelhaft, ist bei der Auslegung großzügig zugunsten des Auftragnehmers vorzugehen, da es dem Auftraggeber eher zuzumuten ist, die Professionisten zu Baubeginn über die Befugnisse seines Architekten zu informieren, als von den Professionisten im Anlassfall zu verlangen, beim Auftraggeber über den Umfang der Befugnisse Erkundigungen einzuholen.[283] Die Rsp zu dieser Frage ist allerdings nicht

---

[279] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1240 ff.

[280] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 228; vgl auch OGH 20.02.1962, 8 Ob 58/62 in EvBl 1962/392.

[281] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 220.

[282] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 220.

[283] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 327.

einheitlich.[284] Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Befugnisse der örtlichen Bauaufsicht geht die Rsp aber davon aus, dass mit der Einsetzung einer örtlichen Bauaufsicht durch den Auftraggeber der übereinstimmende Wille der Vertragspartner zum Ausdruck kommt, den Architekten auch mit der Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers gegenüber Behörden und Professionisten zu betrauen.[285] Immer wenn dem mit dem Architekten geschlossenen Vertrag diese Interessenwahrnehmungsaufgabe das Gepräge gibt, überwiegen die Elemente eines solchen Bevollmächtigungsvertrages.

6.3.1.3.6 Möglicher Inhalt einer Leistungsänderung

Gem Sub-Clause 13.1 Abs 3 des Red Book kann eine Leistungsänderung des Engineers enthalten:

- eine Änderung der auszuführenden Mengen einer Position, wobei aber nicht schon jede Mengenänderung eine Leistungsänderung darstellt[286] (vgl auch Sub-Clause 12.3 Abs 2 lit a);
- eine Änderung der Qualität oder anderer Eigenschaften bestimmter Positionen;
- eine Änderung der Größe, Lage und/oder Ausmaß des Bauwerks bzw von Teilen davon;
- einen Entfall einzelner Leistungen, allerdings darf der Auftraggeber die unterbliebenen Leistungen dann nicht durch andere Auftragnehmer ausführen lassen;
- zusätzliche Arbeiten, Anlagen, Materialien oder Dienstleistungen, jedoch nur soweit sie für die Ausführung erforderlich sind (zB gemeinsame Fertigstellungstests oder Probebohrungen);
- eine Änderung der Reihenfolge oder des Zeitablaufs der auszuführenden Arbeiten.

Im Yellow Book und im Silver Book wird diesbezüglich nur angeführt, dass Leistungsänderungen keinen Entfall von Leistungen enthalten dürfen, die dann in weiterer Folge von anderen Auftragnehmern ausgeführt werden. Eine Aufzählung möglicher Inhalte einer Leistungsänderung wie im Red Book fehlt allerdings, woraus sich im Umkehrschluss wohl ergibt, dass die Anordnungsbefugnis des Engineer nicht beschränkt ist.[287]

---

[284] vgl dazu die Rsp-Übersicht in *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 327.

[285] OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91 in JBl 1992,114; OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p in SZ 70/198 = RdW 1998,68 = ecolex 1998,204; OGH 06.03.2001, 10 Ob 31/00g; OGH 27.03.2008, 2 Ob 90/07k

[286] Dies würde ja sonst das Prinzip eines Einheitspreisvertrages untergraben. Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 218: Variations may involve changes in quantities, but a change in the quantity of an item in the Bill of Quantities does not necessariliy constitute a Variation.

[287] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 242.

6.3.1.4 Mitteilung des Baubeginns

In den FIDIC-Standardbedingungen wird dem Auftragnehmer der Baubeginn, das sog Commencement Date, einseitig durch den Engineer mitgeteilt[288]. Der beabsichtigte Termin des Baubeginns muss gem Sub-Clause 8.1 Abs 1 mindestens 7 Tage vorher mitgeteilt werden und, mangels anderer Vereinbarung in den Particular Conditions, innerhalb von 42 Tagen nach Zustandekommen des Vertrags[289] liegen.

6.3.1.5 Überwachung der Bauausführung

Diese Aufgabe des Engineers umfasst ua die Kontrolle der Einhaltung der vereinbarten Ausführungsqualität, der laufenden Kosten sowie des Baufortschritts.[290]

6.3.1.5.1 Prüfung des Bauzeitplanes

Gem Sub-Clause 8.3 hat der Auftragnehmer innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt der Mitteilung des Baubeginns einen detaillierten Bauzeitplan, das sog Programme, beim Engineer einzureichen. Darüber hinaus trifft den Auftragnehmer die Pflicht, einen überarbeiteten und entsprechend angepassten Bauzeitplan nachzureichen, sobald der ursprünglich eingereichte Bauzeitplan nicht mehr mit dem tatsächlichen Baufortschritt übereinstimmt. Diese Bauzeitpläne sollen Aufschluss darüber geben, in welcher Reihenfolge der Auftragnehmer plant, die Bauarbeiten durchzuführen, wobei auch (die vertraglich vorgesehenen) Inspektionen und Tests sowie die von Subunternehmern durchzuführenden Arbeiten eingeplant werden müssen.

Der Engineer prüft diese Bauzeitpläne und kann diese innerhalb von 21 Tagen nach deren Erhalt zurückweisen, wenn sie nicht den vertraglichen Vorgaben entsprechen sollten. Der Engineer hat daher diesbezüglich ein Beanstandungsrecht[291], nicht aber ein Genehmigungsrecht[292]. Kommt es zu Beanstandungen durch den Engineer, muss der Auftragnehmer den Bauzeitplan anpassen. Wird der Bauzeitplan vom Engineer jedoch nicht zurückgewiesen, ist dieser für den Auftragnehmer verbindlich und muss von diesem eingehalten werden.

Diese Verbindlichkeit des Bauzeitplanes geht für den Auftragnehmer aber nicht soweit, dass sämtliche darin angeführte Termine zu verbindlichen Vertragsterminen werden. Zwischentermine, deren Nichteinhaltung den Auftragnehmer zur Zahlung einer

---

[288] FIDIC empfiehlt für die Mitteilung des Baubeginns folgende Formulierung: „We hereby give notice, in the terms of Sub-Clause 8.1 of the Conditions of Contract, that the Commencement Date shall be ....“ Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 168.

[289] durch Zugang der Angebotsannahme des Auftraggebers (Letter of Acceptance) beim Auftragnehmer.

[290] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 178.

[291] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 191.

[292] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 179.

Vertragsstrafe verpflichten, können nur für Bauabschnitte (sog Sections), die im Appendix to Tender angeführt werden müssen, vereinbart werden. Diese Regelung der FIDIC-Standardbedingungen entspricht insoweit der österreichischen Rechtslage, nach der Zwischentermine nur dann pönalisiert sind, wenn sie im Bauvertrag ausdrücklich als verbindlich vereinbart wurden.[293]

Die FIDIC-Standardbedingungen messen dem Bauzeitplan aber dennoch große Bedeutung zu:

- Sub-Clause 8.3 Abs 2 letzter Satz bestimmt, dass sich das Personal des Auftraggebers bei der Planung seiner Aktivitäten auf den vom Auftragnehmer eingereichten Bauzeitplan verlassen kann[294] und gibt dem Auftraggeber damit ausdrücklich eine mögliche Anspruchsgrundlage für Kostenersatz.
- Ebenso muss sich der Auftragnehmer bei der Wahl der Form und des Detailgrades des Bauzeitplanes bewusst sein, dass idR gerade dieser Bauzeitplan herangezogen wird, um zu ermitteln, ob eine aufgetretene Verzögerung eine Tätigkeit auf dem kritischen Weg betrifft und damit zu einer Verzögerung des Fertigstellungstermines führt, da nur eine solche den Auftragnehmer zu einer Bauzeitverlängerung berechtigt.[295]
- Darüber hinaus berechtigt Sub-Clause 8.6 den Engineer bei Rückfall des Baufortschritts hinter den Bauzeitplan Forcierungsmaßnahmen anzuordenen (s dazu sogleich 6.3.1.5.2).

6.3.1.5.2 Überwachung des Baufortschritts

Des Weiteren gehört zu den Aufgaben des Engineers die Bauabläufe zu kontrollieren und darauf zu achten, dass die Abläufe und Vorgänge eingehalten werden, die der Auftragnehmer in seinen Bauzeitplänen vorgibt. Wenn der Engineer erkennt, dass der tatsächliche Baufortschritt des Auftragnehmers zu langsam ist, um das Bauwerk innerhalb der vereinbarten Bauzeit fertig zu stellen und/oder der Baufortschritt hinter den eingereichten Bauzeitplan des Auftragnehmers zurückfällt oder zurückzufallen droht, und dies nicht auf einen der in Sub-Clause 8.4 angeführten, vom Auftraggeber zu vertretenden Gründe zurückzuführen ist, kann der Engineer gem Sub-Clause 8.6 den Auftragnehmer anweisen, einen Bericht, in dem dieser darzulegen hat, welche Forcierungsmaßnahmen

---

[293] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 553. Es ist auch nicht ausreichend, wenn Termine bloß aufgelistet werden, auf einen dem Vertrag beiliegenden Bauzeitplan Bezug genommen wird oder Terminangaben gemacht werden, ohne dass im Vertrag deutlich und ausdrücklich deren Verbindlichkeit festgelegt wird.

[294] Sub-Clause 8.3 Abs 2 letzter Satz: „The Employer's Personnel shall be entitled to rely upon the programme when planning their activities."

[295] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 178; scheinbar aA *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 171.

er ergreifen will, um den Baufortschritt ausreichend zu beschleunigen, und einen, in Rücksicht auf die gewählten Forcierungsmaßnahmen überarbeiteten Bauzeitplan, zu übermitteln. Mangels gegenteiliger Mitteilung durch den Engineer wird dieser überarbeitete Bauzeitplan in weiterer Folge für den Auftragnehmer verbindlich und ist von diesem auszuführen. Sub-Clause 8.6 sieht für diese Mitteilung des Engineers jedoch keine zeitliche Frist vor, wodurch der Auftragnehmer nach Einreichung seines überarbeiteten Bauzeitplans in Unsicherheit wandeln muss, ob er mit einer Forcierung „beauftragt" wurde und welcher der von ihm eingereichten Bauzeitpläne somit nun für ihn verbindlich ist.

Für die Planung des Baufortschritts ist und bleibt der Auftragnehmer jedoch grundsätzlich selbst verantwortlich. Allerdings hat der Engineer gem Sub-Clause 8.8 die Befugnis, jederzeit eine Unterbrechung der Arbeiten des Auftragnehmers anzuordnen. Der Auftragnehmer hat diesbezüglich eine Duldungspflicht[296] wie auch die Pflicht, das bisher ausgeführte Werk vor Beschädigungen zu schützen. Einen Grund für einen solchen Baustillstand kann der Engineer angeben, muss es aber nicht. Soweit Gründe angegeben werden und diese in den Verantwortungsbereich des Auftragnehmers fallen, besteht diesem gegenüber keine Ersatzpflicht des Auftraggebers. Hat jedoch der Auftraggeber die Gründe des Baustillstands zu verantworten, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Mehrkosten und/oder Verlängerung der Bauzeit, wenn er durch die Arbeitsunterbrechung entsprechende finanzielle oder zeitliche Einbußen erleidet.

6.3.1.5.3 Vergleich mit der Funktion der Örtlichen Bauaufsicht

Die Aufgabe des Engineers der Überwachung der Bauausführung entspricht weitestgehend der Funktion der Örtlichen Bauaufsicht bei österreichischen Bauvorhaben.

Zur Örtlichen Bauaufsicht existiert in Österreich eine stRspr[297]. Danach hat die örtliche Bauaufsicht alle jene Kontrolltätigkeiten auszuüben, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten sind nicht örtliche Bauaufsicht. Konkret zählen zu den Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht somit ua

- die Überwachung der Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit den Plänen;
- die Überwachung der Einhaltung der technischen Regeln;

---

[296] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 192.

[297] OGH 30.11.1988, 1 Ob 680/88; OGH 22.10.1991, 5 Ob 91/91; OGH 12.11.1991, 5 Ob 106/91; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g in ecolex 1998,25; OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p in SZ 70/198; OGH 14.04.1999, 9 Ob 33/99i; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t.

- die Überwachung der Einhaltung der behördlichen Vorschriften;
- die Überwachung der Einhaltung des Zeitplanes;
- die Führung des Baubuches;
- die Koordination der Leistungen der Auftragnehmer; und
- in umfassender Weise die Interessen des Bauherrn auch gegenüber den Professionisten wahrzunehmen.

6.3.2 Certifier bzw Contract-Administrator

In dieser Rolle fungiert der Engineer als neutrale Instanz zwischen den Parteien und tritt va als Aussteller anspruchsbegründender Zertifikate (Certificates) bzw Bescheinigungen auf.

6.3.2.1 Ausstellung von Zahlungsbescheinigungen

Eine wesentliche Aufgabe des Engineers besteht darin, innerhalb von 28 Tagen nach erfolgter Rechnungslegung durch den Auftragnehmer Zahlungsbescheinigungen (sog Payment Certificates) auszustellen. Diese Payment Certificates verpflichten den Auftraggeber zur Bezahlung des darin bescheinigten Betrags innerhalb einer Frist von 56 Tagen nach Erhalt des Payment Certificate; vor dessen Ausstellung ist der Betrag jedoch noch nicht fällig.

6.3.2.2 Ermittlung der ausgeführten Mengen

Bei einem Einheitspreisvertrag, wie dem Red Book, erfolgt die Vergütung des Auftragnehmers nach den von ihm tatsächlich erbrachten Leistungen auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Einheitspreise. Dementsprechend ist bei Einheitspreisverträgen die Ermittlung der ausgeführten Mengen von wesentlicher Bedeutung, da die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen als die voraussichtlich, und nicht als tatsächlich, auszuführenden Mengen anzusehen sind[298] und Mengenänderungen demnach keine Leistungsänderungen darstellen.
Zunächst wird von den FIDIC-Standardbedingungen vorausgesetzt, dass der Bieter aus den im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Mengen und den von ihm veranschlagten Einheitspreisen einen Angebotspreis ermittelt, der dann vom Auftraggeber als vorläufiger Vertragspreis (sog Accepted Contract Amount) angenommen werden kann. Der endgültige Vertragspreis (sog Contract Price) wird gem Sub-Clause 14.1 lit a nach

[298] vgl Red Book, Sub-Clause 14.1 lit c: „Unless otherwise stated in the Particular Conditions, any quantities which may be set out in the Bill of Quantities or other Schedule are estimated quantities and are not to be taken as the actual and correct quantities (i) of the Works which the Contractor is required to execute, or (ii) for the purposes of Clause 12 [Measurement and Evaluation]."

den Vorschriften der Clause 12 zum Aufmaß ermittelt. Sub-Clause 12.3 Abs 1 bestimmt den Engineer dazu, den endgültigen Vertragspreis im Verfahren gem Sub-Clause 3.5[299] festzulegen. Dem Aufmaß wird dabei, mangels anderer vertraglicher Vereinbarung, die Anzahl der im Bauwerk verarbeiteten Einheiten und die im Leistungsverzeichnis festgeschriebene Aufmaßmethode zugrunde gelegt.

Verlangt der Engineer das Aufmaß (eines Teiles) der Arbeiten, muss er dies dem Vertreter des Auftragnehmers anzeigen. Dieser hat entweder selbst an den vom Engineer durchgeführten Aufmaß teilzunehmen oder eine andere qualifizierte Person als Vertretung zu beauftragen, die dem Engineer assistiert (vgl Sub-Clause 12.1 Abs 2). Versäumt der Auftragnehmer seine Mitwirkung, gilt das vom Engineer durchgeführte Aufmaß gem Sub-Clause 12.1 Abs 3 als ordnungsgemäß.[300]

Diese Vorgehensweise entspricht grundsätzlich jener der ÖNORM B 2110. Auch diese sieht in Pkt 8.2.3 von Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam vorzunehmende Aufmaßfeststellungen vor. Für Aufmaße, die aus triftigen Gründen nur von einem der beiden Vertragspartner festgestellt wurden, regelt die ÖNORM B 2110, dass diese der anderen Vertragspartei ehestens schriftlich mitzuteilen sind und als von ihm anerkannt gelten, sollte dieser nicht innerhalb von 2 Wochen ab Erhalt der Mitteilung schriftlich dagegen Einspruch erheben.

6.3.2.3 Mitwirkung an der Übernahme

Auch bei der Übernahme sehen die FIDIC-Standardbedingungen Aufgaben und Befugnisse des Engineers vor.[301] Ua

- wirkt er an der Durchführung der Tests on Completion mit;
- stellt er das Taking-over Certificate aus, in dem er auch die noch auszuführenden bzw noch zu verbessernden Leistungen anführt; und
- bescheinigt er dem Auftragnehmer die vertragsgemäße Erfüllung mittels Ausstellung des Performance Certificate.

6.3.3 Quasi-Schiedsrichter

In dieser Rolle ist der Engineer zur Fällung von Entscheidungen berufen.

---

[299] s dazu unten 6.3.3.1.

[300] In der Praxis findet sich häufig die Vorgehensweise, dass die Aufmaße vom Auftragnehmer selbst durchgeführt und in weiterer Folge vom Engineer nur noch überprüft und bestätigt werden. Vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 211 f.

[301] s dazu ausführlich unten 7.

6.3.3.1 Treffen von Entscheidungen (determinations) gem Sub-Clause 3.5

Von großer Bedeutung ist Sub-Clause 3.5[302], die immer dann zur Anwendung kommt, wenn eine Bestimmung der FIDIC-Standardbedingungen auf diese Regelung verweist und eine solche Entscheidung des Engineers verlangt.[303] Die meisten Fälle, in denen der Engineer zur Entscheidung berufen ist, betreffen die Geltendmachung von Ansprüchen durch eine der Vertragsparteien. Diese Ansprüche zielen auf eine Bauzeitverlängerung oder Gewährung von Mehrkosten, soweit der Auftragnehmer in der Position des Antragstellers ist, oder auf Kostenersatz bzw Verlängerung der Defects Notification Period zugunsten des Auftraggebers.

Das Entscheidungsverfahren der Sub-Clause 3.5 sieht vor, dass der Engineer zunächst als Mediator fungieren soll[304] und sich mit den Vertragsparteien zu beraten hat, um auf diesem Wege eine einvernehmliche Lösung der an ihn herangetragenen Frage zu erreichen. Wie er dies tut, bleibt ihm überlassen. Ob Einigkeit erreicht werden kann, hängt von zahlreichen Faktoren ab. Insb bei einem guten Klima zwischen den Beteiligten und offensichtlich gegebenen Ansprüchen ist es idR nicht unwahrscheinlich, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer einigen können. Wenn eine einvernehmliche Lösung nicht in angemessener Zeit erzielt wird, hat der Engineer die entscheidungsrelevanten Tatsachen aufzuklären und anhand dieser, sowie unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, über den Grund und den Umfang des Anspruchs eine – trotz seiner Position als Vertreter des Bauherrn – gerechte („faire“) Entscheidung (sog determination) zu treffen.[305] In der Praxis trifft man es häufig auch an, dass der Engineer vorläufige Entscheidungen (interim determinations) trifft, in denen er den Vertragsparteien seine Absicht preisgibt, dass er diese vorläufige Entscheidung nur bei Vorlage weiterer Beweise (innerhalb einer angegebenen Frist) abändern wird.[306]

---

[302] Sub-Clause 3.5: „Whenever these Conditions provide that the Engineer shall proceed in accordance with this Sub-Clause 3.5 to agree or determine any matter, the Engineer shall consult with each Party in an endeavour to reach agreement. If agreement is not achieved, the Engineer shall make a fair determination in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances.
The Engineer shall give notice to both Parties of each agreement or determination, with supporting particulars. Each Party shall give effect to each agreement or determination unless and until revised under Clause 20.“

[303] Eine solche Verweisung auf eine Entscheidung des Engineers nach Sub-Clause 3.5 enthalten die FIDIC-Standardbedingungen in den Sub-Clauses 1.9, 2.1, 2.5, 4.7, 4.12, 4.19, 4.20, 4.24, 7.4, 7.5, 7.6, 8.4, 8.5, 8.6, 8.7, 8.9, 9.4, 10.2, 10.3, 11.3, 11.4, 11.8, 12.2, 12.3, 12.4, 13.2, 13.3, 13.7, 14.4, 14.8, 15.3, 15.4, 16.1, 16.4, 17.1, 17.4, 18.1, 18.2, 19.4, 19.6 und 20.1.

[304] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 117.

[305] Der Engineer muss eine solche Entscheidung allerdings nicht unparteiisch treffen, es sei denn, dies wurde in den Particular Conditions vereinbart. Hierfür empfiehlt FIDIC folgenden Satz am Ende des Abs 1 der Sub-Clause 3.5 einzufügen: „The Engineer shall act impartially when making these determinations.“ Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 82 u 89.

[306] vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 89.

Eine solche Entscheidung des Engineers ist – bis zu ihrer Abänderung in einem Verfahren vor dem Dispute Adjudication Board oder einem Schiedsgericht – vorläufig bindend (vgl Sub-Clause 3.5 Abs 2 Satz 2).

Der Engineer hat seine Entscheidung auf Grundlage der Bestimmungen des Vertrages („in accordance with the Contract") zu treffen. Er entscheidet daher unabhängig von seinen persönlichen bzw fachlichen Qualitätsvorstellungen[307] und von den Vorbringen der Vertragsparteien.[308]

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen grundsätzlich keine zeitliche Frist vor, innerhalb derer der Engineer eine solche Entscheidung zu treffen hat. Sub-Clause 1.3 Abs 2 bestimmt lediglich, dass Entscheidungen nicht unbegründet zurückgehalten oder verspätet abgesendet werden dürfen.[309] Ein Verstoß dagegen würde eine Verletzung der Vertragspflichten des Engineers darstellen[310], die den Auftragnehmer zur Geltendmachung von Bauzeitverlängerung und/oder Mehrkosten berechtigen kann.

6.3.3.2 Verbindliche Vertragsauslegung

Ein weiteres Anwendungsfeld für die Entscheidungskompetenz des Engineers stellt die für die Vertragsparteien verbindliche Auslegung des Bauvertrages dar. Dabei hat der Engineer gem Sub-Clause 1.5 letzter Satz[311] bei in den Vertragsunterlagen auftretenden Doppeldeutigkeiten oder Widersprüchen eine notwendige Klarstellung (clarification) oder Anweisung (instruction) anzufertigen.[312] Zuvor muss allerdings ein Versuch unternommen werden, die Vertragsdokumente wechselseitig auszulegen.

Die exakte Rangfolge der Vertragsbestandteile zum Zwecke der Vertragsauslegung ist in Sub-Clause 1.5 Abs 1 wie folgt definiert[313]:

lit (a) die Vertragsurkunde (Contract Agreement), sofern vorhanden;

lit (b) die Angebotsannahme des Auftraggebers (Letter of Acceptance);

lit (c) das Angebot des Auftragnehmers (Letter of Tender);

---

[307] Eine solche subjektive Entscheidungsmaßstab des Engineers (mit den Phrasen „to the opinion of the Engineer" oder „to the satisfaction of the Engineer") war allerdings noch im Red Book idF 1987 vorgesehen.

[308] vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 117. Der Engineer kann daher dem Auftragnehmer auch mehr zusprechen, als dieser gefordert hat.

[309] vgl Sub-Clause 1.3 Abs 2 Satz 1: „[…] determinations shall not be unreasonably withheld or delayed."

[310] *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 89.

[311] Sub-Clause 1.5 letzter Satz: „If an ambiguity or discrepancy is found in the documents, the Engineer shall issue any necessary clarification or instruction."

[312] Das Silver Book sieht allerdings keine äquivalente Befugnis des Auftraggebers zum Erlass einer Klarstellung oder Anweisung vor. Im Falle einer dort auftretenden Doppeldeutigkeit oder eines Widerspruchs haben die Vertragsparteien nur die Möglichkeit, sich um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen.

[313] Die Rangfolge ist auch im Yellow Book und im Silver Book grundsätzlich dieselbe, lässt allerdings sinngemäß einige Dokumente aus, wie die Drawings im Yellow Book, Letter of Acceptance und Letter of Tender im Silver Book usw.

lit (d) die Besonderen Bedingungen (Particular Conditions);

lit (e) die Allgemeinen Bedingungen (General Conditions);

lit (f) die technischen Vertragsbedingungen, die Leistungsbeschreibung sowie (sonstigen) technischen Beschreibungen (Specifications);

lit (g) die Baupläne (Drawings); und

lit (h) die Bauzeitpläne und sonstigen Terminpläne (Schedules) sowie alle übrigen Dokumente, die Teil des Vertrages sind.

Im Vergleich zum Pendant der Sub-Clause 1.5 in der ÖNORM B 2110, der Bestimmung des Pkt 5.1.3[314] fällt auf, dass in den **FIDIC-Standardbedingungen** ein **Vorrang der schriftlichen Bestimmungen vor den technischen Ausarbeitungen** herrscht. Dies zeigt sich insb anhand der Leistungsbeschreibung (Specification) und der Baupläne (Drawings), die in der Reihenfolge der Vertragsunterlagen erst nach den Besonderen und den Allgemeinen Bedingungen gelten. In der **ÖNORM B 2110** stellt sich dies umgekehrt dar: die **Leistungsbeschreibung und die Pläne sind vor den besonderen Bestimmungen für den Einzelfall und den Allgemeinen Bestimmungen** (der ÖNORM B 2110) gereiht. Diese Reihung wurde in der ÖNORM B 2110 auch ganz bewusst vorgenommen, da die ÖNORM B 2110 primär Techniker anzusprechen versucht, und diese eher auf ihrem technischen Terrain mit Plänen, Leistungsbeschreibungen und technischen Berichten bleiben wollen als sich mit umfangreichen Vertragstexten oder korrekten, möglichst sauberen und widerspruchsfreien Formulierungen herumzuschlagen.

6.3.4 Gegenüberstellung des Engineers mit dessen österreichischen Pendant

Wie bereits ausgeführt, übernehmen bei österreichischen Bauvorhaben Architekten, Planende Baumeister und Ingenieurbüros einzelne Aufgaben eines FIDIC-Engineers, so zB die Grundlagenermittlung mit anschließender Planung des Bauwerks (bestehend aus Vorplanung, Entwurfsplanung, Einreichplanung und Ausführungsplanung), die

---

[314] Pkt 5.1.3: Reihenfolge der Vertragsbestandteile:

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die Vertragsbestandteile in nachfolgender Reihenfolge:

1) die schriftliche Vereinbarung (z. B. Angebotsannahme, Auftragsschreiben, Bestellschein, Auftragsbestätigung, Schluss- und Gegenschlussbrief), durch die der Vertrag zu Stande gekommen ist;
2) die Beschreibung der Leistung oder das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis;
3) Pläne, Zeichnungen, Muster;
4) Baubeschreibung, technischer Bericht, u. dgl.;
5) besondere Bestimmungen für den Einzelfall; allenfalls Hinweise auf Abweichungen von ÖNORMEN;
6) allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN;
7) Normen technischen Inhaltes;
8) die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;
9) die vorliegende ÖNORM sowie die ÖNORMEN B 2111 und B 2114;
10) Richtlinien technischen Inhaltes.

Vorbereitung der Vergabe oder die Bauüberwachung als Örtliche Bauaufsicht. Planungs-, Vergabe- und Bauüberwachungsaufgaben werden idR allerdings voneinander getrennt betrachtet. Es erfolgt also keine „Pauschalbeauftragung“ mit sämtlichen einschlägigen Aufgaben, wie dies beim Engineer in den FIDIC-Standardbedingungen der Fall ist. Die konkrete Aufgabenstellung des Architekten, Baumeisters oder Ingenieurs ist somit immer eine Frage des Einzelfalls. Hinzu kommt, dass sich die Beteiligten oftmals abwechseln. Der planende Architekt wird nicht immer mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragt, va dann nicht, wenn der Bauherr selbst ausreichend fachkundig ist oder über entsprechend fachkundige Mitarbeiter verfügt. Ebenso ist es bei größeren Bauvolumina durchaus Gang und Gebe, dass der planende Architekt nicht die Überwachung der Bauausführung übernimmt, sondern diese gesondert vergeben wird; dies insb deshalb, um zu vermeiden, dass der Architekt eigene Planungsfehler durch eine „strengere“ (oder gar bewusst falsch durchgeführte) Bauüberwachung den Bauunternehmen aufbürden kann.

Unabhängig davon kann aber festgehalten werden, dass der Architekt, Baumeister oder Ingenieur bei einem österreichischen Bauvertrag **keinesfalls** die Aufgaben eines Mediators, Interessenmittlers oder gar Streitentscheiders wahrnimmt. Vielmehr ist dies bei österreichischen Bauvorhaben vollkommen unvorstellbar, da hier der Architekt, Baumeister oder Ingenieur als Vertreter des Bauherrn auftritt und **nur** dessen Interessen, dies teilweise auch recht resolut, verfolgt. Eine Betrauung des Architekten, Baumeisters oder Ingenieurs mit der Entscheidung über Streitigkeiten zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer würde schlicht auf krassestes Unverständnis auf Auftragnehmerseite treffen und das Klima zwischen den Beteiligten von Baubeginn weg „vergiften“. Allein dies zeigt wohl bereits die Besonderheit des FIDIC-Engineers. Während in österreichischen bzw generell in kontinentaleuropäischen Kreisen von einer parteiischen Entscheidung des Engineers aufgrund dessen Vertragsverhältnisses mit dem Bauherrn ausgegangen wird, zeigt sich das genaue Gegenteil im Rechtsraum des Common Law. Würde man nämlich einem „echten“ angloamerikanischen Engineer eine mögliche Parteilichkeit vorwerfen, wäre dieser zu tiefst gekränkt. Vielmehr stellt es für einen solchen – trotz des Anstellungsvertrages zum Bauherrn – eine Selbstverständlichkeit dar, zwischen den Bauvertragsparteien zu stehen und fair zu agieren.

Hinzu tritt, dass in der ÖNORM B 2110, wie auch in anderen österreichischen Standardvertragsbedingungen, ein System zur außergerichtlichen Streitbeilegung fehlt. In der österreichischen Baupraxis kommt es vielmehr häufig lediglich zu Verhandlungsrunden („Mehrkostenverhandlungen“), wo um eine Vertragsanpassung gefeilscht wird und bei deren Scheitern nicht nur das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien weiter verschlechtert wird, sondern sich ein gerichtliches Vorgehen eines

der Beteiligten kaum mehr vermeiden lässt. Ein erster Schritt zu einem effektiven Streitbeilegungsregime wurde zwar mit den Partnerschaftssitzungen in der ÖNORM B 2118[315] begonnen, jedoch zeigt gerade deren bisherige häufige Ablehnung bzw Nichtabhaltung die in der Praxis vorherrschende Skepsis und die noch bevorstehende Arbeit, die vonnöten ist, um eine im Vergleich zu den FIDIC-Standardbedingungen angemessene alternative außergerichtliche Streitbeilegung (sog Alternative Dispute Resolution) in den österreichischen Bauvertragsbedingungen zu implementieren.

6.3.5 Grenzen der Befugnisse des Engineers

Die Macht des Engineers ist jedoch nicht grenzenlos, die FIDIC-Standardbedingungen enthalten ausdrücklich eine Reihe von Beschränkungen seiner Befugnisse. Selbstverständlich steht es den Vertragsparteien aber offen, diese in den Particular Conditions ganz oder teilweise auszuschließen.

6.3.5.1 Vertragsänderung

Gem Sub-Clause 3.1 Abs 2[316] ist der Engineer nicht berechtigt, den Vertrag zu ändern. Der Wortlaut dieser Bestimmung überrascht auf den ersten Blick, da ja gerade die Vertragsanpassung (s dazu die Sub-Clauses 3.3, 13.1 und 13.3) eine zentrale Aufgabe des Engineers darstellt. Diese Bestimmung kann daher im Kontext der gesamten FIDIC-Standardbedingungen wohl nur so verstanden werden, dass der Engineer keine Befugnis haben soll, die vereinbarten Vertragsbestimmungen zu ändern, sondern vielmehr nur auf deren Grundlage agieren kann. Eine Anpassung des Vertrages durch den Engineer darf daher nur im Rahmen des vertraglich Zulässigen geschehen.[317]

6.3.5.2 Entbindung der Vertragsparteien von Vertragspflichten

Gem Sub-Clause 3.1 Abs 5 lit b ist der Engineer nicht befugt, eine der Vertragsparteien von vertraglich festgelegten Verpflichtungen oder Obliegenheiten zu entbinden. Die einzige Ausnahme hiervon stellt die Befugnis des Engineer dar, mittels Anordnung einer Leistungsänderung (gem Sub-Clause 13.1 Abs 3 lit (d)) den Entfall bestimmter (Teil)Leistungen anzuordnen.

---

[315] „Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten – Werkvertragsnorm“, Ausgabe 01.01.2009.

[316] Sub-Clause 3.1 Abs 2: „The Engineer shall have no authority to amend the Contract.“

[317] vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 117.

6.3.5.3 Entlassung des Auftragnehmers aus seiner vertraglich festgelegten Haftung

Des Weiteren kann der Engineer gem Sub-Clause 3.1 Abs 5 lit c den Auftragnehmer nicht aus seiner vertraglich festgelegten Haftung entlassen. Eine Zustimmung des Engineers zu einer bestimmten Handlung des Auftragnehmers oä soll somit nicht dessen Haftung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung ausschließen.

Die gleiche zeigt sich in der österreichischen Rechtslage im Hinblick auf die Örtliche Bauaufsicht. Diese haftet weder für eine mangelfreie Ausführung des Werkes noch für die Einhaltung technischer Vorschriften im Zuge der Bauausführung. Sie darf sich auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten verlassen und hat nur dort einzuschreiten, wo für sie Fehler erkennbar werden[318]. In die gleiche Kerbe schlägt der Umstand, dass die Örtliche Bauaufsicht lediglich den Auftraggeber vor Fehlern schützen soll, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, nicht aber deren Verantwortung mindern oder überhaupt von deren Verantwortung entlasten. Da grundsätzlich keine Vertragspflicht des Auftraggebers zur Bauüberwachung besteht, diese somit ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Auftragnehmer erfolgt[319], muss sich der Auftraggeber die Örtliche Bauaufsicht bei der Ausübung von Überwachungstätigkeiten nicht als Erfüllungsgehilfe gem § 1313a ABGB zurechnen lassen. Dies hat zur Folge, dass der bauausführende Auftragnehmer bei Verletzung einer mit der Bauüberwachung verbundenen Verpflichtung mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs kein seine Haftung minderndes Mitverschulden geltend machen kann.[320]

6.3.5.4 Abhängigkeit der Befugnisse von der Zustimmung des Auftraggebers

Will der Auftraggeber die Wirksamkeit der Befugnisse des Engineers von seiner Einwilligung abhängig machen, verweist ihn Sub-Clause 3.1 Abs 3 Satz 2 diesbezüglich auf die Particular Conditions. Dort soll eine Liste der einzelnen Vertragsbestimmungen, für die ein Einwilligungserfordernis des Auftraggebers gelten soll, erstellt werden und sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung aufgenommen werden. Denkbar sind hier etwa betragsmäßige Grenzen, nach denen eine Leistungsänderung ab einer bestimmten

---

[318] OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t. Dh, dass nach der Rsp bei den Überwachungspflichten der örtlichen Bauaufsicht der gleiche Sorgfaltsmaßstab wie an die Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers anzulegen ist.

[319] OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p; OGH 05.05.1998, 4 Ob 79/98s; OGH 16.06.1998, 4 Ob 156/98i; OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 14.04.1999, 9 Ob 33/99i; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 30.08.2006, 7 Ob 17/06k; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t; OGH 10.06.2009, 2 Ob 2/09x.

[320] OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 05.05.1998, 4 Ob 79/98s; OGH 16.06.1998, 4 Ob 156/98i; OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 21.06.2007, 2 Ob 82/06g.

Höhe der daraus resultierenden Mehrkosten oder eine Entscheidung gem Sub-Clause 3.5 ab einem bestimmten „Streitwert“ zustimmungsbedürftig sein soll.[321]

Diese Möglichkeit der „Entmachtung“ des Engineers stellt in der Praxis ein Problem mit größtem Streitpotenzial dar, da mit einer solchen Abhängigkeit der Engineers-Tätigkeit der Auftraggeber quasi in die anordnende oder entscheidende Rolle schlüpft. Der Engineer agiert damit nicht mehr „zwischen den Fronten“, sondern fungiert eher als weisungsgebundener Vertreter des Auftraggebers, wodurch auftragnehmerseitiges Misstrauen in die Handlungen des Engineers vorprogrammiert ist.

Über die in den Particular Conditions aufgenommenen hinausgehende Einschränkungen der Befugnisse des Engineers darf der Auftraggeber gem Sub-Clause 3.1 Abs 3 Satz 3 allerdings nicht vornehmen. Tut er dies dennoch, stellt dies eine Vertragsverletzung dar, die den Auftragnehmer zu Schadenersatzansprüchen berechtigen kann.[322]

Übt der Engineer seine Befugnisse ohne Zustimmung des Auftraggebers aus, stellt dies lediglich eine Verletzung seiner Vertragspflichten gegenüber dem Auftraggeber dar[323], hat aber für den Bauvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer keine Folgen, da die FIDIC-Standardbedingungen in Sub-Clause 3.1 Abs 4 die Vermutung enthalten, dass bei jeder Aufgabe, die der Engineer ausführt und für die die Genehmigung des Auftraggebers erforderlich ist, die dafür erforderliche Erlaubnis erteilt wurde (Genehmigungsvermutung, Genehmigungsfiktion). Diese Regelung dient dem Schutz des Auftragnehmers, der ja nicht wissen kann, welche Vereinbarungen zwischen dem Engineer und dem Auftraggeber bestehen.[324] Im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kommt es für die Wirksamkeit einer Anordnung bzw Erklärung des Engineers somit nicht auf das Zustimmungserfordernis an. Dem Auftraggeber ist es dadurch verwehrt, sich im Außenverhältnis zum Auftragnehmer auf einen Fehler im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Engineer zu berufen. Darüber hinaus wird vermieden, dass der Auftraggeber durch (unberechtigte) Verweigerung einer Mitwirkung oder Versagung der Zustimmung den Baufortschritt vereitelt, obwohl der Engineer eine Entscheidung getroffen hat. Vielmehr soll der Auftragnehmer auch gar nicht berechtigt sein, eine vom Engineer getroffene Anordnung, für die eine Einwilligung des Auftraggebers erforderlich ist, dahingehend in Frage zu stellen, ob diese auch tatsächlich vom Auftraggeber bewilligt wurde.[325]

---

321 *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 113; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 117.

322 *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 113.

323 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 82.

324 vgl *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 159.

325 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 82.

6.4 Vertretung und Auswechslung des Engineers

6.4.1 Vertretung des Engineers

Der Engineer hat die Möglichkeit, Aufgaben auf Assistenten zu übertragen. Sub-Clause 3.2 erlaubt dies allerdings lediglich „from time to time“, eine ständige Übertragung auf Dritte ist demnach nicht statthaft. Diese restriktive Handhabung lässt sich mit der besonderen Vertrauens- und Machtstellung des Engineer begründen und soll va dem Schutz des Auftragnehmers dienen.[326] IdR wird bei FIDIC-Bauvorhaben ein sog resident engineer, also ein ständig auf der Baustelle weilender Prüfingenieur, beauftragt.[327] Ferner ist die Beauftragung unabhängiger Inspektoren etwa für die Überprüfung von Anlagen vorgesehen, was insb dann sinnvoll sein kann, wenn eine entsprechende Sachkunde erforderlich ist. Soweit nichts anderes vereinbart ist, darf der Engineer jedoch seine Entscheidungskompetenz gem Sub-Clause 3.5[328] nicht übertragen.

Formelle Voraussetzung für die Übertragung von Befugnissen des Engineer ist eine schriftliche Anzeige an beide Vertragsparteien. Die Befugnis des beauftragten Assistenten, Anordnungen zu erteilen, besteht lediglich in dem durch den Engineer definierten Umfang; nur in diesem Umfang werden die Erklärungen und Handlungen des Assistenten dem Engineer zugerechnet.

6.4.2 Auswechslung des Engineers

Die Ersetzbarkeit des Engineers ist ein für den Auftragnehmer höchstsensibles Thema. Aufgrund der exponierten Stellung des Engineers hat der Auftragnehmer ein großes Interesse daran, dass die Position mit einer qualifizierten und va unabhängigen Person besetzt ist. Ließe man eine Ersetzung des Engineers während der Vertragsabwicklung unbegrenzt zu, liefe der Auftragnehmer Gefahr, dass der Auftraggeber zunächst – etwa zum Schein – eine geeignete Person bzw Institution als Engineer benennt und anschließend diese durch eine allein ihm angenehme Person ersetzt.

Dem Rechnung tragend, enthalten die FIDIC-Standardbedingungen in Sub-Clause 3.4 eine zwischen den Interessen des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers vermittelnde faire Lösung. Danach hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine beabsichtigte Auswechslung des Engineers wenigstens 42 Tage vor dem beabsichtigten Austauschtermin unter Nennung des Namens, der Adresse und Angaben zu Erfahrung und Qualifikation des vorgesehenen Ersatz-Engineers zu machen. Der Auftraggeber

---

[326] vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 118.

[327] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 118 f.

[328] s dazu unten 6.3.3.1.

muss einen solchen Wechsel nicht begründen[329], er darf den Engineer jedoch nicht durch eine Person ersetzen, gegen die der Auftragnehmer belegte und nachvollziehbare Vorbehalte geltend macht. Der Auftragnehmer sollte möglichst rasch angeben, ob er dem beabsichtigten Austausch des Engineer widersprechen wird, damit die 42-Tage-Frist bereits als Übergangsfrist genutzt werden kann[330], da ja in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden darf, dass bis zum Ablauf dieser Frist noch der alte Engineer tätig ist[331].

6.5 Haftung des Engineers

Die Haftung des Engineers ist in den FIDIC-Standardbedingungen – traditionsgemäß – nicht geregelt.

Im Verhältnis zum Auftraggeber bestimmt sich die Haftung des Engineers daher nach dem zwischen ihm und dem Auftraggeber geschlossenen Vertrag, wobei hier allerdings nicht vergessen werden darf, dass es sich dabei um einen vom Bauvertrag unabhängigen Vertrag handelt, der kollisionsrechtlich selbständig angeknüpft werden muss (primär durch Rechtswahl, mangels einer solchen nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Engineers (vgl Art 4 Abs 1 lit b VO Rom I)).[332]

Auch gegenüber dem Auftragnehmer sehen die FIDIC-Standardbedingungen keine Verantwortung des Engineers bei dessen fehlerhafter Tätigkeit vor. Bei einer solchen kann der Auftragnehmer grundsätzlich nur gegen den Auftraggeber vorgehen[333] und dadurch

- zu einer **Verlängerung der Bauzeit** und / oder zum Ersatz der ihm entstandenen **Mehrkosten** (evtl inkl eines angemessenen **Gewinn**s) berechtigt sein (ua bei nicht rechtzeitiger Übergabe bzw Anordnung einer in einer Anzeige an den Engineer erbetenen Zeichnung oder Anordnung innerhalb der darin mitgeteilten angemessenen Frist (vgl Sub-Clause 1.9));
- zu einer **Leistungsunterbrechung** oder **Reduzierung der Baugeschwindigkeit** berechtigt sein (wenn der Engineer eine Teilzahlungsbescheinigung (sog Interim Payment Certificate) nicht ausstellt und der Auftragnehmer den Auftraggeber wenigstens 21 Tage zuvor von diesem Umstand benachrichtigt (vgl Sub-Clause 16.1)); oder

---

329 *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 116.

330 *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 117.

331 ua für die Ausstellung von mindestens einem Interim Payment Certificate, usw.

332 s dazu schon oben 5.2.1.1.

333 vgl dazu die Entscheidung Pacific Associates Inc and Another v. Baxter and Other (1988) 44 BLR 33 zu FIDIC 1969.

- sogar zur **Kündigung des Bauvertrags** berechtigt sein (wenn der Engineer ein Interim Payment Certificate nicht innerhalb von 56 Tagen ausstellt und der Auftragnehmer eine 14-tägige Kündigungsfrist einhält (vgl Sub-Clause 16.2)).

Mallmann[334] vertritt für die deutsche Rechtslage eine Haftung des Engineers gegenüber dem Auftragnehmer aufgrund der Qualifikation seines mit dem Bauherrn geschlossenen Vertrages als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des Auftragnehmers).

Dem kann für die österreichische Rechtslage nicht gefolgt werden. Den Engineer können zwar aus seinem Vertrag mit dem Auftraggeber auch gegenüber dem Auftragunternehmer grundsätzlich Schutzpflichten treffen. Jedoch wird nach stRspr ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dann nicht angenommen, wenn der Dritte gegen einen der beiden Vertragspartner Ansprüche aus einem von ihm selbst geschlossenen Vertrag hat.[335] Da der Engineer als Vertreter des Auftraggebers fungiert[336], muss sich der Auftraggeber das fehlerhafte Verhalten des Engineers nach der Erfüllungsgehilfenhaftung gem § 1313a ABGB zurechnen lassen. Der Auftragnehmer (als Dritter) hat daher ohnehin die Möglichkeit, bei fehlerhafter Tätigkeit des Engineers einen (deckungsgleichen) vertraglichen Anspruch gegen den Auftraggeber geltend zu machen, wodurch aufgrund der Subsidiarität der Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter der Bedarf des Auftragnehmers entfällt, auch gegen den Engineer nach den Grundsätzen der Vertragshaftung Ersatz begehren zu können.[337] Auch die Rsp erkennt in der Beauftragung mit der Funktion der Örtlichen Bauaufsicht keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.[338]

6.6 Der Employer's Representative

Wie bereits erwähnt, kommt das Silver Book ohne die Funktion des Engineers aus und folgt damit der jüngeren Tendenz bei Verträgen für schlüsselfertige Projekte (turnkey contracts) zu rein zweiseitigen Vertragsverhältnissen.[339] Das Silver Book kennt lediglich den sog Employer's Representative, einen Vertreter des Auftraggebers, dessen Funktion idR von einem Angestellten des Auftraggebers bzw Mitarbeiter der entsprechenden

---

[334] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 109 f.

[335] vgl ua OGH 26.01.1999, 4 Ob 325/98t in RdW 1999, 468.

[336] Dies ist in den FIDIC-Standardbedingungen audrücklich geregelt, vgl Sub-Clause 3.1 Abs 5 lit a.

[337] Verträge zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Erfüllungsgehilfen sind nach der Rsp (idR) keine Verträge mit Schutzwirkung zugunsten der Vertragspartner des Geschäftsherrn. Vgl *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2007) § 1295 Rz 32e; vgl weiters SZ 51/176 = ÖJZ 1979/101; JBl 1980, 39; JBl 1990, 376; RdW 1999, 584.

[338] OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v: „Der Vertrag über die Bauaufsicht ist kein Vertrag zugunsten Dritter, der Schutzpflichten zugunsten der einzelnen Werkunternehmer in dem Sinn begründet, dass er ihre Haftung für eigenes Fehlverhalten mindert."

[339] vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 124.

Behörde wahrgenommen wird. Es sei aber vorweg genommen, dass der Auftraggeber im Silver Book, zur Benennung des Employer's Representative nicht verpflichtet ist.[340]

Auch eine etwaige Auswechslung des Employer's Representative ist ohne weiteres möglich und damit leichter als die Ersetzung des Engineers. Erforderlich ist lediglich eine entsprechende Anzeige an den Auftragnehmer zumindest 14 Tage vor Wirksamwerden des Austauschs.

Dem Employer's Representative kommen im Wesentlichen dieselben Aufgaben wie dem Engineer zu. Im Außenverhältnis wird der Employer's Representative, bis zu einer entsprechend gegenteiligen Mitteilung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, so behandelt, als sei er zur Vornahme aller dem Auftraggeber obliegenden Aufgaben und Erklärungen bevollmächtigt.[341] Daher ist er grundsätzlich auch dazu berechtigt, Anordnungen (im Silver Book in Sub-Clause 3.4 geregelt) gegenüber dem Auftragnehmer zu erlassen und „faire" Entscheidungen (gem Sub-Clause 3.5) zu treffen.

Ein wesentlicher Unterschied zur Tätigkeit des Engineers besteht allerdings darin, dass der Auftragnehmer im Silver Book eine Entscheidung oder Anordnung des Employer's Representative, mit deren Inhalt er nicht zufrieden ist, dem Auftraggeber zur Überprüfung antragen kann. Dieser soll dann die Maßnahme aufrechterhalten, zurücknehmen oder inhaltlich verändern. Dieses Überprüfungsverfahren zeigt deutlich, dass der Employer's Representative eine weniger einflussreiche Stellung innehat als der Engineer, dessen Entscheidung nicht der Kontrolle des Auftraggebers unterliegen.

Der Employer's Representative ist daher ein „echter" Vertreter des Auftraggebers, der weisungsgebunden ist und dessen Verhalten vom Auftraggeber gar substituiert werden kann.

---

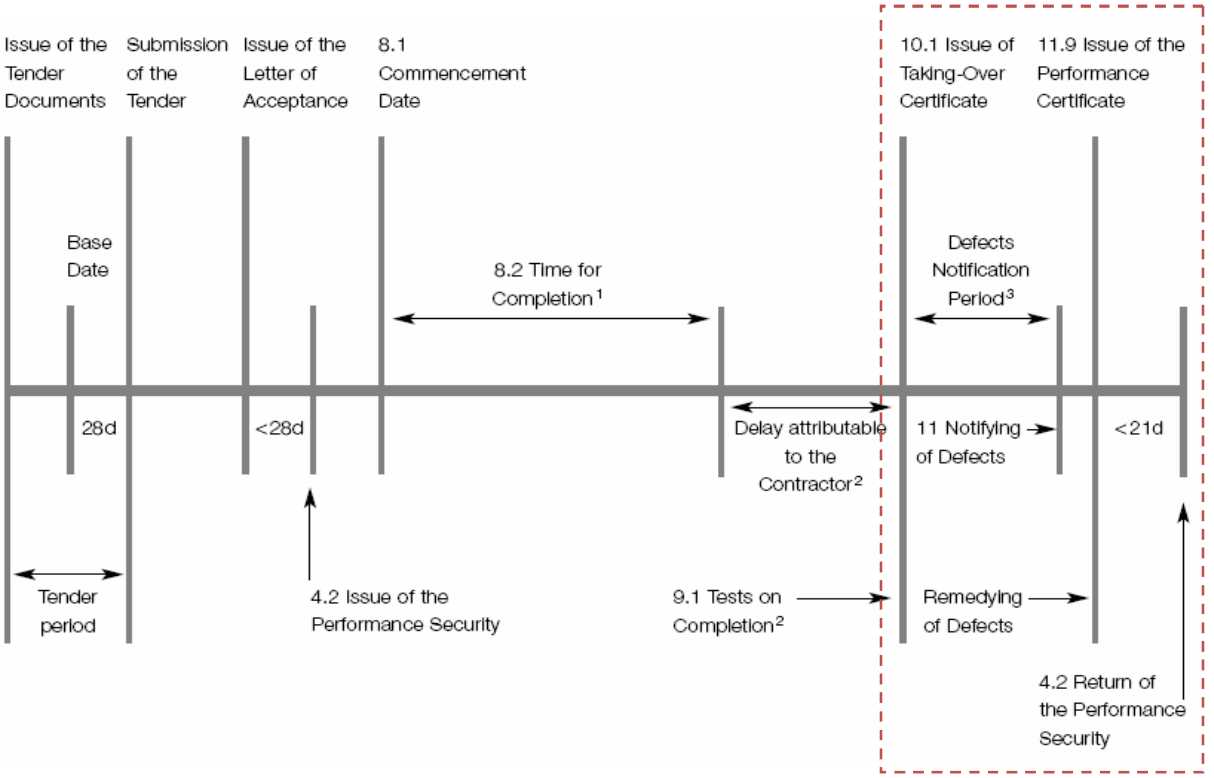
[340] vgl den Wortlaut der Sub-Clause 3.1 Abs 1 Satz 1: „The Employer **may** appoint an Employer's Representative to act on his behalf under the Contract." Anders im Red Book und im Yellow Book, in denen die Nichtbenennung des Engineers eine wesentliche Vertragsverletzung des Auftraggebers darstellt, die den Auftragnehmer gar zur Kündigung des Bauvertrags berechtigt (s bereits Fn 244).

[341] vgl Sub-Clause 3.1 Abs 2 Satz 2: „Unless and until the Employer notifies the Contractor otherwise, the Employer's Representative shall be deemed to have the full authority of the Employer under the Contract [...]."

7 DIE ÜBERNAHME

7.1 Überblick

Die Übernahme ist in den FIDIC-Standardbedingungen in den Clauses 9 („Tests on Completion“), 10 („Employer’s Taking over“) und 11 („Defects Liability“), in der ÖNORM B 2110 in Pkt 10 geregelt.



Der Bauablauf in den FIDIC-Standardbedingungen mit Markierung des Übernahmezeitraums

Die FIDIC-Standardbedingungen regeln das Verfahren der Übernahme und ihre Bescheinigung sehr eingehend und sehen folgendes zu durchlaufendes Übernahmeprozedere vor: Nach Fertigstellung der Arbeiten und erfolgreich durchgeführten **Tests on Completion** (Fertigstellungstests, s 7.2) kann der Auftragnehmer die Übernahme verlangen. Die Fertigstellung und Übernahme der Baumaßnahmen wird mit dem **Taking-Over Certificate** (Übernahmebescheinigung, s 7.3) bestätigt, mit dessen Ausstellung die **Defects Notification Period** (Mängelanzeigefrist, s 7.4) zu laufen beginnt. Das Yellow Book und das Silver Book sehen darüber hinaus auch noch nach der Übernahme stattfindende Untersuchungen vor (sog **Tests after Completion**, s 7.5). Nach Ablauf der Defects Notification Period kann

die Ausstellung des **Performance Certificate** (Erfüllungsbescheinigung, s 7.6) begehrt werden, mit der die Erfüllung des Vertrages bestätigt wird.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in den FIDIC-Standardbedingungen nicht schon die Ausstellung des Taking-Over Certificate, sondern erst die Ausstellung des Performance Certificate die vollständige Erfüllung der Vertragspflichten des Auftragnehmers bescheinigt.[342] Es zeigt sich somit, dass die nach österreichischem Verständnis an die Übernahme geknüpften Rechtsfolgen in den FIDIC-Standardbedingungen nicht nur in einem bestimmten Zeitpunkt, dem Zeitpunkt der Übernahme (Taking over) durch den Auftraggeber, sondern vielmehr im „Zeitraum" des Übernahmevorgangs zeitlich gestreckt eintreten. Dieses Verständnis der Übernahme als Zeitraum, und nicht als Zeitpunkt, ist für einen österreichischen Juristen sicherlich einer der gewöhnungsbedürftigsten Unterschiede der FIDIC-Standardbedingungen im Vergleich mit den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

7.2 Die Tests on Completion

Nach Beendigung und vor Übernahme der Arbeiten durch den Auftraggeber hat der Auftragnehmer die vertraglich vorgesehenen Fertigstellungstests (Abschlusstests, sog Tests on Completion) durchzuführen. Durch deren Bestehen erbringt der Auftragnehmer den Nachweis dafür, dass er seine geschuldeten Leistungen vertragsgemäß ausgeführt hat und erreicht die **technische Abnahme** seiner gesamten Leistung bzw einzelner Leistungsteile. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die technische Abnahme **noch keine rechtsgeschäftliche Übernahme** darstellt. Eine solche erreicht der Auftragnehmer erst mit Ausstellung des Taking-Over Certificate (s dazu unten 7.3). In der ÖNORM B 2110 findet sich kein Pendant zu den Tests on Completion der FIDIC-Standardbedingungen, etwaige Fertigstellungstests müssen zwischen den Vertragsparteien vielmehr explizit vereinbart werden.

Für die Tests on Completion sehen die FIDIC-Standardbedingungen (im Red Book, im Yellow Book als auch im Silver Book) ein spezielles Verfahren vor, welches in Clause 9 geregelt ist.

Streng genommen zählen die Tests on Completion grundsätzlich aber gar nicht zum Vorgang der Übernahme, sondern gehören eigentlich noch zur Baufertigstellungszeit (vgl Sub-Clause 8.2[343]). Da aber der Nachweis der vertragsgemäßen Ausführung zweifellos

---

[342] s dazu ausführlich unten 7.6.1.

[343] Sub-Clause 8.2: „The Contractor shall complete the whole of the Works, and each Section (if any), within the **Time for Completion** for the Works or Section […], **including**: […] **achieving the passing of the Tests on Completion** […]."

einen bedeutenden Bestandteil des Übernahmeprozederes darstellt, werden die Tests on Completion in dieser Dissertation im Kapitel der Übernahme behandelt.

Wie erwähnt, hat auch das 1999er-Red Book – im Unterschied zum 1987er-Red Book und den ICE-Bedingungen – das System der Fertigstellungstests übernommen. Allerdings ist die Regelung knapper und weniger strikt als im Yellow Book und im Silver Book. Die Erklärung dafür liegt auf der Hand: Während das Red Book auf („einfache") Ingenieurbauarbeiten angewendet wird, stehen beim Yellow Book und beim Silver Book die Errichtung komplexer elektromechanischer Anlagen im Vordergrund. Für deren Vertragsgemäßheit muss für die Übernahme neben der baulichen Fertigstellung auch die Funktionsfähigkeit elektromechanischer Abläufe erreicht und teilweise auch bestimmte Leistungsparameter, wie zB bestimmte Produktionsmengen, erfüllt werden.

7.2.1 Ablauf der Tests on Completion

Vor Beginn der Tests on Completion hat der Auftragnehmer dem Engineer die vertraglich geschuldeten Revisionspläne (sog „as-built"-Pläne), Handbücher und Bedienungsanleitungen vorzulegen (vgl Sub-Clause 9.1 Abs 1 iVm Sub-Clause 4.1 bzw 5.6, 5.7).

Der Auftragnehmer hat den Engineer mindestens 21 Tage im Voraus von jenem Termin in Kenntnis zu setzen, an dem er zur Durchführung der Tests on Completion in der Lage sein wird. Dieser Zeitraum soll dem Engineer bzw Auftraggeber die Möglichkeit geben, notwendige Vorbereitungen – insb in Bereichen des Werks, die bereits vom Auftraggeber übernommen wurden – zu treffen oder die Teilnahme von eventuell benötigten Spezialisten oder Fachleuten für umfangreiche oder komplizierte Fertigstellungstests arrangieren zu können.[344] Die Tests on Completion werden sodann innerhalb eines Zeitraumes von 14 Tagen nach dem vom Auftragnehmer mitgeteilten Termin an einem vom Engineer festzulegenden Tag (bzw Tagen) durchgeführt.

Sobald das Werk oder Teile davon die Tests on Completion erfolgreich durchlaufen haben, übermittelt der Auftragnehmer dem Engineer einen Bericht über die erzielten Ergebnisse dieser Tests.

Im Yellow Book und im Silver Book ist das einzuhaltende Testprozedere genau vorgeschrieben: Zunächst sollen noch vor der Inbetriebnahme die erforderlichen Untersuchungen durchgeführt werden. Dabei wird die Funktionsfähigkeit durch („trockene" bzw „kalte") Testdurchläufe geprüft und insb sichergestellt, dass jeder Teil der Anlage die nachfolgende Inbetriebnahme besteht. Diese soll dann in eine Überprüfung des Verfahrensablaufes münden, in der überprüft wird, ob die Anlage in allen denkbaren Betriebsarten unter den üblichen Bedingungen sicher und wie vertraglich festgelegt

[344] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 191.

betrieben werden kann. Im letzten Schritt, dem Probebetrieb, soll die Leistungsfähigkeit der Anlage (zB die Produktionsmenge) überprüft werden. Sub-Clause 9.1 Abs 5 stellt diesbezüglich klar, dass die Durchführung des Probebetriebs nicht bereits als (formlose) Übernahme gewertet werden kann. Diese Bestimmung entspricht den diesbezüglichen österreichischen Regelungen, da es in der ÖNORM B 2110 und dem ABGB für eine formlose Übernahme Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber erklärt, die Erfüllung des Vertrages zur Kenntnis zu nehmen, was der Auftraggeber aber mit der Ausführung eines Probebetriebs gerade nicht erreichen will.[345]

Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Tests on Completion lediglich einen Teil jener Kriterien darstellen, die vor Übernahme erfüllt werden müssen (vgl Sub-Clauses 8.2 und 10.1); die Tests müssen daher nicht jede einzelne Voraussetzung der vertragsgemäßen Fertigstellung des Werkes überprüfen.[346]

Es wird in den FIDIC-Standardbedingungen allerdings nicht festgelegt, ob die Tests on Completion bereits dann ausgeführt werden können, sobald der zu prüfende Bauteil fertiggestellt wurde, oder ob sämtliche Tests aller zu prüfenden Bauteile unmittelbar vor Ausstellung des Taking-Over Certificate durchgeführt werden müssen. In der Praxis wird dies von den Umständen des Einzelfalls abhängen, diesbezügliche Voraussetzungen bzw Anforderungen sollten aber jedenfalls in die technische Beschreibung (Specification) aufgenommen werden.[347]

7.2.2 Verzögerung der Tests on Completion

7.2.2.1 Verzögerung durch den Auftraggeber

Für den Fall der pflichtwidrigen Verzögerung der Tests on Completion durch den Auftraggeber, zB wenn der Engineer bzw der Auftraggeber innerhalb der 14-Tagesfrist kein Datum für die Durchführung der Tests anordnet, kommt Sub-Clause 9.2 Abs 1 zur Anwendung. Diese verweist den Auftragnehmer auf die Vorschriften der Sub-Clause 7.4 Abs 5 und/oder der Sub-Clause 10.3. Bereits durch Sub-Clause 7.4 Abs 5 erhält der Auftragnehmer einen grundsätzlichen Anspruch auf Bauzeitverlängerung, Mehrkosten und angemessenen Gewinn. Dauert die Behinderung durch den Auftraggeber länger als 14 Tage, sieht Sub-Clause 10.3 Abs 1 vor, dass das Werk bzw die Section mit jenem Tag als vom Auftraggeber übernommen gilt, an dem die Tests sonst durchgeführt worden wären (**fingiertes Taking-over**, s dazu unten 7.3.2.3).

---

[345] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1780 mwN; *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2007) § 1168a Rz 10; OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95.

[346] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 184.

[347] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 191.

7.2.2.2 Verzögerung durch den Auftragnehmer

Werden die Tests on Completion hingegen durch den Auftragnehmer pflichtwidrig verzögert, kann der Engineer gem Sub-Clause 9.2 Abs 2 und 3 den Auftragnehmer zur Durchfühung innerhalb von 21 Tagen auffordern. Sollte es der Auftragnehmer auch innerhalb dieses Zeitraums verabsäumen, die Tests on Completion durchzuführen, kann der Auftraggeber diese auf Kosten und Gefahr des Auftragnehmers durchführen. Die so durchlaufenen Tests on Completion gelten als in Anwesenheit des Auftragnehmers ausgeführt und die ermittelten Ergebnisse sind von diesem als ordnungsgemäß zu akzeptieren.

7.2.3 Nichtbestehen der Tests on Completion

Wenn ein Test fehlschlägt, dh das überprüfte Bau- bzw Anlagenteil erfüllt die vertraglichen Anforderungen nicht, kann der Engineer (bzw der Auftraggeber) dieses – unter Angabe von Gründen – zurückweisen. Sowohl der Engineer als auch der Auftragnehmer können dann die Wiederholung der fehlgeschlagenen Tests unter den gleichen Bedingungen verlangen (Sub-Clauses 9.3 iVm 7.5).
Schlägt ein Test auch im Wiederholungsfall fehl, so hat der Engineer gem Sub-Clause 9.4 Abs 1 eine Reihe von Rechtsbehelfen. Er kann

- (beliebig oft) eine erneute Wiederholung der Tests on Completion anordnen (lit a);
- das gesamte Werk (bzw die Section) endgültig zurückweisen; dies allerdings nur dann, wenn der für das Nichtbestehen der Tests on Completion ursächliche Fehler dem Auftraggeber den Nutzen des Werks (bzw Section) vollständig entzieht.[348] In diesem Fall hat der Auftraggeber dieselben Rechtsbehelfe wie bei Säumnis des Auftragnehmers mit einem Verbesserungsbegehren (Sub-Clause 11.4 Abs 2 lit c, s dazu unten 7.4.4) (lit b); oder
- ein Taking-Over Certificate ausstellen, wenn ihn der Auftraggeber darum ersucht. In diesem Fall hat der Engineer den Vertragspreis um den Betrag zu mindern, der angemessen ist, um den für den Auftraggeber geringeren Wert der Arbeiten auszugleichen. Der Auftraggeber hat, soweit keine anderweitigen vertraglichen Vereinbarungen greifen, ein Wahlrecht, ob er sich mit dem Auftragnehmer auf eine Minderungsquote einigen will, wobei die entsprechende Summe vor Ausstellung des Taking-Over Certificate bezahlt werden muss, oder ob der Engineer die Minderung gem Sub-Clause 3.5 bestimmen soll (lit c).

---

[348] Dieser, im Ergebnis einer Wandlung gleichkommende Rechtsbehelf kann für den Auftragnehmer desaströse Folgen haben. In der Praxis wird daher häufig vereinbart, dass bei einer Abstandnahme vom Vertrag seitens des Auftraggebers dieser wenigstens die bis dahin angefallenen Kosten des Auftragnehmers zu tragen hat, wobei davon etwaige Mehrkosten für die Fertigstellung des Werkes durch andere Werkunternehmer abzuziehen sind, vgl *Kennedy*, ICLR 2000, 504 (521).

7.3 Das Taking Over durch den Auftraggeber

Die Voraussetzungen für die Übernahmepflicht des Auftraggebers sind in den drei großen Klauselwerken der FIDIC grundsätzlich gleich formuliert. Nach Sub-Clause 10.1 hat der Auftraggeber die Arbeiten (bzw die Arbeitsabschnitte (Sections)) zu übernehmen, wenn

- der Auftragnehmer die Baumaßnahmen vertragsgemäß innerhalb der vereinbarten Bauzeit fertig gestellt hat (s 7.3.1) und
- eine Übernahmebescheinigung (das sog Taking-Over Certificate) für die Arbeiten (bzw Section) ausgestellt wurde oder eine solche als ausgestellt gilt (s 7.3.2).

In den FIDIC-Standardbedingungen stellt die Übernahme somit eine Vertrags**pflicht** des Auftraggebers dar[349], und nicht – wie nach allgemeiner österreichischer Rechtslage – eine bloße Obliegenheit.[350] Auch bei der in der ÖNORM B 2110 ua vorgesehenen förmlichen Übernahme ist der Auftraggeber zur Übernahme verpflichtet und kann gegebenenfalls vom Auftragnehmer darauf geklagt werden. Dies ist insb von Bedeutung, als gem Pkt 10.5 die Übernahme im Vergleich zur allgemeinen Rechtslage nur eingeschränkt verweigert werden darf.[351]

7.3.1 Die vertragsgemäße Fertigstellung der Bauarbeiten

Die vertragsgemäße Fertigstellung der Bauarbeiten ist in den **FIDIC-Standardbedingungen** nicht näher definiert. Aus der – umständlichen – Formulierung der Sub-Clause 10.1 Abs 1 und deren Verweis auf Sub-Clause 8.2 ergibt sich jedoch, dass das Werk (bzw Teile davon) dann vom Auftraggeber übernommen werden muss, wenn

- der Auftragnehmer sämtliche Arbeiten **innerhalb der vertraglich vereinbarten Baufertigstellungszeit**[352]
- so **fertiggestellt** hat, dass diese vom Auftraggeber übernommen werden können, und
- das Werk die **Tests on Completion erfolgreich durchlaufen** hat.

Noch auszuführende Arbeiten geringeren Gewichts sowie geringfügige Mängel stehen der Übernahme nicht entgegen, wenn sie den bezweckten Gebrauch des Werks nicht

---

[349] vgl Sub-Clause 10.1 Abs 1: „[…] the Works **shall** be taken over by the Employer […]."

[350] st Rsp seit OGH 01.02.1972, 5 Ob 9/72 in SZ 45/11 = JBl 1973, 309.

[351] s dazu gleich unten 7.3.1.

[352] Die Baufertigstellungszeit („Time for Completion") wird in den Sub-Clauses 1.1.3.3 iVm 8.2 als jene im Appendix to tender festgelegte Zeit definiert, die zur Fertigstellung sämtlicher vertraglich festgelegter Bauarbeiten einschließlich dem Bestehen der Fertigstellungstests und allen Bauzeitverlängerungen gem Sub-Clause 8.4 (Extension of Time for Completion, kurz EOT) zur Verfügung steht und ab dem Tag des Baubeginns (Commencement Date) berechnet wird.

wesentlich beeinträchtigen (vgl Sub-Clause 10.1 Abs 3 lit a).[353] Die **FIDIC-Standardbedingungen** haben sich damit hinsichtlich des Fertigstellungsgrades für eine vermittelnde Lösung entschieden. Bei der Übernahme besteht stets ein Interessenkonflikt zwischen den Vertragsparteien: der Auftraggeber will idR die Übernahme nicht erklären, bevor er eine funktionierende Anlage erhält, der Auftragnehmer ist daran interssiert, dass die – für ihn günstige – Übernahme nicht allein wegen kleinerer Mängel verzögert wird. Die vermittelnde Lösung der Sub-Clause 10.1 verlangt daher eine grundsätzlich vollständige Erstellung des Werkes, erlaubt jedoch eine **Ausnahme für geringfügige noch zu erbringende Arbeiten oder zu beseitigende Mängel**.

Die der Sub-Clause 10.1 entsprechende Vorschrift der **ÖNORM B 2110** – Pkt 10.5.1 – enthält eine ähnlich vermittelnde Lösung wie die FIDIC-Standardbedingungen und sieht vor, dass der Auftraggeber die Übernahme nur dann verweigern kann, **wenn die Leistung Mängel aufweist, welche den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen**, oder wenn die die Leistung betreffenden Unterlagen, deren Übergabe zu diesem Zeitpunkt nach dem Vertrag zu erfolgen hat (zB Bedienungs- und Prüfungsanleitungen, Pläne, Zeichnungen), dem Auftraggeber nicht übergeben wurden.

Wann eine Leistung so mangelhaft ist, dass deren Gebrauch nach der Diktion der FIDIC-Standardbedingungen oder der ÖNORM B 2110 wesentlich beeinträchtigt ist, ist eine Frage des Einzelfalls. In den FIDIC-Standardbedingungen obliegt diese Beurteilung dem Engineer.[354] Das Wort „wesentlich“ soll aber jedenfalls zum Ausdruck bringen, dass nicht bereits jede Beeinträchtigung den Auftraggeber berechtigt, die Übernahme zu verweigern. Sub-Clause 10.1 und Pkt 10.5.1 sehen daher eine „Bagatellgrenze“ vor.

In der ÖNORM B 2110 sind bei der Prüfung, ob ein den Gebrauch wesentlich beeinträchtigender Mangel vorliegt, die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei der Prüfung, ob ein zur Wandlung berechtigender, nicht geringfügiger Mangel iSd § 932 Abs 4 ABGB vorliegt.[355] Ein geringfügiger Mangel liegt dann vor, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre.[356] Diesbezüglich ist eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen[357], bei der die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Aufhebung des Vertrags im Hinblick

---

353 vgl den Wortlaut der Sub-Clause 10.1: „[…] any minor outstanding work and defects which will not substantially affect the use of the Works or Section for their intended purpose […]“.

354 *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 196.

355 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1792.

356 *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 70.

357 OGH 24.05.2005, 1 Ob 14/05y in SZ 2005/82.

auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien, aber auch die Schwere des Mangels zu berücksichtigen ist.[358]

Für den Auftraggeber wesentlich freundlicher stellen sich hingegen die Bestimmungen zur Übernahme nach der allgemeinen österreichischen Rechtslage dar. Gem § 1413 **ABGB** hat der Auftraggeber das angebotene Werk nicht zu übernehmen, wenn dieses in Quantität oder Qualität nicht dem Vertrag entspricht. Der Auftraggeber hat vielmehr das Recht, die ungehörige Leistung zurückzuweisen, weiterhin auf gehörige Erfüllung zu bestehen und aufgrund des Zug-um-Zug-Prinzips auch seine eigene Leistung zurückzubehalten. Der Auftragnehmer befindet sich daher bis zur Übernahme durch den Auftraggeber in Verzug. **Nur bei den ganz geringfügigen Mängeln besteht als Ausfluss des in § 932 Abs 2 ABGB geregelten Schikaneverbotes eine Obliegenheit zur Übernahme der Leistung**.

7.3.2 Die Ausstellung des Taking-Over Certificate

Die Ausstellung des Taking-Over Certificate (bzw dessen Fiktion) bewirkt die Übernahme des Werks durch den Auftraggeber und den Eintritt der damit verbundenen Rechtsfolgen. Sub-Clause 10.1 regelt somit letztlich nur das förmliche Verfahren zur Erteilung des Taking-Over Certificate. Die eigentliche „Übernahme" erfolgt nämlich bereits in den Tests on Completion, allerdings ohne eine Rechtsfolge, solange das förmliche Taking-Over nicht verlangt und erteilt wird.[359] Die Ausstellung dieses Taking-Over Certificate erreicht der Auftragnehmer durch

- **förmliche Beantragung** seiner Ausstellung (s 7.3.2.2);
- dessen **fingierte Ausstellung** als Folge einer pflichtwidrigen Verzögerung bei der Ausstellung des Taking-Over Certificate durch den Engineer oder durch pflichtwidrige Verzögerung der Tests on Completion durch den Auftraggeber (s 7.3.2.3); oder
- dessen Ausstellung durch den Engineer als Folge der **Übernahme von Teilen der Leistung** durch den Auftraggeber (s 7.3.2.4); oder durch
- Beantragung seiner Ausstellung nach **Ingebrauchnahme von Teilen der Leistung** durch den Auftraggeber (s 7.3.2.5).

Diese Möglichkeiten zur Erlangung des Taking-Over Certificate entsprechen im Wesentlichen den in der ÖNORM B 2110 vorgesehenen Übernahmeformen: Diese kennt

---

[358] OGH 21.07.2005, 8 Ob 63/05f. Die Judikatur des OGH besagt dazu, dass „ein Haus, in dem eine Leiter statt einer Kellerstiege in den Keller führt und das weder eine Haustüre noch eine Klosettüre aufweist, nicht bezugsfertig" ist (vgl OGH 17.10.1967, 3 Ob 99/67 in MietSlg 19158), andererseits „eine Wohnung jedenfalls nicht erst nach Behebung sämtlicher, auch unwesentlicher Mängel bezugsfertig ist, sondern bereits dann, wenn sie ohne wesentliche Behinderung bewohnbar ist" (vgl OGH 10.07.1997, 8 Ob 177/97f).

[359] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006), 88.

eine förmliche Übernahme (in Pkt 10.2), eine fiktive Übernahme (in Pkt 10.2.2) und eine formlose Übernahme (in Pkt 10.3).
Dem ABGB ist das Prinzip einer förmlichen und einer (damit einhergehenden) fiktiven Übernahme fremd, es kennt lediglich die Möglichkeit einer formlosen Übernahme.
Um später eine unnötig große Anzahl von Querverweisen vermeiden zu können, werden im folgenden Exkurs zunächst die in der ÖNORM B 2110 vorgesehenen Übernahmen überblicksartig dargestellt und erörtert. Die bei der Übernahme zwischen der ÖNORM B 2110 und den FIDIC-Standardbedingungen bestehenden Unterschiede können dann direkt bei der Erörterung der Übernahmevorschriften der FIDIC-Standardbedingungen aufgezeigt und analysiert werden.

7.3.2.1 Exkurs: Die Übernahmeformen der ÖNORM B 2110

7.3.2.1.1 Die förmliche Übernahme

Eine Definition einer förmlichen Übernahme findet sich in der ÖNORM B 2110 zwar nicht, jedoch kann festgehalten werden, dass sie sich von der formlosen Übernahme insb durch die förmliche (schriftliche) Niederschrift, in der der Auftraggeber die Übernahme zu erklären hat, unterscheidet.
Gem Pkt 10.1.2 hat eine förmliche Übernahme dann zu erfolgen, wenn eine solche im Vertrag vorgesehen ist oder nach Art und Umfang der Leistung üblich ist. Ist dies der Fall, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Fertigstellung der Leistung ehestens – dh ohne unnötigen Aufschub[360] – schriftlich mitzuteilen und ihn zur Übernahme aufzufordern.[361]
Der Auftraggeber hat sodann das Werk nach Erhalt der Aufforderung binnen einer Frist von 30 Tagen zu übernehmen. Die Terminbestimmung zur förmlichen Übernahme kann dabei entweder auf die Weise erfolgen, dass die Parteien den Übernahmetermin vereinbaren oder der Auftraggeber den Übernahmetermin bestimmt; der Auftragnehmer ist hingegen nicht dazu berechtigt, von sich aus das Datum der Übernahme festzusetzen.[362]

---

[360] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1755.

[361] Ob die Fertigstellungsmitteilung schriftlich erfolgt oder nicht, ist aber lediglich für eine allfällige Beweisführung von Bedeutung. Der Auftragnehmer trägt daher nur das Risiko, dass ihm der Beweis der mündlich vorgenommenen Fertigstellungsmitteilung misslingt, ohne dass aber die Gültigkeit der an sich formgebundenen Handlung davon berührt wird. Beim Schriftlichkeitserfordernis für die Fertigstellungsmitteilung handelt es sich daher lediglich um eine Ordnungsvorschrift. Vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 10/10; *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1756 mwN. Hier zeigt sich das von der ÖNORM B 2110 verfolgte Ziel als Handbuch für die Baupraxis zu fungieren, s dazu bereits oben 1.2.1.

[362] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1758.

Ob die Leistung schon zum Zeitpunkt der Fertigstellungsmitteilung übernahmereif fertig sein muss, ist in der ÖNORM B 2110 nicht ausdrücklich geregelt. Die faktische vertragsgemäße Fertigstellung der Leistung wird aber wohl Voraussetzung für die Fertigstellungsmitteilung sein, denn schließlich muss der Auftraggeber die vorgesehene Maximalfrist von 30 Tagen, innerhalb der er die Leistung zu übernehmen hat, ja nicht ausnützen. Es ist durchaus denkbar, dass er bereits unmittelbar nach Erhalt der Fertigstellungsmitteilung die Leistung übernehmen will, was eine vertragsgemäße Fertigstellung voraussetzt.[363]

Die förmliche Übernahme endet mit einer Niederschrift, in der der Auftraggeber die Übernahme des Werks zu erklären hat (vgl Pkt 10.2.3). Ferner sind darin gerügte, jedenfalls aber auffällige Mängel an der erbrachten Leistung und die Fristsetzung für ihre Behebung, die Einhaltung oder Überschreitung vertraglich vereinbarter Leistungsfristen sowie die Feststellung von Vertragsstrafen aufzunehmen. Die Niederschrift ist von beiden Vertragspartnern zu unterfertigen.[364]

7.3.2.1.2 Die fiktive Übernahme

Übernimmt der Auftraggeber bei einer förmlichen Übernahme das Werk ohne Angabe von Gründen nicht innerhalb der Frist von 30 Tagen nach Erhalt der Fertigstellungsmitteilung, gilt die Übernahme gem Pkt 10.2.2 mit Fristablauf als erfolgt. In diesem Fall treten die Rechtsfolgen der Übernahme trotz fehlendem „formellen" Übernahmevorgang und unabhängig vom Willen des Auftraggebers ein, weshalb die fiktive Übernahme nicht mit der formlosen Übernahme verwechselt werden darf.

Will der Auftraggeber die fiktive Übernahme verhindern, muss er die Übernahme der Leistung verweigern und dies dem Auftragnehmer unverzüglich unter Angabe der Gründe schriftlich mitteilen (Pkt 10.5.2 Satz 1).[365] Wenn der Auftraggeber die Übernahme zwar verweigert, aber eine Begründung unterlässt, warum er die Leistung innerhalb von 30 Tagen nicht übernommen hat, gilt die Übernahme dennoch als erfolgt.[366] Die Fiktion der

---

[363] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1754.

[364] Das Erfordernis der Schriftlichkeit ist im Falle der Übernahme-Niederschrift nicht bloße Ordnungsvorschrift. Es handelt sich nämlich um eine Dokumentation, an der der Auftragnehmer ein veritables Interesse hat, da die Niederschrift im Streitfall ein wichtiges Beweismittel sein kann. Verweigert eine Partei die Anfertigung einer Niederschrift, so kann sie von der anderen Partei darauf geklagt werden. Vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 10/18.

[365] Ob der Auftraggeber die Verweigerung der Übernahme schriftlich oder anders mitteilt, ist rechtlich unerheblich. Von Bedeutung kann die Form allerdings für eine allfällige Beweiswürdigung sein. Vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 10/55.

[366] Eine solche grundlose Nicht-Übernahme des Werks liegt ua dann vor, wenn der Auftraggeber gar keinen Versuch einer Übernahme macht, der Auftraggeber zwar zu einem Übernahmetermin erscheint, die Verweigerung der Übernahme aber nicht begründet, oder der Auftraggeber bei einem Übernahmetermin zwar Gründe dafür anführt, weshalb er die Übernahme verweigert, diese Gründe aber unzutreffend sind. Vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 10/12.

Übernahme soll bei Nichtausführung von Gründen selbst dann eintreten, wenn Mängel vorliegen, die den Auftraggeber (gem Pkt 10.5.1) zur Verweigerung der Übernahme berechtigen würden.[367]

Hat der Auftraggeber die Übernahme allerdings berechtigterweise verweigert, so hat der Auftragnehmer seine Leistung nicht erbracht und befindet sich demzufolge in (Schuldner)Verzug. Erst nach Behebung der zu Recht gerügten Mängel kann der Auftragnehmer den Auftraggeber gem Pkt 10.5.2 Satz 2 erneut schriftlich zur Übernahme auffordern.

7.3.2.1.3 Die formlose Übernahme

Hat keine förmliche Übernahme zu erfolgen, gilt das Werk gem Pkt 10.3.1 als übergeben, wenn es der Auftraggeber in seine Verfügungsmacht (Einfluss- und Dispositionssphäre) übernommen hat. Diese Definiton bzw Umschreibung der formlosen Übernahme der ÖNORM B 2110 greift allerdings zu kurz. Vielmehr setzt die (formlose) Übernahme im Bauwerkvertragsrecht eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Auftragnehmers, dass die Leistung fertiggestellt ist, die Hinnahme des fertiggestellten Bauwerks durch den Auftraggeber in seine Verfügungsmacht sowie die Anerkennung des Werks als dem Vertrag entsprechende Erfüllung voraus.[368]

Hinsichtlich der Übernahme der fertig gestellten Bauwerksleistung in die Verfügungsmacht des Auftraggebers ist bei Werkleistungen, die eine körperliche Übergabe zulassen, diese maßgebend. Ist eine körperliche Übergabe nicht möglich – was bei Bauwerken wohl regelmäßig der Fall sein wird – müssen andere Umstände vorliegen, aus denen nach der Übung des redlichen Verkehrs abzuleiten ist, dass der Auftraggeber das Werk in seine Verfügungsgewalt übernommen hat. Hierfür reicht die Fertigstellung des Werkes idR nicht aus, vielmehr muss zu dieser noch hinzutreten, dass der Auftraggeber die Erfüllung des Werkvertrages ausdrücklich oder schlüssig zur Kenntnis nimmt.[369] Diese Erklärung des Auftraggebers, die Leistung des Auftragnehmers als Erfüllung des Vertrages zur Kenntnis zu nehmen, kann sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erfolgen. Die Übernahme durch schlüssiges Verhalten setzt ein Verhalten des Auftraggebers voraus, aus dem – für den Auftragnehmer erkennbar – objektiv auf die

---

[367] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1760, der *Wilhelm*, ecolex 2008, 610 (612) zitiert, welcher jedoch lediglich von „nicht ganz geringfügigen, nicht substantiierten Mängeln“ spricht.

[368] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1780 mwN; *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2007) § 1168a Rz 10; OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95.

[369] OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a.

Billigung der Leistung als vertragsgemäße Erfüllung geschlossen werden kann. Als solche schlüssige Kenntnisnahme der Erfüllung des Werkvertrags können angesehen werden[370],

- wenn der Auftraggeber das vereinbarte Entgelt vorbehaltlos bezahlt;
- wenn der Auftraggeber die Bezahlung des Entgelts zusagt;
- wenn der Auftraggeber das Werk bestimmungsgemäß benützt – dies allerdings dann nicht, wenn der Auftraggeber zur Benützung gezwungen ist, da er beispielsweise bereits aus seinem alten Objekt ausziehen musste;
- wenn der Auftraggeber das Werk für ein anderes darauf aufbauendes Werk verwendet oder verwenden lässt; oder
- wenn der Auftraggeber das Werk besichtigt, ohne innerhalb angemessener Frist einen Einwand zu erheben.

7.3.2.2 Die förmliche Ausstellung des Taking-Over Certificate

Das System der förmlichen Übernahme – dh schriftliche Beantragung der Übernahme durch den Auftragnehmer und schriftliche Bestätigung der Übernahme durch den Auftraggeber – findet sich auch in den FIDIC-Standardbedingungen. Im Unterschied zur ÖNORM B 2110, wo eine förmliche Übernahme nur dann durchzuführen ist, wenn eine solche vertraglich vereinbart wurde oder nach Art und Umfang üblich ist, stellt in den FIDIC-Standardbedingungen eine solche **förmliche Übernahme** den **Regelfall** dar.

Sub-Clause 10.1 Abs 2 Satz 1 sieht vor, dass der Auftragnehmer frühestens 14 Tage, bevor die Arbeiten seiner Meinung nach fertig gestellt und übernahmebereit sein werden, beim Engineer um Ausstellung des Taking-Over Certificate ansuchen kann. Auch hier zeigt sich ein wichtiger Unterschied gegenüber der ÖNORM B 2110. Während in der ÖNORM B 2110 die Leistung des Auftragnehmers im Zeitpunkt der Fertigstellungsmitteilung bereits übernahmereif sein muss, muss diese in den FIDIC-Standardbedingungen erst 14 Tage nach der Mitteilung des Auftragnehmers fertig sein. Der Auftragnehmer kann – und sollte dies auch in seinem eigenen Interesse – bereits 14 Tage **vor** dem geschätzten Fertigstellungstermin die Übernahme beantragen.[371]

Insoweit das geschuldete Werk vertraglich (mittels Festlegung im Appendix to Tender) in Sections unterteilt wurde, kann der Auftragnehmer auch die Ausstellung eines Taking-Over Certificate für jede dieser Sections verlangen (Taking Over of Sections, Sub-Clause 10.1 Abs 2 Satz 2).[372]

---

[370] vgl OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95; OGH 25.02.1997, 1 Ob 2005/96a; OGH 16.10.1997, 6 Ob 289/97m; OGH 24.11.1998, 7 Ob 288/98y; OGH 16.06.1999 9 Ob 98/99y.

[371] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 189.

[372] Eine solche Übernahme von Sections ist von einer Übernahme von Teilen der Leistung zu unterscheiden, s dazu unten 7.3.2.4.

Innerhalb von 28 Tagen nach Zugang des Ansuchens des Auftragnehmers um Ausstellung des Taking-Over Certificate, muss der Engineer gem Sub-Clause 10.1 Abs 3 entweder

- dem Auftragnehmer das Taking-Over Certificate für das Werk bzw die Section ausstellen (lit a); oder
- das Ansuchen des Auftragnehmers zurückweisen, wobei er die Gründe für die Zurückweisung und die zur Ausstellung des Taking-Over Certificate notwendigen, noch durchzuführenden Arbeiten zu benennen hat, welche der Auftragnehmer vor einem neuerlichen Ansuchen um Ausstellung des Taking-over Certificate auszuführen hat (lit b).

Das Taking-Over Certificate entspricht weitestgehend der Übernahme-Niederschrift der ÖNORM B 2110. Der Engineer verzeichnet darin das Datum, an dem der Auftragnehmer das Werk bzw die Section vertragsgemäß fertig gestellt hat.[373] Darüber hinaus hat er die im Zeitpunkt der Übernahme noch ausstehenden Arbeiten geringeren Gewichts und die geringfügigen Mängel, die der Übernahme nicht entgegenstehen, im Taking-Over Certificate anzuführen. Zu deren Feststellung empfiehlt FIDIC deshalb vor Ausstellung des Taking-Over Certificate eine gemeinsame Begehung des zu übernehmenden Werks (bzw der zu übernehmenden Section) durch die Vertragsparteien und den Engineer.[374] Die im Taking-Over Certificate angeführten noch ausstehenden Arbeiten bzw Mängel sind in weiterer Folge vom Auftragnehmer innerhalb angemessener, vom Engineer festzulegender Frist fertig zu stellen (vgl Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit a, s unten 7.4.1).

7.3.2.3 Die fingierte Ausstellung des Taking-Over Certificate

Wenn der Engineer (bzw der Auftraggeber im Silver Book) innerhalb von 28 Tagen nach der Aufforderung durch den Auftragnehmer weder das Taking-Over Certificate ausstellt, noch das Ansuchen des Auftragnehmers zurückweist, obwohl die Arbeiten bzw Abschnitte im Wesentlichen („substantially“) vertragsgemäß fertig gestellt wurden, gilt das Taking-Over Certificate gem **Sub-Clause 10.1 Abs 4**[375] mit Fristablauf als erteilt und ausgestellt (fingiertes Taking-Over Certificate, Übernahmefiktion).

---

[373] Um Widersprüchen vorzubeugen, empfiehlt FIDIC folgende Textierung für das Taking-Over Certificate: „Having received your notice under Sub-Clause 10.1 of the Conditions of Contract, we hereby certify that the Works were completed in accordance with the Contract on ……, except for minor outstanding work and defects [which include those listed in the attached Snagging List and] which should not substantially affect the use of the Works for their intended purpose. Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 189 f.

[374] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 189.

[375] vgl Sub-Clause 10.1 Abs 4: „If the Engineer [Employer] fails either to issue the Taking-Over Certificate or to reject the Contractor's application with the period of 28 days, and if the Works or Section (as the case may be) are substantially in accordance with the Contract, the Taking-Over Certificate shall be deemed to have been issued on the last day of that period."

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Ausstellung des Taking-Over Certificate – wie die Übernahme in der ÖNORM B 2110 – auch dann fingiert wird, wenn der Engineer bzw der Auftraggeber zwar die Übernahme verweigert, eine diesbezügliche Begründung (wie sie ja in Sub-Clause 10.1 Abs 3 lit b vorgesehen ist) aber unterlässt. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Vergleich der Wortlaute der Bestimmungen des Pkt 10.2.2 der ÖNORM B 2110 und der Sub-Clause 10.1 Abs 4. Während nach Pkt 10.2.2 die Übernahme mit Fristablauf als erfolgt gilt, wenn der Auftraggeber ohne Angabe von Gründen nicht förmlich übernommen hat, fingiert Sub-Clause 10.1 Abs 4 die Ausstellung des Taking-Over Certificate, wenn der Engineer (bzw der Auftraggeber) das Ansuchen des Auftragnehmers nicht zurückweist („reject the Contractor's application"), erwähnt aber nicht, dass das fiktive Taking-Over Certificate von der Anführung von Zurückweisungsgründen abhängig ist. In den FIDIC-Standardbedingungen kann der Engineer bzw der Auftraggeber daher allein durch eine unbegründete Zurückweisung des Ansuchens des Auftragnehmers um Ausstellung des Taking-Over Certificate dessen fingierte Ausstellung nach Sub-Clause 10.1 Abs 4 verhindern.

Eine weitere Möglichkeit einer fingierten Ausstellung des Taking-Over Certificate sehen das Red Book und das Yellow Book in Sub-Clause 10.3 vor. Diese Bestimmung sieht vor, dass wenn der Auftragnehmer durch den Auftraggeber länger als 14 Tage an der Durchführung der Tests on Completion gehindert wird, die Arbeiten bzw Sections gem **Sub-Clause 10.3 Abs 1** an dem Tag als vom Auftraggeber übernommen gelten, an dem die Tests on Completion sonst abgeschlossen worden wären. Daraufhin hat der Engineer umgehend das Taking-Over Certificate auszustellen. Nach Wegfall des behindernden Ereignisses hat der Auftragnehmer so schnell wie möglich (as soon as practicable) vor Ablauf der Defects Notification Period noch offene Tests on Completion durchzuführen; der Engineer kann diese innerhalb von 14 Tagen nach entsprechender Aufforderung verlangen.

Das Silver Book sieht diese Möglichkeit der fingierten Übernahme jedoch nicht vor, der Auftragnehmer kann darin im Fall einer Verzögerung der Tests on Completion durch den Auftraggeber „lediglich" Bauzeitverlängerung, Mehrkosten und Gewinn geltend machen.

7.3.2.4 Übernahme von Teilen der Leistung

Von der Übernahme von Sections (Sub-Clause 10.1 Abs 2 Satz 2) ist die Möglichkeit einer **Teilübernahme** zu unterscheiden. Danach kann der Auftraggeber (beliebige) Teile der Leistung des Auftragnehmers („any part of the Permanent Works") übernehmen, selbst wenn diese vertraglich nicht – als Sections – definiert wurden (Taking Over of parts of the Works, Sub-Clause 10.2 Abs 1). Der Unterschied zwischen einer Teilübernahme und einer Übernahme von Sections liegt somit darin, dass die Entscheidung über

Teilübernahmen allein im Ermessen des Auftraggebers liegt, während der Auftragnehmer einen Anspruch auf Übernahme einer Section hat.[376]

Eine solche Teilübernahme ist allerdings nur im Red Book und im Yellow Book vorgesehen, im Silver Book ist sie hingegen explizit ausgeschlossen. In diesem darf bzw kann der Auftraggeber nur das gesamte Werk oder vertraglich definierte Sections übernehmen.[377]

Fraglich ist in diesem Zusammenhang lediglich, ob eine Teilübernahme eine vorherige Anzeige oder einen entsprechenden Antrag des Auftragnehmers voraussetzt. Dies wurde bereits für die ähnliche Bestimmung des 1987er-Red Book (Sub-Clause 48.3) verneint.[378] Angesichts der aufgrund ihrer Herkunft aus dem Common Law äußerst ausführlichen Regelungen der FIDIC-Standardbedingungen wird dem auch für das 1999er-Red Book und das 1999er-Yellow Book zuzustimmen sein. Wenn eine Voraussetzung von den FIDIC-Standardbedingungen nicht explizit angeführt wird, ist argumentum e contrario wohl darauf zu schließen, dass es dieser Voraussetzung eben nicht bedarf.[379]

Die Befugnis, Teile des Werks ohne Wollen und Zutun des Auftragnehmers vor dem vereinbarten Termin übernehmen zu können, kann dessen Interessen aber zuwider laufen. Bei einem Bauvertrag nach der ÖNORM B 2110 müssen Teilübernahmen daher vereinbart werden, mangels Vereinbarung ist der Auftraggeber zu Teilübernahmen nicht berechtigt bzw verpflichtet.[380] Im österreichischen Bauwerkvertragsrecht bedarf eine (formlose) Teilübernahme somit grundsätzlich einer voran gegangenen Erklärung des Auftragnehmers.[381]

7.3.2.5 Ingebrauchnahme von Teilen der Leistung

Gem Sub-Clause 10.2 Abs 2 darf der Auftraggeber vor Ausstellung des Taking-Over Certificate durch den Engineer keinen Teil der Leistung – außer als vorübergehende Maßnahme, die aber entweder im Vertrag vereinbart sein muss oder auf die sich die Parteien später geeinigt haben – in Betrieb nehmen oder anderweitig nutzen. Sollte der Auftraggeber dennoch Teile der Leistung vor Ausstellung des Taking-Over Certificate von sich aus eigenmächtig in Gebrauch nehmen, dann gilt der in Gebrauch genommene Teil mit dem Tag der Ingebrauchnahme als übernommen (lit a, **fiktive Teilübernahme**), womit

---

376 *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006), 88.

377 vgl Silver Book, Sub-Clause 10.2: „Parts of the Works (other than Sections) shall not be taken over or used by the Employer, except as may be stated in the Contract or as may be agreed by both Partiesmedying of any defects, all in accordance with the Contract."

378 *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 215 mwN.

379 *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 215.

380 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1556.

381 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1780 mwN; *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2007) § 1168a Rz 10; OGH 22.11.1995, 1 Ob 573/95.

auch die Gefahr für diesen Teil auf den Auftraggeber über geht (lit b). Auf Verlangen des Auftragnehmers muss der Engineer ein Taking-Over Certificate für diesen Teil des Werks ausstellen (lit c).

Eine solche Übernahme durch Ingebrauchnahme ist, wie schon die Teilübernahme, lediglich im Red Book und im Yellow Book vorgesehen, im Silver Book hingegen ist diese Form der Übernahme explizit ausgeschlossen.[382] Hiergegen wendet sich die Kritik in der Literatur, da das Silver Book somit keine Rechtsfolgen vorsieht, wenn der Auftraggeber das Werk bzw Teile davon entgegen der Bestimmung der Sub-Clause 10.2 vor Ausstellung des Taking-Over Certificate in Gebrauch nimmt.[383] Der Auftragnehmer hat lediglich die Möglichkeit, Bauzeitverlängerung und Mehrkosten aufgrund eines Verstoßes des Auftraggebers gegen Sub-Clause 2.1 (Recht des Auftragnehmers auf Zugang zur Baustelle) geltend zu machen und in weiterer Folge den Vertrag gem Sub-Clause 16.2 Abs 1 lit c zu kündigen.

Die Bestimmung der Sub-Clause 10.2 Abs 2 enstpricht der Regelung des Pkt 10.3.2 der ÖNORM B 2110. Auch diese sieht vor, dass wenn der Auftraggeber vertragsgemäß fertig gestellte Teile der Leistung bereits vor dem vereinbarten Übernahmetermin bestimmungsgemäß benutzt, dies als (formlose) Übernahme dieser Teile gilt[384]. Dies gilt selbst bei vereinbarter förmlicher Übernahme, weil in diesem Fall davon ausgegangen werden kann, dass die ursprüngliche Vereinbarung, den Übergabezeitpunkt durch Fertigung einer Niederschrift zu fixieren, einvernehmlich abbedungen wurde.[385] Eine Ausnahme hiervon sieht Pkt 9 vor, wonach der Auftraggeber Teile der Leistung benutzen oder Dritten zur Benutzung überlassen kann, ohne diese zu übernehmen, wenn er vor Beginn der Benutzung erklärt, dass eine Übernahme dadurch nicht erfolgt, der Beginn der Gewährleistung für diese Teile einvernehmlich geregelt wurde und Umfang, Funktionsfähigkeit und Zustand dieser Teile sowie der Zeitpunkt des Beginns ihrer Nutzung gemeinsam festgehalten wurden.

---

[382] vgl Silver Book, Sub-Clause 10.2: „Parts of the Works (other than Sections) shall not be taken over or used by the Employer, except as may be stated in the Contract or as may be agreed by both Partiesmedying of any defects, all in accordance with the Contract."

[383] Vgl *Kennedy*, ICLR 2000, 504 (521), der die Regelung des Red Book und des Yellow Book für vorzugswürdig hält; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 214.

[384] Bestimmungsgemäß bedeutet, dass die Benutzung über eine erforderliche Erprobung hinausgehen muss. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1786 mwN. Dies entspricht Sub-Clause 9.1 Abs 5, die bestimmt, dass die Durchführung des Probebetriebs (im Zuge der Tests on Completion) nicht bereits als Übernahme gewertet werden kann.

[385] Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1764 mwN; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 5/3 u 10/36 mwN. Eine formlose Übernahme kann im Vorhinein nicht ausgeschlossen werden, weil es privatautonom nicht möglich ist, Formvorschriften als Gültigkeitsvoraussetzung für Willenserklärungen festzulegen. Dies wäre eine unzulässige Einschränkung der Privatautonomie. Selbst wenn ausdrücklich und ausschließlich eine förmliche Übernahme vereinbart wurde, schließt dies eine andere Form der Übernahme nicht aus.

Wenn der Auftraggeber die Leistung vor Übernahme benutzt, aber ohne Anführung von Gründen erklärt, die Leistung damit nicht übernehmen zu wollen (und weitere Vereinbarungen nicht getroffen werden), wird dies nach einem Teil der L über „protestatio facto contraria non valet“ dennoch als Übernahme gedeutet. Danach ist eine ausdrückliche Willensäußerung, die mit dem tatsächlichen Verhalten im Widerspruch steht, unbeachtlich. Wenn jemand ein Verhalten setzt, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefasst werden kann, ist sein ausdrücklicher Vorbehalt, nicht zu beachten.[386]

Für den Fall der Ausstellung eines Taking-Over Certificate für Teilleistungen, ist dem Auftragnehmer die Möglichkeit zur Durchführung eventuell noch offener Tests on Completion zu geben, welche dieser unverzüglich (as soon as practicable) während der Defects Notification Period, durchzuführen hat (Sub-Clause 10.2 Abs 3). Sollten dem Auftragnehmer durch die vom Auftraggeber durchgeführte Teilübernahme bzw teilweise Ingebrauchnahme zusätzliche Kosten enstehen, so kann er diese nebst entgangenen Gewinn ersetzt verlangen (Sub-Clause 10.2 Abs 4). Ein Anspruch des Auftragnehmers auf Bauzeitverlängerung ist in Sub-Clause 10.2 nicht eigens angeführt, besteht aber bereits nach der Regelung der Sub-Clause 8.4 Abs 1 lit e.[387] Darüber hinaus wird die Höhe der für jeden Tag des Verzugs zu zahlenden Vertragsstrafe, nicht aber der Maximalbetrag der Vertragsstrafe, anteilsmäßig verringert (Sub-Clause 10.2 Abs 5).[388]

7.3.3 Die Rechtsfolgen des Taking Over

Nach der österreichischen Rechtslage gilt mit der Übernahme die Leistung des Auftragnehmers als erbracht (vgl ÖNORM B 2110, Pkt 10.6.1). Dementsprechend kommen vor Übernahme die Regeln der Nichterfüllung (bzw bei endgültigem Ausbleiben der Leistung die Regeln der Unmöglichkeit zur Anwendung), danach stehen dem Auftraggeber nur noch die Gewährleistungsbehelfe zur Verfügung.[389] Damit einhergehend bewirkt die Übernahme eine Umkehr der Beweislast bezüglich der Vertragsgemäßheit bzw Mangelhaftigkeit der Leistung: während vor der Übernahme der Auftragnehmer die

---

[386] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1764 mwN; aA *Rummel* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2007) § 863 Rz 25 mwN.

[387] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 192; *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 199. Vgl dazu Sub-Clause 8.4 Abs 1: „The Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 to an extension of the Time for Completion if and to the extent that completion for the purposes of Sub-Clause 10.1 is or will be delayed by any of the following causes: [...] (e) any delay, impediment or prevention caused by or attributable to the Employer, the Employer's Personnel, or the Employer's other contractors on the Site.“

[388] FIDIC weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Auftraggeber in jenen Rechtsordnungen, in denen die Vertragsstrafe einen im Voraus geschätzten Schadenersatz (sog liquidated damages) darstellt, gar seinen gesamten Anspruch auf eine Vertragsstrafe verlieren kann. Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 192. Zum Thema der Vertragsstrafe und liquidated damages s unten 10.

[389] vgl *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 65 f.

ordnungsgemäße Erbringung der Leistung beweisen muss, muss nach der Übernahme grundsätzlich der Auftraggeber die von ihm behaupteten Mängel und deren Vorhandensein im Zeitpunkt der Übernahme beweisen.

In den FIDIC-Standardbedingungen bewirkt die Ausstellung des Taking-Over Certificate jedoch gerade nicht die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Auftragnehmer. Diese Rechtsfolge tritt in den FIDIC-Standardbedingungen erst mit dem Performance Certificate (Sub-Clause 11.9, s dazu unten 7.6) ein, das nach Ablauf der Defects Notification Period ausgestellt wird.

Von diesem doch sehr markanten Unterschied abgesehen, stimmen die Rechtsfolgen des Taking-Over Certificate[390] mit denen der Übernahme nach österreichischem Verständnis im Wesentlichen überein.

7.3.3.1 Gefahrenübergang

Mit dem Tag der Ausstellung des Taking-Over Certificate geht gem Sub-Clause 17.2 Abs 1[391] die Preisgefahr für die Leistungen des Auftragnehmers auf den Auftraggeber über. Hinsichtlich der zum Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-Over Certificate noch ausstehenden Arbeiten findet ein Gefahrenübergang jedoch freilich nicht statt, für diese bleibt der Auftragnehmer bis zu deren Fertigstellung verantwortlich (Sub-Clause 17.2 Abs 2).

Diese Regelungen der FIDIC-Standardbedingungen entsprechen somit dem mit der Übernahme einhergehenden Gefahrenübergang der ÖNORM B 2110 (vgl Pkt 12.1.1) und der allgemeinen österreichischen Rechtslage (vgl §§ 1168, 1168a ABGB).

7.3.3.2 Beginn des Laufs der Defects Notification Period

Mit dem Tag der Ausstellung des Taking-Over Certificate beginnt der Lauf der Mängelanzeigefrist (sog Defects Notification Period). Der an die Zäsur der Übernahme geknüpfte Beginn der Mängelgewährleistung entspricht insoweit auch den Regelungen der ÖNORM B 2110 (Pkt 10.6.1) und des ABGB (§ 933).

Es wird an späterer Stelle aber noch zu zeigen sein, dass zwischen der in den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehenen Defects Notification Period und der Gewährleistung nach österreichischem Verständnis wesentliche Unterschiede bestehen, wodurch diese

---

[390] vgl die Auflistung in *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 380.

[391] vgl Sub-Clause 17.2 Abs 1: „The Contractor shall take full responsibility for the care of the Works and Goods from the Commencement Date until the Taking-Over Certificate is issued (or is deemed to be issued under Sub-Clause 10.1 for the Works, when responsibility for the care of the Works shall pass to the Employer. If a Taking-Over Certificate is issued (or is deemed to be issued) for any Section or part of the Works, responsibility for the care of the Section or part shall then pass to the Employer."

keineswegs gleichgesetzt und nur bedingt gegenüber gestellt werden können (s unten 7.4).

7.3.3.3 Legung der vorläufigen Schlussrechnung

Nach Erhalt des Taking-Over Certificate hat der Auftragnehmer gem Sub-Clause 14.10 innerhalb von 84 Tagen die vorläufige Schlussrechnung (sog Statement at completion) zu legen. Der Engineer hat dann den zu zahlenden Betrag innerhalb von 28 Tagen in einem sog Interim Payment Certificate zu bescheinigen, den der Auftraggeber innerhalb einer Zahlungsfrist von 56 Tagen ab Rechnungslegung zu zahlen hat.[392]

Ganz ähnlich lautet die dementsprechende Regelung der ÖNORM B 2110: Danach sind gem Pkt 8.3.5.2 Schluss- und Teilschlussrechnungen spätestens zwei Monate nach der vertragsgemäßen Erbringung der Leistung vorzulegen. Die Fälligkeit der Schluss- bzw Teilschlussrechnung tritt gem Pkt 8.4.1.2 drei Monate nach Eingang der Rechnung beim Auftraggeber ein.

Dennoch zeigt sich hier ein Unterschied gegenüber den FIDIC-Standardbedingungen. Während diese die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Legung der Schlussrechnung auf das Taking-Over Certificate – und damit an die förmliche Bestätigung der Übernahme – beziehen, knüpft die Bestimmung der ÖNORM B 2110 an die „vertragsgemäße Erbringung der Leistung“ an. Darunter wird die tatsächliche und übernahmefähige Fertigstellung der Leistung verstanden, die idR aus dem Bautagebuch oder den Bautagesberichten hervorgeht und gerade nicht mit der förmlichen (oder auch) formlosen Übernahme der Leistung zu verwechseln ist.[393] Ob sich aus diesem Unterschied in der Praxis tatsächlich Streitpotenzial ergibt, erscheint jedoch unrealistisch.

Gravierende Unterschiede zeigen sich jedoch bei der Gegenüberstellung der Bestimmungen der FIDIC-Standardbedingungen und der ÖNORM B 2110 gegenüber jenen der allgemeinen österreichischen Rechtslage. Danach ist gem § 1170 ABGB das Entgelt bereits nach Vollendung des Werks zu entrichten. Dies trifft allerdings nur auf den Pauschalpreisvertrag zu, bei welchem der Werklohn bereits mit Fertigstellung des Werks fällig wird, ohne dass es einer Rechnungslegung bedarf, es sei denn eine Rechnungslegung wurde vertraglich vereinbart oder der zu zahlende Betrag ist aufgrund von Zusatzaufträgen oder Änderungen der Pauschalleistungen während der Baudurchführung nicht ohne Weiteres feststellbar. Beim Einheitspreisvertrag und beim Regiepreisvertrag tritt die Fälligkeit des Werklohns hingegen erst mit Rechnungslegung ein, da der Werklohn im Vorhinein noch nicht feststeht.

---

[392] Die endgültige Schlussrechnung (sog Final Statement), nach dessen Erhalt der Engineer das Final Payment Certificate auszustellen hat, kann der Auftragnehmer jedoch erst nach Erhalt des Performance Certificate legen.

[393] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1555, 1561, 1635.

7.3.3.4 Fertigstellung der noch ausstehenden Arbeiten

Wie bereits erörtert, ist der Auftragnehmer gem Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit a verpflichtet, alle im Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-over Certificate noch ausstehenden und in diesem angeführten Arbeiten innerhalb angemessener, vom Engineer festzulegender Frist fertig zu stellen (s auch unten 7.4.1).

7.3.3.5 Räumung der Baustelle

Mit Ausstellung des Taking-Over Certificate hat der Auftragnehmer gem Sub-Clause 4.23 Abs 3 jene Teile der Baustelle, für die das Taking-Over Certificate ausgegestellt wurde, zu räumen und in einem sauberen und sicheren Zustand zu verlassen. Er kann jedoch während der Defects Notification Period diejenigen Güter auf der Baustelle belassen, die er benötigt, um seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nachkommen zu können.
Zur endgültigen Räumung der Baustelle ist der Auftragnehmer erst mit Ausstellung des Performance Certificate verpflichtet (vgl Sub-Clause 11.11, s dazu unten 7.6.3.4).

7.3.3.6 Fälligkeit eines Teiles der Rechnungseinbehalte

Gem Sub-Clause 14.9 Abs 1 Satz 1 hat der Auftraggeber bei Ausstellung des Taking-Over Certificate für das gesamte Werk die Hälfte der Rechnungseinbehalte (sog Retention Money) an den Auftragnehmer zu zahlen. Im Yellow Book und im Silver Book ist dafür neben der Ausstellung des Taking-Over Certificate auch das Bestehen der Tests after Completion Voraussetzung.
Wird das Taking-Over Certificate lediglich für eine Section oder einen Teil der Leistung ausgestellt, sind 40 % (im Red Book) bzw die Hälfte (im Yellow Book und im Silver Book) des auf die jeweilige Section bzw Leistungsteiles entfallenden Anteils am Vertragspreis auszuzahlen (Sub-Clause 14.9 Abs 1 Satz 2).
Der noch aushaftende Teil der Rechnungseinbehalte ist sofort nach Ablauf der Defects Notification Period auszuzahlen (Sub-Clause 14.9 Abs 2, s dazu unten 7.6.3.5)
Diese teilweise Auszahlung der Rechnungseinbehalte entspricht der in der ÖNORM B 2110 mit Fälligkeit der Schluss- bzw Teilschlussrechnung vorgesehenen Verringerung des bei Abschlagsrechnungen einbehaltenen Deckungsrücklasses (iHv 5 % der Rechnungsbeträge der einzelnen Abschlagrechnungen, vgl Pkt 8.7.2) auf den Haftungsrücklass (iHv 2% des Schlussrechnungsbetrages, vgl Pkt 8.7.3).

7.3.3.7 Änderung des zu versichernden Risikos

Die zu errichtenden bzw errichteten Bauwerke, Anlagen und Materialien sowie die Unterlagen des Auftragnehmers müssen von diesem gem Sub-Clause 18.2 Abs 1 iVm Abs 4 lit a zumindest zum Wiederherstellungswert versichert werden.

Während die Versicherung bis zur Ausstellung des Taking-Over Certificate sämtliche Risiken abzudecken hat, hat sie nach Taking-Over bis zur Ausstellung des Performance Certificate nur noch diejenigen Schäden abzudecken, die entweder auf eine Ursache vor Taking-Over oder auf Handlungen des Auftragnehmers bzw dessen Subunternehmer nach Taking-Over zurückzuführen sind.

7.3.3.8 Vermeidung oder Ende einer Vertragsstrafe

Die Ausstellung des Taking-over Certificate verhindert die Entstehung einer Verpflichtung des Auftragnehmers, eine Vertragsstrafe zu leisten bzw bewirkt das Ende einer bereits laufenden Frist einer Vertragsstrafe.

7.3.3.9 Wegfall des Leistungsänderungsrechts?

Dass der Auftraggeber nach der österreichischen Rechtslage mit erfolgter Übernahme sein Leistungsänderungsrecht verliert, ist wohl selbstverständlich; schließlich wurde die Leistung vom Auftragnehmer ja bereits erbracht und vom Auftraggeber als vertragsgemäß anerkannt.
Ein anderes Bild zeigt sich jedoch nach den FIDIC-Standardbedingungen. Zwar bestimmt Sub-Clause 13.1, dass Leistungsänderungen nur vor Ausstellung des Taking-Over Certificate angeordnet werden können, jedoch verweist Sub-Clause 11.2 Abs 2 den Auftragnehmer ausdrücklich auf das Leistungsänderungs-Prozedere der Sub-Clause 13.3 für den Fall, dass dieser Verbesserungsarbeiten aufgrund einer Mängelrüge des Auftraggebers durchzuführen hat, die ihm haftungsmäßig nicht zuzurechnen sind. Die Rüge eines vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Mangels stellt somit eine Leistungsänderung (Variation) dar[394] (s dazu ausführlich unten 7.4.2).

7.4 Die Defects Notification Period

Die Mängelanzeigefrist (sog Defects Notification Period[395]) wird in Sub-Clause 1.1.3.7 als jener Zeitraum definiert, innerhalb dem Mängel am Werk bzw an einer Section (gem Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit b) vom Auftraggeber angezeigt werden können. Sie läuft ab dem Tag der Ausstellung des Taking-Over Certificate. Ihre Dauer wird üblicherweise durch die Vertragsparteien individualvertraglich durch Eintragung im Appendix to tender bzw in den Particular Conditions geregelt. In den von FIDIC herausgegebenen Mustern findet sich

---

[394] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 203 f; *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006), 59.

[395] Die Defects Notification Period wird in den gängigen internationalen Standardvertragsbedingungen auch als Defects Correction Period oder Maintenance Period bezeichnet. Im 1987er-Red Book wurde sie noch Defects Liability Period genannt. Vgl *Hök*, ZfBR 2005, 332 (336).

zwar ein Voreintrag von 365 Tagen, eine etwaige Verlängerung oder Verkürzung der Frist – je nach Art des Projekts – steht jedoch zur Disposition der Vertragsparteien.[396]

7.4.1 Die Pflicht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung

Schon nach der allgemein gehaltenen Bestimmung der Sub-Clause 4.1[397] trifft den Auftragnehmer ua die Pflicht, sämtliche Mängel seiner Leistung zu beseitigen. Diese Verpflichtung wird durch die Regelung der Sub-Clause 11.1 Abs 1 konkretisiert. Danach hat der Auftragnehmer, damit sich die Arbeiten bzw Sections bei Ablauf der Defects Notification Period oder so bald wie möglich danach, im vertraglich geforderten Zustand befinden,

- alle, zum Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-Over Certificate noch ausstehenden Arbeiten[398] innerhalb angemessener, vom Engineer festzulegender Frist fertig zu stellen (lit a); und
- alle in der Folgezeit am Werk auftretenden Mängel oder Schäden zu beseitigen, soweit sie ihm vom Auftraggeber[399] vor oder bei Ablauf der Defects Notification Period mitgeteilt wurden (lit b, **Verbesserung**, Mängelbeseitigung, remedy of defects), ausgenommen hiervon sind jedoch Mängel infolge Verschleiß und Abnutzung durch gewöhnlichen Gebrauch („fair wear and tear").

Wenn der Auftragnehmer eine solche Mängelrüge des Auftraggebers erhält, löst bereits diese die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Beseitigung der angezeigten Mängel bzw Schäden aus. Es wird hingegen nicht darauf abgestellt, ob der Auftragnehmer den Mangel bzw Schaden auch tatsächlich zu vertreten hat. Die FIDIC-Standardbedingungen sehen sohin eine **grundsätzliche Pflicht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung**

---

396 Während für Ingenieurbauarbeiten eine Frist von 365 Tagen wohl grundsätzlich ausreicht, benötigen elektrische oder mechanische Anlagen idR eine längere Defects Notification Period. ZB eine Klimatierungsanlage: deren Funktionsprüfung sollte während einer Hitzeperiode erfolgen, die idR von kleineren Adaptierungen gefolgt wird. In weiterer Folge sollte eine nochmalige Prüfung während einer weiteren Hitzeperiode durchgeführt werden, wodurch sich in Summe eine Defects Notification Period von 2 Jahren bzw 730 Tagen ergibt. Vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 196.

397 Sub-Clause 4.1 Abs 1: „The Contractor shall design (to the extent specified in the Contract) execute and complete the Works in accordance with the Contract and with the Engineer's instructions, and **shall remedy any defects in the Works**.

398 Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass nicht alle Arbeiten fertig gestellt und mangelfrei sein müssen, damit die Übernahme erfolgen kann. Die zum Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-over Certificate noch ausstehenden Arbeiten sind daher jene Arbeiten geringeren Gewichts und geringfügigen Mängel, die den bezweckten Gebrauch des Werks nicht wesentlich beeinträchtigen und der Übernahme bzw der Ausstellung des Taking-over Certificate damit nicht entgegen standen (Sub-Clause 10.1 Abs 3 lit a). S dazu schon oben 7.3.1.

399 Die Prozedere der Clause 11 sehen grundsätzlich Anzeigen und Handlungen des Auftraggebers vor, während vor Taking-Over dementsprechende Anzeigen und Handlungen hingegen vom Engineer vorgenommen werden. Dies stellt eine ganz logische Änderung dar, da ja der Auftraggeber das übernommene Bauvorhaben idR bereits benützt und daher Mängel und andere Probleme kennt. Darüber hinaus muss der Auftragnehmer ja auch mit dem Auftraggeber in Kontakt treten, um die aufgetretenen Mängel beheben zu können. Vgl dazu *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 201 f.

während der Defects Notification Period vor, und zwar ganz **unabhängig davon, wer die Ursache für das Entstehen dieser Mängel oder Schäden zu vertreten hat**.[400] Die Verpflichtungen der Sub-Clause 11.1 Abs 1 beinhalten daher rechtlich dreierlei[401]: der Auftragnehmer hat

- die im Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-Over Certificate festgestellten Mängel und noch ausstehenden Restarbeiten innerhalb angemessener Frist auszuführen;
- die während der Defects Notification Period (auftretenden und) vom Auftraggeber vor deren Ablauf gerügten und vom Auftragnehmer zu vertretenden Mängel bzw Schäden, zu beseitigen; und
- die während der Defects Notification Period (auftretenden und) vom Auftraggeber vor deren Ablauf gerügten Mängel bzw Schäden, auch wenn sie der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, zu beseitigen.

Hinsichtlich der Gewährleistungs- bzw Verbesserungspflicht des Auftragnehmers zeigt sich somit ein krasser Unterschied gegenüber der österreichischen Rechtslage, da die §§ 922 ff ABGB (bzw die nahezu wortgleichen Vorschriften des Pkt 12.2) den Auftragnehmer nur für jene von ihm verursachten Mängel haften lassen, die – zumindest latent – bereits im Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren.[402] Für Mängel, die erst nach der Übernahme entstehen, haftet der Auftragnehmer nicht.

Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung in den FIDIC-Standardbedingungen entspricht sohin vielmehr einer **Wartungspflicht**[403] bzw einer **unechten Garantie** („Garantiezusage")[404] des Auftragnehmers. Die FIDIC-Standardbedingungen stellen gerade nicht darauf ab, ob der Mangel schon bei der Übernahme vorhanden war, sondern sehen als einzige Voraussetzung der Verbesserungspflicht des Auftragnehmers eine entsprechende Mängelrüge des Auftraggebers während (bzw bei Ablauf) der Defects Notification Period vor. Diese Wartungspflicht hat jedoch seine Grenze bei laufenden Instandhaltungsarbeiten oder Reparatur von Schäden, die durch das Personal des Auftraggebers verursacht wurden. Diese schuldet der Auftragnehmer nicht, da gem Sub-Clause 11.1 Abs 1 die aufgrund gewöhnlichen Gebrauchs entstehenden Abnützungen nicht beseitigt werden müssen.[405]

---

[400] Die Risikoverteilung wird erst bei der Frage der Kostentragungspflicht für die Verbesserungsarbeiten – somit also erst im zweiten Schritt nach der grundsätzlichen Verbesserungspflicht des Auftragnehmers – berücksichtigt. S dazu unten 7.4.2.

[401] *Goedel*, RIW 1982, 81 (86).

[402] stRspr, zul OGH 24.02.2009, 9 Ob 3/09w.

[403] so auch *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 252.

[404] zur unechten Garantie s *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 92.

[405] Dies ergibt sich aus der Formulierung „fair wear and tear excepted" der Sub-Clause 11.1 Abs 1. Vgl dazu auch *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 204.

Der Grund für die in den FIDIC-Standardbedingungen dermaßen umfassende Mängelhaftung des Auftragnehmers liegt – abermals – in deren angloamerikanischem Ursprung. Im Common Law, insb im englischen Recht, schuldet der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung – nicht wie nach österreichischem Recht aufgrund des Fortbestehens des Erfüllungsanspruchs in Form eines Gewährleistungsbehelfs des Auftraggebers, sondern – aufgrund der Nichteinhaltung eines Garantieversprechens. Das englische Recht sieht im Abschluss jedes Vertrages die Abgabe eines Garantieversprechens der Vertragsparteien für die Erbringung der eigenen Vertragspflichten, mit der Folge, dass jede Vertragsverletzung (sog breach of contract) zu einer Schadenersatzverpflichtung führt, ohne dass es auf die Art und Weise der Vertragsverletzung (es wird nicht danach unterschieden, ob die Leistung gar nicht, zu spät oder schlecht erbracht wurde) oder ein Verschulden der Vertragspartei – in unserem Fall des Werkunternehmers – ankommt.[406] Beginn und Dauer der Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen wegen Vertragsbruch sind im englischen Recht nicht gesetzlich geregelt, so dass auf die allgemeine Regelung des Limitation Act von 1939 zurückzugreifen ist. Nach diesem beträgt die Verjährungsfrist bei sog simple contracts 6 Jahre und bei sog contracts under seal 12 Jahre.[407]

Da das Common Law somit die Gewährung eines Nachbesserungsrechtes iSd Gewährleistung nach österreichischem bzw kontinentaleuropäischem Verständnis nicht kennt, stellt das „Gewährleistungssystem“ der FIDIC-Standardbedingungen in Form der Defects Notification Period daher ein Implantat dar. Da es sich in der Baupraxis als pragmatisch und sinnvoll erwiesen hat, an die Baufertigstellung eine Phase anzuschließen, innerhalb derer Mängel abgestellt werden (können und sollen), sehen englischsprachige Standardvertragsbedingungen (ua JCT 1998, Clause 17; IFC 1998, Clause 2.10; ICE 7, Clause 49) nunmehr durchwegs eine solche „Defects Liability Period“ vor. Dem sind auch die FIDIC-Standardbedingungen – in ähnlicher Form – mit der Defects Notification Period gefolgt.

FIDIC empfiehlt den Vertragsparteien zusätzlich, gemeinsam mit dem Engineer kurz vor Ablauf der Defects Notification Period eine Baubegehung zur gemeinsamen Aufnahme der noch bestehenden Mängel vorzunehmen.[408] Diese Idee entspricht der Schlussfeststellung der ÖNORM B 2110. Gem deren Pkt 11 ist eine solche vorzunehmen, wenn sie vertraglich vorgesehen wurde oder von einem der Vertragspartner bis spätestens zwei Monate vor Ablauf der Gewährleistungsfrist verlangt wird. Die Gewährleistungsfrist kann dann nicht vor der Vornahme der Schlussfeststellung ablaufen.

---

406 *Booz,* RIW 1978, 147 (148) mwN.

407 *Booz,* RIW 1978, 147 (148) mwN.

408 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 195 f.

Das Ergebnis der Schlussfeststellung ist in einer von den Vertragspartnern zu unterfertigenden Niederschrift festzuhalten und kann entweder die Feststellung der ordnungsgemäßen Ausführung oder die Feststellung von Mängeln enthalten.
An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass die von der FIDIC vorgeschlagene gemeinsame Begehung zum Ende der Defects Notification Period noch keine Verbesserungspflicht des Auftragnehmers auslöst. Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer vielmehr im Anschluss an diese Begehung (trotz dessen Anwesenheit) mittels Mängelrüge gem Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit b von den zu beseitigenden Mängeln zu informieren.[409]
Sollte der Auftragnehmer seiner Verbesserungsverpflichtung nicht nachkommen, stehen dem Auftraggeber die Rechtsbehelfe der Sub-Clause 11.4 offen (s dazu unten 7.4.4).

7.4.2 Kostentragung der Mängelbeseitigungsarbeiten

Die vom Auftragnehmer vorzunehmenden Verbesserungsarbeiten hat dieser gem Sub-Clause 11.2 Abs 1 allerdings nur dann auf eigene Rechnung und Gefahr durchzuführen, wenn die Notwendigkeit dieser Arbeiten auf

- eine Planung oder Projektierung, für die der Auftragnehmer verantwortlich ist;
- nicht vertragsgemäße Anlagen(teile), Baumaterialien oder Arbeitsleistungen;
- einen unangemessenen Betrieb oder Wartung, für die der Auftragnehmer – insb nach den Sub-Clauses 5.5 bis 5.7 – verantwortlich ist; oder
- die Nichterfüllung einer anderen vertraglichen Obliegenheit des Auftragnehmers

zurückzuführen ist.
Sollte die Notwendigkeit der Verbesserungsarbeiten auf eine andere Ursache zurückzuführen sein – und ist dem Auftragnehmer daher der Mangel bzw Schaden haftungsmäßig nicht zuzurechnen –, hat der Auftraggeber den Auftragnehmer von diesem Umstand umgehend zu verständigen (Sub-Clause 11.2 Abs 2). Diese Verständigung stellt eine Variation (Leistungsänderung) dar[410], die dem Auftragnehmer einen – nach dem Prozedere der Sub-Clause 13.3 (s dazu schon oben 6.3.1.3) zu bestimmenden – Anspruch auf Mehrkosten gibt.
Wird der Auftragnehmer vom Auftraggeber hingegen nicht gem Sub-Clause 11.2 Abs 2 verständigt, ist er aber der Meinung, dass die Verbesserungsarbeiten auf eine andere als in Sub-Clause 11.1 angeführte Ursache zurückzuführen sind und er daher zur Forderung

---

[409] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 196.
[410] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 203 f; *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006), 59.

von Mehrkosten berechtigt ist, sollte er diesen Umstand gem Sub-Clause 20.1 Abs 1[411] beim Engineer bzw Auftraggeber anmelden, um seinen Anspruch nicht zu verlieren.[412]

Es lässt sich somit feststellen, dass die Risikoverteilung erst – in einem zweiten Schritt – bei der Frage der Pflicht zur Kostentragung der Verbesserungsarbeiten Berücksichtigung findet. Dadurch soll insb gewährleistet werden, dass vom Auftragnehmer alle Anstrengungen getätigt werden, damit am Ende des Vertragsverhältnisses ein funktionsfähiges Werk steht.[413]

Für die Ermittlung der Kostentragungspflicht hat der Engineer nach der Mängelrüge des Auftraggebers eine technische Begutachtung des aufgetretenen Mangels bzw Schadens vorzunehmen, um beurteilen zu können, welche der beiden Vetragsparteien den Mangel bzw Schaden zu vertreten hat und dadurch zur Kostentragung der Verbesserungsarbeiten verpflichtet ist.[414] Ist dem Engineer die Feststellung der Ursache des Mangels nicht möglich, so kann er gem Sub-Clause 11.8 den Auftragnehmer mit deren Ermittlung beauftragen.[415]

7.4.3 Verlängerung der Defects Notification Period

Der Auftraggeber hat gem Sub-Clause 11.3 Abs 1 einen Anspruch auf Verlängerung der Defects Notification Period für und um jenen Zeitraum, während dem das Werk bzw eine Section bzw ein wesentlicher Teil („major item“) des Werks nach Ausstellung des Taking-Over Certificate wegen eines Mangels oder Schadens **nicht bestimmungsgemäß verwendet** werden kann. Eine solche Verlängerung der Defects Notification Period tritt jedoch nicht automatisch ein, vielmehr hat der Auftraggeber diesen Anspruch auf Verlängerung der Defects Notification Period vor deren Ablauf gem Sub-Clause 2.5 (s dazu unten 8.4.2.1) zu verfolgen.[416] Insgesamt kann die Defects Notification Period jedoch nicht um mehr als zwei Jahre verlängert werden.

FIDIC vertritt diesbezüglich die Meinung, dass die nichtbestimmungsgemäße Verwendung auch bereits vor Taking-Over erfolgen kann.[417] Dem kann mE nicht gefolgt werden, da dies einerseits gar keinen Sinn macht, weil vor erfolgter Übernahme das Werk gar nicht benutzt werden kann, da es rechtlich noch nicht existiert, und andererseits diese

---

411 s dazu unten 8.4.1.1.

412 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 197.

413 Auch hier zeigt sich wiederum die von den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehene Bauförderungspflicht des Auftragnehmers, wonach der Auftragnehmer eines Bauvertrags Vertragserfüllung schuldet, was immer auch geschieht („whatever happens“). S dazu bereits oben 1.1.1.4.

414 *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 208.

415 *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 208. Der Auftragnehmer hat für die Ermittlung der Mangelursache einen Anspruch auf Ersatz der ihm dadurch enstandenen Kosten und eines angemessenen Gewinns, es sei denn, es stellt sich heraus, dass der Mangel auf Kosten des Auftragnehmers zu beseitigen ist.

416 *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 204.

417 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 197.

These auch ganz klar dem Wortlaut der Sub-Clause 11.3 Abs 1 Satz 1 widerspricht, der auf eine nicht bestimmungsgemäße Benutzung *nach* Taking Over abstellt.
Es sei jedoch darauf hingeweisen, dass die Verlängerung der Defects Notification Period bei **jeder** nicht bestimmungsgemäßen Verwendung der Arbeiten eintritt. Dies selbst dann, wenn der Auftragnehmer den Mangel bzw Schaden gar nicht zu vertreten hat. Sollte der Auftragnehmer für den Mangel bzw Schaden nicht verantwortlich sein, stellen die Mangelbeseitigungsarbeiten allerdings eine Variation (Leistungsänderung) dar und geben dem Auftragnehmer einen Anspruch auf zusätzliches Entgelt, in dem auch eine Entschädigung für die Verlängerung der Defects Notification Period zu inkludieren ist.[418]

Der Bestimmung der Sub-Clause 11.3 Abs 1 **entspricht** wohl **Pkt 12.2.5.2** der ÖNORM B 2110. Dieser sieht für den Fall, dass durch einen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile der Leistung oder gar der Gesamtleistung verhindert wird, vor, dass sich die Gewährleistungsfristen für diese Teile der Leistung oder für die Gesamtleistung um die Zeit der Verhinderung verlängern.
Die allgemeine österreichische Rechtslage sieht eine solche Verlängerung der Gewährleistungsfrist allerdings nicht vor. Hinsichtlich eines ABGB-Bauvertrags besagt die Rsp „lediglich", dass, wenn nach der Übernahme Mängel behoben werden, mit der Vollendung der auf Verbesserung gerichteten Tätigkeit für die verbesserten Teile der Leistung eine neue Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt.[419] Dieser Rechtssatz wurde auch in die ÖNORM B 2110 – in Pkt 12.2.5.1[420] – aufgenommen.

7.4.4 Folgen der Verletzung der Verbesserungspflicht

Wenn der Auftragnehmer dem Verlangen des Auftraggebers auf Mangelbeseitigung nicht innerhalb einen angemessenen Zeit nachkommt, kann ihm der Engineer bzw Auftraggeber eine Nachfrist setzen. Eine Verpflichtung zur Gewährung einer solchen Nachfrist trifft den Auftraggeber jedoch nicht (arg: „may").[421]
Gewährt der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine solche Nachfrist nicht bzw behebt der Auftragnehmer den Mangel oder Schaden nicht innerhalb dieser Nachfrist und war die Verbesserung auf Kosten des Auftragnehmers auszuführen, kann der Auftraggeber gem Sub-Clause 11.4 Abs 2 wahlweise entweder

---

[418] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 197.

[419] stRspr, zul OGH 13.06.2006, 10 Ob 105/05x.

[420] Pkt 12.2.5.1: „Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß 12.2.3.2 für jene Teile der Leistung zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten."

[421] vgl Sub-Clause 11.4 Abs 1 Satz 1: „If the Contractor fails to remedy any defect or damage within a reasonable time, a date **may** be fixed by (or on behalf of) the Employer, on or by which the defect or damage is to be remedied."

- die Arbeiten selbst durchführen oder durch andere ausführen lassen und die ihm entstandenen angemessenen Kosten („costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage“) vom Auftragnehmer ersetzt verlangen (**Ersatzvornahme**).[422] Für die ausgeführten Arbeiten ist der Auftragnehmer dann jedoch nicht verantwortlich (lit a);
- den Engineer darum ersuchen, gem Sub-Clause 3.5 einen Betrag zu bestimmen, um den der Vertragspreis zu mindern ist bzw im Silver Book diese Minderung selbst festsetzen (**Preisminderung**, lit b); oder
- den Vertrag aufheben, wenn der Mangel bzw Schaden so gewichtig ist, dass er dem Auftraggeber den Vorteil bzw den Nutzen des Werks im Wesentlichen entzieht („deprives […] substantially the whole benefit of the Works“, **Wandlung**). Dementsprechend kann der Auftraggeber den Vertrag auch nur teilweise wandeln, wenn sich die wesentliche Entziehung des Vorteils bzw Nutzens lediglich auf einen wesentlichen Teil („major part“) des Werks bezieht (lit c).

Große Unterschiede lassen sich hier gegenüber der österreichischen Rechtslage keine ausmachen. Auch in den FIDIC-Standardbedingungen kann der Auftraggeber – wie nach der Bestimmung des § 932 Abs 2 ABGB, die mit jener des Pkt 12.2.4.2 ident ist – mit der von ihm gem Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit b vorzunehmenden Mängelrüge zunächst nur die Verbesserung (oder den Austausch) der Sache (primäre Gewährleistungsbehelfe auf der ersten Ebene) verlangen, womit er dem Auftragnehmer eine (zweite) Chance zu geben hat, den Fehler selbst zu beheben und so den vertraglich vereinbarten Zustand herzustellen.[423] Erst wenn der Auftragnehmer seiner Verbesserungspflicht nicht fristgerecht nachkommt – wobei hier anzumerken ist, dass § 932 Abs 4 ABGB, der mit Pkt 12.2.4.4 übereinstimmt, noch weitere Tatbestände vorsieht –, hat der Auftraggeber das Wahlrecht zwischen den Behelfen der Ersatzvornahme, der Preisminderung oder der Wandlung in den FIDIC-Standardbedingungen bzw der Preisminderung oder der Wandlung bei einem österreichischen Bauvertrag (sekundäre Gewährleistungsbehelfe auf der zweiten Ebene).[424]

---

[422] Vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 196, wo der Auftraggeber allerdings ausdrücklich davor gewarnt wird, eine solche Ersatzvornahme zu betreiben, bevor nicht die Voraussetzungen der Sub-Clause 11.4 vorliegen. Die Warnung wird aber unter Hinweis auf einige nationale Rechtsordnungen eingeschränkt, die die Ersatzvornahme erlauben, wenn demonstrative Gründe dafür vorliegen, dass der Auftraggeber glauben darf, der Auftragnehmer werde die Mängelbeseitigung ohne die notwendige Sorgfalt vornehmen.

[423] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 71; *Welser / Jud*, Gewährleistung (2001) § 932 Rz 3 f.

[424] *Welser / Jud*, Gewährleistung (2001) § 932 Rz 29 ff.

7.5 Tests after Completion

Das Yellow Book und das Silver Book, nicht aber das Red Book sehen neben den bei Fertigstellung des Werks durchzuführenden Tests (Tests **on** Completion[425]) noch weitere, nach der Übernahme vorzunehmende Untersuchungen, die sog Tests **after** Completion[426], vor. Zu deren Regelung enthalten die beiden Books ausführliche Vorschriften in Clause 12.[427] Die Tests after Completion spielen immer dann eine Rolle, wenn das Werk vertraglich vereinbarte Betriebsstandards einhalten muss. In Betracht kommt va die Überprüfung der Produktionsquantität oder -qualität, der Verbrauch von Energie oder Rohstoffen oder jeder andere Aspekt, der für den Einsatz der Anlage für den Auftraggeber von Wichtigkeit ist.

Auch zu den Tests after Completion findet sich – wie schon zu den Tests on Completion – in der ÖNORM B 2110 kein Pendant.

Auch wenn die Tests after Completion grundsätzlich im Yellow Book und Silver Book vorgesehenen sind, sind diese jedoch nicht zwingend durchzuführen. Sub-Clause 12.1 Abs 1 Satz 1 erklärt Clause 12 nur dann für anwendbar, wenn im Vertrag die Durchführung von Tests after Completion vereinbart wird, wozu die Tests after Completion aber bereits vor Vertragsabschluss in den Employer's Requirements beschrieben und präzisiert werden müssten. Dass sich dies in einem solch frühen Vertragsstadium – sohin zu einem Zeitpunkt, in dem die meisten Details des Werks noch gar nicht bekannt sind und idR einige Jahre, bevor die Tests after Completion tatsächlich durchgeführt werden – idR als äußert schwierig erweisen wird, liegt wohl auf der Hand.[428]

7.5.1 Ablauf der Tests after Completion

Da mit der erfolgten Übernahme das Werk grundsätzlich bereits in das Eigentum und die Risikosphäre des Auftraggebers übergegangen ist, hat dieser auch Ausrüstung, Werkzeug, Materialien, Elektrizität und Personal zur Verfügung zu stellen. In weiterer Folge ist es auch der Auftraggeber, dem – im Gegensatz zu den vertragsbegleitenden Tests und den Tests on Completion –, unter der Anleitung des Auftragnehmers, die Durchführung der Tests after Completion obliegt.

---

[425] zu den Tests on Completion s schon oben 7.2.

[426] vgl Yellow Book und Silver Book, Sub-Clause 1.1.3.6: „"Tests after Completion" means the tests (if any) which are specified in the Contract and which are carried under Clause 12 after the Works or a Section (as the case may be) are taken over by the Employer."

[427] Im Red Book ist an dieser Stelle die Preisberechnung geregelt. FIDIC hat in diesem die Regelung von Tests after Completion wohl für überflüssig erachtet, da bei Ingenieurbauarbeiten, bei denen das Red Book idR angewendet wird, umfangreiche und zahlreiche Tests, wie sie bei Industrieanlagen zu beobachten sind, vergleichsweise eher selten sind. Dennoch können auch im Red Book Tests after Completion vorgesehen werden, Sub-Clause 1.1.3.6 verweist die Vertragsparteien jedoch auf eine entsprechende Vereinbarung in den Particular Conditions.

[428] vgl *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 212.

Die Tests after Completion sollten möglichst bald nach der Übernahme durchgeführt werden, um die Auswirkungen der Benutzung durch den Auftraggeber möglichst gering zu halten.[429] FIDIC weist aber darauf hin, dass es gerade bei bestimmten Arten von Anlagen (zB Klimatisierungsanlage, Heizanlage) wesentlich nützlicher ist, die Tests after Completion zu einer bestimmten Jahreszeit durchzuführen.[430]

Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer wenigstens 21 Tage im Voraus von jenem Termin in Kenntnis zu setzen, an dem er zur Durchführung der Tests after Completion in der Lage sein wird. Die Tests werden sodann, mangels anderer Abreden oder einer Anordnung des Engineers bzw des Auftraggebers[431], innerhalb eines Zeitraumes von 14 Tagen nach dem mitgeteilten Termin durchgeführt. Die Tests after Completion bestehen zumeist aus einer Kombination von elektrischen, hydraulischen und mechanischen Tests, die während einer ununterbrochenen Dauer – von idR 28 Tagen – durchgeführt werden.[432] Die Ergebnisse der Tests after Completion werden in weiterer Folge durch beide Parteien zusammengestellt und bewertet.

7.5.2 Verzögerung der Tests after Completion

7.5.2.1 Verzögerung durch den Auftraggeber

Für den Fall der pflichtwidrigen Verzögerung der Tests after Completion durch den Auftraggeber gibt Sub-Clause 12.2 Abs 1 dem Auftragnehmer einen grundsätzlichen Anspruch auf Mehrkosten und angemessenen Gewinn.[433] Dauert die Behinderung durch den Auftraggeber an und können in weiterer Folge die Tests after Completion nicht während der Defects Notification Period durchgeführt werden, sieht Sub-Clause 12.2 Abs 3 vor, dass die Tests after Completion für das Werk bzw die Section als bestanden gelten.

7.5.2.2 Nichterscheinen des Auftragnehmers

Wenn der Auftragnehmer nicht wie vereinbart zu den Tests after Completion erscheint, kann der Auftraggeber gem Sub-Clause 12.1 Abs 3 mit den Tests fortfahren. In diesem Fall wird vermutet, dass die Tests after Completion in Anwesenheit des Auftragnehmers durchgeführt wurden und der Auftragnehmer die Messergebnisse als zutreffend anerkennt.

---

[429] vgl *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 216.

[430] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 212.

[431] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 212.

[432] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 212.

[433] Ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung ist selbstverständlich nicht mehr möglich bzw notwendig, wurde das Werk doch schon vom Auftraggeber übernommen.

7.5.3 Folgen des Nichtbestehens der Tests after Completion

Schlägt der Test fehl, ist der **Auftragnehmer** gem Sub-Clause 12.3 Abs 1 lit a iVm Sub-Clause 11.1 Abs 1 lit b **zur Verbesserung verpflichtet**, und zwar unabhängig davon, ob er das Nichtbestehen der Tests after Completion zu verantworten hat oder nicht (s dazu schon oben 7.4.1). Nach Durchführung der Verbesserungsarbeiten können beide Vertragsparteien die Wiederholung der fehlgeschlagenen Tests after Completion unter den gleichen Bedingungen verlangen. Sollte der Auftragnehmer seiner Verbesserungspflicht allerdings nicht nachkommen, stehen dem Auftraggeber die Möglichkeiten der Sub-Clause 11.4 Abs 2 offen (s dazu schon oben 7.4.4).[434] Hinsichtlich der Kostentragung der Verbesserungsarbeiten verweist Sub-Clause 12.3 Abs 2 auf die Bestimmung der Sub-Clause 11.2 (s dazu schon ausführlich oben 7.4.2): Danach steht dem Auftragnehmer nur dann Kostenersatz zu, wenn die Gründe der Mängelbeseitigungspflicht nicht auf ihn zurückgehen. Hat der Auftragnehmer hingegen die Mängel zu vertreten, muss er die Verbesserungsarbeiten auf eigene Rechnung durchführen; darüber hinaus gibt Sub-Clause 12.3 Abs 2 dem Auftraggeber einen Anspruch auf Ersatz der ihm dadurch entstandenen Kosten.

Sub-Clause 12.4 regelt das erneute Fehlschlagen der Tests after Completion auch nach deren Wiederholung. Gem Sub-Clause 12.4 Abs 1 wird das Bestehen der Tests fingiert, wenn ein Pauschalbetrag für die Nichterfüllung der Leistungskriterien (sog non-performance damages) im Vertrag vereinbart wurde und der Auftragnehmer diesen Betrag an den Auftraggeber während der Defects Notification Period zahlt. Gem Sub-Clause 12.4 Abs 2 kann der Auftragnehmer aber auch von sich aus Anpassungen oder Änderungen des Werks bzw der Section vorschlagen. Ist der Auftraggeber mit diesen einverstanden, hat er – da er zu diesem Zeitpunkt idR die Anlage bereits in Betrieb genommen haben wird – die Möglichkeit, den Auftragnehmer mit der Verbesserung auf einen späteren Termin zu verweisen. Wenn der Auftraggeber in weiterer Folge dem Auftragnehmer einen solchen Termin mitteilt, hat dieser die vorgeschlagenen Änderungen an der Anlage innerhalb einer angemessenen Frist vorzunehmen. Erfolgt jedoch keine Terminbestimmung innerhalb der Defects Notification Period, wird der Auftragnehmer von seiner Verpflichtung zur Verbesserung frei und das Bestehen der Tests after Completion fingiert.

---

[434] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 219.

7.6 Das Performance Certificate

7.6.1 Die Bedeutung des Performance Certificate

Sub-Clause 11.9 Abs 1 stellt klar, dass die Vertragspflichten des Auftragnehmers bis zur Ausstellung des Performance Certificate durch den Engineer als nicht erfüllt angesehen werden. Einzig das Performance Certificate soll als Beleg für die vollständige Erfüllung des Vertrages durch den Auftragnehmer dienen.[435]

Darüber hinaus besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Sub-Clause 11.9 Abs 3 mit Ausstellung des Performance Certificate eine Vermutung für die Annahme (acceptance) des Bauwerks durch den Auftraggeber.[436] Dabei handelt es sich mithin um eine über die „bloße" Übernahme hinausgehende Erklärung, mit der der Auftraggeber die Vertragsgemäßheit der erhaltenen Leistung des Auftragnehmers anerkennt.[437]

7.6.2 Die Ausstellung des Performance Certificate

Der Engineer hat das Performance Certificate gem Sub-Clause 11.9 Abs 2 innerhalb von 28 Tagen nach dem Ablauf sämtlicher Defects Notification Periods auszustellen.[438] Die Bestimmung verwendet hier den Plural, da für Teile des Werks unterschiedliche Fristen vereinbart werden können. Das sich auf die gesamte Leistung des Auftragnehmers beziehende Performance Certificate soll daher erst nach Ablauf aller Defects Notification Periods ausgestellt werden. Der Zeitraum von 28 Tagen nach dem Ende der Defects Notification Period soll den Vertragsparteien die Möglichkeit einer gemeinsamen Baubegehung und dem Auftragnehmer die Möglichkeit zur Fertigstellung der vom Auftraggeber angezeigten, noch ausstehenden Arbeiten bzw noch zu beseitigenden Mängeln geben.[439] Weitere Voraussetzung für die Ausstellung des Performance Certificate ist, dass der Auftragnehmer sämtliche, nach dem Vertrag zu übergebenden Dokumente beigebracht, alle vorgesehenen Tests durchgeführt und etwaige Mängel beseitigt hat.

Sollte der Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Ablaufs der spätesten Defects Notification Period noch nicht allen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen sein, hat der

---

[435] Sub-Clause 11.9 Abs 1: „Performance of the Contractor's obligations shall not be considered to have been completed until the Engineer [Employer] has issued the Performance Certificate to the Contractor, stating the date on which the Contractor completed his obligations under the Contract."

[436] Sub-Clause 11.9 Abs 3: „Only the Performance Certificate shall be deemed to constitute acceptance of the Works."

[437] vgl *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 253.

[438] Um Widersprüchen vorzubeugen, empfiehlt FIDIC folgende Textierung für das Performance Certificate: „We hereby certify, in the terms of Sub-Clause 11.9 of the Conditions of Contract, that the Contractor completed his obligations under the Contract on ……." Vgl FIDIC (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 203.

[439] *Totterdill*, FIDIC users' guide^2 (2006) 208.

Engineer das Performance Certificate so bald wie möglich nach deren Erfüllung auszustellen. Dies ist üblicherweise dann der Fall, wenn es dem Auftragnehmer zeitlich nicht möglich ist, alle vom Auftraggeber in den letzten Tagen vor Ablauf der Defects Notification Period angezeigten Mängel in diesen 28 Tagen zu verbessern.[440]

Das Silver Book sieht – im Gegensatz zum Red Book und Yellow Book – in Sub-Clause 11.9 Abs 2 lit a gar eine **fingierte Ausstellung des Performance Certificate** vor, wenn der Auftraggeber dieses pflichtwidrig nicht ausstellt. Das Performance Certificate gilt dann 28 Tage nach jenem Tag, an dem dieses hätte ausgestellt werden müssen, als ausgestellt.

7.6.3 Die Rechtsfolgen des Performance Certificate

An die Ausstellung des Performance Certificate knüpfen sich die in weiterer Folge aufgelisteten Rechtsfolgen.[441]

7.6.3.1 Anerkennung der vertragsgemäßen Erfüllung

Der Auftraggeber anerkennt die Bauleistung als vollständige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Auftragnehmers (Sub-Clause 11.9, siehe dazu bereits ausführlich oben 7.6.1).

In welchem Zusammenhang diese Rechtsfolge mit der Vorschrift der Sub-Clause 11.10 steht, die besagt, dass durch die Ausstellung des Performance Certificate die fortbestehenden vertraglichen Verpflichtungen der Vertragsparteien nicht berührt werden sollen, und was dies für eine etwaige Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers nach Ausstellung des Performance Certificate bedeutet, wird unter 7.6.4 erörtert.

7.6.3.2 Rückgabe der Performance Security

Gem Sub-Clause 4.2 Abs 6 ist der Auftraggeber innerhalb von 21 Tagen nach Erhalt einer Kopie des Performance Certificate zur Rückgabe der Erfüllungssicherheit (Erfüllungsgarantie, sog Performance Security) an den Auftragnehmer verpflichtet. Bereits nach Ausstellung des Performance Certificate darf der Auftraggeber aus der Performance Security keinen Anspruch mehr geltend machen (vgl Sub-Clause 4.2 Abs 4).

Die Laufzeit der Performance Security unterscheidet sich in den FIDIC-Standardbedingungen erheblich von jener der bei österreichischen Bauvorhaben abgeschlossenen Bankgarantien. Während bei letzteren die Laufzeit idR bis zur voraussichtlichen Übernahme des Bauwerks datiert ist, hat in den FIDIC-

---

[440] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 202.

[441] vgl die Auflistung in *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 381.

Standardbedingungen der Auftraggeber die Performance Security erst nach weit über einem Jahr[442] nach Übernahme (Taking-Over) an den Auftragnehmer herauszugeben.

7.6.3.3 Legung der endgültigen Schlussrechnung

Nach Erhalt des Performance Certificate hat der Auftragnehmer gem Sub-Clause 14.11 Abs 1 innerhalb von 56 Tagen dem Engineer einen Entwurf der Schlussrechnung (sog draft final statement) vorzulegen. Es folgt eine – zeitlich nicht bestimmte – Prüffrist des Engineers, in der dieser erklären kann, mit Teilen des Entwurfs der Schlussrechnung nicht einverstanden zu sein oder diese ohne weitere Dokumentation nicht prüfen zu können. Wenn sich der Auftragnehmer und der Engineer über die Schlussrechnung geeinigt haben, hat der Auftragnehmer die endgültige Schlussrechnung (sog Final Statement) zu legen, in der dieser sämtliche Leistungen und Forderungen vollständig anzuführen hat. Diesen Umstand, dass der Auftragnehmer vollständig und endgültig abgerechnet hat, hat dieser in einer eigenen Entlastungserklärung (sog written discharge, vgl Sub-Clause 14.12) schriftlich zu bestätigen. Innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt der endgültigen Schlussrechnung und der Entlastungserklärung hat der Engineer sodann das sog Final Payment Certificate auszustellen. Dieses soll den endgültig geschuldeten Betrag sowie die Abrechnung sämtlicher Zahlungen und den endgültigen Zahlungsbetrag zugunsten einer der beiden Vertragsparteien ausweisen.[443]

7.6.3.4 Endgültige Räumung der Baustelle

Der Auftragnehmer ist gem Sub-Clause 11.11 innerhalb von 28 Tagen nach Erhalt des Performance Certificate verpflichtet, die gesamte Baustelle zu räumen. Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nach, ist der Auftraggeber berechtigt, die auf der Baustelle verbliebenen Sachen des Auftragnehmers zu verkaufen oder anderweitig über sie zu verfügen und die ihm entstandenen Beseitigungskosten ersetzt zu verlangen.

7.6.3.5 Fälligkeit der noch offenen Rechnungseinbehalte

Der noch aushaftende Teil der Rechnungseinbehalte (sog Retention Money) ist sofort nach Ablauf der Defects Notification Period auszubezahlen (Sub-Clause 14.9 Abs 2).
Die FIDIC-Standardbedingungen sehen daher – anders als die ÖNORM B 2110, die den Haftungsrücklass iHv 2% des Schlussrechnungsbetrages für den Fall, dass der

---

[442] Im von den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehenen Regelfall erfolgt eine Rückgabe der Performance Security an den Auftragnehmer gar erst 414 Tage nach Taking Over. Diese Frist setzt sich aus der 365 Tage dauernde Defects Notification Period, der 28-tägigen Frist für die Ausstellung des Performance Certificate nach Ablauf der Defects Notification Period und dem 21-tägigen Zeitraum für die Rückgabe der Performance Security nach dem Erhalt des Performance Certificate zusammen.

[443] Das Final Payment Certificate kann sohin entweder einen Zahlungsbetrag zugunsten des Auftraggebers oder zugunsten des Auftragnehmers ausweisen.

Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung obliegenden Pflichten nicht erfüllt – keine Sicherheitseinbehalte des Auftraggebers während einer etwaigen nach Ausstellung des Performance Certificate beginnenden Gewährleistungsfrist (s unten 7.6.4.2) vor. Sollte der Auftragnehmer allerdings noch (gem Sub-Clause 11.1) offene Arbeiten auszuführen oder Mängel verbessern zu haben, ist der Engineer berechtigt, bis zu dessen Durchführung Rechnungseinbehalte in Höhe der für diese Arbeiten geschätzten Kosten zurückzubehalten (Sub-Clause 14.9 Abs 3).

7.6.4 Auswirkungen des Performance Certificate auf das Vertragsverhältnis

7.6.4.1 Die Bedeutung der Vorschrift der Sub-Clause 11.10

Wie schon das 1987er-Red Book (in Sub-Clause 62.2) und das Orange Book enthalten die FIDIC-Standardbedingungen mit Sub-Clause 11.10 eine Vorschrift, die besagt, dass durch die Ausstellung des Performance Certificate die fortbestehenden vertraglichen Verpflichtungen der Vertragsparteien nicht berührt werden sollen. Die Parteien sollen vielmehr für Verpflichtungen, die im Zeitpunkt der Ausstellung des Performance Certificate noch unerfüllt sind, verantwortlich bleiben. Zum Zwecke der Bestimmung derartiger Verpflichtungen wird vermutet, dass der Vertrag weiterhin in Kraft ist.[444]

Will man die Bestimmung der Sub-Clause 11.10 richtig verstehen, darf man ihr lediglich klarstellende Bedeutung beimessen.[445] Denn freilich erlöschen mit der Ausstellung des Performance Certificate nicht schlechthin sämtliche Vertragspflichten; das Performance Certificate enthält schließlich nur eine Vermutung dahingehend, dass der Auftragnehmer seine Hauptpflicht – die Erstellung des Werkes – erfüllt hat.[446] Es bedarf ebenso auch keiner Vermutung, dass der Vertrag fortbesteht, da er dies ohnehin tut.

In erster Linie denkt FIDIC bei den im Zeitpunkt der Ausstellung des Performance Certificate noch unerfüllten Verpflichtungen an solche, die im Zeitpunkt der Ausstellung des Performance Certificate noch gar nicht erfüllt werden konnten: Der Auftraggeber hat schließlich (nach Ausstellung des Final Payment Certificate) noch die Schlußzahlung zu leisten und darüber hinaus die Pflicht, dem Auftragnehmer die Performance Security zurückzugeben. Der Auftragnehmer wiederum hat uU Wiederherstellungsarbeiten an Böden oder Oberflächen (vgl Sub-Clause 10.4) zu leisten, die Baustelle zu räumen und das Final Payment Certificate zu beantragen.[447]

---

[444] Sub-Clause 11.10: „After the Performance Certificate has been issued, each Party shall remain liable for the fulfilment of any obligation which remains unperformed at that time. For the purposes of determining the nature and extent of unperformed obligations, the Contract shall be deemed to remain in force."

[445] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 254.

[446] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 254.

[447] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 203.

7.6.4.2 Pflicht des Auftragnehmers zur gesetzlichen Mängelgewährleistung?

Darüber hinaus wird aus Sub-Clause 11.10 auch eine **nach Ablauf der Defects Notification Period bestehende Verpflichtung des Auftragnehmers zur (gesetzlichen) Mängelgewährleistung** abgeleitet.[448] Dem kann mE jedoch nicht uneingeschränkt zugestimmt werden, da sich aus den Umständen im Einzelfall durchaus auch anderes ergeben kann.

Es kann aber jedenfalls festgehalten werden, dass das Verhältnis bzw das Zusammenspiel zwischen der von den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehenen Defects Notification Period und der von den nationalen Gesetzen geregelten Mängelgewährleistung ein umstrittenes Thema ist.[449] Während die Defects Notification Period eine vertragliche Mängelhaftung des Auftragnehmers ist, die einer unselbständigen Garantie bzw Wartungspflicht des Auftragnehmers entsprechend geregelt wurde und deren Dauer sich nach der Vereinbarung im Appendix to Tender richtet (s dazu schon oben 7.4), stellt die Gewährleistung (des österreichischen Rechts wie auch grundsätzlich aller kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen) hingegen eine gesetzliche Mängelhaftung dar, deren Dauer sich nach der jeweiligen vertraglichen Regelung, in Ermangelung einer solchen, nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 922 ff ABGB) richtet.

Das Verhältnis dieser beiden Zeiträume zueinander ist damit ohne Zweifel immer vom jeweiligen Vertragsstatut abhängig und bedarf damit stets einer Vertragsauslegung.

7.6.4.2.1 Vertragsstatut: Common Law

Liegt dem FIDIC-Bauvertrag eine **Rechtsordnung des Common Law** zugrunde, ist die **Defects Notification Period** ohne Zweifel als **zusätzlicher Behelf** des Auftraggebers zur Erreichung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer zu betrachten, da die Common Law-Rechtsordnungen – wie bereits erörtert – eine Gewährleistung (iSd kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen) gar nicht kennen, sondern deren Mängelbehebungspflicht des Auftragnehmers auf der Nichteinhaltung eines Garantieversprechens (breach of contract) basiert.[450] Da nach Common Law die Mängelhaftung zeitlich weit über die Übernahme hinausgeht (6 bzw 12 Jahre), kann daraus für die FIDIC-Standardbedingungen gefolgert werden, dass die

---

[448] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 203; *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 209; *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006), 91, 102 f; *Seppälä* in ICLR 2000, 235 (240); offenbar aA *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 254.

[449] vgl dazu ua *Goedel*, RIW 1982, 81 (86); *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 246; *ders* in VBI (Hg), FIDIC Red Book[2] (2006), 91; *Seppälä* in ICLR 2000, 235 (240); *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 254.

[450] *Goedel*, RIW 1982, 81 (86); s dazu bereits oben 7.4.1.

Mängelbeseitigungspflicht des Auftragnehmers nicht schon mit Ablauf der – idR wesentlich kürzeren – Defects Notification Period erlöschen soll.[451]

7.6.4.2.2 Vertragsstatut: kein Common Law

Liegt dem FIDIC-Bauvertrag jedoch **keine Rechtsordnung des Common Law** zugrunde, ist mittels Vertragsauslegung zu ermitteln, was die Vertragsparteien mit der Vereinbarung der FIDIC-Standardbedingungen – und damit eben auch der Defects Notification Period – hinsichtlich der Mängelhaftung des Auftragnehmers vereinbaren wollten. Wollten sie mit der Defects Notification Period für den Auftraggeber einen gegenüber der gesetzlichen Gewährleistung zusätzlichen Behelf zur Mängelbeseitigung schaffen oder gingen sie vielmehr davon aus, dass schon die Mängelbeseitigung während der Defects Notification Period die gesamte Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers darstellt, damit an deren Stelle tritt und diese sohin ersetzt?
Zur Lösung dieser – äußert heiklen – Frage ist va auf die nationalen gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften des Vertragsstatuts sowie auf die Herkunft der Vertragsparteien zu achten.

7.6.4.2.2.a Die Defects Notification Period tritt an die Stelle der gesetzlichen Gewährleistung

Ergibt sich im Wege der Auslegung der FIDIC-Standardbedingungen, dass die Vertragsparteien die **Defects Notification Period als Gewährleistungsfrist** angesehen haben, endet die Mängelhaftung des Auftragnehmers daher mit Ablauf der Defects Notification Period.[452] Dieses Szenario tritt va dann ein, wenn die – der Disposition der Vertragsparteien obliegende – Dauer der Defects Notification Period und die Dauer der nationalen gesetzlichen Gewährleistung (in etwa) gleich lang sind. Dann kann wohl davon ausgegangen werden, dass die Defects Notification Period an die Stelle der gesetzlichen Mängelgewährleistung tritt und mit Ablauf der Defects Notification Period der Auftragnehmer keine weitere Mängelgewährleistung schuldet.
Dies zeigt sich wohl deutlich anhand folgendem Beispiel: Kommen beide Vertragsparteien aus Staaten mit einer – im internationalen Vergleich eher kürzeren – Gewährleistungsfrist von drei Jahren und vereinbaren diese bei Abschluss des FIDIC-Bauvertrags eine Dauer der Defects Notification Period von drei Jahren, liegt die Vermutung äußerst nahe, dass die Vertragsparteien gerade nicht an eine zusätzliche Mängelhaftung des Auftragnehmers nach den gesetzlichen Vorschriften des Vertratsstatuts nach Ablauf der Defects

[451] *Goedel*, RIW 1982, 81 (86).
[452] *Goedel*, RIW 1982, 81 (86).

Notification Period gedacht hatten, sondern dass sich die gesamte Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers bereits in der Mängelbeseitigung während der Defects Notification Period erschöpft.

7.6.4.2.2.b Die Defects Notification Period als zusätzlicher Behelf des Auftraggebers

Wenn aber auch eine längere nationale Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers besteht oder die Vertragsparteien keine andere Dauer der Defects Notification Period als den Voreintrag der FIDIC von 365 Tagen vereinbart haben, dann ist wohl die **Defects Notification Period** als **zusätzlicher Behelf** des Auftraggebers gegenüber der gesetzlichen Mängelgewährleistung zu betrachten.
Dies wird va dann gelten, wenn die Defects Notification Period nur für die Dauer von 365 Tagen vereinbart wird, die Vorschriften des nationalen Vertragsstatuts aber eine wesentlich längere Gewährleistungspflicht vorsehen, wie zB Staaten mit der idR 10-jährigen Haftung für Dach und Fach (sog Décennale-Haftung)[453]. Hier ist bei der Vertragsauslegung wohl nicht davon auszugehen, dass die Vertragsparteien die Gewährleistungsdauer von 10 Jahren durch Vereinbarung einer 1-jährigen Defects Notification Period ersetzen wollten.

7.6.4.2.3 Die Verjährung der gesetzlichen Gewährleistung

Wenn sich somit aus der Vertragsauslegung ergibt, dass die Defects Notification Period als zusätzlicher Behelf des Auftraggebers zur Erreichung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer – wie in den Fällen 7.6.4.2.1 und 7.6.4.2.2.b – zu betrachten ist, kommt bereits die nächste Problematik hervor: Die FIDIC-Standardbedingungen sehen keine Vorschriften über die gesetzliche Gewährleistungsfrist vor, und zwar weder über deren Beginn noch deren Dauer.[454] Der Grund für die diesbezügliche Zurückhaltung der FIDIC-Standardbedingungen dürfte wohl darin liegen, dass die Common Law-Rechtsordnungen Fragen der Verjährung im Prozessrecht regeln, während die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die Verjährungen dem materiellen Recht zuordnen.[455]

---

[453] vgl *Hök*, ZfBR 2008, 741 (748 f). Zu diesen Staaten gehören ua Ägypten, Algerien, Angola, Belgien, Frankreich, Kamerun, Libanon, Luxemburg, Malta, Marokko, Philippinen, Rumänien, Tunesien, Vereinigte Arabische Emirate sowie viele Staaten Südamerikas. Vgl auch die tabellarische Aufstellung in *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006), 107 ff. Zur französischen Decennalehaftung s Art 1792, 2270 des Code Civil; *Seppälä* in ICLR 2000, 206 f; *Hök* in IBR 2006, 1118 (1118).

[454] Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die FIDIC-Standardbedingungen keinerlei Verjährungsvorschriften enthalten, sondern die darin genannten Fristen (zur Geltendmachung von Ansprüchen) ausschließlich als materiell-rechtliche Präklusionsfristen ausgestaltet sind.

[455] *Hök* in VBI (Hg), FIDIC Red Book^2 (2006), 103; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 80 mwN.

Die **Dauer der Gewährleistungsfrist** kann daher nur für den Einzelfall unter Heranziehung des anwendbaren **Vertragsstatut**s beurteilt werden.[456] Da die Verjährung der Gewährleistungspflichten des Auftragnehmers einen nicht unwichtigen Part bei der (finalen) Abwicklung eines Bauvertrags darstellt, ist es jedoch besonders gefährlich, wenn diese der Regelung durch eine Rechtsordnung anheimfällt, die uU einer oder gar beiden Vertragsparteien unbekannt ist. Den Vertragsparteien ist daher anzuraten, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts eine angemessene Verjährungsfrist zu vereinbaren.[457]

Ebenso unklar ist der **Beginn des Laufs der Gewährleistungsfrist**. Die FIDIC-Standardbedingungen halten mit dem Taking-Over Certificate und dem Performance Certificate zwei Anknüpfungspunkte bereit. Geht man von der Ausstellung des **Taking-Over Certificate** aus, würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Defects Notification Period gleichzeitig mit der gesetzlichen Gewährleistung zu laufen beginnt, damit auch Teil derselben ist und daher auch auf deren Dauer angerechnet wird. Geht man von der Ausstellung des **Performance Certificate** aus, sind die Defects Notification Period und die gesetzliche Gewährleistung voneinander getrennt zu betrachten, da der Lauf der gesetzlichen Gewährleistungsfrist somit erst ab dem Zeitpunkt der Vertragserfüllung – und damit dem Ablauf der Defects Notification Period – beginnt. In der deutschsprachigen Literatur findet sich dazu – soweit ersichtlich – lediglich die Meinung *Hök*s, der aus dem Umstand, dass Sub-Clause 11.10 die Mängelhaftung für die Zeit nach der Erteilung des Performance Certificate ausdrücklich aufrecht erhält, folgert, dass die Frist der gesetzlichen Mängelgewährleistung erst mit der Ausstellung des Performance Certificate zu laufen beginnt.[458] Jedoch schränkt auch dieser letztlich zutreffend ein, dass auch der Beginn der Gewährleistungsfrist der Einzelfallentscheidung nach Maßgabe der Kriterien des anwendbaren Rechts vorbehalten bleibt.[459]

Die Ermittlung des Beginns der Gewährleistungsfrist kann sich mE daher nur durch die Gegenüberstellung jenes Zeitpunktes, in dem die Vorschriften des Vertragsstatuts den Beginn des Laufs der Gewährleistungsfrist vorsehen, mit dem Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-Over Certificate sowie dem Zeitpunkt der Ausstellung des Performance Certificate, ergeben. Je nach dem welcher der beiden letztgenannten Zeitpunkte dem Beginn der Gewährleistung nach den Bestimmungen des Vertragsstatuts am ehesten

---

456 *Goedel*, RIW 1982, 81 (86).

457 *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 203; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 254. FIDIC empfiehlt in der Anleitung zur Erstellung der Particular Conditions darüber hinaus auch ausdrücklich die Überprüfung der Bestimmung der Sub-Clause 11.10.

458 *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 247.

459 *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 247.

entspricht, stellt somit den Zeitpunkt des Beginns der gesetzlichen Gewährleistungsfrist dar.

Will man eine solche Gegenüberstellung für das österreichische Vertragsstatut vornehmen, muss daher der Zeitpunkt der Übernahme mit den Zeitpunkten der Ausstellung des Taking-Over Certificate sowie des Performance Certificate verglichen werden.

Ein erster Vergleich wird an dieser Stelle in Hinblick auf die Voraussetzungen der Übernahme bzw deren Verweigerung durch den Auftraggeber vorgenommen. Diesbezüglich sieht das **ABGB** vor, dass der Auftraggeber das Werk dann nicht zu übernehmen hat, wenn dieses in Quantität oder Qualität nicht dem Vertrag entspricht, was lediglich durch das Schikaneverbot begrenzt wird. Der Auftragnehmer schuldet bei einem ABGB-Bauvertrag daher die **vollständige Erfüllung seiner Vertragspflichten**. Dieser Grad der Fertigstellung entspricht jenem bei Ausstellung des **Performance Certificate**, da die FIDIC-Standardbedingungen dieses gem Sub-Clause 11.9 Abs 1 ausdrücklich als den einzigen Beleg für die vollständige Erfüllung des Vertrages durch den Auftragnehmer ansehen. Im Gegensatz dazu regelt Pkt 10.5.1 der **ÖNORM B 2110**, dass der Auftraggeber die Übernahme nur dann verweigern kann, wenn die Leistung Mängel aufweist, welche den vereinbarten Gebrauch wesentlich beeinträchtigen oder das Recht auf Wandlung begründen, oder wenn die die Leistung betreffenden Unterlagen, deren Übergabe zu diesem Zeitpunkt nach dem Vertrag zu erfolgen hat (zB Bedienungsanleitungen und Prüfungsanleitungen, Pläne, Zeichnungen), dem Auftraggeber nicht übergeben wurden. Der Auftragnehmer schuldet bei einem ÖNORM-Bauvertrag daher lediglich die **„wesentliche" Erfüllung seiner Vertragspflichten**. Dieser Grad der Fertigstellung entspricht jenem bei Ausstellung des **Taking-Over Certificate**, da die FIDIC-Standardbedingungen für dessen Ausstellung grundsätzlich zwar die vollständige Herstellung des Werkes verlangen, jedoch eine Ausnahme für geringfügige noch zu erbringende Arbeiten oder zu beseitigende Mängel machen. Es zeigt sich somit, dass die Ermittlung des Beginns der Gewährleistungsfrist aufgrund der Voraussetzungen der Übernahme bzw dessen Verweigerung kein klares Argument für das Taking-Over Certificate oder das Performance Certificate liefert.

Ein Vergleich hinsichtlich der mit der Übernahme verbundenen Rechtsfolgen liefert jedoch den Zeitpunkt der Ausstellung des Performance Certificate als Beginn der Gewährleistung. Nach österreichischer Rechtslage – sowohl nach dem ABGB als auch der ÖNORM B 2110 – gilt mit der Übernahme die **Leistung als erbracht** und als vom Auftraggeber als vertragsgemäße Erfüllung anerkannt. Diese Rechtsfolge wird in den FIDIC-Standardbedingungen jedoch nicht schon mit dem Taking-Over Certificate, sondern

– nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Sub-Clause 11.9 – erst mit der Ausstellung des Performance Certificate bescheinigt.
Darüber hinaus spricht mE auch ein Blick auf die Vorschriften der Rechnungslegung dafür, dass der Lauf der Gewährleistungsfrist erst mit Ausstellung des Performance Certificate beginnen soll. Während das ABGB und die ÖNORM B 2110 an die Übernahme die Möglichkeit der **Legung der Schlussrechnung** knüpfen, kann der Auftragnehmer mit dem Taking-Over Certificate lediglich eine vorläufige Schlussrechnung (das „Statement at Completion“) legen und damit die Ausstellung eines Interim Payment Certificate beantragen. Erst mit Ausstellung des Performance Certificate kann der Auftragnehmer mit der endgültigen Schlussrechnung (dem „Final Statement“) das Final Payment Certificate beantragen.
Einen weiteren Anknüpfungspunkt für das Performance Certficate liefert mE die Idee bzw das **Verständnis der Defects Notification Period**. Diese stellt eine – kraft vertraglicher Vereinbarung – der Übernahme (iSd des Taking-Over Certificate) nachgeschaltete Mängelgarantie dar und hat damit – wie bereits unter 7.4.1 erörtert – einen gänzlich anderen Anwendungsbereich als die aufgrund des Gesetzes bestehende Gewährleistung. Man kann daher die vom Auftragnehmer während der Defects Notification Period vorzunehmende Mängelbeseitigung als Vertragspflicht ieS ansehen, nach deren Ablauf erst der Bauvertrag vollständig erfüllt ist und die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt.

Auf den ersten Blick erscheint daher die Ausstellung des Performance Certificate als maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn der gesetzlichen Gewährleistung. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass es auch für den Zeitpunkt der Ausstellung des Taking-Over Certificate Argumente gibt.
Bei einem dem FIDIC-Bauvertrag zugrunde liegenden österreichischen Vertragsstatut ist für den Gewährleistungsbeginn aufgrund der zahlreichen Argumente mE aber der Ausstellung des Performance Certificate der Vorzug zu geben. Jedoch dürden die Umstände und vertraglichen Vereinbarungen des Einzelfalls keinesfalls übersehen werden. Schon unter einem anderen Vertragsstatut kann sich ein ganz anderer Beginn der Gewährleistungsfrist ergeben. Generelle Aussagen können somit nicht getroffen werden und sind wohl eher problematisch als hilfreich.

8 CLAIM MANAGEMENT

8.1 Die Bedeutung des Claim Managements

8.1.1 Was ist ein Claim?

Der Begriff „Claim“ stammt aus dem englischen Sprach- und Rechtsraum. Man versteht darunter finanzielle, terminliche oder sachliche Forderungen und Ansprüche eines Geschäftspartners an den anderen infolge von Abweichungen, Erschwernissen oder Schäden in Zusammenhang mit der Geschäftserfüllung.[460] Claims sind somit Forderungen, die eine Vertragspartei an die andere stellen kann, wenn diese aufgrund vertraglicher Regelungen Änderungen der Leistung fordert, wenn die Vertragsabwicklung durch Ursachen gestört wird, die der Sphäre der anderen Partei zuzurechnen sind, oder wenn die andere Partei ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht oder nur mangelhaft erfüllt, und kein Einvernehmen über die Berechtigung der Forderungen dem Grunde und der Höhe nach gefunden wird.[461]

8.1.2 Was ist Claim Management?

Das Claim Management verfolgt daher das Ziel, Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten zu erkennen und daraus erwachsende Ansprüche geltend zu machen und durchzusetzen. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen auf Grundlage des zuvor Dargestellten, Vorgaben geplant, Sachverhalte erfasst und ausgewertet sowie Ansprüche daraus angemeldet, aufbereitet, geltend gemacht und deren Durchsetzung verfolgt werden.[462] Claim Management umfasst somit all jene Maßnahmen, die auf eine aktive und frühzeitige Erkennung von Claimsituationen gerichtet sind, eine optimale Durchsetzung von Claims an andere Unternehmen (sog Eigenclaims) erlauben und die Abwehr und Verhütung von an das eigene Unternehmen gerichteten Claims (sog Fremdclaims) ermöglichen.[463]

8.1.3 Aufbau dieses Kapitels

Im Folgenden sollen die im ABGB, in der ÖNORM B 2110 sowie in den FIDIC-Standardbedingungen vorgesehenen Prozedere zur Geltendmachung von Ansprüchen dargestellt werden. Dabei wird zunächst eine überblicksweise Darstellung der

---

460 *Patzak / Rattay*, Projekt Management[3] (1998) 84.

461 *Oberndorfer*, Claim Management – Teil 1 (2003) 19 f.

462 *Oberndorfer*, Claim Management – Teil 1 (2003) 20.

463 *Patzak / Rattay*, Projekt Management[3] (1998) 84.

diesbezüglichen Vorschriften des ABGB (s 8.2) sowie der ÖNORM B 2110 (s 8.3) vorgenommen, um dann bei der Darstellung der Regelungen der FIDIC-Standardbedingungen (s 8.4) ausführlich auf bestehende Abweichungen gegenüber der österreichischen Rechtslage eingehen zu können.

8.2 Geltendmachung von Ansprüchen bei einem ABGB-Bauvertrag

8.2.1 Ansprüche gem § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB

§ 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB gewährt dem Auftragnehmer, der durch Umstände, die auf Seiten des Auftraggebers liegen, durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wurde, eine angemessene Entschädigung.
Solche Umstände auf Seiten des Auftraggebers können sein:

- vom Auftraggeber angeordnete Leistungsänderungen; oder
- andere in der Sphäre des Auftraggebers liegende Ereignisse (zB das Baugrundrisiko).

8.2.1.1 Vom Auftraggeber angeordnete Leistungsänderungen

Wie bereits – unter 6.3.1.3.3.b – erörtert, ist der Auftragnehmer bei einem ABGB-Bauvertrag nicht verpflichtet, andere als im Vertrag vorgesehene oder zusätzliche Leistungen zu erbringen. Nachträgliche Weisungen des Auftraggebers binden den Auftragnehmer vielmehr nur dann, wenn er dem Auftraggeber ein diesbezügliches Recht vertraglich eingeräumt hat. Der Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrkosten und/oder Bauzeitverlängerung ist daher sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von der entsprechenden Vereinbarung abhängig.

8.2.1.2 Andere in der Sphäre des Auftraggebers liegende Ereignisse

Die zu einem Zeitverlust also – einer Verzögerung oder Überschreitung der Leistungsfrist – führenden Umstände müssen dem Auftraggeber selbst oder seinen Beratern, die rechtlich seine Erfüllungsgehilfen sind, zurechenbar sein. Nicht notwendig ist, dass der Auftraggeber oder seine Gehilfen die Verzögerung verschuldet haben.
Ist der Zeitverlust auf ein Ereignis zurückzuführen, das von keiner Vertragspartei verschuldet wurde, richtet sich die Risikotragung nach den Gefahrtragungsregeln. Im Werkvertragsrecht trägt nach § 1168 ABGB das Risiko jene Partei, deren Sphäre das zufällige Ereignis zuzuordnen ist.[464]

[464] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 264.

8.2.2 Das Prozedere der Geltendmachung einer Erhöhung des Werklohns

Das Prozedere der Geltendmachung von Erhöhungen des Werklohns richtet sich beim ABGB-Bauvertrag nach der Bestimmung des § 1170a ABGB. Diese differenziert danach, ob dem Bauvertrag ein Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Gewährleistung für seine Richtigkeit (s 8.2.2.1) oder ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit (s 8.2.2.2) zugrunde gelegt wurde. Die Einhaltung des Prozedere des § 1170a ABGB ist nach stRsp allerdings dann nicht notwendig, wenn die Umstände der Kostenüberschreitung aus der Sphäre des Auftraggebers stammen (s 8.2.2.3).

8.2.2.1 Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Gewährleistung für seine Richtigkeit

Der Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Gewährleistung für seine Richtigkeit (auch Kostenvoranschlag ohne Gewähr, Kostenvoranschlag ohne Garantie) dient der grundsätzlichen Orientierung des Auftraggebers über die in etwa zu erwartenden Kosten, stellt jedoch keine Garantie dar, dass der endgültige Werklohn dem Kostenvoranschlag entsprechen wird.[465]

Bei einem Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Gewährleistung für seine Richtigkeit muss der Auftraggeber eine **unbeträchtliche Überschreitung** des Kostenvoranschlags hinnehmen, wenn diese unvermeidlich ist. Wenn jedoch eine **beträchtliche Überschreitung** des Kostenvoranschlags unvermeidlich wird, muss der Auftragnehmer dies dem Auftraggeber unverzüglich anzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert (§ 1170a Abs 2 Satz 2 ABGB). Es genügt also nicht, dass der Auftraggeber auf irgendeine Weise von der Überschreitung des Kostenvoranschlages Kenntnis erhält; vielmehr bedarf es einer Anzeige des Auftragnehmers, mit der er zum Ausdruck bringt, dass er nicht bereit ist, den Kostenvoranschlag weiterhin als Grundlage für den Werklohn zu akzeptieren. Der Auftraggeber darf daher – bis zur Verständigung vom Gegenteil – davon ausgehen, dass sich der Auftragnehmer an den Kostenvoranschlag gebunden fühlt.[466]

Beträchtlich ist eine Kostenüberschreitung im Bereich zwischen 10 % und 15 % der Auftragssumme, wobei es auf die Überschreitung der Endsumme des Kostenvoranschlags, nicht jedoch auf eine Überschreitung in einzelnen Posten, ankommt.[467] In seiner Anzeige hat der Auftragnehmer die Höhe des Überschreitungsbetrages ziffernmäßig bekannt zu geben; sollte dies (noch) nicht möglich sein, muss er aber zumindest darauf hinweisen, dass die Überschreitung beträchtlich sein

---

[465] OGH 18.02.1993, 8 Ob 521/93 in JBl 1994, 179.

[466] *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2000) § 1170a Rz 18; *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110^2 (2009) 264.

[467] *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1406 f.

wird und hat in weiterer Folge unverzüglich einen Nachtragskostenvoranschlag zu legen.[468]

Nach erfolgter Anzeige ist der Auftraggeber berechtigt vom Vertrag zurückzutreten, mit der Folge, dass er dem Auftragnehmer nur die bis zum Rücktritt vom Vertrag erbrachten Leistungen vergüten muss (§ 1170a Abs 2 Satz 1 ABGB).

8.2.2.2 Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit

Bei einem Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit (auch Kostenvoranschlag unter Garantie, verbindlicher Kostenvoranschlag) sagt der Auftragnehmer verbindlich zu, dass er die im Leistungsverzeichnis oder im Kostenvoranschlag einzeln angeführten Arbeiten um die berechnete Gesamtsumme herstellen könne.[469]

Legt der Auftragnehmer seinem Angebot einen Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde, kann er selbst bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten grundsätzlich keine Erhöhung des Entgelts fordern (gem § 1170a Abs 1 ABGB).

8.2.2.3 Umstände der Kostenüberschreitung aus der Sphäre des Auftraggebers

Die unverzügliche Anzeige einer beträchtlichen Kostenüberschreitung zur Wahrung des Anspruchs auf Mehrkosten ist nach mittlerweile stRsp jedoch dann entbehrlich, wenn die Umstände dieser Überschreitung auf die Sphäre des Auftraggebers zurückzuführen sind; dies selbst dann, wenn dem Werkvertrag ein garantierter Kostenvoranschlag zugrunde liegt.[470] Als solche Umstände aus der Auftraggebersphäre werden in der Rsp insb genannt:

- die Erschwerung der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses naturgegebenen Materialanlieferungsbedingungen durch künstliche Hindernisse, wodurch das Baumaterial über eine längere Strecke händisch zugetragen werden musste[471];
- eine verzögerte Baubewilligung[472];
- ein untaugliches Bodengutachten[473];
- die Notwendigkeit eines erhöhten Arbeitseinsatzes, erhöhter Aufwendungen und Änderung des Arbeitskonzepts[474];

---

[468] stRsp, zul OGH 21.10.1998, 9 Ob 201/98v.

[469] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1414 mwN.

[470] mittlerweile stRsp, zul OGH 18.10.2006, 9 Ob 109/06d in bbl 2007/59; anders noch OGH 22.04.1980, 5 Ob 578/80 in JBl 1983,150.

[471] OGH 10.03.1985, 6 Ob 551/82.

[472] OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85 in ÖJZ 1986/27 (EvBl) = SZ 58/41.

[473] OGH 27.04.1987, 1 Ob 42/86 in WBl 1987, 219.

- vom Auftraggeber zugesagte, jedoch nur sehr eingeschränkt erbrachte Eigenleistungen und während des Baus erteilte Zusatzaufträge des Auftraggebers[475];
- zusätzlich beauftragte Leistungen[476];
- starke Verunreinigung des vom Auftraggeber beigestellten Gleisschotters mit Erdreich und großen Eisenmengen[477];
- Mehrerfordernis an Dämm- und Verputzarbeiten durch Wegfall von Holz- bzw Blechfassadenteilen[478].

8.3 Geltendmachung von Ansprüchen bei einem ÖNORM-Bauvertrag

Wie bereits erwähnt, weicht die ÖNORM B 2110 von der gesetzlichen Lage ab, da sie dem Auftraggeber ein einseitiges Recht gewährt, Leistungsänderungen anzuordnen. Dieser Pflicht des Auftragnehmers steht das in Pkt 7.4.1 vorgesehene Recht des Auftragnehmers gegenüber, eine entsprechende Anpassung der Leistungsfrist sowie die Bezahlung der Leistungsabweichungen auf den Preisgrundlagen des Vertrages verlangen zu können.

8.3.1 Die Leistungsabweichung als Grundlage eines Anspruchs nach der ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 behandelt die Verfolgung bzw Geltendmachung von Ansprüchen in ihrem Pkt 7 („Leistungsabweichung und ihre Folgen").

Grundlage jedes Anspruchs auf Mehrkosten und/oder Bauzeitverlängerung nach der ÖNORM B 2110 ist eine sog **Leistungsabweichung**. Diese wird in Pkt 3.7 als eine „Veränderung des Leistungsumfangs[479] entweder durch eine Leistungsänderung oder durch eine Störung der Leistungserbringung" definiert. Unter einer **Leistungsänderung** versteht die ÖNORM B 2110 gem ihrem Pkt 3.7.1 eine „Leistungsabweichung, die vom Auftraggeber angeordnet wird", während eine **Störung der Leistungserbringung** in Pkt 3.7.2 als eine „Leistungsabweichung, deren Ursache nicht aus der Sphäre des

---

474 OGH 30.08.1994, 5 Ob 558/93 in ecolex 1994, 814.

475 OGH 14.04.1999, 9 Ob 66/99t.

476 OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i in bbl 2000/24.

477 OGH 07.04.2000, 7 Ob 67/00d.

478 OGH 18.10.2006, 9 Ob 109/06d in bbl 2007/59.

479 Der Begriff des Leistungsumfangs beschreibt – entgegen der entsprechenden Bestimmung der ÖNORM B 2110:2002 und dem allgemeinen Sprachgebrauch – sowohl den Bauinhalt (das „Was" der Leistung, somit die „Art der Leistung") als auch die Bauumstände (das „Wie", somit die „Umstände der Leistungserbringung") und ist daher synonym mit dem – in der Bauwirtschaft gängig gebrauchten – Begriff des Leistungsgegenstands bzw Bau-Solls zu verstehen. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1246.

Auftragnehmers stammt und die keine Leistungsänderung ist“[480] definiert wird. Eine Störung der Leistungserbringung kann entweder auf einem vertragswidrigen, schuldhaften Verhalten des Auftraggebers beruhen oder, ohne dass eines Verschuldens des Auftraggebers bedarf, in dessen Sphäre eingetreten sein (wie zB das Baugrundrisiko).

8.3.2 Die Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers

Bei vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderungen ist die Anspruchsgrundlage für Mehrkosten und/oder Bauzeitverlängerung stets einzig und allein der Vertrag, und somit – wenn sie vereinbart wurde – die ÖNORM B 2110 (vgl Pkt 7.1).

Bei Störungen der Leistungserbringung stehen dem Auftragnehmer hingegen mehrere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung, und zwar der Erfüllungsanspruch nach § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw Pkt 7.4 der ÖNORM B 2110, wenn den Auftraggeber oder keine der Vertragsparteien ein Verschulden trifft, Schadenersatz nach den §§ 1295 ff ABGB bzw Pkt 12.3 der ÖNORM B 2110, wenn der Auftraggeber die Störung verschuldet hat, sowie die Irrtumsanfechtung nach den §§ 871 ABGB.

8.3.3 Das Prozedere der Geltendmachung von Ansprüchen in der ÖNORM B 2110

In Pkt 7.4.1 nennt die ÖNORM B 2110 die „Voraussetzungen“ für einen Anspruch des Auftragnehmers auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts. Es sind dies

- die **Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach** (Z 1, s dazu unten 8.3.4); sowie
- die **Vorlage eines Zusatzangebots** (Z 2, s dazu unten 8.3.5).

Pkt 7.4.1 ist selbstverständlich aber nicht so zu verstehen, dass der Anspruch erst mit der Einhaltung des Prozedere der ÖNORM B 2110 – also der Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach und der Vorlage eines Zusatzangebots – entsteht. Schon aus der Rechtsnatur der Anmeldepflicht ergibt sich unzweifelhaft, dass die Anmeldung keine Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs sein kann. Der Anspruch entsteht vielmehr bereits mit der Ausübung des Leistungsänderungrechts (aufgrund des diesem Gestaltungsrecht zugrunde liegenden funktionellen Synallagmas) bzw mit dem Eintritt der Störung der Leistungserbringung (gem § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw Pkt 7.4). In Pkt

[480] Der Begriff der „Störung der Leistungserbringung“ hat daher einen anderen Inhalt als der – jahrzehntelang in der Bauwirtschaft und im Baurecht verwendete – Begriff der „Behinderung“, da die Behinderung in Bezug auf die Zuordnung zu den Sphären des Auftraggebers oder des Auftragnehmers neutral war, während die Störung der Leistungserbringung ausdrücklich nicht aus der Sphäre des Auftragnehmers stammen darf. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 541 f.

7.4.1 ist daher bloß die einzuhaltende Vorgangsweise der Geltendmachung einer Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts determiniert.[481]

Pkt 7.4.1 letzter Abs sieht vor, dass sinngemäß die gleiche Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt, wenn der Auftraggeber „Forderungen" („Minderkostenforderungen", gemeint sind damit wohl „Ansprüche") aus einer Leistungsabweichung stellt. Hier dürfte den Verfassern der ÖNORM B 2110 wohl vorschweben, dass der Auftraggeber, genauso wie der Auftragnehmer, seine Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach ehestens bekannt zu geben hat und auch seine „Zusatzangebote" die vorgesehene Form einhalten müssen.[482]

8.3.4 Anmeldung dem Grunde nach

Als ersten Schritt der Geltendmachung eines Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts nennt Pkt 7.4.1 Z 1 die Anmeldung dieses Anspruchs dem Grunde nach durch den Auftragnehmer.[483] Zweck der Anmeldung dem Grunde nach ist es, dem Auftraggeber vor Augen zu führen, dass mit einer Kostensteigerung und/oder einer Verlängerung der Bauzeit zu rechnen ist, um ihn in die Lage zu versetzen, die Baukostenplanung überdenken bzw drohenden Mehrkosten entgegensteuern zu können.[484] Eine solche Anmeldung ist somit nichts anderes als eine sog Willensmitteilung, dh eine Willenserklärung, die sich bloß auf Tatsächliches richtet, mit der kundgetan wird, dass der Auftragnehmer später einen Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts geltend machen wird.[485] Es wird in weiterer Folge – aus der Rechtsnatur der Anmeldung – daher auch klar, dass es sich bei der „Pflicht" zur Anmeldung des Anspruchs bloß um eine Obliegenheit des Auftragnehmers handelt.[486] Dieses Verständnis erhellt den in Pkt 7.4.3 vorgesehenen Anspruchsverlust (s dazu unten 8.3.4.4), weil der Auftragnehmer bei Versäumnis bloß eine Kürzung seines Anspruchs in dem Umfang hinnehmen muss, in dem die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil eingeschränkt ist.

Bei der Anmeldung dem Grunde nach unterscheidet die ÖNORM B 2110, ob eine Leistungsänderung angeordnet wurde (s 8.3.4.1) oder eine Störung der Leistungserbringung eingetreten ist (8.3.4.2).

---

481 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1275, 1321.

482 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1330.

483 Pkt 7.4.1 Z 1 spricht zwar von einer „Forderung", meint damit aber selbstverständlich den Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1326.

484 vgl OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i in bbl 2000/24.

485 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1275.

486 *Karasek*, ÖNORM B 2110^2 (2009) Rz 1275.

8.3.4.1 Die Anmeldung dem Grunde nach bei Leistungsänderungen

Bei Anordnung einer Leistungsänderung durch den Auftraggeber hat der Auftragnehmer den Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden, wenn der Anspruch nicht offensichtlich ist (**Pkt 7.3.1 iVm Pkt 7.4.1 Z 1**).

Die ÖNORM B 2110 verwendet hier den Begriff „nachweislich", obwohl sie an verschiedenen Stellen auch den Begriff „schriftlich" kennt. Nachweislich muss sohin einen anderen Begriffsinhalt als schriftlich haben und ist daher im Sinne von „beweisbar" zu verstehen, womit alle nach der ZPO zugelassenen Beweismittel in Frage kommen.[487]

Darüber hinaus sieht die ÖNORM B 2110 vor, dass die Anmeldepflicht des Auftragnehmers entfällt, wenn die Ansprüche, die er aufgrund der angeordneten Leistungsänderung geltend machen will, offensichtlich sind. Bei der Beurteilung der Frage, wann bei Leistungsänderungen Ansprüche auf Anpassung des Entgelts und/oder der Leistungsfrist offensichtlich sind, ist zunächst danach zu differenzieren, ob der Auftraggeber die Leistung lediglich ändert oder zusätzliche Leistungen beauftragt. Bei zusätzlichen Leistungen ist die **Offensichtlichkeit** eines zusätzlichen Entgeltanspruchs sowie des Anspruchs auf Verlängerung der Leistungsfrist immer gegeben, da der Auftraggeber nicht erwarten kann, diese Leistungen kostenlos zu erhalten.[488] Geänderte Leistungen hingegen können, müssen aber nicht, zu einem Anspruch des Auftragnehmers auf Erhöhung des Entgelts bzw Verlängerung der Leistungsfrist führen. Die Offensichtlichkeit eines solchen Anspruchs ist vielmehr, weil von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wohl immer eine Einzelfallentscheidung[489] und daher nur dann offensichtlich, wenn bei objektiver Betrachtung für den Auftraggeber erkennbar sein muss, dass damit Mehrkosten bzw die Notwendigkeit einer Bauzeitverlängerung verbunden sind, wie zB bei Überschreitung der ausgeschriebenen Mengen.[490] In allen anderen Fällen wird man wohl von keiner Auswirkung der geänderten Leistung auf das Entgelt und/oder der Leistungsfrist ausgehen können.

Ebenso zu einem Entfall der Anmeldeobliegenheit des Auftragnehmers führt der Umstand, dass der Auftraggeber die Information, die Gegenstand der Anmeldung sein soll, bereits auf anderem Weg erhalten hat. Im Ergebnis kann wohl nur entscheidend sein, dass der Auftraggeber die entsprechende Information – ganz gleich von wem – erhält, es

---

[487] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1282.

[488] *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 266; *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1285; *Kropik / Krammer*, Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (1999) 95.

[489] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1285.

[490] vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1285, 1350; *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 266, der jedoch nur einen zusätzlichen Entgeltsanspruch, nicht aber eine Verlängerung der Bauzeit anführt.

ist mE kein Grund zu erkennen, weshalb er diese ausgerechnet vom Auftragnehmer – und nur von diesem – erhalten soll.[491]

8.3.4.2 Die Anmeldung dem Grunde nach bei Störungen der Leistungserbringung

Bei Vorliegen einer Störung der Leistungserbringung hat der Auftragnehmer den Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts dem Grunde nach ehestens[492] nachweislich anzumelden (**Pkt 7.3.2 Satz 4 iVm Pkt 7.4.1 Z 1**).

Im Gegensatz zu den Leistungsänderungen fehlt bei den Störungen der Leistungserbringung in Pkt 7.3.2 Satz 4 allerdings der Hinweis, dass die Anmeldepflicht entfällt, wenn der Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts offensichtlich ist. Aus dem Zweck der Anmeldung (dem Grunde nach), den Auftraggeber vor überraschenden Mehrkosten zu schützen, ergibt sich aber, dass der Auftraggeber nicht überrascht sein kann, wenn der Anspruch offensichtlich ist[493], woraus gefolgert werden kann, dass die Anmeldeobliegenheit des Auftragnehmers bei Offensichtlichkeit seines Anspruchs bzw seiner Ansprüche auch bei einer Störung der Leistungserbringung entfällt.

Die ÖNORM B 2110 sieht im Zusammenhang mit Störungen der Leistungserbringung über die Anmeldung dem Grunde nach hinaus noch weitere Mitteilungspflichten des Auftragnehmers – und zwar bei Erkennen einer Störung der Leistungserbringung (Pkt 7.3.2 Satz 1), bei Wegfall der Störung der Leistungserbringung (Pkt 7.3.2 Satz 2) sowie bei Wiederaufnahme der ungestörten Leistungserbringung (Pkt 7.3.2 Satz 3) – vor. Bei solchen Mitteilungen handelt es sich jedoch nur um sog Wissenserklärungen.[494] Die Nichtvornahme dieser Mitteilungen führt auch nicht zum Anspruchsverlust des Pkt 7.4.3, da dieser nur bei einem Versäumnis der Anmeldung dem Grunde nach eintreten soll (s dazu unten 8.3.4.4).[495]

8.3.4.3 Entbehrlichkeit der Anmeldung bei Umständen aus der Sphäre des Auftraggebers?

Wie bereits unter 8.2.2.3 ausgeführt, geht die Rsp davon aus, dass bei einem ABGB-Bauvertrag die Anmeldung einer beträchtlichen Überschreitung des Kostenvoranschlags dann entbehrlich ist, wenn die Umstände dieser Überschreitung auf die Sphäre des

---

491 *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/137.

492 Ehestens bedeutet ohne unnötigen Aufschub bzw so bald als möglich. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1300; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 3/9.

493 *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1311.

494 *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1275.

495 *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1275. Die Versäumnis einer solchen Mitteilung stellt allerdings eine Obliegenheitsverletzung des Auftragnehmers dar, die zu einer Anspruchskürzung führen kann; vgl dazu *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1296.

Auftraggebers zurückzuführen sind. Dies wurde auch für die Anmeldung dem Grunde nach für die Vorauflagen[496] der aktuellen ÖNORM B 2110 vertreten. Bei einer vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderung ging die Rsp von einer schlüssigen Vertragsänderung unter Vereinbarung eines angemessenen Entgelts aus, wenn der Auftraggeber eine Leistungsänderung anordnete und nicht sofort auf die Einhaltung des vorgesehenen Prozedere bestand.[497]

Dieser Ansicht ist bzw war zwar uneingeschränkt zuzustimmen, jedoch wird nach Pkt 7.4.1 Z 1 Abweichendes zu gelten haben, da dessen Wortlaut – wohl als Reaktion auf die stRsp – insofern angepasst wurde, als nunmehr die Anmeldung in direktem Zusammenhang mit der Anordnung der Leistungsänderung gesetzt wurde.[498]

8.3.4.4 Anspruchsverlust

Pkt 7.4.3 sieht vor, dass **bei einem Versäumnis der Anmeldung** Anspruchsverlust in dem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt.

Aufgrund des Wortlauts der ÖNORM B 2110 – schließlich kann der Anspruch nur dem Grunde nach „angemeldet" werden, der Höhe nach wird die Mehrkostenforderung lediglich „vorgelegt" – ist davon auszugehen, dass lediglich die Versäumung der Anmeldung des Anspruchs auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts dem Grunde nach, nicht aber die Nichtvorlage eines Zusatzangebots, den Anspruchsverlust des Pkt 7.4.3 zur Folge hat.[499] Aus demselben Grund führt auch ein Versäumnis der Mitteilungspflichten gem Pkt 7.3.2 Satz 1 bis 3 – auch bei diesen spricht die ÖNORM B 2110 ausdrücklich von Mitteilungen, und nicht von Anmeldungen – nicht zum Anspruchsverlust gem Pkt 7.4.3.

Fraglich ist aber jedenfalls, was unter der „Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers" zu verstehen ist. Hier ist wohl auf den Zweck einer Anmeldung von Mehrkosten bzw einer Bauzeitverlängerung zurückzugreifen. Diese soll dem Auftraggeber sofort vor Augen führen, wenn mit einer Kostensteigerung und/oder einer Verlängerung der Bauzeit zu rechnen ist, und diesen in die Lage versetzen, alternativ disponieren zu können, um im

---

[496] vgl Pkt 5.24.3 der ÖNORM B 2110:2002, Pkt 5.23.3 der ÖNORM B 2110:2000.

[497] OGH 27.10.1999, 1 Ob 251/99i in bbl 2000/24; OGH 27.04.2006 2 Ob 248/05t in bbl 2006/160.

[498] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1280; aA *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/101 u 7/104, der die stRsp auch für die ÖNORM B 2110:2009 vertritt, demnach soll bei einer Leistungsänderung, die ja schon definitionsgemäß (vgl Pkt 3.7.1 iVm Pkt 7.2.1) aus der Sphäre des Auftraggebers stammt, sowie bei Störungen der Leistungserbringung aus der Sphäre des Auftraggebers, soll die Notwendigkeit der Anmeldung dem Grunde nach entfallen.

[499] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1327, 1349; aA *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/176, der von einem Redaktionsversehen ausgeht und die Sanktion des Anspruchsverlustes auch auf die Nichtvorlage eines Zusatzangebots anwenden will.

Sinne eines effektiven Projektmanagements Kosten und Termine steuern zu können.[500] Dementsprechend wird die Entscheidungsfreiheit auch als Möglichkeit des kosten- und terminmäßigen Gegensteuerns durch alternative Maßnahmen definiert.[501]

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass sicherlich jedes Informationsdefizit des Auftraggebers zu einer Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit führt. Schon aus dem Begriff der Entscheidungs„freiheit" ergibt sich jedoch, dass eine Mitteilung bzw Anmeldung dann entbehrlich ist, wenn

- es für den Auftraggeber keine (vernünftigen) alternativen Entscheidungsmöglichkeiten gibt, dieser sohin gar keine Dispositionsmöglichkeit hat – die unterlassene Anmeldung ist dann nicht kausal für die Mehrkosten[502]; sowie wenn
- der Auftraggeber trotz der Mitteilung bzw Anmeldung nicht anders disponieren würde bzw nicht anders disponiert hätte.[503]

Es wird vertreten, dass bei der „Einschränkung der Entscheidungsfreiheit" neben der Einschränkung der technischen und wirtschaftlichen, auch eine Einschränkung der rechtlichen Dispositionsmöglichkeiten in Betracht kommt.[504] Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. Schließlich hat der Auftraggeber eines Werkvertrags immer eine solche rechtliche „Entscheidungsfreiheit", da er – weil es bei Werkverträgen grundsätzlich keine Übernahmeverpflichtung gibt – das Werk jederzeit abbestellen kann. Insofern ist der in der ÖNORM B 2110 verwendete Begriff der „Entscheidungsfreiheit" wohl unglücklich gewählt, da die rechtliche Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers in diesem Sinne eigentlich nie eingeschränkt werden kann. Jedenfalls greift in diesem Zusammenhang aber stets die Regelung der Nachteilsabgeltung des Pkt 7.4.5 – dem Pendant zur „Ersparnisregelung" des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB –, so dass im Einzelfall immer zu prüfen ist, ob der Auftraggeber überhaupt einen Nachteil hätte abfangen können.

Die **Beweislast** hinsichtlich der Einschränkung der Entscheidungsfreiheit trifft den Auftraggeber. Da nach stRsp jeder die für seinen Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen hat, dh dass die Behauptungs- und Beweislast denjenigen trifft, der aus einem bestimmten Tatumstand für seinen Standpunkt etwas abzuleiten gedenkt[505], muss

---

[500] *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 282.

[501] *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 283.

[502] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1350; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/169.

[503] vgl *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 7/169, der in diesem Fall jedoch einen ökonomischen Maßstab anlegen und danach das hypothetische Verhalten des Auftraggebers eruieren will, da die Regelung anderenfalls keinerlei Bedeutung hätte, weil die Unbeweisbarkeit der inneren Beweggründe dem Auftraggeber völlige Freiheit geben würde.

[504] *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 264.

[505] stRsp, zul OGH 30.06.2010, 9 Ob 50/09g.

daher **der Auftraggeber substantiiert darlegen, welche Entscheidung er getroffen hätte und dass damit ein Nachteil auf der Kostenseite vermieden worden wäre**.[506] Hinsichtlich des Verhältnisses des Anspruchsverlusts des Pkt 7.4.3 (in dem Umfang, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt) zum Anspruchsverlust des § 1170a Abs 2 Satz 2 ABGB (in vollem Umfang) kann mE nur vertreten werden, dass dem § 1170a ABGB mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 jeglicher Anwendungsbereich entzogen wurde. Denn schließlich sieht § 1170a ABGB eine Anzeigeobliegenheit des Auftragnehmers erst vor, wenn sich eine beträchtliche Kostenüberschreitung als unvermeidlich herausstellt, während die ÖNORM B 2110 eine solche Anzeigeobliegenheit bereits bei jeder einzelnen Kostenüberschreitung vorsieht. Die Bestimmungen Pkt 7.3.1 bzw Pkt 7.3.2 der **ÖNORM B 2110** können also als eine „Verschärfung" der dispositiven Rechtslage angesehen werden und stellen demnach die **speziellere Bestimmung gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 1170a ABGB** dar.[507] Es ist nämlich nicht einzusehen, warum ein Auftragnehmer, der den einzelnen Anzeigen auf Mehrkosten termingerecht nachkommt – und daher die Grundvoraussetzung für eine Anpassung der Leistungsfrist bzw des Entgelts nach Pkt 7.4.1 Z 1 erfüllt –, dann aber die Anzeige nach § 1170a ABGB, dass aus diesen eine beträchtliche Kostenüberschreitung unvermeidlich erscheint, verabsäumt, plötzlich jeglichen (!) Anspruch auf Mehrkosten verliert. Die ÖNORM B 2110 weicht in diesem Themenbereich damit zum Vor- und Nachteil sowohl des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers ab: Hinsichtlich der Anzeigeobliegenheit zeigt sich in der ÖNORM B 2110 eine klare Verschärfung gegenüber § 1170a Abs 2 ABGB, da jede Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts, und nicht erst eine beträchtliche Kostenüberschreitung, anzuzeigen ist. Als „Ausgleich dafür" führt das Versäumnis einer Anzeige nach Pkt 7.4.3 nur zu einem Anspruchsverlust in dem Umfang, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt, und bewirkt nicht wie § 1170a Abs 2 ABGB den Verlust jeden Anspruchs wegen Mehrarbeiten.

8.3.5 Vorlage eines Zusatzangebots (Anmeldung der Höhe nach)

Der vom Auftragnehmer dem Grunde nach angemeldete Anspruch auf Anpassung der Leistungsfrist und/oder des Entgelts ist von diesem ehestens in prüffähiger Form der Höhe nach in Gestalt einer Mehrkostenforderung (bzw eines Zusatzangebots) zur Prüfung vorzulegen (**Pkt 7.3.3 iVm Pkt 7.4.1 Z 2**). Darin hat der Auftragnehmer die Leistungsabweichung zu beschreiben und darzulegen, dass die Abweichung aus der

---

[506] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1350.

[507] aA *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110[2] (2009) 264, der wohl von einer parallelen Anwendung von ÖNORM B 2110 und ABGB ausgeht, wenn er – ohne Begründung – meint, dass die ÖNORM B 2110 den § 1170a ABGB nicht außer Kraft setzt.

Sphäre des Auftraggebers stammt. Die erforderliche Dokumentation ist beizulegen und eine Chronologie anzustreben. Erforderlich ist jedenfalls eine nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen auf die Leistungserbringung.

8.3.5.1 Ermittlung der Bauzeitverlängerung

Ist mit einer Leistungsabweichung eine Verzögerung oder Beschleunigung der Ausführung verbunden, ist die Leistungsfrist gem Pkt 7.4.2 Abs 1 entsprechend anzupassen, wobei auch die Folgen – zB Ausfall-Folgezeiten – und jahreszeitliche Umstände zu berücksichtigen sind.

Da die Bauzeit nicht vom Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers umfasst ist, dieser daher Leistungsfristen, Termine oder Bauzeitpläne nicht einseitig festsetzen kann[508], ist hinsichtlich der Bauzeitverlängerung eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien zu treffen. Eine solche Vereinbarung kann entweder ausdrücklich – durch eine gemeinsame Revision des Bauzeitplanes – oder schlüssig – etwa durch Vereinbarung eines neuen Bauzeitplanes – erfolgen.[509]

Bei der Ermittlung der dem Auftragnehmer zustehenden Bauzeitverlängerung haben sich die Vertragsparteien an der dem Bauvertrag zugrunde liegenden Leistungsintensität, wie sie etwa im Bauzeitplan dokumentiert ist, zu orientieren.[510]

8.3.5.2 Ermittlung der Erhöhung des Entgelts

Die Ermittlung der neuen Preise hat gem Pkt 7.4.2 Abs 2 auf Preisbasis des Vertrages und – soweit möglich – unter sachgerechter Herleitung von Preiskomponenten (Preisgrundlagen des Angebotes) sowie Mengen- und Leistungsansätzen vergleichbarer Positionen des Vertrages zu erfolgen.[511] Hierbei ist insb darauf zu achten, dass das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, das die Vertragsparteien bei Vertragsabschluss festgelegt haben, aufrechterhalten bleibt. Kann ein neuer Preis aus den Preisgrundlagen des Vertrags nicht hergeleitet werden, gilt der angemessene Preis iSd § 1152 ABGB als vereinbart.[512]

---

[508] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1333.

[509] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1337 ff.

[510] vgl OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f in SZ 72/25 = ecolex 2000,35 = JBl 1999,802.

[511] Was unter „Preiskomponenten“ bzw „Preisgrundlagen“ definiert jedoch weder die ÖNORM B 2110, noch die Kalkulationsnorm ÖNORM B 2061. Der Begriff Preisgrundlage umfasst alle Kostenfaktoren, die im weitesten Sinne Bestandteil der Preisberechnung sind und die auf die Kosten des Auftragnehmers bei der Ausführung der Leistung wirksam werden. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1343 mwN.

[512] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 1347.

8.4 Geltendmachung von Ansprüchen in den FIDIC-Standardbedingungen

Wie die meisten anderen international gebräuchlichen Standardvertragsbedingungen sehen auch die FIDIC-Standardbedingungen ein spezielles Verfahren für die Geltendmachung von Ansprüchen vor.

Die Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Anspruch besteht, obliegt dem Engineer bzw im Silver Book – in dem die Institution des Engineers ja nicht vorgesehen ist – dem Auftraggeber selbst. Voraussetzung einer Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs dem Grunde und/oder der Höhe nach ist aber jedenfalls die Wahrung der entsprechenden Anzeigepflichten und sonstiger Obliegenheiten durch den jeweiligen Anspruchsteller.

An dieser Stelle sei festgehalten, dass sich in den FIDIC-Standardbedingungen – anders als in der ÖNORM B 2110[513] – das **Prozedere zur Geltendmachung von Ansprüchen** für Auftraggeber und Auftragnehmer unterscheidet und dementsprechend auch an unterschiedlichen Stellen geregelt wird: **Sub-Clause 20.1** enthält das vom **Auftragnehmer** bei der Anspruchsverfolgung einzuhaltende Prozedere (s dazu 8.4.1), **Sub-Clause 2.5** jenes für den **Auftraggeber** (s dazu 8.4.2).[514]

8.4.1 Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftragnehmer

Für die Geltendmachung von Ansprüchen des Auftragnehmers auf zusätzliches Entgelt und/oder Bauzeitverlängerung sehen die FIDIC-Standardbedingungen in Sub-Clause 20.1 ein rigides Verfahren vor. Dieses ist im Red Book, im Yellow Book und im Silver Book auch nahezu gleich geregelt.

8.4.1.1 Anzeige des Claims (Anmeldung dem Grunde nach)

Der erste Schritt der Geltendmachung eines Anspruchs auf zusätzliches Entgelt und/oder Bauzeitverlängerung durch den Auftragnehmer ist eine schriftliche[515] **Anzeige** an den Engineer bzw Auftraggeber, in der der Auftragnehmer auf das Ereignis („event“) oder den Umstand („circumstance“), aufgrund dessen der geltend gemachte Anspruch bestehen soll, Bezug zu nehmen hat. Diese Anzeige hat der Auftragnehmer so bald wie möglich dem Engineer bzw Auftraggeber vorzulegen, spätestens jedoch binnen 28 Tagen,

---

513 vgl diesbezüglich Pkt 7.4.1 letzter Abs: „Die gleiche Vorgangsweise für die Vertragsanpassung gilt sinngemäß, wenn der Auftraggeber Forderungen aus einer Leistungsabweichung stellt.“

514 Die einzelnen Anspruchsgrundlagen für Auftraggeber und Auftragnehmer finden sich hingegen verteilt in den einzelnen Bestimmungen der FIDIC-Standardbedingungen; s dazu unten 8.4.1.4 und 8.4.2.3.

515 vgl Sub-Clause 1.3 Abs 1.

nachdem der Auftragnehmer von dem Ereignis oder Umstand Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.[516]

Die Versäumung dieser Frist hat für den Auftragnehmer gravierende Folgen: Gem Sub-Clause 20.1 Abs 2 **verliert er sämtliche Ansprüche aus dem nicht angezeigten Ereignis**, während der Auftraggeber von jeglicher Haftung aus diesem Sachverhalt freigestellt wird.[517] Dies stellt einen krassen Unterschied gegenüber der Bestimmung des Pkt 7.4.3 der ÖNORM B 2110 dar, nach der ein Anspruchsverlust lediglich in jenem Umfang eintritt, in dem die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu dessen Nachteil führt. Bei der Frist der Sub-Clause 20.1 Abs 2 handelt es sich sohin um eine materiell-rechtliche Präklusionsfrist.[518]

Die FIDIC-Standardbedingungen unterscheiden – im Gegensatz zum ABGB bzw zur ÖNORM B 2110 – hinsichtlich der Anzeigepflicht des Auftragnehmers auch nicht danach, welcher Vertragspartner die Umstände des Anspruchs zu vertreten hat bzw ob eine Leistungsänderung oder eine Störung der Leistungserbringung vorliegt. Der Auftragnehmer hat die Anmeldung dem Grunde nach daher, wenn er seinem Anspruch nicht verlustig werden will, jedenfalls vorzunehmen, und zwar **selbst dann, wenn die anspruchsbegründenden Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers stammen oder der Anspruch für den Auftraggeber offensichtlich bzw diesem ohnehin bekannt ist**. Die Anmeldung dem Grunde nach verfolgt in den FIDIC-Standardbedingungen daher ganz offenbar einen anderen Zweck als jene der ÖNORM B 2110, wo der Auftraggeber Kenntnis von ihm noch unbekannten Umständen erlangen soll. Die in jedem Fall bestehende Anmeldeobliegenheit des Auftragnehmers dürfte wohl in einer der Grundideen des Common Law (und damit auch der FIDIC-Standardbedingungen) begründet sein, nach der das Vorgehen der Vertragsparteien stets förmlich (und damit auf schriftlichem Wege) zu erfolgen hat.

Die Ausschlussfrist der Sub-Clause 20.1 Abs 2 wurde bzw wird teilweise als zu strikt kritisiert.[519] In der Tat stellt sie hohe Anforderungen an das (Claim) Management des Bauunternehmens, insb an das ausführende Personal am Ort der Baustelle. Die Bauunternehmen sind während der Bauphase verpflichtet, aktiv zu prüfen, ob sie

---

[516] vgl Sub-Clause 20.1 Abs 1: „If the Contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor became aware, or should have become aware, of the event or circumstance."

[517] vgl Sub-Clause 20.1 Abs 2: „If the Contractor fails to give notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Otherwise, the following provisions of this Sub-Clause shall apply."

[518] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 286.

[519] *Kennedy*, ICLR 2000, 504 (531 f).

aufgrund gewisser Umstände zu Ansprüchen berechtigt sind, da sie anderenfalls Gefahr laufen, Ansprüche zu verlieren, wenn sie das maßgebliche Ereignis hätten kennen müssen. Die Bauunternehmen können daher durch die Nichtbeachtung dieser Ausschlussfrist hohe finanzielle Verluste erleiden, weshalb an dieser Stelle nur empfohlen werden kann, dass sie ein sorgfältiges und (in Auslandsbauvorhaben) erfahrenes Claim Management einrichten. Dennoch darf mE die Ausschlussfrist der Sub-Clause 20.1 Abs 2 aber auch nicht überschätzt werden, da **zu ihrer Wahrung bereits ein zweizeiliges Schreiben ausreicht, das auch vorsorglich – ohne der Absicht, dieses der Höhe nach in weiterer Folge auch tatsächlich auszuführen – vorgelegt werden kann**.[520] Dementsprechend sollte auch der Auftraggeber eine vom Auftragnehmer vorgenommene Anmeldung eines Anspruchs dem Grunde nach nicht als „Kriegserklärung" oder unfreundlichen Akt des Auftragnehmers verstehen, sondern vielmehr als vertragliche Notwendigkeit.[521] Durch die ihm obliegende Anzeigepflicht bei sonstigem Anspruchsverlust bleibt dem Auftragnehmer idR auch gar keine andere Wahl als eine vorsichtshalber vorgenommene Anmeldung dem Grunde nach.

8.4.1.2 Substantiierung des Claims (Einreichung der Höhe nach)

In weiterer Folge obliegt es dem Auftragnehmer, dem Engineer bzw Auftraggeber die zur Substantiierung seiner geltend gemachten Ansprüche erforderlichen (schriftsätzlichen) Ergänzungen vorzulegen (Sub-Clause 20.1 Abs 3). Darüber hinaus muss er Dokumentationen zur Verfügung stellen, in die der Engineer bzw Auftraggeber Einsicht nehmen kann. Dieser kann den Auftragnehmer auch zur Anfertigung oder Aufbewahrung weiterer Unterlagen anweisen (Sub-Clause 20.1 Abs 4).

Spätestens 42 Tage, nachdem der Auftragnehmer Kenntnis vom anspruchsbegründenden Sachverhalt erlangt hat oder hätte erlangen müssen, muss er gem Sub-Clause 20.1 Abs 5 eine vollständige, substantiierte Anspruchsbegründung (sog „fully detailed claim") übermitteln. Wenn aber der dem Anspruch zugrundeliegende Sachverhalt fortdauernde Auswirkungen auf die Bauausführung hat, wird der vollständig ausgearbeitete Claim zunächst als vorläufig betrachtet, weitere Ausarbeitungen des Anspruchs (sog „interim claims") sind dann monatlich einzureichen. In diesem Fall hat der Auftragnehmer die endgültige Anspruchsbegründung (sog „final claim") spätestens 28 Tage nach dem Ende des dem Anspruch zugrundeliegenden Sachverhalts beim Engineer bzw Auftraggeber einreichen.

Die Sanktion der Säumnis der (Substantiierungs-)Fristen ist – im Gegensatz zur 28-tägigen Frist zur Anzeige bzw Anmeldung dem Grunde nach – weniger einschneidend.

---

[520] *Seppälä* in ICLR 2000, 235 (247).

[521] so auch *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 299.

Sub-Clause 20.1 Abs 9 ordnet diesbezüglich lediglich an, dass der Engineer bzw Auftraggeber bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss, inwieweit die Obliegenheitsverletzung des Auftragnehmers eine ordnungsgemäße Untersuchung des Anspruchs verhindert hat. Der Anspruch soll in weiterer Folge – lediglich – um jenen Betrag gekürzt werden, der dem Auftraggeber als Schaden durch die Säumnis des Auftragnehmers entstanden ist; das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach wird dadurch jedoch nicht berührt.[522]

8.4.1.3 Entscheidung über den Anspruch durch den Engineer bzw Auftraggeber

Gem Sub-Clause 20.1 Abs 6 hat der Engineer bzw Auftraggeber spätestens 42 Tage nach Eingang des vollständig ausgearbeiteten Anspruchs über dessen Berechtigung zu entscheiden und diesen dabei entweder zu genehmigen oder – unter Anführung einer detaillierten Begründung – abzulehnen.[523] Selbst wenn er zusätzliche Dokumente und Unterlagen anfordert, wozu er grundsätzlich berechtigt ist, muss er sich zumindest zum Anspruchsgrund erklären.[524]

Erst in weiterer Folge entscheidet der Engineer bzw der Auftraggeber nach Sub-Clause 3.5 über Bestand und genaue Höhe des Anspruchs.

Bei Unzufriedenheit mit dieser Entscheidung des Engineers bzw Auftraggebers kann sich jede der Vertragsparteien an das sog Dispute Adjudication Board (vgl dazu die Bestimmungen der Sub-Clauses 20.2 ff) wenden.

8.4.1.4 Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers in den FIDIC-Standardbedingungen

Sub-Clause 20.1 regelt zwar das vom Auftragnehmer bei der Anspruchsverfolgung einzuhaltende Prozedere, enthält jedoch keine Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers. Diese finden sich vielmehr in den gesamten FIDIC-Standardbedingungen verteilt und sind aufgrund ihrer Verweise auf das Prozedere der Sub-Clause 20.1 (mittels der Formulierung „the Contractor shall […] be entitled subject to Sub-Clause 20.1“) leicht zu erkennen.

---

[522] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 291; *Seppälä* in ICLR 2000, 235 (247 f). Im Vergleich mit den 1998 herausgegebenen Testversionen der 1999er-FIDIC-Standardbedingungen wurde mit dieser Bestimmung diesbezüglich eine Abschwächung der Rechtsfolgen zugunsten des Auftragnehmers vorgenommen. Dort führten Obliegenheitsverletzungen im Zusammenhang mit der Anspruchsverfolgung stets zum Verlust der Ansprüche, was – zu Recht – starker Kritik von Seiten der Unternehmerverbände begegnete.

[523] vgl Sub-Clause 20.1 Abs 6: „Within 42 days after receiving a claim or any further particulars supporting a previous claim, or within such other period as may be proposed by the Engineer and approved by the Contractor, the Engineer shall respond with approval, or with disapproval and detailed comments.”

[524] Die 1999er-FIDIC-Standardbedingungen sehen erstmals eine solche Pflicht des Engineers zur Stellungnahme vor und tragen damit den Erfahrungen der Vergangenheit Rechnung: Immer wieder wurde seitens der Auftragnehmer beklagt, dass der angerufene Engineer untätig geblieben ist, womit diesen der Weg zum Schiedsgericht versperrt war.

Eine Übersicht über sämtliche Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers der drei wichtigsten FIDIC-Klauselwerke (Red Book (= RB), Yellow Book (= YB) und Silver Book (= SB)) mit den potentiell daraus resultierenden Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung (= BZV), Mehrkosten (= MK) und Gewinn (= G) liefert die nachfolgende Tabelle.

S-C	RB	YB	SB	Titel der Sub-Clause	Anspruch auf		
1.9	RB			Delayed Drawings or Instructions	BZV	MK	G
1.9		YB		Errors in the Employer's Requirements	BZV	MK	G
2.1	RB	YB	SB	Right of Access to the Site	BZV	MK	G
4.7	RB	YB		Setting Out	BZV	MK	G
4.12	RB	YB		Unforseeable Physical Conditions	BZV	MK	
4.24	RB	YB	SB	Fossils	BZV	MK	
7.4	RB	YB	SB	Testing	BZV	MK	G
8.4	RB	YB	SB	Extension of Time for Completion	BZV		
8.5	RB	YB	SB	Delays Caused by Authorities	BZV		
8.9	RB	YB	SB	Consequences of Suspension	BZV	MK	
10.2	RB	YB		Taking Over of Parts of the Works		MK	G
10.3	RB	YB		Interference with Tests on Completion	BZV	MK	G
11.8	RB	YB	SB	Contractor to Search		MK	G
12.2		YB	SB	Delayed Tests		MK	G
12.4	RB			Omissions		MK	
12.4		YB	SB	Failure to Pass Tests after Completion		MK	G
13.2	RB			Value Engineering	Hälfte der „Einsparungen"		
13.7	RB	YB	SB	Adjustments for Changes in Legislation	BZV	MK	
14.8	RB	YB	SB	Delayed Payment	Verzugszinsen		
16.1	RB	YB	SB	Contractor's Entitlement to Suspend Work	BZV	MK	G
16.4	RB	YB	SB	Payment on Termination	Ersatz des Verlusts, Schadens oder G		
17.1	RB	YB	SB	Indemnities		MK	
17.4	RB	YB	SB	Consequences of Employer's Risks	BZV	MK	G
18.1	RB	YB	SB	General Requirements for Insurances		MK	
19.4	RB	YB	SB	Consequences of Force Majeure	BZV	MK	

8.4.2 Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftraggeber

8.4.2.1 Das Prozedere der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Auftraggeber

Die Geltendmachung von Ansprüchen des Auftraggebers auf Zahlungen und/oder Verlängerung der Defects Notification Period ist in Sub-Clause 2.5 geregelt, die im Red Book, im Yellow Book und im Silver Book nahezu wortgleich ist.

Sub-Clause 2.5 sieht vor, dass der Auftraggeber seinen Anspruch so bald wie möglich, nachdem er von dem anspruchsbegründenden Ereignis („event") oder Umstand („circumstance") Kenntnis erlangt hat, dem Auftragnehmer mittels schriftlicher[525] Anzeige anzumelden hat; ein Anspruch auf Verlängerung der Defects Notification Period ist jedoch jedenfalls vor deren Ablauf anzumelden.[526] Auf den ersten Blick scheint die Anspruchsverfolgung des Auftraggebers somit jener des Auftragnehmers zu entsprechen, bei genauerer Betrachtung zeigen sich gegenüber Sub-Clause 20.1 allerdings einige (schwerwiegende) Unterschiede:

- Eine Anzeige gem Sub-Clause 2.5 ist bei solchen Dienstleistungen bzw Mitwirkungen des Auftraggebers entbehrlich, die vom Auftragnehmer gefordert wurden und für diesen sohin offensichtlich sind.[527]
- Sub-Clause 2.5 stellt hinsichtlich des Zeitpunkts der Anzeigeobliegenheit lediglich auf die tatsächliche Kenntnis des Auftraggebers vom anspruchsbegründenden Sachverhalt ab, und nicht auch zusätzlich darauf, ab wann der Auftraggeber von diesem hätte Kenntnis erlangen müssen.
- Die in Sub-Clause 2.5 vorgesehene Anzeige des Anspruchs stellt nicht – wie die Anzeige iSd Sub-Clause 20.1 oder ÖNORM B 2110 – lediglich eine Anmeldung des Anspruchs dem Grunde nach dar, sondern hat auch bereits die Anspruchsgrundlage und eine entsprechende Ausarbeitung des Anspruchs der Höhe nach zu enthalten („particulars").[528]
- Sub-Clause 2.5 schreibt lediglich vor, dass die Anzeige so bald wie möglich zu erfolgen hat, enthält aber keine absolute Frist. Der Umstand, dass die Anzeige

---

[525] vgl Sub-Clause 1.3 Abs 1.

[526] vgl Sub-Clause 2.5 Abs 1: „If the Employer considers himself to be entitled to any payment under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, and/or to any extension of the Defects Notification Period, the Employer or the Engineer shall give notice and particulars to the Contractor. […]" sowie Abs 2: „The notice shall be given as soon as practicable after the Employer became aware of the event or circumstances giving rise to the claim. A notice relating to any extension of the Defets Notification Period shall be given before the expiry of such period."

[527] vgl Sub-Clause 2.5 Abs 1 Satz 1: „However, notice is not required for payments due under Sub-Clause 4.19, under Sub-Clause 4.20, or for other services requested by the Contractor."

[528] vgl Sub-Clause 2.5 Abs 3 Satz 1: „The particulars shall specify the Clause or other basis of the claim, and shall include substantiation of the amount and/or extension to which the Employer considers himself to be entitled in connection with the Contract."

auch bereits eine Substantiierung des Anspruchs enthalten muss, macht die genaue zeitliche Bestimmung der Phrase „so bald wie möglich“ daher idR wohl äußerst schwierig.[529]

- Das Versäumnis einer (rechtzeitigen) Anzeige durch den Auftraggeber ist – anders als bei der Anspruchsverfolgung durch den Auftragnehmer – nicht mit einem gänzlichen Anspruchsverlust verbunden.

8.4.2.2 Entscheidung über den Anspruch durch den Engineer bzw Auftraggeber

Über den Bestand und die genaue Höhe des Anspruchs entscheidet der Engineer bzw der Auftraggeber in weiterer Folge – ohne einer dieser vorgeschalteten Vorabentscheidung iSd Sub-Clause 20.1 Abs 6 – nach Sub-Clause 3.5.
Bei Unzufriedenheit mit dieser Entscheidung des Engineers bzw Auftraggebers kann sich jede der Vertragsparteien an das sog Dispute Adjudication Board (vgl dazu die Vorschriften der Sub-Clauses 20.2 ff) wenden.

8.4.2.3 Anspruchsgrundlagen des Auftraggebers in den FIDIC-Standardbedingungen

Sub-Clause 2.5 regelt zwar das vom Auftraggeber bei der Anspruchsverfolgung einzuhaltende Prozedere, enthält jedoch – wie auch Sub-Clause 20.1 – keine Anspruchsgrundlagen. Diese finden sich in den FIDIC-Standardbedingungen verteilt und sind durch ihre Verweise auf Sub-Clause 2.5 (mittels der Formulierung „subject to Sub-Clause 2.5“) leicht zu erkennen.
Eine Übersicht über sämtliche Anspruchsgrundlagen des Auftraggebers der drei wichtigsten FIDIC-Klauselwerke (Red Book (= RB), Yellow Book (= YB) und Silver Book (= SB)) mit den daraus folgenden potentiellen Ansprüchen auf Verlängerung der Defects Notification Period (= VDNP) sowie Zahlungen (= ZA) liefert die nachfolgende Tabelle.

S-C	RB	YB	SB	Titel der Sub-Clause	Anspruch auf	
4.19	RB	YB	SB	Electricity, Water and Gas		ZA
4.20	RB	YB	SB	Employer’s Equipmment and Free-Issue Material		ZA
7.5	RB	YB	SB	Rejection		ZA
7.6	RB	YB	SB	Remedial Work		ZA
8.6	RB	YB	SB	Rate of Progress		ZA
8.7	RB	YB	SB	Delay Damages	Vertragsstrafe	
9.4	RB	YB	SB	Failure to Pass Tests on Completion		ZA
11.3	RB	YB	SB	Extension of Defets Notification Period	VDNP	

[529] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 109.

11.4	RB	YB	SB	Failure to Remedy Defects		ZA
12.3		YB	SB	Retesting		ZA
12.4		YB	SB	Failure to Pass Tests after Completion	non-performance damages	
13.7	RB	YB	SB	Adjustments for Changes in Legislation	verringerte Kosten des Auftragnehmers	
15.4	RB	YB	SB	Payment after Termination		ZA
17.1	RB	YB	SB	Indemnities		ZA
18.1	RB	YB	SB	General Requirements for Insurances		ZA
18.2	RB	YB	SB	Insurance for Works and Contractor's Equipment		ZA

9 DIE VERTRAGSSTRAFE

Zur erfolgreichen Fertigstellung eines Bau- oder Anlagenprojektes gehört neben der Mängelfreiheit des Werkes auch die Einhaltung des zeitlichen Rahmens durch den Auftragnehmer. Häufig wird die Fertigstellung zu einem bestimmten Zeitpunkt für den Auftraggeber von zentralem Interesse sein, etwa wenn er auf Produkte dieser Anlage angewiesen ist, oder wenn er – was häufig der Fall sein wird – den Fertigstellungszeitpunkt zur Grundlage weiterer Kalkulationen gemacht hat. Es ist daher Gang und Gäbe, in Bauverträgen – auch solchen, die rein nationale Projekte geringeren Umfangs betreffen – eine pauschalierte Schadenersatzverpflichtung des Auftragnehmers für die Nichteinhaltung der vereinbarten Fristen zu vorzusehen.

Im Folgenden werden in diesem Kapitel zunächst die Bestimmungen des ABGB sowie der – davon kaum abweichenden – ÖNORM B 2110 überblicksweise dargestellt (s 9.1), bevor die Darstellung der Vertragsstraferegelungen der FIDIC-Standardbedingungen mit einer ausführlichen Erörterung der diesbezüglich gegenüber der österreichischen Rechtslage bestehenden Abweichungen folgt (s 9.2).

9.1 Die Vertragsstrafe in der ÖNORM B 2110 und dem ABGB

9.1.1 Begriff der Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafe – auch Pönale, Konventionalstrafe oder Vergütungsbetrag genannt – ist die Vereinbarung eines pauschalierten Schadenersatzes für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages.[530] Ihre Vereinbarung bedarf keiner besonderen Form und ist auch nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden.

Wurde die Vertragsstrafe für den Fall der **Nichterfüllung** vereinbart, steht dem Auftraggeber nach schuldhafter Verzögerung durch den Auftragnehmer die Wahl zu, Erfüllung der Leistung oder die Zahlung der Vertragsstrafe zu begehren.[531] Diesbezüglich hat allerdings nur der Auftraggeber das Wahlrecht, der säumige Auftragnehmer erlangt gem § 1336 Abs 1 Satz 2 nicht das Recht, sich durch Bezahlung der Vertragsstrafe von seiner Verpflichtung zur Erfüllung zu befreien.

Wurde die Vertragsstrafe allerdings für die **Nichteinhaltung der Erfüllungszeit** (oder des Erfüllungsortes) versprochen, kann sie gem § 1336 Abs 1 Satz 3 im Zweifel neben der Erfüllung gefordert werden.[532]

---

[530] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 22.

[531] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 962 mwN.

[532] Eine Vertragsstrafe und Verzugszinsen können daher auch nebeneinander vereinbart werden.

An dieser Stelle sei bereits festgehalten, dass die ÖNORM B 2110 keine eigene Vertragsstrafenregelung vorsieht. Sie begrenzt in Pkt 6.5.3.1 Abs 2 lediglich die Höhe einer allenfalls vereinbarten, der Höhe nach aber nicht determinierten Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises). Wollen die Vertragsparteien für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit eine Vertragsstrafe vorsehen, müssen sie eine solche – auch bei Geltung der ÖNORM B 2110 – eigens vereinbaren. Der in Bauverträgen oft vorzufindende Passus „Pönale gemäß ÖNORM" bewirkt somit keine Vereinbarung einer Vertragsstrafe.[533]

9.1.2 Zweck der Vertragsstrafe

Die Vertragsstrafe dient

- einerseits der **Vorauspauschalierung des Schadens** und verfolgt damit den Zweck, eine aufwändige und mit Unabwägbarkeiten verbundene Schadensfeststellung zu vermeiden;[534] sowie
- andererseits der Verstärkung der vom Auftragnehmer übernommenen Verpflichtung, um auf ihn zusätzlich **Erfüllungsdruck** auszuüben.[535]

9.1.3 Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe

9.1.3.1 Eintritt eines konkreten Schadens ist nicht erforderlich

Für die Fälligkeit einer Vertragsstrafe ist der Eintritt eines konkreten Schadens nicht erforderlich.[536]

9.1.3.2 Verschulden

Eine Vertragsstrafe ist mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung nur bei **Verschulden** des nichterfüllenden bzw schlechterfüllenden Auftragnehmers zu bezahlen.[537] Ein bloßes Vertretenmüssen nach der Sphärentheorie reicht nicht aus. Der Auftragnehmer hat vielmehr zu behaupten und zu beweisen, dass ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft.[538]

---

533 *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 6/404.

534 *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 22.

535 *Karasek*, ÖNORM B 2110^{2} (2009) Rz 966.

536 *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 23 mwN; *Karasek*, ÖNORM B 2110^{2} (2009) Rz 969 mwN.

537 stRsp, zul OGH 26.06.2008, 10 Ob 47/08x; s auch *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 23 mwN; *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB^{3} (2000) § 1336 Rz 9.

538 vgl Pkt 6.5.3.1 Abs 1: „Der Anspruch des Auftraggebers auf Leistung einer vereinbarten Vertragsstrafe durch den Auftragnehmer entsteht, sobald der Auftragnehmer in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen den Verzug nicht verschuldet haben […]."

Die Vereinbarung einer **verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe ist gültig**, doch müssen dann beide Vertragspartner (ungefähr) gleich behandelt werden.[539] Dafür, dass eine Vertragsstrafe auch für den Fall der unverschuldeten Nichterfüllung vereinbart wurde, ist jedenfalls die vertragstreue Partei beweispflichtig. Für die Fälligkeit einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe reicht es daher aus, wenn die (unverschuldeten) Umstände aus der Sphäre des Vertragsstrafeschuldners stammen.

9.1.3.3 Vertragsstrafe bei Rücktritt vom Vertrag?

Die Setzung einer Nachfrist, die zur Wirksamkeit eines Rücktritts erforderlich sein kann, führt nicht zu einer Verlängerung der pönalisierten Fristen.
Im Falle eines berechtigten Rücktritts wird der Vertrag zwar aufgehoben, die Pflicht zum Ersatz des entstandenen Schadens bleibt aber bestehen. Dem Auftraggeber gebührt eine für den Fall der Verspätung der Leistung vereinbarte Vertragsstrafe zumindest für den Zeitraum zwischen dem Eintritt des Verzuges des Auftragnehmers bis zum Ablauf einer ihm gesetzten angemessenen Nachfrist.[540]

9.1.3.4 Vertragsstrafe bei einvernehmlicher Auflösung des Vertrages?

Auch bei einvernehmlicher Vertragsauflösung kann der Auftraggeber die Bezahlung einer Vertragsstrafe begehren, wenn diese für ein vertragswidriges Verhalten vorgesehen ist.[541]

9.1.4 Umfang der Vertragsstrafe

9.1.4.1 Die Höhe der Vertragsstrafe

Die Höhe der Vertragsstrafe richtet sich – selbstverständlich – nach der vertraglichen Vereinbarung.
Das ABGB sieht keine Limitierung der Vertragsstrafe der Höhe nach vor. Hingegen begrenzt die ÖNORM B 2110 in ihrem Pkt 6.5.3.1 Abs 2 eine zwar vereinbarte, in der Höhe aber nicht festgelegte Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises).
Der Auftraggeber kann nach allgemeiner österreichischer Rechtslage auch einen Schaden, der den Betrag der Vertragsstrafe übersteigt, geltend machen (vgl § 1336 Abs 3 Satz 1 ABGB). Auch die ÖNORM B 2110 lässt dies grundsätzlich zu, beschränkt

---

539 *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2007) § 879 Rz 120.

540 *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 24 mwN; *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB^3 (2000) §921 Rz 8; s auch ua OGH 03.10.1985, 7 Ob 632/85 in SZ 58/152 = JBl 1986,246 = RZ 1986/17 S 36 = RdW 1986,11; OGH 09.10.1985, 1 Ob 599/85 in JBl 1986,371; OGH 29.08.1994, 1 Ob 519/94.

541 vgl ua OGH 17.06.1986, 2 Ob 535/86 in RdW 1987,10 = EvBl 1987/41; OGH 30.03.1995, 8 Ob 1003/95; OGH 26.03.1998, 7 Ob 348/97w.

gem Pkt 12.3.2 die Geltendmachung allerdings auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Auftragnehmers. Hinsichtlich der Höhe dieses über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schadens ist der Auftraggeber beweispflichtig.

Trifft den Auftraggeber an der Vertragsverletzung des Auftragnehmers ein Mitverschulden, so ist die Vertragsstrafe analog zu § 1304 ABGB herabzusetzen.[542]

9.1.4.2 Richterliches Mäßigungsrecht

Nachdem sich eine Vertragsstrafe aber nicht an der Höhe des eingetretenen Schadens orientiert bzw zu orientieren hat, kann dies zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn etwa gar kein oder kaum ein Schaden eingetreten ist und dennoch eine exorbitant hohe Vertragsstrafe zu zahlen ist, vielleicht auch noch, ohne dass den zur Zahlung Verpflichteten ein Verschulden trifft. Abhilfe schafft hier das richterliche Mäßigungsrecht des § 1336 Abs 2 ABGB, das gem Pkt 6.5.3.1 Abs 3 auch bei einem ÖNORM-Bauvertrag Anwendung findet. Danach kann eine dem Grunde nach zu Recht bestehende Pflicht zur Bezahlung einer Vertragsstrafe gemäßigt werden, wenn deren Höhe „übermäßig" ist. Was „übermäßig" (bzw sittenwidrig) ist, ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln, wobei einerseits auf die Höhe des entstandenen Schadens, unter den nicht heruntergegangen werden kann, und andererseits auf die objektive und subjektive Schwere der Vertragsverletzung des Auftragnehmers und dessen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse Bedacht zu nehmen ist.[543] Eine solche Mäßigung ist nicht von Amts wegen vorzunehmen, der Richter kann das Mäßigungsrecht somit nur auf Verlangen des Auftragnehmers ausüben.[544]

9.1.4.3 Sittenwidrigkeit einer Vertragsstrafe

Nach stRsp ist eine Vertragsstrafe erst sittenwidrig, wenn ihre Zahlung das wirtschaftliche Verderben des Auftragnehmers herbeiführen oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte. Es muss sohin ein offensichtlich unbegründeter Vermögensvorteil für den Auftraggeber vorliegen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht oder gegen oberste Rechtsgrundsätze verstößt.[545]

Aus dem Umstand, dass die Vertragsstrafe nicht nach oben limitiert ist, kann nach der Rsp noch nicht auf die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung geschlossen werden.[546]

---

[542] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 23 mwN; *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2000) § 1336 Rz 15.

[543] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 23 mwN; *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2000) § 1336 Rz 14; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 6/382 ff mwN.

[544] vgl OGH 14.01.1981, 1 Ob 725/80 in SZ 54/4. Jedoch liegt schon in der Bestreitung der Zahlungsverpflichtung einer Vertragsstrafe ein solches Mäßigungsbegehren, vgl OGH 29.10.1997, 7 Ob 228/97y in immolex 1998/73.

[545] stRsp, zul OGH 26.08.2008, 5 Ob 149/08k; abl *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 990.

[546] OGH 29.0.1999, 1 Ob 105/99v; aA *Krejci* in Rummel (Hg), ABGB[3] (2000) § 879 Rz 120.

Sittenwidrigkeit kann aber dann vorliegen, wenn der erlittene Schaden unverhältnismäßig kleiner ist als die vereinbarte Vertragsstrafe[547] oder im Einzelfall bei unverhältnismäßiger Höhe der Vertragsstrafe[548].

9.1.4.4 Erstreckung der Vertragsstrafe auf Zusatzaufträge

Die Frage, ob sich die Vertragsstrafenregelung auch auf Zusatzaufträge erstreckt, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Derjenige, der behauptet, die Pönalabrede beziehe sich auch auf zusätzliche Aufträge, ist dafür auch beweispflichtig.[549]

9.1.4.5 Vertragsstrafe bei Verlängerung der Leistungsfrist

Gem Pkt 6.5.3.1 Abs 4 bleiben bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist die Vertragsstrafen für die an die Stelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen Termine aufrecht, fallen jedoch erst bei Verzug hinsichtlich der neuen Termine an. Die neuen pönalisierten Termine sind ausdrücklich als solche festzuhalten.
Gleichzeitig muss an dieser Stelle die Frage gestellt werden, was gilt, wenn die Verlängerung der Leistungsfrist nicht einvernehmlich festgelegt wurde, sondern sich zB aus einer Leistungsänderung des Auftraggebers oder einer von Störung der Leistungserbringung ergibt, oder die neuen pönalisierten Termine nicht ausdrücklich als solche festgehalten wurden. Hierzu meint die Rsp, dass überschaubare kurzfristige Verzögerungen[550], die der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen sind, die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend verlängern und die Vertragsstrafe dann die Einhaltung der so modifizierten (verlängerten) Ausführungsfristen sichert. Überschreiten allerdings die aus der Sphäre des Auftraggebers herrührenden Verzögerungen das – in erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Auftragnehmers abzulesende – zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Auftragnehmer einzustellen hat („wird also der Zeitplan über den Haufen geworfen"), gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Strafabrede geht ins Leere, selbst wenn der Auftragnehmer zur Leistung in angemessener Frist verhalten bleibt und insofern auch in Verzug geraten kann.[551]

---

[547] vgl OGH 01.02.1979, 7 Ob 513/79 in EvBl 1979/170.

[548] vgl OGH 10.05.1983, 4 Ob 45/83 in SZ 56/75 = RdW 1983,84.

[549] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 973; OGH 05.08.1999, 1 Ob 110/99d.

[550] Als eine überschaubare Verzögerung kann eine Dauer von 8-14 Tagen angesehen werden; sie ist an der Bedeutung der Änderung im Verhältnis zum Gesamtvertrag (quantitativ und qualitativ), der Bedeutung der Änderung im Verhältnis zur wirtschaftlichen Leistungskraft der Auftragnehmers u dgl zu messen. Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110[1] (2002) Rz 874 mwN; *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 6/413.

[551] vgl OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f in SZ 72/25 = ecolex 2000,35 = JBl 1999,802; OGH 18.12.2006, 8 Ob 156/06h; OGH 05.06.2008, 6 Ob 95/08a.

9.1.4.6 Berechnung der Vertragsstrafe

Während das ABGB keine Bestimmung enthält, wie Vertragsstrafen zu berechnen sind, sieht die ÖNORM B 2110 in Pkt 6.5.3.2 Abs 1 vor, dass Vertragsstrafen im Regelfall **nach Kalendertagen** zu berechnen sind. Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt auf den ersten Blick vermuten, dass eine Vertragsstrafenregelung den Kalendertag als Bemessungsgrundlage vorzusehen hat. Da die ÖNORM B 2110 aber dem Vertrag (ieS) nachgeordnet ist, kann selbstverständlich auch ein anderer Zeitraum als Bemessungsgrundlage vereinbart werden. Die Bestimmung ist daher so auszulegen, dass eine Vertragsstrafe nach Kalendertagen zu berechnen ist, selbst wenn als Bemessungsgrundlage ein anderer Zeitraum vereinbart wurde.[552]

Die Vertragsstrafe vermindert den Gesamtpreis (das Entgelt).

Bei Erfüllung einer Gesamtleistung in Teilleistungen ist die Vertragsstrafe gem Pkt 6.5.3.3 nur für jene Teilleistungen zu berechnen, mit denen der Auftragnehmer in Verzug ist.[553]

9.1.5 Ende der Vertragsstrafe

Die Frist für die Vertragsstrafe endet je nach vertraglicher Gestaltung idR **mit tatsächlicher Fertigstellung der Leistung**, da sie die gehörige Erfüllung sicherstellen soll und idR vom Auftragnehmer für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wird. Ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Fertigstellung der Leistung nicht feststellbar oder wird die noch nicht gänzlich fertiggestellte oder mit Mängeln behaftete Leistung, wenn auch nur schlüssig übernommen, endet die Pönalfrist **jedenfalls mit Übernahme der Leistung**, da die Übernahme die Anerkennung des Werkes als dem Vertrag entsprechend darstellt.[554]

Weigert sich der Auftraggeber die Leistung zu übernehmen, obwohl die Voraussetzungen dafür vorliegen, endet die Pönalfrist mit dem Zeitpunkt, in dem der Auftraggeber die Leistung hätte übernehmen müssen. Hat der Auftraggeber die Übernahme verweigert und fordert der Auftragnehmer nach Behebung der Mängel den Auftraggeber erneut schriftlich zur Übernahme auf, beendet die Meldung über die Mängelbehebung – sofern die Mängel zu diesem Zeitpunkt tatsächlich behoben sind – die Pönalfrist (und nicht erst die Übernahme durch den Auftraggeber).[555]

---

[552] *Wenusch*, ÖNORM B 2110 (2009) Rz 6/416.

[553] zum Begriff der Teilleistungen s *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 999.

[554] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 980.

[555] *Karasek*, ÖNORM B 2110[2] (2009) Rz 980.

9.2 Die Vertragsstrafe in den FIDIC-Standardbedingungen

9.2.1 Exkurs: Die Regelung der Vertragsstrafe in den Common Law-Staaten

Aufgrund der Herkunft der FIDIC-Standardbedingungen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und der Regelung der Vertragsstrafe in den FIDIC-Standardbedingungen nach dessen Vorbild erscheint an dieser Stelle ein Exkurs zur überblickweisen Darstellung der Bestimmungen des Common Law zur Vertragsstrafe angebracht.

Grundsätzlich sieht das Bauvertragsrecht des Common Law eine Haftung des Auftragnehmers auf Schadenersatz gegenüber dem Auftraggeber vor, wenn dieser das Bauvorhaben nicht innerhalb der vorgesehenen Zeit fertig stellen kann und die Zeitüberschreitung nicht entschuldbar ist. Hinsichtlich dieses Verzögerungsschadenersatzes unterscheidet man die Begriffe „liquidated damages" und „penalties" bzw „penalty clauses".

Unter **liquidated damages** versteht man eine im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgestellte, echte pauschale Schätzung aller Nachteile („genuine pre-estimate of all losses"), die dem Auftraggeber als Entschädigung aufgrund der verspäteten Baufertigstellung des Auftragnehmers zustehen sollen.[556] Liquidated damages verfolgen mit einer Vorauspauschalierung – genauso wie die Vertragsstrafe nach österreichischem Verständnis – zwar den Zweck der Vermeidung einer aufwändigen und mit Unabwägbarkeiten verbundenen Schadensfeststellung.[557] Zum Unterschied zur österreichischen Vertragsstrafe werden in den liquidated damages allerdings sämtliche Nachteile kalkuliert, darüber hinausgehende Schäden können nicht geltend gemacht werden. MaW handelt es sich bei liquidated damages also um einen **pauschalierten und in dieser Höhe auch gedeckelten Schadenersatz**.[558] Der Auftraggeber hat somit nur die Verzögerung der Fertigstellung, hingegen nicht den Eintritt eines Schadens, nachzuweisen.[559] Ebenso wenig unterliegt er einer Schadensminderung.

Hingegen stimmt der Begriff der **penalty** mit dem Begriff der österreichischen Vertragsstrafe (Pönale) rechtlich weitgehend überein – es handelt sich sohin um eine vertraglich vereinbarte Summe, die der Auftragnehmer bei Verzug zu bezahlen hat und

---

[556] *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 67, 370.

[557] *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II[13] (2007) 22.

[558] Das Prinzip der liquidated damages bietet damit sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer Vorteile. Der Auftragnehmer hat im Falle der verspäteten Fertigstellung keinen über den Betrag der liquidated damages hinausgehenden Schaden zu ersetzen, wodurch er das Verspätungsrisiko leicht beurteilen kann. Auf der anderen Seite steht dem Auftraggeber der Betrag der liquidated damages zu, ohne einen durch die verspätete Fertigstellung erlittenen Schaden bzw Nachteil oder das Verschulden des Auftragnehmers nachweisen zu müssen. Vgl *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 370; *Berger*, RIW 1999, 401 (406).

[559] *Berger*, RIW 1999, 401 (406).

die deshalb vereinbart wird, um – über die reine Schadensschätzung hinausgehend – **auf den Auftragnehmer Druck auszuüben** und einen solchen Verzug zu verhindern.[560] Im Gegensatz zu den liquidated damages kann aber ein über die Höhe der penalty hinausgehender Schaden geltend gemacht werden kann; es handelt sich also eben gerade nicht um eine (echte) Vorausschätzung aller möglichen Schäden.

Der entscheidende Unterschied zwischen diesen beiden Arten des Verzögerungsschadenersatzes ist, dass eine Pauschalierung des Schadenersatzes iSd liquidated damages im Bauvertragsrecht der Common Law Staaten zulässig ist, während penalty clauses als ungerecht empfunden werden und daher unzulässig sind.[561] Der Abgrenzung zwischen liquidated damages und penalty clauses kommt in den Rechtsordnungen des Common Law daher dementsprechend große Bedeutung zu, ist im Einzelfall aber äußerst schwierig.

Bei der Abgrenzung soll der Wortlaut der Klausel nicht entscheidend sein, vielmehr kommt es auf eine Gesamtwürdigung des Vertrags und den Willen der Vertragsparteien an.[562] Ergibt die Auslegung, dass die Parteien eine ernsthafte und gemäß Treu und Glauben vorgenommene Schätzung des möglichen Schadens vornehmen wollten, handelt es sich um liquidated damages. Die Zahlungspflicht besteht dann unabhängig von der Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens, setzt aber in jedem Fall eine schuldhafte Vertragsverletzung (sog breach of contract) voraus.[563] Ergibt die Auslegung dagegen, dass die Parteien mit ihrer Vereinbarung über die reine Schadensschätzung hinausgehen und Druck auf den Auftragnehmer ausüben wollten, handelt es sich um eine penalty clause. Eine damit angestrebte einseitige Sicherung der Vertragserfüllung durch den Schuldner verstößt gegen den dem anglo-amerikanischen Schadensrecht zugrunde liegenden Kompensationsgedanken und ist daher ipso iure unwirksam. Der Auftraggeber kann vollen Schadenersatz verlangen.[564] Ein weiteres Kriterium zur Abgrenzung liefert ein Vergleich des für die Vertragsstrafe vorgesehenen Betrages mit den tatsächlich erlittenen Nachteilen des Auftraggebers. Stehen diese vollkommen außer Verhältnis, gilt die (als liquidated damages gedachte) Regelung als penalty clause.[565]

---

560 *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 371; *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 20 Rz 30.

561 *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 370 mwN; *Hök*, ZfBR 2006, 107 (110) mwN.

562 *Berger*, RIW 1999, 401 (403).

563 *Berger*, RIW 1999, 401 (406).

564 *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 372 mwN; *Berger*, RIW 1999, 401 (406).

565 *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 229 mwN; *Bunni*, The FIDIC Forms of Contract[3] (2005) 374 mwN.

9.2.2 Die Regelung der Vertragsstrafe in den FIDIC-Standardbedingungen

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen eine vom Auftragnehmer zu entrichtende Vertragsstrafe für den Fall der Nichteinhaltung der Erfüllungszeit vor. Die Bestimmungen dazu finden sich in den FIDIC-Standardbedingungen in der Vorschrift der **Sub-Clause 8.7**[566] („Delay Damages"), die die Vertragsparteien auf den **Appendix to Tender** verweist, wo diese die Höhe der Vertragsstrafe festlegen sollen (s dazu unten 9.2.3).

Wie in Österreich bei einer Vertragsstrafe, die für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wird, ist auch in den FIDIC-Standardbedingungen ausdrücklich geregelt, dass die Bezahlung der Vertragsstrafe den Auftragnehmer nicht von seiner Verpflichtung, die Leistung fertig zu stellen oder von einer seiner anderen Vertragspflichten befreit (Sub-Clause 8.7 Abs 2 Satz 2).

9.2.3 Die Höhe der Vertragsstrafe

Wie bereits erwähnt, haben die Vertragsparteien **im Appendix to Tender** einen Betrag für jeden Tag des Verzugs sowie einen Maximalbetrag der Vertragsstrafe **festzulegen**. Diese Beträge werden – im Unterschied zur ÖNORM B 2110, die in Pkt 6.5.3.1 Abs 2 von der ursprünglichen Auftragssumme ausgeht – **als Prozentsatz des endgültigen Vertragspreises** (sog Contract Price) angegeben, also jener Summe gem Sub-Clause 14.1, in der sämtliche während der Ausführung erfolgten Anpassungen des vorläufigen Vertragspreises (sog Accepted Contract Amount) – also Massenmehrungen bzw -minderungen, Leistungsänderungen, etc – berücksichtigt sind. Die genaue Höhe der Vertragsstrafe kann in den FIDIC-Standardbedingungen daher erst nach Legung der endültigen Schlussrechnung ermittelt werden.[567]

Für den Maximalbetrag der Vertragsstrafe schlägt FIDIC zwar einen Prozentsatz zwischen 5 % und 15 % vor[568], eine explizite Festlegung eines Höchstsatzes erfolgt in den FIDIC-Standardbedingungen – im Unterschied zur ÖNORM B 2110, die in Pkt 6.5.3.1 Abs 2 eine zwar vereinbarte, in der Höhe aber nicht festgelegte Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt – allerdings nicht.

---

[566] Sub-Clause 8.7: „If the Contractor fails to comply with Sub-Clause 8.2, the Contractor shall subject to Sub-Clause 2.5 pay delay damages to the Employer for this default. These delay damages shall be the sum stated in the Appendix to Tender, which shall be paid for every day which shall elapse between the relevant Time for Completion and the date stated in the Taking-Over Certificate.
However, the total amount due under this Sub-Clause shall not exeed the maximum amount of delay damages (if any) stated in the Appendix to Tender. These delay damages shall be the only damages due from the Contractor for such default, other than in the event of termination under Sub-Clause 15.2 prior to completion of the Works. These damages shall not relieve the Contractor from his obligation to complete the Works, or from any other duties, obligations or responsibilities which he may have under the Contract."

[567] *Totterdill*, FIDIC users' guide[2] (2006) 185.

[568] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 177.

Eine über diesen Maximalbetrag der Vertragsstrafe hinausgehende Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers ist – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage (vgl § 1336 Abs 3 Satz 1) – nach dem Wortlaut der Bestimmung der Sub-Clause 8.7 Abs 2 Satz 1 allerdings ausdrücklich ausgeschlossen. Von dieser Schadensdeckelung ausgenommen sind lediglich Forderungen des Auftraggebers aufgrund unzureichenden Baufortschritts[569] (vgl Sub-Clause 8.6) sowie Schadenersatzforderungen nach verzugsbedingter Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber (gem Sub-Clause 15.2 iVm 15.4). Diese Ansprüche sind jedoch wiederum in Sub-Clause 17.6 gedeckelt.

Die FIDIC-Standardbedingungen regeln die Vertragsstrafe somit nach Common Law-Tradition in der Form von liquidated damages, da der Auftragnehmer bei nicht rechtzeitiger Fertigstellung nur den ausdrücklich als (Verzögerungs-)Schadenersatz vereinbarten Betrag verlangen kann, und nicht – wie bei einer penalty clause – auch den darüber hinausgehenden Schaden. Dies zeigt sich mE darüber hinaus auch in der Bestimmung der Sub-Clause 10.2 Abs 5, nach der im Fall der Ausstellung eines Taking-Over Certificate für Teilleistungen der für die noch ausstehenden Arbeiten zu zahlende Tagespauschalbetrag, nicht jedoch der maximal zu zahlende Betrag der Vertragsstrafe, anteilsmäßig verringert wird.

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen allerdings keine Regelung für jenen Fall vor, wenn es die Vertragsparteien verabsäumen sollten, den Umfang der Vertragsstrafe im Appendix to Tender festzulegen (bzw eine entsprechende Einigung in den Particular Conditions herbeizuführen). Hier kann mE nur eine analoge Anwendung der Bestimmung der Sub-Clause 4.2 Abs 1[570] (zur Performance Security) die richtige Lösung sein.[571] Deren Satz 2 bestimmt, dass Sub-Clause 4.2 bei einer (in den Vertragsunterlagen) fehlenden Festlegung bzw Vereinbarung zur Höhe der Performance Security nicht zur Anwendung kommen soll. Dieser Gedanke kann wohl auch nur für eine versäumte Vereinbarung bzw Festlegung hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe nach Sub-Clause 8.7 gelten. Da eine fehlende Einigung bzgl der Höhe der Vertragsstrafe nicht durch Auslegung ersetzt werden kann, fällt somit die gesamte Schadenspauschalierung einschließlich der darin liegenden Haftungsbegrenzung weg. Dem Auftraggeber obliegt sodann zwar der genaue Nachweis des ihm durch die Verzögerung des Auftragnehmers entstandenen Schadens, sein Anspruch ist allerdings der Höhe nach nicht gedeckelt.

---

569 *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 226.

570 vgl Sub-Clause 4.2 Abs 1: „The Contractor shall obtain (at his cost) a Performance Security for proper performance, in the amount and currencies stated in the Appendix to Tender. **If an amount is not stated in the Appendix to Tender, this Sub-Clause shall not apply**."

571 *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 225.

9.2.4 Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe

9.2.4.1 Geltendmachung durch den Auftraggeber

Die Fälligkeit der Vertragsstrafe tritt – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage – nicht schon mit Verzug des Auftragnehmers ein. Vielmehr hat der Auftraggeber das Prozedere zur Geltendmachung von Ansprüchen gem Sub-Clause 2.5 einzuhalten, will er nicht seiner Ansprüche verlustig werden.

9.2.4.2 Eintritt eines konkreten Schadens ist nicht erforderlich

Die Vertragsstrafe stellt – nach der Idee des Common Law von liquidated damages – eine pauschale Schätzung aller Schäden des Auftraggebers aus der Nichteinhaltung der Bauzeit dar. Für das Entstehen des Anspruchs des Auftraggebers auf Zahlung der Vertragsstrafe ist der Eintritt oder der Nachweis eines konkreten Schadens somit nicht erforderlich.[572]

9.2.4.3 Verschulden des Auftragnehmers ist nicht erforderlich

Für die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Zahlung der Vertragsstrafe ist nach dem Wortlaut der Sub-Clause 8.7 – anders als nach der österreichischen Rechtslage – kein Verschulden oder Vertretenmüssen seitens des Auftragnehmers erforderlich. Es spielt also für das Bestehen des Anspruchs grundsätzlich keine Rolle, der Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe besteht daher verschuldensunabhängig.[573] Er kann nur durch die rechtzeitige Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung (gem Sub-Clause 20.1) verhindert werden.

9.2.5 Ende der Vertragsstrafe

Der im Appendix to Tender festgelegte Tagesbetrag gebührt gem Sub-Clause 8.7 Abs 1 Satz 2 für jeden Tag zwischen dem vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin und der **Ausstellung des Taking-Over Certificate**.

---

[572] *FIDIC* (Hg), The FIDIC Contracts Guide (2000) 177.

[573] *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen (2002) 246; *Hök*, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts (2005) § 18 Rz 227.

LITERATURVERZEICHNIS

Agstner, Eric / Hummer, Karola: Bauherren- und Architektenhaftung – Handbuch, Wien, Verlag Österreich 2009.

Atzpodien, Hans Christoph / Müller, Sven: Die FIDIC-Standardbedingungen als Vorlage für europäische AGB im Bereich des Industrieanlagen-Vertragsrechts, in RIW 2006, 331.

Berger, Klaus Peter: Lex mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Der Fall „Compania Valenciana“, in IPRax 1993, 281.

Berger, Klaus Peter: Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, in RIW 1999, 401.

Berger, Klaus Peter: Lex Mercatoria online – www.tldb.de: Die CENTRAL Transnational Law Database, in RIW 2002, 256.

Booen, Peter L.: FIDIC’s Conditions of Contract for the next century: 1998 Test Editions, in ICLR 1999, 5.

Booz, Martin: Verjährung bauvertraglicher Gewährleistungsansprüche im europäischen Ausland, in RIW 1978, 147.

Bunni, Nael G.: The FIDIC Forms of Contract, 3. Auflage, Blackwell Publishing 2005.

Bunni, Nael G.: The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for major works, in ICLR 2005, 272.

Christandl, Bernd: Koordinierungspflicht des Bauherrn und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, in bbl 2006, 221.

Corbett, Edward: FIDIC’s new rainbow 1st Edition – an advance?, in ICLR 2000, 253.

Czernich, Dietmar (Hrsg.): EVÜ – das europäische Schuldvertragsübereinkommen: Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Wien, Orac Verlag 1999.

Döser, Wulf H.: Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs-, Lizenz- und sonstigen Vertikalverträgen, in NJW 2000, 1451.

FIDIC (Hrsg.): The FIDIC Contracts Guide, 1. Auflage, 2000.

Gaede, A.H.: The Silver Book: an unfortunate shift from FIDIC's tradition of being evenhanded and of focusing on the best interests of the project, in ICLR 2000, 477.

Goedel, Joachim: Die FIDIC-Bauvertragsbedingungen im internationalen Baurecht, in RIW 1982, 81.

Gölles, Hans: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag, in ZVB 2010, 24.

Gruber, Gerald: Ein partieller Vergleich zwischen dem FIDIC RED BOOK und der ÖNORM B 2110, in Österreichische Gesellschaft für Baurecht (Hrsg.): Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht – Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, Wien, Manz Verlag 2008, 247.

Heiss, Helmut: Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I" und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, in JBl 2006, 750.

Hök, Götz-Sebastian: Engineer und Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen: Entwicklung, Grundlagen und rechtliche Einordnung, in ZfBR 2007, 416.

Hök, Götz-Sebastian: FIDIC Verträge im Lichte der Unidroit Prinzipien als Vertragsstatut, in ZfBR 2008, 115.

Hök, Götz-Sebastian: Haftungsrisiko „Décennale" bei Auslandsaufträgen, in IBR 2006, 1118.

Hök, Götz-Sebastian: Handbuch des Internationalen und ausländischen Baurechts, Berlin (u.a.), Springer Verlag 2005.

Hök, Götz-Sebastian: Internationales Vergaberecht der Weltbank für Bau und Anlagenbau auf der Grundlage von FIDIC und ENAA-Musterverträgen, in ZfBR 2004, 731.

Hök, Götz-Sebastian: Neues europäisches Internationales Baurecht, in ZfBR 2008, 741.

Hök, Götz-Sebastian: Was sind FIDIC-Verträge?, in IBR 2006, 3.

Hök, Götz-Sebastian: Zum Baugrundrisiko in Deutschland mit einem Blick ins Ausland und auf internationale Vertragsmuster, in ZfBR 2007, 3.

Hök, Götz-Sebastian: Zum FIDIC Red Book „harmonised version" als Variante des FIDIC Red Book 1999 und zu den Weltbank-Standard Bidding Documents Works 2005, in ZfBR 2005, 742.

Hök, Götz-Sebastian: Zum Sitz des Rechtsverhältnisses beim internationalen Bau- und Architektenvertrag, in ZfBR 2006, 741.

Hök, Götz-Sebastian: Zur Bauzeitüberschreitung im englischen Baurecht mit Erläuterungen zum FIDIC Red Book unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH zu Vertragsstrafeklauseln, in ZfBR 2006, 107.

Hök, Götz-Sebastian: Zur Sprachregelung in den FIDIC Verträgen, in ZfBR 2005, 332.

Hoyer, Frank: Pauschalierter Schadenersatz ohne Schaden?, in ecolex 1999, 387.

Jud, Brigitta: Neue Dimensionen privatautonomer Rechtswahl – Die Wahl nichtstaatlichen Rechts im Entwurf der Rom I-Verordnung, in JBl 2006, 695.

Jud, Brigitta: Schadenersatz bei mangelhafter Leistung, Wien, Manz Verlag 2003.

Karasek, Georg: Die Übernahme des Bauwerkes nach ABGB und der ÖNORM B 2110, in ecolex 1996, 836.

Karasek, Georg: ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm, 2. Auflage, Wien, Manz Verlag 2009.

Karollus, Martin: Vorsorge gegen freie Rechtsfindung durch Schiedsgerichte, in RdW 1992, 331.

Kennedy, Frank M.: EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (The Silver Book), in ICLR 2000, 504.

Kieninger, Eva-Maria: Der Rom-I-Vorschlag – eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?, in EuZW 2007, 22.

Koziol, Helmut / Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Auflage, Wien, Manz Verlag 2006.

Koziol, Helmut / Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Wien, Manz Verlag 2007.

Krejci, Heinz: Zur „Normenbindung" gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, in ÖZW 2006, 2.

Kropik, Andreas: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 1. Auflage, ON Österreichisches Normungsinstitut, 2002.

Kropik, Andreas / Krammer, Peter: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag – Ansprüche aus Leistungsänderungen, ihre Geltendmachung und Abwehr, 1. Auflage, Wien, Österreichischer Wirtschaftsverlag 1999.

Kus, Alexander / Markus, Jochen / Steding, Ralf: FIDIC'S new "Silver Book" under the German Standard Form Contracts Act, in ICLR 1999, 533.

Lando, Ole: Conflict-of-Law Rules for Arbitrators, in Bernstein, Herbert (Hrsg.): Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag 1981, 157.

Leible, Stefan: Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.): Festschrift für Erik Jayme – Band 1, München, Sellier Verlag 2004, 485.

Leible, Stefan / Lehmann, Matthias: Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I"), in RIW 2008, 528.

Mallmann, Roman A.: Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, München, C.H. Beck Verlag, 2002.

Mallmann, Roman A.: Neue FIDIC-Standardbedingungen für Bau- und Anlagenverträge, in RIW 2000, 532.

Mankowski, Peter: CFR und Rechtswahl, in Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.): Der gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, München, Sellier Verlag, 2009, 389.

Mankowski, Peter: Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, in IPRax 2006, 101.

Mankowski, Peter: Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge; in: IHR 2008, 133.

Mankowski, Peter: Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in Leible, Stefan (Hrsg.): Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht – Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse, München, Sellier Verlag, 2004, 63.

Martiny, Dieter: Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht, in ZEuP 2007, 212.

Oberndorfer, Wolfgang: Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag – Teil 1: Grundlagen und Methoden, Wien, Manz Verlag 2003.

Oberndorfer, Wolfgang: Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag – Teil 2: Praktische Anwendung, Wien, Manz Verlag 2003.

Oberndorfer, Wolfgang / Jodl, Hans Georg: Handwörterbuch der Bauwirtschaft, 2. Auflage, Wien, Österreichisches Normungsinstitut 2001.

Oberndorfer, Wolfgang / Straube, Manfred: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 3. Auflage, Wien, Der Wirtschaftsverlag 2003.

Patzak, Gerold / *Rattay, Günter*: Projekt Management – Leitfaden zum Management von Projekten, Projektportfolios und projektorientierten Unternehmen, 3. Auflage, Wien, Linde Verlag 1998.

Pfeiffer, Thomas: Neues Internationales Vertragsrecht - Zur Rom I-Verordnung, in EuZW 2008, 622.

Posch, Willibald: Bürgerliches Recht, Band VII, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Wien, Springer Verlag 2008.

Reithmann, Christoph / *Martiny, Dieter*: Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 6. Auflage, Köln, Otto Schmidt Verlag 2004.

Rosener, Wolfgang: Unforseeable ground (including water) conditions – principle and practice under german and related law, in ICLR 2000, 102.

Roth, Wulf-Henning: Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.): Festschrift für Erik Jayme – Band 1, München, Sellier Verlag 2004, 757.

Rudolf, Claudia: Internationales Vertragsrecht, Rom I-Verordnung ab 17. 12. 2009 maßgebend; in ecolex 2009, 1116.

Rudolf, Claudia: Internationales Vertragsrecht für die EU, Rom I-Verordnung; in ecolex 2008, 1069.

Rummel, Peter (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Wien, Manz Verlag 2000.

Sandberg, Agne: A Contractor's view on FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects, in ICLR 2000, 47.

Schwimann, Michael: Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht, 3. Auflage, Wien, Manz Verlag 2001.

Schwimann, Michael (Hrsg.): Kommentar zum ABGB, 3. Auflage, Lexis-Nexis Verlag 2006.

Seebacher, Georg: Zur angeblichen Koordinierungspflicht des Bauherrn, in bbl 2001, 217.

Seppälä, Christopher: FIDIC'S new standard forms of contract – force majeure, claims, disputes and other clauses, in ICLR 2000, 235.

Seppälä, Christopher: International construction contract disputes – commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of contract, in ICLR 1999, 339.

von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 13. Auflage, Berlin, Sellier Verlag, 2005.

von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – IPR – Art 27-37 EGBGB, 13. Auflage, Berlin, Sellier Verlag, 2002.

Stein, Ursula: Lex mercatoria – Realität und Theorie, Frankfurt am Main, Klostermann Verlag 1995.

Stoll, Jutta: Rechtsnatur und Bestandsschutz von Vereinbarungen zwischen Staaten und ausländischen privaten Investoren, in RIW 1981, 808.

Streinz, Rudolf: Europarecht, 7. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag 2005.

Totterdill, Brian W.: FIDIC users' guide: a practical guide to the 1999 red and yellow books, 2. Auflage, Thomas Telford Publishing 2006.

Triebel, Volker / Balthasar, Stephan: Auslegung englischer Vertragstexte unter deutschem Vertragsstatut – Fallstricke des Art 32 I Nr. 1 EGBGB, in NJW 2004, 2189.

Uff, John: Construction Law, 9. Auflage, Sweet & Maxwell 2005.

Verband Beratender Ingenieure (Hrsg.): FIDIC Red Book, Conditions of Contract for Construction – Erläuterungen und Übersetzungen, 2. Auflage, 2006.

Verband Beratender Ingenieure (Hrsg.): FIDIC Silver Book, Conditions of Contract for EPC / Turnkey Projects – Erläuterungen und Übersetzungen, 1. Auflage, 2006.

Verband Beratender Ingenieure (Hrsg.): FIDIC Yellow Book, Conditions of Contract for Plant and Design-Build – Erläuterungen und Übersetzungen, 1. Auflage, 2006.

Wade, Christopher: FIDIC's Standard Forms of Contract – Principles and Scope of the four new Books, in ICLR 2000, 5.

Wagner, Rolf: Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung), Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung, in IPRax 2008, 377.

Welser, Rudolf / *Jud, Brigitta*: Die neue Gewährleistung – Kurzkommentar zu sämtlichen gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und des KSchG, Wien, Manz Verlag 2001.

Wenner, Christian: Die HOAI im internationalen Rechtsverkehr, in RIW 1998, 173.

Wenusch, Hermann: ÖNORM B 2110, Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht, Wien, Springer Verlag 2009.

Wilhelm, Georg: Die ganz normale voreilige Selbstverbesserung, in ecolex 2008, 881.

Wilhelm, Georg: Die Übergabe des Bauwerks nach der ÖNORM B 2110 – Entw 2008, in ecolex 2008, 610.

DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG

Die FIDIC-Standardbedingungen sind die vom internationalen Dachverband der beratenden Ingenieure, der **FIDIC**, entwickelten Mustervertragsbedingungen für Bauleistungen. Sie wurden aus den Standardbedingungen der englischen ICE entwickelt und basieren daher auf dem **Common Law**. Nach österreichischem Verständnis sind sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren. Sie enthalten keinen eigenen Anwendungsbefehl und gelten im jeweiligen Vertragsverhältnis somit nur aufgrund entsprechender Willensübereinstimmung der Parteien. Sie stellen weder eine lex mercatoria, Handelsgewohnheitsrecht oder einen internationalen Unternehmensbrauch dar.

Die FIDIC-Standardbedingungen sind als **Gesamtvertragswerk**, bestehend aus den Allgemeinen Bedingungen (General Conditions), den Besonderen Bedingungen (Particular Conditions) und Formblättern, konzipiert. ME erfüllen sie sämtliche Anforderungen an nichtstaatliches Recht. Sie können aber dennoch nicht mit kollisionsrechtlicher Wirkung vereinbart werden, da einer solchen Wahl die Entstehungsgeschichte der VO Rom I und deren nicht aufgenommener Art 3 Abs 2 entgegensteht.

Die FIDIC-Standardbedingungen enthalten eine **Schiedsvereinbarung** und verhindern dadurch, dass Streitigkeiten von nationalen Gerichten entschieden werden. Das Schiedsverfahren soll nach der Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) durchgeführt werden. Diese verweist die Schiedsrichter hinsichtlich des anzuwendenden Rechts primär auf die Parteiautonomie. In den FIDIC-Standardbedingungen wird die **freie Rechtswahl** durch den entsprechenden Eintrag im Anhang zum Angebot ermöglicht. Außer diesem Hinweis auf die zu treffende Rechtswahl enthalten die FIDIC-Standardbedingungen allerdings keine kollisionsrechtlichen Vorschriften. Für den Fall des Fehlens einer Rechtswahlklausel hat das Schiedsgericht nach den Bestimmungen der ICC-Schiedsordnung somit **jenes Recht anzuwenden, das es für angemessen erachtet**.

Die Funktion des **Engineer**s stellt einen der bedeutendsten Unterschiede zwischen den FIDIC-Standardbedingungen und der ÖNORM B 2110 bzw dem ABGB dar. Die FIDIC-Standardbedingungen sehen eine zentrale Stellung und umfassende Mitwirkung des Engineers vor, während in der ÖNORM B 2110 und dem ABGB diese umfangreiche Aufgabenstellung auch gar keine Entsprechung hat. Der FIDIC-Engineer stellt eine ganz spezielle Institution bzw Funktion dar, mit der eine Reihe von Befugnissen und Aufgaben verbunden sind. Er fungiert als **Vertreter des Auftraggebers** – durch ua Erstellung der

Projektplanung und der Ausschreibung, Ausübung des Leistungsänderungsrechts und Überwachung der Bauausführung –, als Certifier bzw **Contract-Administrator** – durch ua Ausstellung von Zahlungsbescheinigungen, Ermittlung der ausgeführten Mengen und Mitwirkung an der Übernahme – sowie in der für kontinentaleuropäische Verhältnisse ungewohnten Rolle eines **(Quasi-)Schiedsrichter**s durch verbindliche Vertragsauslegung und dem Treffen von Entscheidungen (sog determinations), die bis zu ihrer Abänderung in einem Verfahren vor dem Dispute Adjudication Board oder einem Schiedsgericht bindend sind.

In den FIDIC-Standardbedingungen treten die nach österreichischem Verständnis an die Übernahme geknüpften Rechtsfolgen nicht nur in einem bestimmten Zeitpunkt, dem Zeitpunkt der Übernahme (Taking Over) durch den Auftraggeber, sondern vielmehr in einem „Zeitraum" des Übernahmevorgangs zeitlich gestreckt ein. Durch das Bestehen der Fertigstellungstests (sog **Tests on Completion**) erbringt der Auftragnehmer den Nachweis dafür, dass er seine geschuldeten Leistungen vertragsgemäß ausgeführt hat und erreicht damit die technische Abnahme seiner gesamten Leistung bzw einzelner Leistungsteile. Diese technische Abnahme stellt jedoch noch keine rechtsgeschäftliche Übernahme dar. Diese erreicht der Auftraggeber erst, wenn er die Baumaßnahmen vertragsgemäß innerhalb der vereinbarten Bauzeit fertig gestellt hat und 14 Tage, bevor die Arbeiten seiner Meinung nach übernahmebereit sein werden, beim Engineer um Ausstellung des **Taking-Over Certificate** angesucht hat. Innerhalb von 28 Tagen muss der Engineer entweder das Taking-Over Certificate ausstellen oder das Ansuchen des Auftragnehmers zurückweisen. Die Ausstellung des Taking-Over Certificate bewirkt den Übergang der Preisgefahr, jedoch noch nicht die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Auftragnehmer. Mit Ausstellung des Taking-Over Certificate beginnt die sog **Defects Notification Period**. Dies ist jener Zeitraum, innerhalb dem Mängel am Werk vom Auftraggeber angezeigt werden können. Wenn der Auftragnehmer eine solche Mängelrüge des Auftraggebers erhält, ist er zur Beseitigung der angezeigten Mängel verpflichtet. Es wird dabei nicht darauf abgestellt, ob der Auftragnehmer den Mangel bzw Schaden auch tatsächlich zu vertreten hat. Die FIDIC-Standardbedingungen sehen vielmehr eine grundsätzliche Pflicht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung vor, und zwar ganz unabhängig davon, wer die Ursache für das Entstehen dieser Mängel oder Schäden zu vertreten hat oder ob der Mangel schon bei der Übernahme vorhanden war (Wartungspflicht bzw unechte Garantie des Auftragnehmers). Erst im zweiten Schritt – bei der Frage der Pflicht zur Kostentragung der Verbesserungsarbeiten – findet die Risikoverteilung Berücksichtigung. Innerhalb von 28 Tagen nach dem Ablauf sämtlicher Defects Notification Periods ist vom Engineer das **Performance Certificate** auszustellen.

Erst mit dessen Ausstellung anerkennt der Auftraggeber die Bauleistung als vollständige Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Auftragnehmers.

Auch im Hinblick auf die Verfolgung von Ansprüchen weisen die FIDIC-Standardbedingungen einige Unterschiede gegenüber der österreichischen Rechtslage auf. Der erste Schritt zur Geltendmachung eines Anspruchs auf zusätzliches Entgelt und/oder Bauzeitverlängerung durch den **Auftragnehmer** ist eine **schriftliche Anzeige** an den Engineer. Diese Anzeige hat der Auftragnehmer so bald wie möglich vorzulegen, spätestens jedoch binnen 28 Tagen, nachdem der Auftragnehmer von dem Ereignis oder Umstand Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Selbst dann, wenn die anspruchsbegründenden Umstände aus der Sphäre des Auftraggebers stammen oder der Anspruch für den Auftraggeber offensichtlich bzw diesem ohnehin bekannt ist. Die Versäumung dieser Frist hat für den Auftragnehmer die gravierende Folge, dass er sämtliche Ansprüche aus dem nicht angezeigten Ereignis verliert (**materiell-rechtliche Präklusionsfrist**). Spätestens 42 Tage, nachdem der Auftragnehmer Kenntnis vom anspruchsbegründenden Sachverhalt erlangt hat oder hätte erlangen müssen, muss er eine vollständige, **substantiierte Anspruchsbegründung** (sog „fully detailed claim“) übermitteln. Die Versäumung dieser Frist hat jedoch keine Auswirkung auf das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach wird, der Anspruch wird „lediglich“ um jenen Betrag gekürzt, der dem Auftraggeber als Schaden durch die Säumnis des Auftragnehmers entstanden ist. Über die Berechtigung des Anspruchs hat der Engineer spätestens 42 Tage nach Eingang des vollständig ausgearbeiteten Anspruchs zu entscheiden. Der **Auftraggeber** hat seinen Anspruch so bald wie möglich, nachdem er von dem anspruchsbegründenden Ereignis oder Umstand Kenntnis erlangt hat, jedoch jedenfalls vor Ablauf der Defects Notification Period, dem Auftragnehmer mittels schriftlicher Anzeige dem Grunde und der Höhe nach anzumelden. Die FIDIC-Standardbedingungen enthalten für den Auftraggeber keine absolute, in Tagen bemessene Frist, darüber hinaus ist das Versäumnis einer (rechtzeitigen) Anzeige durch den Auftraggeber auch nicht mit einem gänzlichen Anspruchsverlust verbunden.

Die FIDIC-Standardbedingungen sehen eine vom Auftragnehmer zu entrichtende **Vertragsstrafe** für den Fall der Nichteinhaltung der Erfüllungszeit vor. Ihre Höhe wird als Prozentsatz des endgültigen Vertragspreises (sog Contract Price) vereinbart. Eine über diesen Maximalbetrag der Vertragsstrafe **hinausgehende Schadenersatzpflicht** des Auftragnehmers ist – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage – **ausdrücklich ausgeschlossen**. Die Fälligkeit der Vertragsstrafe tritt – im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage – nicht schon mit Verzug des Auftragnehmers ein. Vielmehr hat der Auftraggeber das Prozedere zur Geltendmachung von Ansprüchen einzuhalten,

will er seiner Ansprüche nicht verlustig werden. Der Eintritt eines konkreten Schadens ist aber ebenso wenig erforderlich wie ein Verschulden des Auftragnehmers.

ENGLISH ABSTRACT

The FIDIC-Conditions are the standard contract conditions for building works developed by FIDIC. The first FIDIC-Conditions were published in 1957 which were based on Common Law and the English ICE's standard conditions. In an Austrian point of view they are general terms of contract. So they only apply when both parties agree their usage. They are neither lex mercatoria nor law of commercial customs. The FIDIC-Conditions are designed as an agreement consisting of more parts: the General Conditions, the Particular Conditions and other form sheets.

The FIDIC-Conditions contain an **arbitration clause** which prevents national courts deciding over disputes arising out of or in connection with the FIDIC-Contract. The arbitration is supposed to be guided by the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. In accordance with those Rules the parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. This free agreement can be made in the Appendix to Tender of the FIDIC-Conditions. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

The **Engineer** is one of the main differences between the FIDIC-Conditions and the ÖNORM B 2110 respectively the ABGB. While the FIDIC-Conditions know the Engineer as a very special and important function which is connected with a wide range of responsibilities and powers, there is in no equivalent in the ÖNORM B 2110 and the ABGB. The FIDIC-Engineer has three main responsibility areas: he acts as a representative of the Employer, as a Contract-Administrator and also as a quasi-arbitrator with his power to clarify contract interpretations and his power for making determinations.

FIDIC's taking over procedure is another big difference to the ÖNORM B 2110 and the ABGB. Compared with the Austrian **taking over**-system the taking over's legal consequences occur in a period, not in the moment, of taking over. The Contractor has to pass the Tests on Completion before he may apply for the issue of the Taking-Over Certificate. By the issue of the Taking-Over Certificate the responsibility for the care of the Works and Goods passes from the Contractor to the Employer. Nevertheless – and this is the main difference to the Austrian legal system – performance of the Contractor's obligations is not yet considered to be completed. The Employer's acceptance of the Works is only constituted with the issue of the Performance Certificate which has to be issued within 28 days after the end of the Defects Notification Period.

There are also big differences for the **Claim Management**. Firstly, the **Contractor** shall give notice to the Engineer if he considers himself to be entitled to an extension of the

Time for Completion and/or an additional payment. The notice shall be given as soon as practicable and not later than 28 days after the Contractor became aware or should have become aware of the event or circumstance. If the Contractor fails to give this notice within that period, the Time for Completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Within 42 days after the Contractor became aware or should have become aware of the event or circumstance giving rise to the claim, the Contractor shall send to the Engineer a fully detailed claim. If the Contractor fails to comply with this 42-days-period, any extension of time and/or additional payment shall take account of the extent to which the failure has prevented or prejudiced proper investigation of the claim. Within 42 days after receiving the Contractor's claim the Engineer shall respond with approval or with disapproval and detailed comments. The **Employer**'s notice shall be given as soon as practicable after the Employer became aware of the event or circumstances giving rise to the claim, not later than at the expiry of the Defects Notification Period.

The FIDIC-Conditions govern **delay damages** if the Contractor fails to complete his works with the Time for Completion. The sum of delay damages shall be agreed in the Appenix to Tender as a percentage of the Contract Price. This sum of delay damages shall be the only delay damages due from the Contractor for such default.

LEBENSLAUF

Dipl.-Ing. (FH) Mag. iur. Thomas Anderl

geboren am 14.07.1984 in Wien

Schulbildung:

09/1998 – 06/2003	HTBLuVA 1030 Wien, Leberstraße – Bautechnik, Hochbau
09/1994 – 06/1998	BG+BRG 1100 Wien, Ettenreichgasse
09/1990 – 06/1994	Volksschule 1100 Wien, Antonsplatz

Präsenzdienst:

10/2003 - 05/2004	Stabskompanie Kommandogebäude FM Radetzky, 1163 Wien

Juristische Ausbildung:

03/2009 – laufend	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien Dissertationsgebiete: Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung, internationales und nationales Bauvertragsrecht.
seit 05/2010	Zusatzdiplom in „Liegenschafts- und Baurecht“
03/2004 – 11/2008	Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Bautechnische Ausbildung:

seit 03/2009	Befähigung für das Baumeistergewerbe
09/2004 – 06/2007	Fachhochschul-Diplomstudium Bauingenieurwesen-Baumanagment am fh-campus wien
seit 01/2007	Berechtigung zur Führung des Standestitels „Ingenieur“

Berufliche Erfahrung:

11/2010 – laufend	Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte
	Rechtsanwaltsanwärter für die Bereiche Bauvertragsrecht, Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht, Allgemeines Zivilrecht
02/2010 – 10/2010	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
	Rechtspraktikant: 5 Monate BG Schwechat, 4 Monate LG für Zivilrechtssachen Wien
03/2009 – 01/2010	ALPINE Bau GmbH – Abteilung Baubetriebswirtschaft
	Claim- und Contract Manager für nationale und internationale Bauvorhaben
06/2004 – 02/2009	Baumeister Ing. Loidolt
	Bautechniker für Einreich-, Polier- und Detailplanung, Baustellenbetreuung, statische und bauphysikalische Berechnungen
07/2003 – 09/2003	Baumeister Ing. Loidolt
	Bautechniker für Einreich-, Polier- und Detailplanung